CNUDCI
COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

CNUDCI Annuaire

Volume XXXVI: 2005

NATIONS UNIES

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

ANNUAIRE

Volume XXXVI 2005

NATIONS UNIES
New York, 2010

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/2005

PUBLICATION DES NATIONS UNIES
Numéro de vente: F.10.V.3
ISBN 978-92-1-233484-4
ISSN 0251-4257

Copyright © Nations Unies, décembre 2010. Tous droits réservés.

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

TABLE DES MATIÈRES

Page

INTRODUCTION vii

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

TRENTE-HUITIÈME SESSION (2005) 3

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-huitième session (Vienne, 4-15 juillet 2005) (A/60/17) 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-deuxième session (TD/B/52/10 (Vol. I)) 71

C. Assemblée générale: rapport de la Sixième Commission sur le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-huitième session (A/60/515). . 72

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

I. COMMERCE ÉLECTRONIQUE 93

A. Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004) (A/CN.9/571) 93

B. Note du Secrétariat sur les aspects juridiques du commerce électronique – Contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention, présentées au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-quatrième session (A/CN.9/WG.IV/WP.110) 147

C. Note du Secrétariat sur les aspects juridiques du commerce électronique – Contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention, présentées au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-quatrième session (A/CN.9/WG.IV/WP.111) 167

D. Aspects juridiques du commerce électronique – Contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention, proposition présentée par la Belgique au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-quatrième session (A/CN.9/WG.IV/WP.112). 173

E. Aspects juridiques du commerce électronique – Clauses 2004 de la CCI pour les contrats électroniques et Guide de la CCI sur la conclusion de contrats par voie électronique, présentés au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-quatrième session (A/CN.9/WG.IV/WP.113) 175

F. Note du Secrétariat concernant le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (A/CN.9/577 et Add.1) 187

G. Projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux: observations reçues des États Membres et des organisations internationales (A/CN.9/578 et Add.1 à 17) 222

II. PASSATION DE MARCHÉS. 297

A. Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004) (A/CN.9/568). 297

B. Note du Secrétariat concernant les faits nouveaux dans le domaine de la passation des marchés publics – questions découlant de l'utilisation accrue des communications électroniques dans la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa sixième session (A/CN.9/WG.I/WP.31) 328

C. Note du secrétariat concernant les faits nouveaux dans le domaine de la passation des marchés publics – questions découlant de l'expérience récente en matière d'application de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa sixième session (A/CN.9/WG.I/WP.32) 348

D. Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa septième session (New York, 4-8 avril 2005) (A/CN.9/575) 366

E. Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – questions découlant de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa septième session (A/CN.9/WG.I/WP.34 et Add.1 et 2) 388

F. Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – questions découlant de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics: étude comparative de l'expérience pratique de l'utilisation des enchères électroniques (inversées) dans la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa septième session (A/CN.9/WG.I/WP.35 et Add.1). 436

G. Note du secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – questions découlant de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics : étude comparative des offres anormalement basses, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa septième session (A/CN.9/WG.I/WP.36). 475

III. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL ET CONCILIATION 501

A. Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante et unième session (Vienne, 13-17 septembre 2004) (A/CN.9/569) 501

B. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux – mesures provisoires ou conservatoires, soumise au Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation à sa quarante et unième session (A/CN.9/WG.II/WP.131) 523

C. Note du Secrétariat concernant l'insertion d'une référence à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) dans le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, soumise au Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation à sa quarante et unième session (A/CN.9/WG.II/WP.132) 542

D. Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante-deuxième session (New York, 10-14 janvier 2005) (A/CN.9/573) 547

E. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux – mesures provisoires ou conservatoires, soumise au Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation à sa quarante-deuxième session (A/CN.9/WG.II/WP.134) 569

IV. DROITS DES TRANSPORTS 575

A. Rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa quatorzième session (Vienne, 29 novembre-10 décembre 2004) (A/CN.9/572). 575

B. Note du Secrétariat concernant l'élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – nouvelle version provisoire des articles du projet d'instrument examinés dans le Rapport du Groupe de travail III sur les travaux de sa treizième session (A/CN.9/552), soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa quatorzième session (A/CN.9/WG.III/WP.39) 619

C. Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – commentaires du Danemark, de la Finlande, de la Norvège et de la Suède (pays nordiques) sur la liberté contractuelle, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa quatorzième session (A/CN.9/WG.III/WP.40) 642

D. Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – commentaires du secrétariat de la CNUCED, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa quatorzième session (A/CN.9/WG.III/WP.41) 649

E. Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – proposition des États-Unis d'Amérique, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa quatorzième session (A/CN.9/WG.III/WP.42). 656

F. Rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa quinzième session (New York, 18-28 avril 2005) (A/CN.9/576) 659

G. Note du Secrétariat concernant l'élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] - dispositions relatives au champ d'application, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa quinzième session (A/CN.9/WG.III/WP.44) 716

H. Note du Secrétariat concernant l'élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – arbitrage: la pratique uniforme de l'arbitrage international et les dispositions du projet d'instrument, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa quinzième session (A/CN.9/WG.III/WP.45). 721

I. Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – commentaires du secrétariat de la CNUCED sur la liberté contractuelle, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa quinzième session (A/CN.9/WG.III/WP.46). 728

J. Note du Secrétariat concernant l'élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – proposition de révision des dispositions sur le commerce électronique, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa quinzième session (A/CN.9/WG.III/WP.47) 733

V. SÛRETÉS 745

A. Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa sixième session (Vienne, 27 septembre-1er octobre 2004) (A/CN.9/570) 745

B. Rapport du Secrétaire général concernant les recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumis au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa sixième session (A/CN.9/WG.VI/WP.13 et Add.1) 765

C. Rapport du Secrétaire général concernant le projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumis au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa sixième session (A/CN.9/WG.VI/WP.14 et Add.1, 2 et 4) 785

D. Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa septième session (New York, 24-28 janvier 2005) (A/CN.9/574) 843

E. Rapport du Secrétaire général concernant les recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumis au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa septième session (A/CN.9/WG.VI/WP.16 et Add.1) 862

F. Rapport du Secrétaire général concernant le projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumis au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa septième session (A/CN.9/WG.VI/WP.17 et Add.1) 876

G. Rapport du Secrétaire général concernant le projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumis au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa septième session (A/CN.9/WG.VI/WP.18 et Add.1) 898

H. Rapport du Secrétaire général concernant le projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumis au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa septième (A/CN.9/WG.VI/WP.19) 920

VI. SUIVI DE L'APPLICATION DE LA CONVENTION DE NEW YORK DE 1958 929

VII. RECUEIL DE JURISPRUDENCE CONCERNANT LES TEXTES DE LA CNUDCI. 947

VIII. ASSISTANCE TECHNIQUE EN MATIÈRE DE RÉFORME DU DROIT 949

IX. ÉTAT ET PROMOTION DES TEXTES JURIDIQUES DE LA CNUDCI 961

A. État des conventions et des lois types (A/CN.9/583). 961

B. Note du Secrétariat concernant les évolutions dans le domaine du droit de l'insolvabilité: incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale; utilisation de protocoles internationaux et de principes directeurs pour les communications entre tribunaux; et jurisprudence interprétant les notions de "centre des intérêts principaux" et d'"établissement" dans l'Union européenne (A/CN.9/580 et Add.1 et 2) 962

X. COORDINATION ET COOPÉRATION 989

A. Note du Secrétariat concernant les activités actuelles des organisations internationales en matière d'harmonisation et d'unification du droit commercial international (A/CN.9/584) 989

B. Note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité (A/CN.9/582 et Add.1 à 7) 1010

C. Note du Secrétariat sur les travaux actuels d'autres organisations internationales dans le domaine du commerce électronique (A/CN.9/579) 1044

Troisième partie

I. CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR L'UTILISATION DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX 1071

II. COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL CONSACRÉES À L'ÉLABORATION DU PROJET DE CONVENTION SUR L'UTILISATION DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX. 1073

III. BIBLIOGRAPHIE DES ÉCRITS RÉCENTS AYANT TRAIT AUX TRAVAUX DE LA CNUDCI – NOTE DU SECRÉTARIAT (A/CN.9/581) 1171

IV. LISTE DES DOCUMENTS DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL 1197

V. LISTE DES DOCUMENTS DE LA CNUDCI REPRODUITS DANS LES VOLUMES PRÉCÉDENTS DE L'*ANNUAIRE* 1207

INTRODUCTION

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

Ce volume est divisé en trois parties. La première contient le rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa trente-huitième session, tenue à Vienne du 4 au 15 juillet 2005, ainsi que les décisions y relatives de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) et de l'Assemblée générale.

La deuxième partie reproduit la plupart des documents examinés à la trente-huitième 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 la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, les comptes-rendus analytiques correspondants, une bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la Commission, une liste des documents dont la Commission était saisie à sa trente-huitième session et une liste de documents relatifs aux travaux de la Commission reproduits dans les volumes précédents de l'*Annuaire*.

Secrétariat de la CNUDCI
Centre international de Vienne
B.P. 500, 1400 Vienne (Autriche)
Téléphone: (+43-1) 26060-4060 Télex: 135612 Télécopieur: (+43-1) 26060-5813
Courrier électronique: uncitral@uncitral.org
Adresse Internet: http://www.uncitral.org

---

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

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

Première partie

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

I. TRENTE-HUITIÈME SESSION

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-huitième session (Vienne, 4-15 juillet 2005)

(A/60/17) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-2
II.	Organisation de la session	3-11
	A. Ouverture de la session	3
	B. Composition et participation	4-8
	C. Élection du Bureau	9
	D. Ordre du jour	10
	E. Adoption du rapport	11
III.	Finalisation et adoption d'un projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux	12-167
	A. Organisation des délibérations	12-13
	B. Commentaires généraux	14-15
	C. Examen du projet de convention	16-164
	D. Notes explicatives	165
	E. Rapport du groupe de rédaction	166
	F. Décision de la Commission et recommandation à l'Assemblée générale	167
IV.	Passation de marchés: rapport d'activité du Groupe de travail I	168-172
V.	Arbitrage: Rapport d'activité du Groupe de travail II	173-179
VI.	Droit des transports: Rapport d'activité du Groupe de travail III	180-184
VII.	Sûretés: Rapport d'activité du Groupe de travail VI	185-187
VIII.	Suivi de l'application de la Convention de New York de 1958	188-191
IX.	Jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI et recueils analytiques de jurisprudence	192-194
X.	Assistance technique en matière de réforme du droit	195-198
XI.	État et promotion des textes juridiques de la CNUDCI	199-204

XII. Résolutions pertinentes de l'Assemblée générale 205-206

XIII. Coordination et coopération 207-231

A. Remarques générales 207-208

B. Droit de l'insolvabilité 209-212

C. Commerce électronique 213-215

D. Fraude commerciale 216-220

E. Rapports d'autres organisations internationales 221-230

F. Congrès en 2007 231

XIV. Questions diverses 232-236

A. Concours d'arbitrage international Willem C. Vis 232-234

B. Ressources de la CNUDCI en matière d'information 235

C. Bibliographie 236

XV. Date et lieu des réunions futures 237-241

A. Débat général sur la durée des sessions 237-238

B. Trente-neuvième session de la Commission 239

C. Sessions des groupes de travail avant la trente-neuvième session de la Commission 240

D. Sessions des groupes de travail en 2006 après la trente-neuvième session de la Commission 241

Annexes

I. Projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux . . . . . .

II. Liste des documents dont la Commission était saisie à sa trente-huitième session . . . . . .

I. Introduction

1. Le présent rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) porte sur les travaux de sa trente-huitième session, tenue à Vienne du 4 au 15 juillet 2005.

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

II. Organisation de la session

A. Ouverture de la session

3. La trente-huitième session de la Commission a été ouverte le 4 juillet 2005.

B. Composition et participation

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

5. À l'exception du Bénin, de l'Équateur, de l'ex-République yougoslave de Macédoine, des Fidji, du Gabon, d'Israël, du Liban, de Madagascar, de la Mongolie, de l'Ouganda, du Pakistan, du Rwanda et de l'Uruguay, tous les membres de la Commission étaient représentés à la session.

6. Ont assisté à la session des observateurs des États suivants: Angola, Antigua-et-Barbuda, Azerbaïdjan, Bulgarie, Costa Rica, Cuba, Danemark, El Salvador, Finlande, Grèce, Hongrie, Indonésie, Iraq, Irlande, Koweït, Lettonie, Myanmar,

---

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

Pérou, Philippines, Portugal, République démocratique du Congo, Roumanie, Sénégal, Slovaquie, Slovénie, Ukraine et Yémen.

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

a) *Système des Nations Unies*: Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, Programme des Nations Unies pour l'environnement, Banque mondiale et Fonds monétaire international;

b) *Organisations intergouvernementales*: Association of Law Reform Agencies of Eastern and Southern Africa, Commission européenne, Conférence de La Haye de droit international privé, Conseil de l'Europe et Institut international pour l'unification du droit privé;

c) *Organisations non gouvernementales invitées par la Commission*: American Bar Association, American Bar Foundation, Association européenne des étudiants en droit, Association internationale du barreau, Association juridique de l'Asie et du Pacifique, Center for International Legal Studies, Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis, Conseil international pour l'arbitrage commercial, Fonds koweïtien pour le développement économique des pays arabes, Forum for International Commercial Arbitration, Groupe de réflexion sur l'insolvabilité et sa prévention, INSOL International (INSOL), International Insolvency Institute, International Law Institute, International Swaps and Derivates Association, Moot Alumni Association et Union internationale des avocats.

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

C. Élection du Bureau

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

Président:	Jorge Pinzón Sánchez (Colombie)
Vice-Président(e)s:	Jeffrey Wah Teck Chan (Singapour)
	Petr Havlík (République tchèque)
	Karen Mosoti (Kenya)
Rapporteur:	Colin Minihan (Australie)

D. Ordre du jour

10. L'ordre du jour de la session, tel qu'adopté par la Commission à sa 794e séance, le 4 juillet 2005, 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 projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux.
5. Passation de marchés: rapport d'activité du Groupe de travail I.
6. Arbitrage: rapport d'activité du Groupe de travail II.
7. Droit des transports: rapport d'activité du Groupe de travail III.
8. Sûretés: rapport d'activité du Groupe de travail VI.
9. Suivi de l'application de la Convention de New York de 1958.
10. Jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI et recueils analytiques de jurisprudence.
11. Assistance technique en matière de réforme du droit.
12. État et promotion des textes juridiques de la CNUDCI.
13. Résolutions pertinentes de l'Assemblée générale.
14. Coordination et coopération.
    a) En général;
    b) Droit de l'insolvabilité;
    c) Commerce électronique;
    d) Fraude commerciale;
    e) Rapports d'autres organisations internationales.
15. Questions diverses.
16. Date et lieu des réunions futures.
17. Adoption du rapport de la Commission.

E. Adoption du rapport

11. À ses 810e et 811e séances, le 15 juillet 2005, la Commission a adopté le présent rapport par consensus.

III. Finalisation et approbation d'un projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux

A. Organisation des délibérations

12. La Commission a examiné, à l'annexe I du document A/CN.9/577, la version révisée du projet de convention, qui contenait les articles adoptés par le Groupe de travail IV (Commerce électronique) à sa quarante-quatrième session (Vienne,

11-22 octobre 2004), ainsi que les projets de préambule et de dispositions finales, qui avaient seulement fait l'objet d'un débat général à cette session. Elle a pris note du résumé des délibérations que le Groupe de travail avait tenues sur le projet de convention depuis sa trente-neuvième session ainsi que des informations générales fournies dans le document A/CN.9/577/Add.1. Elle a également pris acte des observations sur le projet de convention présentées par des États et des organisations internationales dans le document A/CN.9/578 et Add.1 à 17.

13. La Commission a convenu d'examiner le projet de préambule après avoir arrêté le dispositif du projet de convention.

B. Commentaires généraux

14. Il a été noté que le projet de convention visait à éliminer les obstacles juridiques au commerce électronique, y compris ceux découlant d'autres instruments, sur la base de principes bien établis comme celui de l'équivalence fonctionnelle. L'avis a toutefois été exprimé que le contenu normatif du projet de convention devrait être renforcé pour accroître la confiance dans l'utilisation des communications électroniques et pour contribuer à limiter les risques d'abus et de fraude commerciale. En réponse, il a été souligné que le projet de convention offrait un ensemble de règles juridiques efficaces qui faciliteraient le développement économique de toutes les régions et de tous les pays se trouvant à différents stades de développement.

15. La Commission a été informée que de nombreux États prenaient des mesures pour élargir l'utilisation du commerce électronique et promouvoir activement la modernisation des méthodes commerciales. Il a été fait remarquer que le projet de convention serait utile pour permettre aux États de simplifier diverses règles internes qui s'appliquaient au commerce électronique et qu'il susciterait davantage de confiance en l'utilisation de ce dernier dans les échanges internationaux.

C. Examen du projet de convention

Article premier. Champ d'application

16. Le projet d'article était libellé comme suit:

> "1. La présente Convention s'applique à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat entre des parties ayant leur établissement dans des États différents.
>
> 2. Il n'est pas tenu compte du fait que les parties ont leur établissement dans des États différents lorsque ce fait ne ressort ni du contrat, ni de transactions effectuées entre les parties, ni de renseignements donnés par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat.
>
> 3. Ni la nationalité des parties, ni le caractère civil ou commercial des parties ou du contrat ne sont pris en considération pour l'application de la présente Convention."

17. La Commission est convenue que, lors de l'examen du projet d'article premier, elle devrait tenir compte du lien logique entre ce dernier et les projets d'articles 18 et 19.

18. Il a été noté qu'à la différence d'autres instruments internationaux, tels que la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)[2] (la "Convention des Nations Unies sur les ventes"), le projet de convention s'appliquait aux contrats entre des parties situées dans deux États différents, même si ceux-ci n'étaient pas tous deux des États contractants. L'avis a été exprimé que, sous sa forme actuelle, le projet d'article premier donnait au projet de convention un champ d'application excessivement large, ce qui était inhabituel pour un instrument relatif au commerce international. Il a été dit, en particulier, que le texte actuel du projet de convention créerait un précédent fâcheux dans la mesure où il prévoyait la possibilité d'appliquer la convention aux États qui ne l'avaient pas ratifiée ou qui n'y avaient pas adhéré, solution qui, en définitive, porterait atteinte à la souveraineté des États.

19. En réponse, il a été déclaré que la souveraineté des États n'était nullement compromise. Il a aussi été observé que, même si le projet d'article premier différait de la Convention des Nations Unies sur les ventes, sa définition du champ d'application n'était pas entièrement nouvelle et avait été utilisée, par exemple, à l'article premier de la Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels adoptée dans la Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels (La Haye, 1964)[3]. Il a été noté en outre que, du fait qu'il contenait des règles de droit privé, le projet de convention ne s'appliquait qu'aux opérations entre parties privées, et non aux États. Il a été indiqué qu'aucune disposition du projet ne créait d'obligation pour les États qui ne ratifiaient pas la convention ou qui n'y adhéraient pas. Il a été ajouté que les tribunaux d'un État n'ayant pas ratifié la convention n'appliqueraient les dispositions de cette dernière que si les règles de droit international privé de l'État en question désignaient la loi d'un État contractant comme étant applicable, auquel cas la convention s'appliquerait en tant qu'élément du système juridique de cet État étranger. L'application d'un droit étranger était un résultat courant de tout système de droit international privé et était acceptée de longue date par la plupart des États. Le projet de convention n'apportait aucun élément nouveau à cette réalité.

20. Il a néanmoins été reconnu que la relation entre les règles de droit international privé et le champ d'application du projet de convention n'était pas tout à fait claire. Une interprétation possible était que le projet de convention, sous sa forme actuelle, s'appliquait lorsque la loi applicable aux opérations entre les parties était celle d'un État contractant, ce qui devrait être déterminé par les règles de droit international privé de l'État du for en l'absence de choix des parties. Selon cette interprétation, l'applicabilité de la convention dans une situation donnée serait déterminée essentiellement comme suit:

a) Si une partie saisissait le tribunal d'un État non contractant, ce tribunal se reporterait aux règles de droit international privé de son État et, si ces règles désignaient le droit matériel d'un État contractant quelconque, la convention

---

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

[3] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.71.V.3.

s'appliquerait en tant qu'élément du droit matériel de cet État, bien que l'État du for n'y soit partie;

b) Si une partie saisissait le tribunal d'un État contractant, ce tribunal se reporterait également aux règles de droit international privé de son État et si ces règles désignaient le droit matériel de ce même État ou de tout autre État partie à la convention, cette dernière s'appliquerait.

21. Selon un autre point de vue, une interprétation différente du projet d'article premier conviendrait davantage compte tenu de sa relation avec les déclarations autorisées par le projet d'article 18, à savoir que, si le tribunal saisi était situé dans un État contractant, il devrait appliquer la convention sans tenir compte des règles de droit international privé, autrement dit sans se préoccuper de savoir si les règles de droit international privé confirmaient l'application de la *lex fori* ou désignaient les lois d'un autre État, à l'instar de la Convention des Nations Unies sur les ventes qui s'appliquait de manière "autonome" lorsque les conditions énoncées dans son article 1-1 a) étaient remplies. Si un État contractant souhaitait éviter d'avoir à appliquer la convention même dans les cas où la loi applicable était celle d'un État non contractant, il devrait faire une déclaration conformément à l'article 18-1 b) de la convention en indiquant qu'il appliquerait cette dernière uniquement "lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant". Cette interprétation, a-t-on dit, semblait se justifier par la nécessité de donner une raison d'être à l'exclusion autorisée par le projet d'article 18-1 b). En effet, une déclaration faite conformément à cette disposition serait dépourvue de sens si le résultat recherché (à savoir soumettre l'application de la convention aux règles du droit international privé) était déjà implicite dans le projet d'article premier.

22. Il a été fait observer que, dans sa rédaction actuelle, le projet d'article premier admettait les deux interprétations. Chacune avait ses avantages et ses inconvénients. Il a été estimé que le fait de n'appliquer la convention que si les règles de droit international privé du for conduisaient à son application correspondait davantage à la façon dont le Groupe de travail concevait la relation entre le projet de convention et la loi normalement applicable (voir A/CN.9/571, par. 36). D'un autre côté, un champ d'application autonome apporterait davantage de sécurité juridique car il permettait aux parties de savoir à l'avance quand la convention s'appliquait. Selon l'avis qui l'a emporté, la convention ne devrait s'appliquer que lorsque les lois d'un État contractant s'appliquaient à l'opération sous-jacente. La Commission a décidé qu'aucun changement n'était par conséquent nécessaire dans le projet d'article 1-1, mais que des éclaircissements dans des notes explicatives sur le texte de la convention (voir par. 165 ci-dessous) (les "notes explicatives") seraient utiles et qu'il faudrait peut-être revoir le projet d'article 18 (voir par. 127 ci-dessous).

23. La Commission a pris note de la proposition d'insérer, dans la version anglaise, les mots "or agreement" dans le projet de paragraphe 1 afin de bien préciser que la convention s'appliquait également aux conventions d'arbitrage telles qu'elles étaient définies dans la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ("New York, 1958")[4] (la "Convention de New York"). Elle a décidé de ne pas adopter cette proposition estimant que le projet de

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

texte était suffisamment clair sur ce point. Elle a prié le secrétariat de préciser cette question dans les notes explicatives en indiquant expressément que la convention s'appliquait également aux conventions d'arbitrage telles que définies dans la Convention de New York.

24. Sous réserve de cette modification, la Commission a approuvé le projet d'article premier quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 2. Exclusions

25. Le projet d'article était libellé comme suit:

> "1. La présente Convention ne s'applique pas aux communications électroniques qui ont un rapport avec l'un quelconque des éléments suivants:
>
> a) Contrats conclus à des fins personnelles, familiales ou domestiques;
>
> b) i) Opérations sur un marché boursier réglementé; ii) opérations de change; iii) systèmes de paiement interbancaire, accords de paiement interbancaire ou systèmes de compensation et de règlement portant sur des valeurs mobilières ou d'autres instruments ou actifs financiers; iv) transfert de sûretés sur des valeurs mobilières ou d'autres instruments ou actifs financiers détenus auprès d'intermédiaires ou vente, prêt, détention ou convention de rachat de ces valeurs, actifs ou instruments.
>
> 2. La présente Convention ne s'applique pas aux lettres de change, aux billets à ordre, aux lettres de transport, aux connaissements, aux récépissés d'entrepôt ni à aucun document ou instrument transférable donnant le droit au porteur ou au bénéficiaire de demander la livraison de marchandises ou le paiement d'une somme d'argent."

26. La Commission a rappelé que le projet d'article 2 avait déjà été longuement débattu par le Groupe de travail (voir A/CN.9/548, par. 98 à 111, et A/CN.9/571, par. 59 à 69). Elle a noté que l'alinéa a) du paragraphe 1 reflétait la décision du Groupe de travail d'exclure les contrats de consommation, alors que l'alinéa b) du même paragraphe excluait des opérations particulières du secteur des services financiers au motif que ce secteur était déjà soumis à des règles bien définies et que l'inclusion de ces opérations dans le champ d'application du projet de convention risquait de perturber le fonctionnement de ces règles.

27. Il a été noté également que le paragraphe 2 excluait les instruments négociables et documents similaires car les conséquences éventuelles de la reproduction non autorisée de titres représentatifs et d'instruments négociables – et, de manière générale, 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 – rendaient nécessaire l'élaboration de mécanismes pour garantir la singularité de ces instruments. Le Groupe de travail était convenu que, pour régler ce problème, il fallait recourir à une combinaison de solutions juridiques, technologiques et commerciales, qui n'étaient pas encore entièrement au point et éprouvées. Pour ces motifs, il était convenu que le traitement des questions soulevées par les instruments négociables et documents similaires, en particulier la nécessité de garantir leur unicité, ne se limitait pas à assurer simplement l'équivalence entre le support papier et la forme électronique, ce qui était l'objectif

principal du projet de convention et justifiait l'exclusion prévue au paragraphe 2 du projet d'article (voir A/CN.9/571, par. 136).

28. Il a été suggéré que les notes explicatives précisent que l'alinéa a) du paragraphe 1, qui excluait les "fins personnelles, familiales ou domestiques", n'était pas censé se limiter aux questions de consommation, mais couvrait aussi les contrats de mariage régis par la Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux (La Haye, 1978)[5]. Il a été proposé également d'exclure expressément les contrats où intervenaient des tribunaux, des autorités publiques ou des professions exerçant l'autorité publique, telles que les notaires.

29. Il a été proposé que les notes explicatives précisent la signification de l'alinéa a) du paragraphe 1. Il a été noté qu'une formule similaire employée dans le contexte de la Convention des Nations Unies sur les ventes était interprétée comme renvoyant aux contrats de consommation, alors que, dans le projet de convention à l'étude, dont le champ d'application était plus étendu et qui ne se limitait pas aux communications électroniques concernant des opérations d'achat, cet alinéa a) pouvait faire l'objet d'une interprétation plus large de sorte que soient exclues les communications en rapport avec des contrats régis par le droit de la famille et le droit des successions. On a fait valoir à l'appui de cette proposition que le Groupe de travail, se conformant en cela à une interprétation largement partagée par ses membres, était toujours parti du principe que le projet de convention ne régissait pas les questions relevant du droit de la famille et du droit des successions et qu'il portait essentiellement sur les opérations commerciales, comme en témoignait la condition énoncée dans son projet d'article premier selon laquelle les parties devaient avoir leur "établissement" dans un État contractant. On a rétorqué qu'une telle proposition ne pouvait être acceptée à ce stade au motif qu'elle risquait d'entraîner la réouverture du débat sur d'autres questions que le Groupe de travail avait réglées lorsqu'il était convenu de supprimer une longue liste de matières exclues du champ d'application du projet de convention. Il a été convenu que les notes explicatives devraient refléter les délibérations du Groupe de travail. L'alinéa a) ne devait pas être interprété dans le sens restrictif qui était donné à une disposition similaire dans le cadre de la Convention des Nations Unies sur les ventes, ce qui signifiait que l'utilisation de communications électroniques en rapport avec des contrats régis par le droit de la famille ou le droit des successions sortait du champ d'application du projet de convention.

30. La Commission a approuvé le projet d'article 2 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 3. Autonomie des parties

31. Le projet d'article était libellé comme suit:

> "Les parties peuvent exclure l'application de la présente Convention ou déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets."

32. La Commission a noté que deux questions se posaient en rapport avec les observations présentées par les États sur le projet d'article 3. La première était de

[5] Pour le texte de la Convention, voir "Acte final de la treizième session de la Conférence de La Haye de droit international privé" dans *Actes et documents de la treizième session (1976)*, tome I.

savoir si les parties devaient déroger à la convention explicitement ou si elles pouvaient aussi le faire implicitement, par exemple en convenant de clauses contractuelles qui différaient des dispositions de cette dernière. Bien que l'on ait exprimé la crainte qu'une dérogation implicite ne rende l'application du texte incertaine, la Commission est convenue qu'une dérogation pourrait être soit explicite soit implicite et que cet aspect devrait être précisé dans les notes explicatives.

33. La deuxième question était de savoir s'il fallait limiter l'autonomie des parties. Par exemple, il a été proposé que les parties ne puissent déroger aux articles 8 et 9, qui fixaient les règles minimales pour satisfaire aux conditions de forme. On a fait valoir qu'une autonomie illimitée risquerait d'affaiblir la convention dans son ensemble et pourrait permettre aux parties de déroger aux lois nationales impératives. Il a été proposé de limiter le champ d'application de l'article 3 aux articles 10 à 14. Toutefois, un vif soutien a été exprimé en faveur de l'idée que l'autonomie des parties était vitale dans les négociations contractuelles et devrait être reconnue par le projet de convention, bien qu'il soit généralement admis que cette autonomie n'allait pas jusqu'à permettre aux parties de déroger contractuellement aux lois nationales impératives. La Commission est donc convenue que le principe de l'autonomie des parties tel qu'énoncé dans le projet d'article 3 ne devrait pas être limité et que cet aspect devrait être précisé dans les notes explicatives.

34. La Commission a approuvé le projet d'article 3 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 4. Définitions

35. Le projet d'article était libellé comme suit:

"Aux fins de la présente Convention:

a) Le terme 'communication' désigne toute mention, déclaration, mise en demeure, notification ou demande, y compris une offre et l'acceptation d'une offre, que les parties sont tenues d'adresser ou choisissent d'adresser en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat;

b) Le terme 'communication électronique' désigne toute communication que les parties effectuent au moyen de messages de données;

c) Le terme 'message de données' désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex ou la télécopie;

d) Le terme 'expéditeur' d'une communication électronique désigne la partie par laquelle, ou au nom de laquelle, la communication électronique a été envoyée ou créée avant d'avoir été éventuellement conservée, mais non la partie qui agit en tant qu'intermédiaire pour cette communication électronique;

e) Le terme 'destinataire' d'une communication électronique désigne la partie qui, dans l'intention de l'expéditeur, est censée recevoir la

communication électronique, mais non la partie qui agit en tant qu'intermédiaire pour cette communication;

f) Le terme 'système d'information' désigne un système utilisé pour créer, envoyer, recevoir, conserver ou traiter de toute autre manière des messages de données;

g) Le terme 'système de messagerie automatisé' désigne un programme informatique, un moyen électronique ou un autre moyen automatisé utilisé pour entreprendre une action ou répondre à des messages de données ou à des opérations en tout ou en partie, sans qu'une personne ait à procéder à un examen ou à intervenir chaque fois qu'une action est entreprise ou qu'une réponse est produite par le système;

h) Le terme 'établissement' désigne tout lieu où une partie dispose d'une installation non transitoire pour mener une activité économique autre que la fourniture temporaire de biens ou de services à partir d'un lieu déterminé."

36. La Commission a noté que la plupart des définitions contenues dans le projet d'article 4 étaient fondées sur les définitions utilisées dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[6] et avaient fait l'objet de longues discussions au sein du Groupe de travail (voir A/CN.9/527, par. 111 à 122, A/CN.9/528, par. 76 et 77, et A/CN.9/571, par. 78 à 89).

37. Il a été proposé à la Commission de préciser certaines définitions ou d'en supprimer d'autres, en particulier celle d'"établissement" à l'alinéa h), qui a-t-on dit empiétait sur la législation établie. La proposition de modification ayant toutefois recueilli peu de soutien, la Commission a approuvé le projet d'article quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction. Elle est convenue que la définition d'"établissement" ne devait pas avoir d'incidence sur d'autres règles de droit matériel relatives aux établissements et qu'il faudrait préciser ce point dans les notes explicatives (voir aussi par. 90 ci-dessous).

Article 5. Interprétation

38. Le projet d'article était libellé comme suit:

"1. Pour l'interprétation de la présente Convention, il est 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.

2. Les questions concernant les matières régies par la présente Convention qui ne sont pas expressément tranchées par elle sont réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé."

---

[6] Pour le texte de la Loi type, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), annexe I. La Loi type et son Guide pour l'incorporation ont été publiés sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente: F. 99.V.4).

39. Notant que le projet d'article 5 était une disposition courante dans les textes de la CNUDCI, la Commission l'a approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 6. Lieu de situation des parties

40. Le projet d'article était libellé comme suit:

> "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. Si une partie n'a pas indiqué d'établissement et a plus d'un établissement, alors [, sous réserve du paragraphe 1 du présent article,] 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, eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat.
>
> 3. Si une personne physique n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.
>
> 4. Un lieu n'est 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 rapport 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 associée à un pays particulier ne constitue pas une présomption que son établissement est situé dans ce pays."

41. La Commission a rappelé que le Groupe de travail avait longuement débattu de ce projet de disposition durant l'élaboration du projet de convention (voir A/CN.9/509, par. 61 à 65, et A/CN.9/546, par. 88 à 105). Le texte actuel du projet d'article créait simplement une présomption en faveur de l'établissement indiqué par une partie et énonçait les conditions dans lesquelles cette indication pouvait être réfutée ainsi que des dispositions supplétives s'appliquant à défaut d'indication. Le projet d'article n'avait pas pour objet de permettre aux parties de créer des établissements fictifs qui ne satisferaient pas aux exigences de l'alinéa h) du projet d'article 4.

42. Il a néanmoins été proposé que le projet de convention fasse obligation à une partie d'indiquer son établissement, faute de quoi cet aspect du projet pourrait donner lieu à des fraudes commerciales. On a fait valoir qu'une telle obligation de faire renforcerait la confiance dans le commerce électronique, conforterait les mesures visant à enrayer les utilisations illicites des moyens électroniques de communication et faciliterait la détermination du champ d'application du projet de convention.

43. À cela il a été répondu que la détermination du champ d'application était traitée dans le projet d'article premier et que l'imposition d'une telle obligation dans le projet d'article 6 n'avait rien à voir avec cette question. Il a été fait observer en outre que les précédentes versions du projet de convention, qui s'inspiraient de

l'article 5-1 de la Directive 2000/31/CE de l'Union européenne (la "Directive de l'Union européenne")[7], envisageaient la possibilité d'obliger les parties à indiquer leur établissement ou à fournir d'autres informations. Le Groupe de travail, après un long débat, était cependant convenu de supprimer ces dispositions, principalement parce que, selon lui, elles revêtaient un caractère réglementaire, n'avaient pas leur place dans un instrument de droit commercial, étaient trop attentatoires à la vie privée et pouvaient compromettre certaines pratiques commerciales existantes. Des obligations d'information comme celles qui avaient été envisagées dans le projet d'article étaient généralement prévues dans des textes de loi qui visaient principalement à protéger les consommateurs, comme cela était le cas dans la Directive en question. Dans le cadre de l'Union européenne, cependant, les États membres appliquaient leur propre régime en cas de non-respect de ces obligations. Le Groupe de travail, a-t-on rappelé, était convenu que si une obligation de ce type était imposée, il faudrait alors insérer des dispositions énonçant les conséquences de tout manquement, ce qui selon lui sortait du champ d'application du projet de convention.

44. Compte tenu de ces observations, la Commission a approuvé le paragraphe 1 quant au fond sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

45. Il a été noté que le paragraphe 2 était inspiré d'une disposition analogue de la Convention des Nations Unies sur les ventes et reposait sur le principe selon lequel, en cas d'établissements multiples, une partie devrait être en mesure de désigner un lieu comme étant l'établissement pertinent, l'établissement le plus étroitement lié au contrat devant être pris en considération en l'absence de désignation. Il a été proposé de supprimer le texte figurant entre crochets au paragraphe 2 ainsi que les mots "et a plus d'un établissement" au motif qu'ils étaient inutiles. La proposition de supprimer le texte entre crochets a été appuyée. En revanche, les mots "et a plus d'un établissement" ont été conservés. Cette modification étant faite, la Commission a approuvé le projet de paragraphe 2 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

46. Il a été demandé si le paragraphe 2 du projet d'article s'appliquait aussi lorsqu'une partie ayant plusieurs établissements en avait effectivement indiqué un mais que cette indication avait été réfutée conformément au paragraphe 1. Il a été répondu que le paragraphe 2 s'appliquerait à défaut d'indication valable d'un établissement et que la règle supplétive prévue dans cette disposition s'appliquerait non seulement si une partie n'avait pas indiqué d'établissement mais également lorsque l'indication était réfutée conformément au paragraphe 1. Il a été convenu que ce point devrait être précisé dans les notes explicatives.

47. La Commission a approuvé les paragraphes 3 et 4 du projet d'article quant au fond sans les modifier et les a renvoyés au groupe de rédaction. En ce qui concerne le paragraphe 5, il a été proposé, dans un souci de neutralité technologique, de mentionner, outre le "nom de domaine" et l'"adresse électronique", l'utilisation d'"autres moyens électroniques de communication" de manière à englober également des moyens couramment utilisés comme les services de minimessages

[7] Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("Directive sur le commerce électronique"). *Journal officiel de l'Union européenne,* n° L 178, du 17 juillet 2000, p. 1.

(SMS). Bien qu'initialement disposée à accepter cette proposition, la Commission est finalement convenue de conserver le texte du paragraphe 5 tel quel. Il a été fait observer que les noms de domaine et les adresses électroniques n'étaient pas à proprement parler des "moyens de communication" et que, par conséquent, l'ajout proposé n'aurait pas sa place dans le texte actuel. Il a en outre été souligné que le texte actuel portait sur des technologies existantes dont la Commission estimait qu'elles ne constituaient pas à elles seules un critère de rattachement suffisamment fiable pour que l'on puisse présumer le lieu de situation d'une partie. Il serait cependant inopportun de la part de la Commission d'exclure, en utilisant une formule aussi générale, la possibilité que des technologies nouvelles ou à venir permettent de présumer à juste titre qu'une partie se trouvait certainement dans un pays avec lequel la technologie utilisée aurait un lien. La Commission a donc approuvé quant au fond le projet de paragraphe 5 sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 7. Obligations d'information

48. Le projet d'article était libellé comme suit:

> "Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidence sur l'application d'aucune règle de droit qui peut obliger les parties à communiquer leur identité, leur établissement ou toute autre information, ni n'exonère une partie des conséquences juridiques auxquelles elle s'exposerait en faisant des déclarations inexactes ou fausses à cet égard."

49. La Commission a rappelé que le texte du projet d'article 7 était le fruit de longues délibérations au sein du Groupe de travail (A/CN.9/546, par. 88 à 105, et A/CN.9/571, par. 115 et 116). Compte tenu du désaccord persistant entre ses membres à propos de l'ajout de dispositions selon lesquelles les parties seraient tenues de communiquer leur établissement, le Groupe de travail était convenu de traiter la question sous un angle différent, à savoir au moyen d'une disposition qui reconnaissait l'existence possible d'obligations d'information dans les règles de droit matériel régissant le contrat et qui rappelait aux parties qu'elles devaient se conformer à ces obligations. Rien dans le projet d'article ne permettait aux parties de se prévaloir d'établissements fictifs et de se soustraire ainsi à d'autres obligations juridiques.

50. Il a été dit que les mots "inexactes ou fausses" ne couvraient peut-être pas les cas où il y avait omission de faire une déclaration exigée par la loi. Pour remédier à cette situation, il a été proposé d'ajouter le mot "incomplètes" après "inexactes". Cette modification étant faite, la Commission a approuvé le projet d'article 7 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 8. Reconnaissance juridique des communications électroniques

51. Le projet d'article était libellé comme suit:

> "1. La validité ou la force exécutoire d'une communication ou d'un contrat ne sont pas déniées au seul motif que cette communication ou ce contrat est sous forme de communication électronique.

2. Aucune disposition de la présente Convention n'oblige une partie à utiliser ou à accepter des communications électroniques, mais le fait qu'elle y consent peut être déduit de son comportement."

52. La Commission a noté que le paragraphe 1 du projet d'article 8 consacrait le principe de l'équivalence fonctionnelle et s'inspirait d'une disposition similaire figurant à l'article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Il a été noté que le paragraphe 2, qui ne reflétait pas quant à lui de disposition de la Loi type, n'en avait pas moins été inclus dans un certain nombre de lois nationales relatives au commerce électronique pour mettre en lumière le principe de l'autonomie des parties et reconnaître que celles-ci n'étaient pas tenues d'utiliser ou accepter des communications électroniques.

53. La Commission a approuvé le projet d'article 8 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 9. Conditions de forme

54. Le projet d'article était libellé comme suit:

"1. Aucune disposition de la présente Convention n'exige qu'une communication ou un contrat soit établi ou constaté sous quelque forme particulière que ce soit.

2. Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit sous forme écrite, ou prévoit des conséquences en l'absence d'un écrit, une communication électronique satisfait à cette exigence si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement.

3. Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit signé par une partie, ou prévoit des conséquences en l'absence d'une signature, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique:

a) Si une méthode est utilisée pour identifier la partie et pour indiquer que celle-ci approuve l'information contenue dans la communication électronique; et

b) Si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel la communication électronique a été créée ou adressée, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière.

4. Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit présenté ou conservé sous sa forme originale, ou prévoit des conséquences en l'absence d'un original, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique:

a) S'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information qu'elle contient à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive, en tant que communication électronique ou autre; et

b) Si, lorsqu'il est exigé que l'information qu'elle contient soit présentée, cette information peut être montrée à la personne à laquelle elle doit être présentée.

5. Aux fins de l'alinéa a) du paragraphe 4:

a) L'intégrité de l'information s'apprécie en déterminant si celle-ci est restée complète et n'a pas été altérée, exception faite de l'ajout de tout endossement et de toute modification intervenant dans le cours normal de la communication, de la conservation et de l'exposition; et

b) Le niveau de fiabilité requis s'apprécie au regard de l'objet pour lequel l'information a été créée et à la lumière de toutes les circonstances y relatives.

[6. Les paragraphes 4 et 5 ne s'appliquent pas lorsqu'une règle de droit ou la convention entre les parties exige qu'une partie présente certains documents originaux pour demander le paiement au titre d'une lettre de crédit, d'une garantie bancaire ou d'un instrument similaire.]"

Paragraphe 1

55. La Commission a approuvé le projet de paragraphe 1 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 2

56. Selon un avis, le mot "loi" employé au paragraphe 2 du projet d'article pouvait prêter à confusion dans certains systèmes juridiques et il a été proposé que le texte fasse plutôt référence à la "loi applicable" ou aux "règles de droit applicables", selon qu'il conviendrait. Il a été noté que le projet d'article 9 s'inspirait dans une large mesure de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, qui fixait des critères pour reconnaître l'équivalence fonctionnelle entre les messages de données et les documents papier. Il a été dit, à cet égard, que l'emploi du mot "loi" dans les articles 6 à 8 de la Loi type ne créait aucune difficulté, étant donné que cette dernière était destinée à être incorporée dans le système juridique des États adoptants et que, le sens de ce mot serait clair dans ce contexte. Toutefois, l'un des objectifs du projet de convention étant d'éliminer les obstacles éventuels à l'utilisation de communications électroniques découlant de conventions et de traités internationaux existants, le mot "loi" risquait de ne pas toujours être interprété de manière suffisamment large pour inclure aussi les textes législatifs d'origine internationale.

57. Selon un autre avis, le mot "loi" pouvait être interprété comme se rapportant uniquement au droit interne des États contractants, et non aux pratiques et usages commerciaux admis, que l'on désignait en général par un terme plus large tel que "règles de droit". Il serait préférable, a-t-on dit, d'employer une formulation telle que "les conventions internationales applicables, les règles et usages du commerce international ou la loi". Une autre solution possible serait, si le projet d'article ne visait que le droit interne d'un État contractant, d'employer l'expression "la loi applicable".

58. En réponse, il a été observé que la question avait déjà été examinée par le Groupe de travail, qui était convenu d'employer le mot "loi", essentiellement au sens qui lui était donné dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (voir A/CN.9/571, par. 125). Dans le contexte du projet d'article, le mot "loi" devait être interprété comme renvoyant non seulement aux dispositions législatives ou réglementaires, y compris les conventions ou traités internationaux ratifiés par un État contractant, mais également aux règles découlant de la

jurisprudence et autres règles de procédure. En revanche, tel qu'il était employé dans le projet d'article, le mot "loi" ne visait pas les domaines du droit qui n'étaient pas devenus partie intégrante du droit d'un État et que l'on désignait parfois par des expressions comme "*lex mercatoria*" ou "loi marchande".

59. La Commission a approuvé le projet de paragraphe 2 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction. Elle a prié le secrétariat d'expliciter le sens voulu du mot "loi" dans les notes explicatives en s'inspirant du paragraphe 68 du Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[6].

Paragraphe 3

60. Il a été noté que le paragraphe 3 du projet d'article s'inspirait de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. On a suggéré toutefois de le reformuler dans le sens de l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques[8], qui conférait une plus grande sécurité juridique en fixant des règles plus détaillées pour déterminer la fiabilité d'une signature électronique. Cette proposition n'ayant pas recueilli un appui suffisant, la Commission a confirmé la préférence du Groupe de travail, à savoir s'inspirer des exigences plus générales de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique pour l'élaboration de ce paragraphe.

61. L'avis a été exprimé que le texte de l'alinéa a) du paragraphe 3 ne prévoyait pas les cas dans lesquels une partie apposait sa signature sur le message à la seule fin d'être associée à une communication électronique, sans intention d'approuver l'information qui y était contenue, ni les cas dans lesquels aucun contenu n'était associé à la signature. Or, dans certains cas, la loi pouvait exiger une signature, sans que cette dernière ait pour fonction d'indiquer que le signataire approuvait l'information contenue dans la communication électronique. Par exemple, dans de nombreux États, la loi exigeait la légalisation d'un document par un notaire ou l'attestation d'une déclaration sous serment par un officier ministériel chargé de recueillir ce type de déclaration. En l'occurrence, il ne s'agissait pas d'exiger du notaire ou de l'officier ministériel qu'ils expriment, par leur signature, leur approbation du contenu de la communication électronique. Cette signature servait simplement ici à les identifier et à les associer au contenu du document, mais n'indiquait pas qu'ils approuvaient l'information figurant dans ce dernier. De même, certaines lois pouvaient exiger qu'un document soit établi en présence de témoins, qui pouvaient être tenus d'y apposer leur signature. La signature des témoins identifiait simplement ces derniers et les associait au contenu du document établi en leur présence, mais n'indiquait pas qu'ils approuvaient l'information contenue dans ledit document.

62. Il a été proposé que cet alinéa a) soit modifié en conséquence de manière à reconnaître que des signatures électroniques étaient parfois exigées par la loi uniquement pour identifier la personne qui avait signé une communication électronique et associer cette personne à l'information, mais pas nécessairement

[8] Pour le texte de la Loi type, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), annexe II. La Loi type et son Guide pour l'incorporation ont été publiés sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8).

pour indiquer l'"approbation" par cette personne de l'information contenue dans la communication électronique. À cette fin, il a été proposé de réviser l'alinéa à peu près comme suit:

> "a) Si une méthode est utilisée pour identifier la partie et pour associer celle-ci à l'information contenue dans la communication électronique, et s'il y a lieu eu égard à cette exigence légale, pour indiquer que ladite partie approuve l'information contenue dans la communication électronique; et".

63. La Commission est convenue dans l'ensemble qu'il ne faudrait pas interpréter l'alinéa a) comme signifiant qu'une signature électronique impliquait toujours l'approbation par une partie de la totalité du contenu de la communication à laquelle la signature se rattachait. Les opinions ont toutefois divergé sur le point de savoir si le nouveau texte proposé permettait de mieux comprendre le projet d'article ou si, au contraire, il le compliquait inutilement. Il a été dit également que le fait de signer un document exprimait habituellement un consentement à une partie au moins de l'information qu'il contenait. Une autre solution a été proposée, qui consisterait à faire référence, dans le paragraphe 3 du projet d'article, à l'approbation par une partie "de l'information à laquelle se rapportait la signature". Cette proposition a cependant été critiquée elle aussi au motif que, dans la pratique, des signatures pouvaient être utilisées à différentes fins. Par exemple, une simple signature pouvait être portée sur une page sans texte, comme dans le cas d'une signature accusant réception de marchandises; même en blanc, une telle signature serait une preuve de la réception.

64. Après avoir longuement débattu et examiné diverses autres formulations, la Commission a finalement décidé de remplacer les mots "que celle-ci approuve l'information contenue dans la communication électronique" par les mots "la volonté de cette partie concernant l'information contenue dans la communication électronique".

65. La Commission est ensuite passée à l'examen de l'alinéa b). On s'est inquiété de ce que, dans la formulation actuelle de cette disposition, la satisfaction, par une signature électronique, d'une exigence légale de signature dépende du niveau de fiabilité de la méthode de signature au regard de l'objet de la communication électronique compte tenu de toutes les circonstances. Comme la fiabilité ne pouvait être appréciée qu'après coup par un tribunal ou un autre juge des faits, les parties à la communication électronique ou au contrat ne pourraient pas savoir avec certitude à l'avance si le tribunal ou autre juge des faits considérerait la signature électronique utilisée comme "suffisamment fiable" ou lui refuserait toute validité juridique pour n'avoir pas satisfait à cette exigence. De plus, l'alinéa b) signifiait aussi que, même s'il n'y avait pas de litige quant à l'identité du signataire ou quant à l'acte de signature (c'est-à-dire qu'il n'y avait pas de litige quant à l'authenticité de la signature électronique), un tribunal ou juge des faits pourrait néanmoins décider que la signature électronique n'avait pas une fiabilité suffisante et par conséquent invalider le contrat dans son ensemble. Un tel résultat serait particulièrement fâcheux, car il permettrait à une partie à une opération dans laquelle une signature était exigée d'essayer de se soustraire à ses obligations en contestant la validité de sa signature (ou de la signature de l'autre partie) – non parce que le signataire supposé n'avait pas signé, ou que le document qu'il avait signé avait été modifié, mais au seul motif que la méthode de signature utilisée n'était pas suffisamment fiable dans les circonstances. Le libellé du projet de

convention permettrait alors de remettre en cause le contrat de mauvaise foi. Il a également été indiqué que ce problème serait plus manifeste en cas de contestation d'une opération commerciale par des tiers, par exemple, des syndics de faillite ou des organismes publics de réglementation et de sanction. Pour ces raisons, il a été suggéré de supprimer le projet d'alinéa b) du paragraphe 3 de l'article 9.

66. Il a été répondu que l'exigence d'identification énoncée à l'alinéa a) du paragraphe 3 risquait d'être insuffisante pour assurer une interprétation correcte du principe de l'équivalence fonctionnelle entre signatures manuscrites et signatures électroniques. En effet, le "critère de fiabilité" posé à l'alinéa b) de ce paragraphe, tout en indiquant les conditions minimales de validité d'une signature, rappellerait également aux tribunaux la nécessité de prendre en considération des facteurs autres que la technologie, par exemple l'objet pour lequel la communication électronique avait été créée ou adressée ou toute convention conclue en la matière entre les parties, pour établir la validité de la signature. Sans l'alinéa b), les tribunaux de certains États seraient peut-être enclins à considérer les méthodes de signature qui utilisaient des dispositifs garantissant un niveau de sécurité élevé comme les seules permettant d'identifier une partie, même si les parties étaient convenues d'utiliser une méthode plus simple. Il a en outre été fait observer que le contrôle judiciaire a posteriori de la validité d'une signature était fréquent dans le cas des signatures manuscrites, de même que le risque de voir une partie contester de mauvaise foi la validité d'une signature. Il a également été indiqué que le critère de fiabilité qui apparaissait dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique n'avait pas soulevé de problèmes particuliers dans les pays ayant incorporé cette dernière.

67. La Commission a examiné attentivement les différentes vues exprimées. Le maintien du "critère de fiabilité" énoncé à l'alinéa b) du paragraphe 3 du projet d'article a été fermement appuyé. La Commission a cependant aussi été sensible aux arguments avancés en faveur de la suppression de cette disposition. De l'avis général, le projet de convention devait empêcher l'application du "critère de fiabilité" dans les cas où la véritable identité et la volonté effective de la partie pouvaient être prouvées. Après avoir étudié diverses propositions d'ajouts allant dans ce sens, la Commission est finalement convenue de reformuler le paragraphe 3 du projet d'article à peu près comme suit:

> "3. Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit signé par une partie, ou prévoit des conséquences en l'absence d'une signature, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique:
>
> a) Si une méthode est utilisée pour identifier la partie et pour indiquer la volonté de cette partie concernant l'information contenue dans la communication électronique; et
>
> b) Si la méthode utilisée est:
>
> i) soit une méthode dont la fiabilité est suffisante au regard de l'objet pour lequel la communication électronique a été créée ou adressée, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière;
>
> ii) soit une méthode dont il est démontré dans les faits qu'elle a, par elle-même ou avec d'autres preuves, rempli les fonctions visées à l'alinéa a) ci-dessus. "

68. La Commission a approuvé la version révisée du projet de paragraphe 3 quant au fond et l'a renvoyée au groupe de rédaction.

Paragraphes 4 et 5

69. On a fait remarquer que le mot "présenté", employé au paragraphe 4, pouvait prêter à confusion car, dans certains pays, il avait un sens technique restreint, qui se limitait par exemple au droit des instruments négociables. La Commission a donc décidé de remplacer ce mot par les mots "rendu disponible".

70. Il a été proposé de supprimer les paragraphes 4 et 5 du projet d'article 9 au motif qu'ils ne réglaient pas de manière satisfaisante la question de l'équivalent électronique d'un document original. Il a été fait observer que le problème particulier posé par la création d'un équivalent électronique pour le transfert d'un original sur papier était de savoir comment offrir une garantie d'unicité équivalente à la possession de l'original d'un titre représentatif ou d'un instrument négociable et qu'aucune solution entièrement satisfaisante n'avait pu jusque-là être mise au point pour garantir ce "caractère unique ou original". Dans ces conditions, il était étonnant que les paragraphes 4 et 5 prétendent définir l'équivalent électronique d'un original alors même qu'ils ne subordonnaient pas cette équivalence à la condition d'unicité de l'original, laquelle était pourtant intrinsèquement liée à la nature et à la fonction même d'un original. Ils ne pouvaient donc pas apporter de réponse à la question du transfert d'un instrument négociable. Les paragraphes 4 et 5 devraient, par conséquent, être supprimés ou, tout au moins, limités aux seules conventions d'arbitrage. Il a été répondu que la Commission avait décidé d'exclure les titres représentatifs et les instruments négociables du champ d'application de la convention au paragraphe 2 du projet d'article 2 (voir par. 25 à 30 ci-dessus).

71. La Commission a rappelé que le Groupe de travail avait initialement décidé d'insérer une disposition sur les équivalents électroniques de documents "originaux" dans le projet de convention après avoir décidé d'ajouter la Convention de New York à la liste d'instruments figurant dans le projet d'article 19-1, du fait que l'article IV-1 b) de cette convention faisait obligation à la partie qui demandait la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère de fournir, notamment, un original de la convention d'arbitrage ou une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité. Le Groupe de travail avait cependant aussi noté que, si les paragraphes 4 et 5 avaient été insérés pour faire face à un problème particulier posé par les conventions d'arbitrage, leur utilité ne se limitait pas à ce domaine restreint étant donné les obstacles au commerce électronique qui pouvaient résulter de diverses autres exigences relatives à la forme originale. Malgré des divergences d'opinion quant au bien-fondé de cette conclusion, le Groupe de travail n'avait pas décidé de limiter l'application des projets de paragraphes 4 et 5 aux conventions d'arbitrage (A/CN.9/571, par. 132).

72. Un autre argument a été avancé en faveur du maintien des projets de paragraphes 4 et 5 à savoir que, si l'unicité était effectivement une condition importante pour un système efficace de négociabilité dans le domaine des documents de transport ou des instruments négociables, les documents pouvaient conserver leur caractère "original" même s'ils étaient dressés en plusieurs exemplaires "originaux". La condition essentielle qu'il fallait imposer à toutes fins autres que le transfert et la négociation de droits attestés ou représentés par un document était l'intégrité du document et non son unicité.

73. Après avoir examiné les vues exprimées et ayant constaté le faible soutien en faveur de la suppression des paragraphes 4 et 5 du projet d'article, la Commission a approuvé ces paragraphes quant au fond, avec les modifications qu'elle avait acceptées précédemment, et les a renvoyés au groupe de rédaction. Elle a noté cependant que, lorsqu'elle aborderait le projet d'article 18, elle pourrait examiner si ce dernier donnait aux États la possibilité d'exclure l'application des paragraphes 4 et 5 du projet d'article 9.

Paragraphe 6

74. La Commission a noté que le paragraphe 6 était entre crochets parce que le Groupe de travail n'avait pu, faute de temps, finir de l'examiner à sa quarante-quatrième session. Il avait aussi été proposé à cette session, comme autre solution, que le projet de convention donne aux États la possibilité d'exclure l'application des paragraphes 4 et 5 du projet d'article 9 pour les documents visés au paragraphe 6 en faisant une déclaration conformément au projet d'article 18 (A/CN.9/571, par. 138).

75. Des questions ont été soulevées concernant l'objet du paragraphe 6, qui semblait faire double emploi avec l'exclusion prévue au paragraphe 2 du projet d'article 2. En réponse, il a été fait remarquer que le paragraphe 6 du projet d'article 9 se rapportait aux documents et preuves devant être présentés sous forme écrite à l'appui d'une demande de paiement au titre d'une lettre de crédit ou d'une garantie bancaire, et non à la lettre de crédit ou à la garantie bancaire même, qui ne serait pas exclue du champ d'application de la convention. Il a été précisé que le paragraphe 2 du projet d'article 2 ne visait ni les lettres de crédit ni les garanties bancaires, car il se limitait aux documents ou instruments "transférables". Il a cependant été admis que les notes explicatives devraient apporter des éclaircissements sur la portée de cette exclusion.

76. Un certain appui a été exprimé en faveur du maintien du paragraphe 6 du projet d'article 9, en partie parce que ce dernier rassurait les émetteurs et les créanciers des instruments qu'il mentionnait et en partie parce qu'une exclusion pure et simple dans le projet d'article 9 était considérée comme un meilleur moyen d'assurer la plus grande uniformité possible dans l'application de la Convention que l'autre solution consistant à laisser les États procéder aux exclusions correspondantes en faisant une déclaration en vertu du paragraphe 2 du projet d'article 18. Selon l'avis qui a prévalu, toutefois, les États souhaitant faciliter l'envoi de communications électroniques à l'appui d'une demande de paiement au titre d'une lettre de crédit et d'une garantie bancaire ne devaient pas se voir privés de cette possibilité parce qu'une exclusion générale était prévue au paragraphe 6 du projet d'article 9. Bien qu'indésirables du point de vue de l'uniformisation du droit, des exclusions unilatérales pour les États ne souhaitant pas promouvoir cette possibilité seraient préférables à l'actuel paragraphe 6. La Commission est donc convenue de supprimer ce paragraphe du projet d'article 9.

Article 10. Moment et lieu de l'expédition et de la réception de communications électroniques

77. Le projet d'article était libellé comme suit:

> "1. Le moment de l'expédition d'une communication électronique est le moment où cette communication quitte un système d'information dépendant

de l'expéditeur ou de la partie qui l'a envoyée au nom de l'expéditeur ou, si la communication électronique n'a pas quitté un système d'information dépendant de l'expéditeur ou de la partie qui l'a envoyée au nom de l'expéditeur, le moment où elle est reçue.

2. Le moment de la réception d'une communication électronique est le moment où cette communication peut être relevée par le destinataire à une adresse électronique que celui-ci a désignée. Le moment de la réception d'une communication électronique à une autre adresse électronique du destinataire est le moment où cette communication peut être relevée par le destinataire à cette adresse et où celui-ci prend connaissance du fait qu'elle a été envoyée à cette adresse. Une communication électronique est présumée pouvoir être relevée par le destinataire lorsqu'elle parvient à l'adresse électronique de celui-ci.

3. Une communication électronique est réputée avoir été expédiée du lieu où l'expéditeur a son établissement et avoir été reçue au lieu où le destinataire a son établissement, tels que déterminés conformément à l'article 6.

4. Le paragraphe 2 du présent article s'applique même si le lieu où est situé le système d'information supportant l'adresse électronique est différent du lieu où la communication électronique est réputée avoir été reçue selon le paragraphe 3 du présent article."

Paragraphe 1

78. La Commission a noté que le paragraphe 1 suivait, dans son principe, la règle énoncée à l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, à ceci près qu'il disposait que le moment de l'expédition était celui où la communication électronique quittait un système d'information dépendant de l'expéditeur, et non le moment où elle entrait dans un système d'information ne dépendant pas de l'expéditeur.

79. La Commission a approuvé le projet de paragraphe 1 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 2

80. S'agissant du paragraphe 2, il a été proposé, pour répondre aux préoccupations suscitées par l'utilisation croissante de filtres de sécurité (tels que les filtres antipourriels et autres technologies qui limitaient la réception de courriers électroniques posant problème), de préciser dans les notes explicatives que le principe énoncé dans cette disposition, à savoir que le moment de la réception d'une communication électronique était le moment où cette communication pouvait être relevée par le destinataire à une adresse électronique que celui-ci avait désignée, était une présomption réfragable. Cette proposition a été appuyée par de nombreuses délégations.

81. Il a également été proposé de souligner dans les notes explicatives que le projet d'article 10 n'excluait pas l'envoi de communications électroniques faisant référence à des informations pouvant être relevées par le destinataire à un emplacement particulier, tel qu'une adresse Web. On a émis la crainte que cette proposition risque en fait d'aboutir à la création d'une règle spécifique à une

technologie, étant donné en particulier que, même dans des communications écrites, il était souvent fait référence à des informations contenues dans un autre document disponible séparément, tel qu'un enregistrement dans un registre. Si cette proposition a bénéficié d'un certain appui, on s'est inquiété de ce que la reconnaissance de telles pratiques dans les notes explicatives risque involontairement d'accroître le statut juridique de la publication d'informations sur un site Web. Il a été noté que, tel qu'il était actuellement rédigé, le texte du paragraphe ne concernait pas la notification d'informations figurant sur un site Web. Il a été proposé de faire une distinction entre le cas où une communication électronique faisait référence à un site Web contenant des informations supplémentaires relatives à cette communication et comportait un lien vers ce site, et le cas où elle contenait seulement un lien vers un site Web. Dans le premier cas, l'information affichée sur le site pourrait être interprétée comme faisant partie de la communication électronique en vertu du principe de l'incorporation par référence (énoncé, par exemple, à l'article 5 *bis* de la Loi type sur le commerce électronique), mais pas dans le second. À l'issue de la discussion, la Commission a conclu qu'il n'y avait pas de consensus en faveur de l'inclusion dans les notes explicatives de la précision proposée.

82. Il a été dit que la condition pour la présomption de réception de communications électroniques à une adresse non désignée était une source d'insécurité juridique, car il serait difficile pour l'expéditeur de prouver un élément subjectif comme le moment où le destinataire avait effectivement pris connaissance de l'envoi de la communication électronique à une adresse particulière non désignée. Aussi a-t-il été proposé de supprimer la deuxième phrase du paragraphe 2 et de ne plus faire de distinction, dans ce paragraphe, entre adresses électroniques désignées et non désignées. Il a été fait observer en réponse que le moment où le destinataire prenait connaissance de l'envoi pouvait être démontré par d'autres preuves objectives. La Commission a rappelé que la formulation du paragraphe 2 était le résultat de longues délibérations, et que le texte actuel constituait un compromis soigneusement pesé au sein du Groupe de travail, qui avait reconnu que de nombreux individus avaient plusieurs adresses électroniques et qu'on ne pouvait pas raisonnablement attendre d'eux qu'ils anticipent la réception de communications juridiquement contraignantes à toutes leurs adresses. Après discussion, la Commission a approuvé le projet de paragraphe 2 quant au fond sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 3

83. Selon un avis, le libellé actuel du paragraphe 3, selon lequel une communication électronique était "réputée avoir été reçue" en des lieux particuliers, devrait constituer une présomption réfragable par toute preuve appropriée. À cette fin, il a été proposé de remplacer le mot "réputée" par le mot "présumée". On a fait valoir que cette formulation était plus cohérente avec les autres présomptions figurant dans le projet de convention et qu'elle respectait en outre le principe de l'autonomie des parties. Cette proposition a reçu peu d'appui. On a fait observer que le Groupe de travail avait eu le souci d'éviter une dualité de régimes pour les opérations en ligne et hors ligne et, prenant la Convention des Nations Unies sur les ventes comme précédent, dans laquelle l'accent était mis sur l'établissement effectif, le terme "réputée" avait été choisi délibérément pour éviter d'attacher de l'importance juridique à l'utilisation d'un serveur dans un pays particulier différent

du pays où était situé l'établissement simplement parce que c'était le lieu où une communication électronique était parvenue au système d'information où était située l'adresse électronique du destinataire.

84. La Commission a approuvé le projet d'article 10 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 11. Invitations à l'offre

85. Le projet d'article était libellé comme suit:

> "Une proposition de conclure un contrat faite par l'intermédiaire d'une ou plusieurs communications électroniques qui n'est pas adressée à une ou plusieurs parties déterminées mais qui est normalement accessible à des parties utilisant des systèmes d'information, y compris des propositions qui utilisent des applications interactives permettant de passer des commandes par l'intermédiaire de ces systèmes d'information, doit être considérée comme une invitation à l'offre, à moins qu'elle n'indique clairement l'intention de la partie faisant la proposition d'être liée en cas d'acceptation."

86. Il a été proposé d'incorporer au projet d'article 11 un nouveau paragraphe pour traiter des communications commerciales non sollicitées ("pourriels"). Bien que des préoccupations aient été exprimées en ce qui concerne l'impact des "pourriels", la Commission est convenue que le présent texte n'avait pas à aborder cette question.

87. On a émis le souhait que le sens du terme "applications interactives" soit précisé et il a été demandé s'il était équivalent à "système de messagerie automatisé" défini dans le projet d'article 4 g). La Commission a noté que le terme "applications interactives" avait été employé de préférence à "système de messagerie automatisé", car il était considéré comme suffisamment objectif et comme décrivant mieux une situation qui était évidente pour toute personne accédant à un système, à savoir qu'elle était invitée à échanger des informations par l'intermédiaire de ce système grâce à des actions et à des réactions immédiates visiblement automatiques (A/CN.9/546, par. 114).

88. La Commission a approuvé le projet d'article 11 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 12. Utilisation de systèmes de messagerie automatisés pour la formation des contrats

89. Le projet d'article était libellé comme suit:

> "La validité ou la force exécutoire d'un contrat formé par l'interaction d'un système de messagerie automatisé et d'une personne physique ou par l'interaction de systèmes de messagerie automatisés ne sont pas déniées au seul motif qu'aucune personne physique n'a examiné chacune des actions exécutées par les systèmes ni le contrat qui en résulte."

90. Il a été proposé d'aligner sur deux points le texte du projet d'article 12 et le texte de la définition de "système de messagerie automatisé" figurant au projet d'article 4 g). Premièrement, il a été proposé de reprendre au projet d'article 4 g) le terme "personne physique", employé dans le projet d'article 12. Cette proposition a été acceptée par la Commission.

91. Deuxièmement, il a été proposé de reprendre au projet d'article 12 le verbe "intervenir" qui figurait dans le projet d'article 4 g). Cette proposition a également été acceptée.

92. La Commission a approuvé le projet d'article 12, tel que modifié, quant au fond, et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 13. Mise à disposition des clauses contractuelles

93. Le projet d'article était libellé comme suit:

> "Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidence sur l'application d'aucune règle de droit pouvant obliger une partie qui négocie tout ou partie des clauses d'un contrat en échangeant des communications électroniques à mettre à la disposition de l'autre partie les communications électroniques contenant les clauses contractuelles d'une manière particulière, ni n'exonère une partie des conséquences juridiques auxquelles elle s'exposerait en ne le faisant pas."

94. Il a été demandé de préciser si la référence à "aucune règle de droit" devrait ou non être alignée sur les termes employés ailleurs dans le texte, par exemple au projet d'article 9-2, qui faisait référence à "la loi". En réponse, la Commission a noté que le terme "règle de droit" avait été employé de préférence à "loi" en raison de la formulation de certains paragraphes qui ne se prêtaient pas à l'inclusion du mot "loi". Cela dit, le terme "règle de droit", dans le projet d'article, avait le même sens que le mot "loi" employé au projet d'article 9 et comprenait la législation, la réglementation et la jurisprudence, ainsi que les règles procédurales, mais n'incluait pas les règles qui n'étaient pas devenues parties intégrantes du droit de l'État, comme la *lex mercatoria*, même si l'expression "règles de droit" était parfois utilisée dans ce sens plus large. La Commission a approuvé le projet d'article 13 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 14. Erreur dans les communications électroniques

95. Le projet d'article était libellé comme suit:

> "1. Lorsqu'une personne physique commet une erreur de saisie dans une communication électronique échangée avec le système de messagerie automatisé d'une autre partie et que le système de messagerie automatisé ne lui donne pas la possibilité de corriger l'erreur, cette personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, a le droit de retirer la communication électronique dans laquelle l'erreur de saisie a été commise si:
>
> a) La personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, avise l'autre partie de l'erreur aussitôt que possible après en avoir pris connaissance et lui signale qu'elle a commis une erreur dans la communication électronique;
>
> b) La personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, prend des mesures raisonnables, notamment des mesures conformes aux instructions de l'autre partie, pour rendre les biens ou services éventuellement reçus à la suite de l'erreur ou, si elle a reçu pour instruction de le faire, pour détruire ces biens ou ces services; et

c) La personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, n'a pas tiré d'avantage matériel ou de contrepartie des biens ou services éventuellement reçus de l'autre partie ni utilisé un tel avantage ou une telle contrepartie.

2. Aucune disposition du présent article n'a d'incidence sur l'application d'aucune règle de droit qui peut régir les conséquences de toute erreur commise pendant la formation ou l'exécution du type de contrat en question autre qu'une erreur de saisie qui se produit dans les circonstances prévues au paragraphe 1."

Paragraphe 1

96. On s'est dit favorable au principe selon lequel il serait préférable, excepté dans le cas particulier visé par le projet d'article, de laisser à la législation interne le soin de déterminer les conditions de retrait d'une communication électronique entachée d'erreur, car celles-ci avaient trait aux principes généraux du droit des contrats et non à des questions propres au commerce électronique.

97. Il a été suggéré d'énoncer, dans le projet de disposition, une condition supplémentaire selon laquelle une communication électronique ne pourrait être retirée que si l'on pouvait supposer, compte tenu de toutes les circonstances, qu'une personne raisonnable se trouvant dans la situation de l'expéditeur n'aurait pas envoyé la communication si elle avait eu connaissance de l'erreur à ce moment-là. Cet ajout, a-t-on dit, se justifiait par la nécessité d'empêcher que des parties de mauvaise foi cherchant à annuler un engagement juridique par ailleurs valable qu'elles avaient accepté n'abusent de la possibilité de retrait. Cette proposition a recueilli peu de suffrages, car, a-t-on estimé, elle introduisait un élément subjectif qui obligerait à déterminer l'intention de la partie ayant envoyé le message supposé erroné. On a fait valoir que le projet d'article traitait de la répartition des risques en cas d'erreurs dans les communications électroniques d'une manière équitable et raisonnable. Une communication électronique ne pouvait être retirée que si le système de messagerie automatisé ne permettait pas à l'expéditeur de corriger l'erreur avant l'envoi du message. Si l'exploitant du système n'offrait pas cette possibilité, bien que le projet d'article l'y incite clairement, il était raisonnable de faire supporter à cette partie le risque d'erreurs dans les communications électroniques échangées avec ce système. Le fait de limiter le droit de la partie ayant commis l'erreur de retirer son message ne permettrait pas d'atteindre le but visé par le projet de disposition, à savoir encourager les parties à prévoir un moyen de corriger les erreurs dans les systèmes de messagerie automatisés.

98. Selon un point de vue, il fallait remplacer le mot "retirer" par "corriger" ou encore employer les deux mots à la fois, pour les motifs déjà exposés durant les délibérations du Groupe de travail (voir A/CN.9/571, par. 193). À cette suggestion ont été opposés les arguments suivants: a) la conséquence typique d'une erreur dans la plupart des systèmes juridiques était de permettre à la partie ayant commis l'erreur d'annuler les effets de l'opération résultant de son erreur, mais pas nécessairement de rétablir l'intention initiale et de conclure une nouvelle opération; b) le retrait équivalait à annuler une communication, tandis que la correction exigeait la possibilité de modifier la précédente communication (une disposition conférant le droit de correction engendrerait des coûts supplémentaires pour les fournisseurs de systèmes et offrirait un moyen de rectification sans équivalent dans

l'environnement papier, résultat que le Groupe de travail avait précédemment décidé d'éviter); et c) l'amendement proposé risquait de poser des problèmes pratiques, car les exploitants de systèmes de messagerie automatisés pouvaient plus facilement offrir la possibilité d'annuler une communication déjà enregistrée que celle de corriger des erreurs après conclusion d'une opération. Il a en outre été indiqué que le droit de correction risquait d'obliger l'auteur d'une offre ayant reçu une communication électronique dont l'autre partie disait ensuite qu'elle était erronée à maintenir son offre initiale puisque l'autre partie avait effectivement remplacé la communication retirée.

99. On a fait observer que le paragraphe 1 du projet d'article 14 exigeait le retrait de la communication électronique dans son intégralité même lorsque l'erreur n'entachait qu'une partie de cette communication. Il a été dit que le droit de retrait ne devait pas avoir d'incidence sur les parties du message exemptes d'erreur. Il a été ajouté que la possibilité d'un retrait partiel contribuerait aussi à prévenir tout exercice abusif du droit de retirer une communication.

100. Après discussion, la Commission a décidé d'insérer au paragraphe 1 les mots "la partie de" entre "le droit de retirer" et "la communication électronique". Elle a prié le secrétariat de préciser dans les notes explicatives quelle incidence le retrait d'une partie de la communication électronique pourrait avoir sur la validité du message tout entier. La Commission a approuvé le chapeau et l'alinéa a) du projet de paragraphe 1 et les a renvoyés au groupe de rédaction.

Alinéa b)

101. Il a été proposé de supprimer l'alinéa b), car il avait trait non pas aux conditions d'exercice du droit de retrait mais aux conséquences de l'erreur, qui devaient être déterminées par le droit interne. Après discussion, la Commission a décidé de supprimer cet alinéa.

Alinéa c)

102. Il a également été proposé de supprimer l'alinéa c), pour les mêmes raisons qu'à l'alinéa b) (voir par. 101 ci-dessus). L'avis contraire a aussi été exprimé, à savoir que l'alinéa c) portait sur les conditions d'exercice du droit de retrait. On a ajouté que la raison d'être du projet de disposition était d'empêcher le retrait lorsque la partie qui avait commis l'erreur avait déjà tiré un avantage matériel ou une contrepartie de la communication viciée. La Commission a décidé de conserver l'alinéa c) et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 1: délai

103. Il a été indiqué que le projet de convention devrait contenir une disposition spécifiant un délai de deux ans pour exercer le droit de retrait en cas d'erreur de saisie. On a fait observer qu'un tel délai sécuriserait les opérations juridiques, qui sinon seraient indéfiniment susceptibles de retrait jusqu'à découverte de l'erreur. Il a été répondu à cet argument que, dans de nombreux systèmes juridiques, les délais relevaient de l'ordre public et que le projet de convention ne devrait pas aborder la question. On a ajouté que les alinéas a) et c) avaient déjà pour effet combiné de limiter le délai dans lequel une communication électronique pouvait être retirée, puisque le retrait devait être effectué "aussitôt que possible", et en tout état de cause

au plus tard au moment où la partie avait utilisé ou tiré un avantage matériel ou une contrepartie des biens ou des services reçus de l'autre partie. À l'issue de la discussion, la Commission a décidé de ne pas insérer de délai pour l'exercice du droit de retrait en cas d'erreur de saisie.

Paragraphe 2

104. On a fait observer que le projet d'article 14 visait essentiellement à indiquer que le moyen spécifique prévu pour rectifier une erreur de saisie n'était pas censé porter atteinte à la doctrine générale de l'erreur existant dans les lois nationales. Pour mieux exprimer cette idée, il a été proposé de remplacer, au paragraphe 2, les mots "en question autre qu'une erreur de saisie qui se produit dans les circonstances prévues au paragraphe 1" par une formulation telle que: "pour d'autres motifs ou d'autres fins que prévoir un moyen spécial de rectifier des erreurs de saisie qui se sont produites dans les circonstances visées au paragraphe 1." Cette proposition a été appuyée, mais il a été suggéré d'en abréger le texte pour dire simplement "autre que celle visée au paragraphe 1". Il a aussi été proposé de supprimer les mots "commise pendant la formation ou l'exécution du type de contrat en question", car ils étaient inutiles compte tenu du renvoi au paragraphe 1. Cette proposition a été acceptée Une proposition a été faite d'inclure, au paragraphe 2, une référence à un "moyen spécial", mais elle n'a pas été appuyée. La Commission est convenue de modifier le paragraphe 2 à peu près comme suit: "Aucune disposition du présent article n'a d'incidence sur l'application d'une règle de droit quelconque qui peut régir les conséquences de toute erreur autre que celle visée au paragraphe 1". La Commission a approuvé quant au fond le projet de paragraphe 2 tel que modifié et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Remarques générales sur les dispositions finales

105. La Commission a noté que les projets d'articles 15 à 21, 22 (variante A), 23 et 25 figuraient déjà dans la dernière version du projet de convention examinée par le Groupe de travail. Les projets d'articles 16 *bis*, 19 *bis*, 22 (variante B) et 24 correspondaient quant à eux à de nouvelles dispositions qui avaient été proposées à la quarante-quatrième session du Groupe de travail. À cette session, ce dernier avait examiné et approuvé les projets d'articles 18 et 19. Il avait également tenu un premier débat sur les autres dispositions finales, qu'il n'avait pu formellement approuver, faute de temps. Suite à ses délibérations sur les chapitres Ier, II et III, et les projets d'articles 18 et 19, il avait prié le secrétariat de modifier en conséquence les projets de dispositions finales du chapitre IV, figurant dans la version du projet de convention qu'il avait examinée. Il l'avait également prié d'insérer entre crochets, dans le projet final qui serait soumis à la Commission, les projets de dispositions additionnelles qui avaient été proposés à sa quarante-quatrième session (A/CN.9/571, par. 10).

Article 15. Dépositaire

106. Le projet d'article était libellé comme suit:

> "Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies est désigné comme dépositaire de la présente Convention."

107. Aucune observation n'a été faite sur ce projet d'article, que la Commission a approuvé quant au fond et renvoyé au groupe de rédaction.

Article 16. Signature, ratification, acceptation ou approbation

108. Le projet d'article était libellé comme suit:

"1. La présente Convention est ouverte à la signature de tous les États [au […] du […] au […] puis] au Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York du […] au […].

2. La présente Convention est sujette à ratification, acceptation ou approbation par les États signataires.

3. La présente Convention est ouverte à l'adhésion de tous les États qui ne sont pas signataires à partir de la date à laquelle elle est ouverte à la signature.

4. Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion sont déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies."

109. La Commission a noté qu'à défaut de propositions concrètes de convoquer une conférence diplomatique pour l'adoption du projet de convention, aucune recommandation à cet effet ne serait faite à l'Assemblée générale. Elle est donc convenue de supprimer le premier groupe de mots entre crochets. S'agissant de la période durant laquelle la convention devrait être ouverte à la signature, la Commission est convenue que les États devraient avoir la possibilité de signer celle-ci pendant deux ans après son adoption par l'Assemblée. Elle a prié le secrétariat d'envisager la possibilité d'organiser une cérémonie spéciale, éventuellement pendant sa trente-neuvième session en 2006, pour permettre aux États de signer la convention, l'expérience récente ayant démontré l'utilité de telles cérémonies pour promouvoir la signature de conventions internationales nouvellement adoptées.

110. La Commission a approuvé quant au fond le projet d'article, tel que modifié et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 16 *bis*. Participation d'organisations régionales d'intégration économique

111. Le projet d'article était libellé comme suit:

"[1. Une organisation régionale d'intégration économique constituée par des États souverains et ayant compétence sur certaines matières régies par la présente Convention peut elle aussi signer, ratifier, accepter et approuver la présente Convention ou y adhérer. En pareil cas, l'organisation régionale d'intégration économique aura les mêmes droits et obligations qu'un État contractant, dans la mesure où cette organisation a compétence sur des matières régies par la présente Convention. Lorsque le nombre d'États contractants est pertinent dans la présente Convention, l'organisation régionale d'intégration économique n'est pas comptée comme État contractant en plus de ses États membres qui sont des États contractants.

2. Au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, l'organisation régionale d'intégration économique présente au dépositaire une déclaration indiquant les matières

régies par la présente Convention pour lesquelles ses États membres ont délégué leur compétence à cette organisation. L'organisation régionale d'intégration économique informe sans retard le dépositaire de toute modification intervenue dans la délégation de compétence, y compris de nouvelles délégations de compétence, précisée dans la déclaration faite en vertu du présent paragraphe.

3. Toute référence à "État contractant", "États contractants", "État partie" ou "États parties" dans la présente Convention s'applique également à une organisation régionale d'intégration économique, lorsque le contexte requiert qu'il en soit ainsi.]"

112. La Commission a noté que ce projet d'article reprenait une proposition faite à la quarante-quatrième session du Groupe de travail. Le maintien du projet d'article a été fortement appuyé, car a-t-on estimé une telle disposition, qui figurait également dans d'autres conventions internationales récentes sur le droit commercial international, telles que la Convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001)[9] (la "Convention du Cap"), faciliterait une plus large participation à la convention. Un certain nombre de questions ont toutefois été soulevées à propos de la formulation du projet d'article.

113. La proposition d'appliquer aussi le projet d'article aux organisations internationales en général, et pas seulement aux organisations régionales d'intégration économique, n'a reçu aucun appui. Il a été noté qu'au stade actuel, la plupart des organisations internationales n'avaient pas le pouvoir d'adopter de règles juridiquement contraignantes directement applicables aux contrats de gré à gré, car un tel pouvoir impliquait normalement l'exercice de certains attributs de la souveraineté des États que seules quelques organisations régionales d'intégration économique avaient reçus de leurs États membres. Certaines délégations ont toutefois exprimé l'avis que le projet d'article ne devrait pas être interprété comme excluant les organisations internationales qui avaient effectivement la compétence nécessaire.

114. Il a été proposé que le projet d'article n'autorise une organisation régionale d'intégration économique à ratifier la convention que lorsque ses États membres l'y avaient expressément autorisée. Il a également été dit qu'une telle organisation ne devrait pas avoir le droit de ratifier la convention si aucun de ses États membres n'avait décidé de le faire. En réponse, il a été observé que l'étendue des pouvoirs conférés à une organisation régionale d'intégration économique était une question interne qui concernait les relations entre l'organisation et ses États membres. Il a été convenu que le projet d'article ne devrait pas prescrire comment devraient être répartis les compétences et les pouvoirs entre les organisations régionales d'intégration économique et leurs États membres.

115. S'agissant du membre de phrase "ayant compétence sur certaines matières régies par la présente Convention", au paragraphe 1, l'avis a été exprimé qu'une organisation régionale d'intégration économique ne devrait pouvoir ratifier la convention ou y adhérer que dans la mesure où elle avait compétence sur toutes les

[9] Accessible à l'adresse: <http://www.unidroit.org/french/conventions/mobile-equipment/mobile-equipment.pdf>.

matières régies par cette dernière. À cet égard, on s'est interrogé aussi sur l'interaction entre les projets d'articles 16 *bis* et 18. Il a été demandé si une organisation régionale d'intégration économique pouvait soumettre des déclarations différentes de celles de ses États membres. Une telle situation, a-t-on dit, était extrêmement fâcheuse, car il en résulterait une grande incertitude dans l'application de la convention et ôterait aux parties privées la faculté de déterminer facilement par avance quelles matières étaient régies par la convention pour quels États. Des éclaircissements ont également été demandés concernant les matières sur lesquelles une organisation régionale d'intégration économique et ses États membres étaient susceptibles d'avoir une compétence partagée et la manière dont les parties privées, dans des pays tiers, pourraient savoir quand le pouvoir de faire une déclaration revenait aux États membres ou à l'organisation.

116. Il a été répondu que les organisations régionales d'intégration économique recevaient normalement leurs pouvoirs de leurs États membres et que, de par leur nature même, en tant qu'organisations internationales, elles n'avaient compétence que dans les domaines qui avaient été expressément ou implicitement transférés à leur sphère d'activités. Plusieurs dispositions du projet de convention, en particulier au chapitre IV, supposaient l'exercice d'une souveraineté d'État entière, et une organisation régionale d'intégration économique ne pouvait appliquer intégralement le projet de convention. Il était en outre possible que le pouvoir de légiférer sur les questions de fond abordées dans le projet de convention soit dans une certaine mesure partagé entre l'organisation et ses États membres. Ce projet d'article ne fonderait pas une organisation régionale d'intégration économique à ratifier la convention si elle n'avait pas compétence sur les matières régies par celle-ci, mais il était utile pour les cas où elle avait une certaine compétence.

117. Pour ce qui est des déclarations que l'organisation régionale d'intégration économique et ses États membres pourraient présenter, il a été estimé que, en pratique, il était peu probable que des déclarations contradictoires puissent être soumises par l'organisation et ses États membres. Le paragraphe 2 du projet d'article exigeait déjà un degré élevé de coordination dans la mesure où l'organisation régionale d'intégration économique était tenue de présenter une déclaration indiquant les matières pour lesquelles ses États membres lui avaient délégué leur compétence. Dans des circonstances normales, des consultations approfondies auraient lieu, à l'issue desquelles, si des déclarations visées au projet d'article 18 étaient jugées nécessaires, il y aurait un jeu de déclarations communes sur les matières pour lesquelles l'organisation d'intégration économique était compétente, déclarations qui seraient contraignantes pour tous les États membres de cette organisation. Les déclarations divergentes d'États membres ne concerneraient donc que les matières pour lesquelles les États membres n'avaient pas délégué de compétence exclusive à l'organisation régionale d'intégration économique ou des matières propres à l'État membre faisant une déclaration, ce qui pourrait être le cas, par exemple, pour les déclarations visées aux paragraphes 2 à 4 du projet d'article 19, étant donné que les États membres d'une organisation régionale d'intégration économique n'étaient pas nécessairement tous des États contractants aux mêmes conventions ou traités internationaux.

118. La Commission a pris note de ces commentaires. On s'est accordé à reconnaître qu'il était primordial d'assurer la compatibilité entre les déclarations faites par les organisations régionales d'intégration économique et celles faites par

leurs États membres. La Commission a admis que, vu la flexibilité nécessaire pour prendre en compte les particularités des organisations régionales d'intégration économique, il ne serait pas possible de formuler, dans le projet de convention, des dispositions qui élimineraient effectivement tout risque, du moins en théorie, de voir une organisation régionale d'intégration économique et ses États membres faire des déclarations contradictoires. Néanmoins, un large consensus s'est dégagé au sein de la Commission, selon lequel les États contractants à la convention seraient en droit d'attendre d'une organisation régionale d'intégration économique ayant ratifié la convention et de ses propres États membres qu'ils prennent les mesures nécessaires pour éviter toute contradiction dans la manière dont ils appliquaient la convention.

119. Il a été dit que certaines organisations régionales d'intégration économique avaient le pouvoir d'adopter des règles visant à harmoniser le droit commercial privé afin de faciliter l'établissement d'un marché interne entre ses États membres. Ces cas s'apparentaient à la situation de certains pays dans lesquels des entités sous-nationales, telles que des états ou des provinces, avaient autorité pour légiférer concernant les matières relevant du droit privé. En conséquence, pour les matières sujettes à une harmonisation juridique sur le plan régional, une organisation régionale d'intégration économique présentait certaines des caractéristiques d'un système juridique interne et devait donc être traitée de la même manière. Pour toutes ces raisons, il a été proposé d'ajouter un nouveau paragraphe au projet d'article, aux termes duquel, dans leurs relations mutuelles, les États contractants à la convention devraient appliquer les règles émanant de l'organisation régionale d'intégration économique plutôt que les dispositions de la convention.

120. Si plusieurs se sont prononcés en faveur de cette nouvelle disposition, d'autres s'y sont déclarés fortement opposés. Ces objections largement partagées tenaient essentiellement au fait qu'il serait malvenu qu'un instrument établi par les Nations Unies dicte aux États membres d'une organisation régionale d'intégration économique les règles qu'ils devaient appliquer en raison de leur appartenance à cette organisation régionale. Il a été noté que d'autres instruments préparés par la Commission, comme la Convention des Nations Unies sur les ventes, reconnaissaient aux États disposant de lois similaires sur les matières régies par ces instruments le droit de déclarer que leurs lois internes prévalaient sur les dispositions de l'instrument international pour les contrats conclus entre des parties situées sur leur territoire. Il ne serait toutefois pas acceptable qu'une convention internationale dicte aux États la manière dont ils devaient appliquer leurs lois internes ou leurs engagements régionaux.

121. La Commission a longuement étudié cette proposition et les arguments militant en sa faveur, ainsi que d'autres propositions présentées pour répondre aux préoccupations de ceux qui avaient soulevé des objections. Elle est finalement convenue d'ajouter un nouveau paragraphe 4 au projet d'article, qui pourrait être libellé comme suit:

> "La présente Convention ne prévaut sur aucune règle contraire d'une organisation d'intégration économique régionale applicable aux parties dont les établissements respectifs sont situés dans des États membres d'une telle organisation, comme précisé par une déclaration faite conformément à l'article 20."

122. En réponse aux questions soulevées concernant la nouvelle disposition, on a fait observer que la déclaration qui y était visée serait présentée par l'organisation régionale d'intégration économique même et qu'elle était distincte et sans préjudice des déclarations faites par les États conformément au paragraphe 2 du projet d'article 18. Si une organisation régionale d'intégration économique ne ratifiait pas la convention, ses États membres, s'ils le souhaitaient, auraient toujours le droit d'inclure, parmi les autres déclarations qu'ils pourraient vouloir faire, une déclaration du type de celle envisagée au nouveau paragraphe 4 du projet d'article compte tenu de la portée étendue du paragraphe 2 du projet d'article 18. Il a été convenu qu'en l'absence d'une telle déclaration par un État, le paragraphe 4 du projet d'article ne s'appliquerait pas automatiquement.

123. La Commission a approuvé le projet d'article quant au fond, avec l'ajout qu'elle avait accepté, et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 17. Effet dans les unités territoriales nationales

124. Le projet d'article était libellé comme suit:

> "1. Si un État contractant comprend deux unités territoriales ou plus dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la présente Convention, il peut, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou uniquement à l'une ou plusieurs d'entre elles et peut à tout moment modifier sa déclaration en faisant une nouvelle déclaration.
>
> 2. Ces déclarations sont notifiées au dépositaire et désignent expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.
>
> 3. Si, en vertu d'une déclaration faite conformément au présent article, la présente Convention s'applique à l'une ou plusieurs des unités territoriales d'un État contractant, mais non pas à toutes, et si l'établissement d'une partie est situé dans cet État, cet établissement est considéré, aux fins de la présente Convention, comme n'étant pas situé dans un État contractant, à moins qu'il ne soit situé dans une unité territoriale à laquelle la Convention s'applique.
>
> 4. Si un État contractant ne fait pas de déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article, la Convention s'applique à toutes les unités territoriales de cet État."

125. La Commission a noté que la formulation de ce projet d'article était inspirée de celle de dispositions semblables figurant dans d'autres instruments qu'elle avait élaborés. Toutefois, l'expression "selon sa constitution", qui suivait les mots "deux unités territoriales ou plus dans lesquelles" avait été supprimée dans d'autres instruments. La Commission a pris note de cette nouveauté, a approuvé quant au fond le projet d'article 17 sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 18. Déclarations concernant le champ d'application

126. Le projet d'article était libellé comme suit:

> "1. Tout État peut déclarer, conformément à l'article 20, qu'il appliquera la présente Convention uniquement:

a) Lorsque les États visés au paragraphe 1 de l'article premier sont des États contractants à la présente Convention;

b) Lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant; ou

c) Lorsque les parties sont convenues qu'elle s'applique.

2. Tout État peut exclure du champ d'application de la présente Convention les matières spécifiées dans une déclaration faite conformément à l'article 20."

127. La Commission est convenue qu'il faudrait supprimer l'alinéa b) du paragraphe 1 pour tenir compte de son interprétation selon laquelle l'application de la convention serait dans tous les cas soumise aux règles du droit international privé et que, par conséquent, l'alinéa b) était redondant (voir par. 21 et 22 ci-dessus).

128. Il a été suggéré de supprimer l'alinéa c) du paragraphe 1 car il serait source de grande insécurité concernant l'application de la convention dans des États non parties dont les règles de droit international privé conduisaient les tribunaux à appliquer les lois d'un État contractant qui avait fait une telle déclaration. On a soutenu en outre que, dans la pratique, toute déclaration en vertu de cet alinéa limiterait considérablement l'applicabilité de la convention et la priverait de sa fonction première, qui était de prévoir des règles supplétives pour l'utilisation de communications électroniques par des parties qui ne s'étaient pas accordées sur des règles contractuelles détaillées s'appliquant aux matières régies par le projet de convention. On a cependant fait observer aussi que la disposition donnerait aux États qui pourraient avoir des difficultés à accepter l'application générale de la convention en vertu du paragraphe 1 de son article premier la possibilité d'autoriser leurs nationaux à désigner la convention comme loi applicable. La Commission est convenue de conserver le projet de disposition.

129. On s'est demandé si le paragraphe 2 du projet d'article 18 autorisait les États à faire une déclaration selon laquelle l'application de la convention serait limitée à la seule utilisation de communications électroniques en rapport avec des contrats régis par certaines des conventions internationales énumérées au paragraphe 1 du projet d'article 19, par exemple la Convention de New York et la Convention des Nations Unies sur les ventes, dans la mesure où l'État qui faisait une telle déclaration était lié par ces conventions. La Commission est convenue que, selon la formulation générale du paragraphe 2 du projet d'article 18, une telle déclaration serait possible. Il a toutefois été noté aussi que, si toute forme de participation à la convention contribuerait à développer le recours au commerce électronique dans les échanges internationaux, des déclarations de ce type n'aideraient pas à atteindre l'objectif tout aussi recherché d'assurer l'application la plus large possible de la convention, et elles ne devraient pas être encouragées.

130. La Commission a approuvé quant au fond le projet d'article tel que modifié et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 19. Communications échangées conformément à d'autres conventions internationales

131. Le projet d'article était libellé comme suit:

"1. Les dispositions de la présente Convention s'appliquent à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat auquel s'applique l'une quelconque des conventions internationales ci-après dont un État contractant à la présente Convention est un État contractant ou peut le devenir:

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958);

Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 14 juin 1974) et Protocole y relatif (Vienne, 11 avril 1980);

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 11 avril 1980);

Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 19 avril 1991);

Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (New York, 11 décembre 1995);

Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (New York, 12 décembre 2001).

2. Les dispositions de la présente Convention s'appliquent en outre aux communications électroniques se rapportant à la formation ou à l'exécution d'un contrat auquel s'applique une autre convention ou un autre traité ou accord international non expressément mentionné au paragraphe 1 du présent article dont un État contractant à la présente Convention est un État contractant ou peut le devenir, sauf si cet État a déclaré, conformément à l'article 20, qu'il ne sera pas lié par le présent paragraphe.

3. Un État qui fait une déclaration en application du paragraphe 2 du présent article peut également déclarer qu'il appliquera néanmoins les dispositions de la présente Convention à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution de tout contrat auquel s'appliquent une convention, un traité ou un accord international spécifié dont cet État est un État contractant ou peut le devenir.

4. Tout État peut déclarer qu'il n'appliquera pas les dispositions de la présente Convention à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat auquel s'appliquent une convention, un traité ou un accord international qu'il a spécifié dans sa déclaration et dont il est un État contractant ou peut le devenir, y compris l'une quelconque des conventions mentionnées au paragraphe 1 du présent article, même s'il n'a pas exclu l'application du paragraphe 2 du présent article dans une déclaration faite conformément à l'article 20."

132. Prenant note des longues délibérations du Groupe de travail sur ce projet d'article (A/CN.9/571, par. 47 à 58), la Commission l'a approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 19 *bis*. Procédure d'amendement du paragraphe 1 de l'article 19

133. Le projet d'article était libellé comme suit:

> "[1. La liste d'instruments figurant au paragraphe 1 de l'article 19 peut être modifiée par l'ajout [d'autres conventions élaborées par la CNUDCI] [de conventions, de traités ou d'accords pertinents] qui sont ouverts à la participation de tous les États.
>
> 2. Après l'entrée en vigueur de la présente Convention, tout État Partie peut proposer un tel amendement. Toute proposition d'amendement est communiquée par écrit au dépositaire, qui avise tous les États Parties des propositions qui réunissent les conditions énoncées au paragraphe 1 et sollicite leur avis au sujet de l'adoption de l'amendement proposé.
>
> 3. L'amendement proposé est réputé adopté à moins qu'un tiers des États Parties ne s'y oppose par écrit dans les 180 jours suivant sa communication.]"

134. La Commission a noté que tout le projet d'article figurait entre crochets car il reprenait une proposition faite à la quarante-quatrième session du Groupe de travail, que ce dernier n'avait cependant pas eu le temps d'examiner.

135. On a fait observer que ce projet de disposition favoriserait l'application de la convention à d'autres instruments de la CNUDCI, dont la mise en œuvre était particulièrement encouragée compte tenu de leur origine, comme le montrait le texte du projet d'article 19. On s'est inquiété cependant du mécanisme d'acceptation tacite des amendements, prévu au projet de paragraphe 3, dans la mesure où il lierait les États qui n'avaient pas expressément exprimé leur consentement à être liés par l'amendement. On a ajouté qu'à défaut d'une disposition spécifique, il serait possible de modifier l'article en question conformément aux règles générales applicables à la convention.

136. Après discussion, la Commission a décidé de supprimer le projet d'article 19 *bis* du texte du projet de convention.

Article 20. Procédure et effets des déclarations

137. Le projet d'article était libellé comme suit:

> "1. Des déclarations peuvent être faites à tout moment en vertu du paragraphe 1 de l'article 17, des paragraphes 1 et 2 de l'article 18 et des paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 19. Les déclarations faites lors de la signature sont sujettes à confirmation lors de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation.
>
> 2. Les déclarations et leur confirmation sont faites par écrit et formellement notifiées au dépositaire.
>
> 3. Les déclarations prennent effet à la date de l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État concerné. Cependant, une déclaration dont le dépositaire reçoit notification formelle après cette date prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date de sa réception par le dépositaire.

4. Tout État qui fait une déclaration en vertu de la présente Convention peut à tout moment la modifier ou la retirer par notification formelle adressée par écrit au dépositaire. La modification ou le retrait prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire."

138. La Commission est convenue qu'il faudrait supprimer du paragraphe 1 du projet d'article 20 la référence au paragraphe 1 du projet d'article 17, du fait que la déclaration visée dans cette disposition, comme l'indiquait d'ailleurs celle-ci, était généralement faite au moment où l'État exprimait son consentement à être lié.

139. La Commission est convenue qu'il faudrait insérer au paragraphe 1 du projet d'article 20 une référence au paragraphe 4 du projet d'article 16 *bis*. Il a été indiqué qu'à la différence de la déclaration prévue au paragraphe 2 de ce même projet d'article 16 *bis*, qui était généralement faite au moment où l'organisation régionale d'intégration économique exprimait sa participation, la déclaration prévue au paragraphe 4 pouvait être faite à tout moment.

140. Il a été dit par ailleurs que les déclarations faites après l'entrée en vigueur de la convention devraient prendre effet trois mois après la date de réception par le dépositaire, comme en disposaient d'autres accords de droit commercial international. À cela il a cependant été répondu qu'un délai de trois mois ne serait peut-être pas suffisant pour permettre à certaines pratiques commerciales de s'adapter et qu'il faudrait, à cette fin, conserver le délai de six mois.

141. Sous réserve de ces modifications, la Commission a approuvé le projet d'article quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 21. Réserves

142. Le projet d'article était libellé comme suit:

"Aucune réserve ne peut être faite en vertu de la présente Convention."

143. Ayant pris note de la différence qu'il y avait selon le Groupe de travail dans la pratique entre des déclarations et des réserves dans le contexte du projet de convention (voir A/CN.9/571, par. 30), la Commission a approuvé le projet d'article quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 22. Amendements

144. Le projet d'article était libellé comme suit:

"[Variante A

1. Tout État contractant peut proposer des amendements à la présente Convention. Les amendements proposés sont soumis par écrit au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, qui communique la proposition à tous les États Parties, en les priant d'indiquer s'ils sont ou non favorables à la tenue d'une conférence des États Parties. Si, dans un délai de quatre mois à compter de la date à laquelle cette communication a été faite, un tiers au moins des États parties sont favorables à la tenue d'une conférence, le Secrétaire général la convoque sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies. Les propositions d'amendement sont communiquées aux États contractants au moins quatre-vingt-dix jours avant la conférence.

2. Les amendements à la présente Convention sont adoptés par [les deux tiers] [à la majorité] des États contractants présents et votants à la conférence des États contractants et entrent en vigueur à l'égard des États qui les ont ratifiés, acceptés ou approuvés le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date à laquelle les [deux tiers des] États contractants au moment de l'adoption de l'amendement à la conférence des États contractants ont déposé leur instrument d'acceptation de l'amendement.]

[Variante B

1. Le [Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies] [secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international] prépare, [chaque année ou] à tout [autre] moment quand les circonstances l'exigent, des rapports à l'intention des États Parties concernant la manière dont fonctionne dans la pratique le régime international établi dans la présente Convention.

2. À la demande [d'au moins vingt-cinq pour cent] des États Parties, des conférences d'évaluation des États contractants sont organisées de temps à autre par [le Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies] [le secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international] pour examiner:

a) L'application pratique de la présente Convention et la mesure dans laquelle elle facilite effectivement le commerce électronique relevant de son champ d'application;

b) L'interprétation judiciaire et l'application des dispositions de la présente Convention;

c) L'opportunité d'apporter des modifications à la Convention.

3. Tout amendement à la présente Convention doit être approuvé à la majorité des deux tiers au moins des États participant à la conférence visée au paragraphe précédent, et entre ensuite en vigueur à l'égard des États qui ont ratifié, accepté ou approuvé ledit amendement, après sa ratification, son acceptation ou son approbation par trois États conformément aux dispositions de l'article 23 relatives à son entrée en vigueur.]"

145. La Commission a noté que la variante A du projet d'article figurait déjà dans la dernière version du projet de convention examinée par le Groupe de travail, tandis que la variante B prenait en compte une proposition qui avait été faite à la quarante-quatrième session du Groupe de travail et que ce dernier n'avait pas eu le temps d'étudier. Il a été indiqué à la Commission que la variante B offrait un moyen plus souple d'évaluer la nécessité de modifier le projet de convention. Il lui a également été précisé qu'il pourrait être nécessaire de remplacer les références au "Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies" et au "secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international" par des références au "Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies" ou au "dépositaire" afin de se conformer aux pratiques concernant les services administratifs fournis par l'Organisation à ses États Membres.

146. Bien que la variante A ait bénéficié d'un certain appui, la Commission s'est prononcée majoritairement en faveur de l'adoption de la variante B comme

hypothèse de travail. L'idée de demander au secrétariat de suivre l'application pratique de la convention et de faire rapport de temps à autre aux États Membres sur les problèmes ou les faits nouveaux susceptibles de justifier une révision de la convention a été fortement soutenue. Il y a également eu des partisans d'une procédure d'amendement simplifiée qui pourrait éviter de convoquer des conférences diplomatiques ad hoc et tirerait parti du cadre offert par la Commission, ses groupes de travail et le secrétariat pour examiner les propositions de révision de la convention. En revanche, les avis ont considérablement divergé quant au niveau de détail avec lequel ces objectifs devaient être exposés dans le projet de convention et quant à la mesure dans laquelle ce dernier devrait aborder les procédures d'amendement. En particulier, de fortes objections ont été émises à ce qu'il soit fait expressément référence dans le projet de convention à une procédure d'amendement requérant un vote en bonne et due forme des États contractants, au motif que la pratique consistant à prendre les décisions par consensus, que la Commission appliquait systématiquement depuis des années, était plus appropriée pour la formulation de règles uniformes sur des questions de droit privé.

147. Il a été dit que la Commission pouvait proposer des modifications, au moyen d'un protocole ou en appliquant ses propres procédures, et que les États contractants pouvaient toujours modifier à tout moment des dispositions dans leurs relations mutuelles en vertu du droit des traités existant. Il a aussi été noté que la plupart des conventions que la Commission avait rédigées ne contenaient aucune disposition relative à leur amendement. En l'absence de dispositions de ce type dans le projet de convention, les principes qui s'appliqueraient pour l'amendement de la convention seraient ceux énoncés dans la Convention de Vienne sur le droit des traités[10] pour les États qui y étaient parties, et les principes du droit international coutumier. À l'issue d'un long débat sur ces vues divergentes et après avoir examiné diverses propositions visant à répondre aux préoccupations exprimées, la Commission a décidé de supprimer le projet d'article 22.

Article 23. Entrée en vigueur

148. Le projet d'article était libellé comme suit:

> "1. La présente Convention entre en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois après la date du dépôt du [...] instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.
>
> 2. Lorsqu'un État ratifie, accepte ou approuve la présente Convention ou y adhère après le dépôt du [...] instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, la présente Convention entre en vigueur à l'égard de cet État le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois après la date du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion."

149. La Commission a noté que les conventions de la CNUDCI adoptées à ce jour exigeaient au minimum 3 ratifications et au maximum 10 pour entrer en vigueur. Il a été proposé que le nombre de ratifications à insérer dans ce projet d'article soit 20. La Commission a toutefois rejeté cette proposition, l'opinion majoritaire étant en faveur de l'entrée en vigueur après la ratification par trois États. Il a été noté que

[10] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 18232.

cette approche était conforme à la tendance actuelle pour les conventions de droit commercial, qui favorisait leur application la plus rapide possible pour les États qui souhaitaient appliquer ces règles à leur commerce.

150. La Commission est convenue d'insérer le mot "troisième" entre les crochets aux paragraphes 1 et 2. Elle a approuvé le projet d'article quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 24. Règles transitoires

151. Le projet d'article était libellé comme suit:

> "[1. La présente Convention s'applique uniquement aux communications électroniques qui sont échangées après la date à laquelle elle entre en vigueur.
>
> 2. Dans les États contractants qui font une déclaration en vertu du paragraphe 1 de l'article 18, la présente Convention s'applique uniquement aux communications électroniques qui sont échangées après la date à laquelle elle entre en vigueur à l'égard des États contractants visés à l'alinéa a) du paragraphe 1 ou de l'État contractant visé à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 18.
>
> 3. La présente Convention s'applique uniquement aux communications électroniques visées au paragraphe 1 de l'article 19, après la date à laquelle la convention applicable, parmi celles énumérées au paragraphe 1 de l'article 19, est entrée en vigueur dans l'État contractant.
>
> 4. Lorsqu'un État contractant a fait une déclaration en vertu du paragraphe 3 de l'article 19, la présente Convention s'applique uniquement aux communications électroniques qui sont échangées en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat entrant dans le champ d'application de la déclaration après la date à laquelle celle-ci prend effet conformément aux paragraphes 3 ou 4 de l'article 20.
>
> 5. Une déclaration faite en vertu des paragraphes 1 ou 2 de l'article 18 ou des paragraphes 2, 3 ou 4 de l'article 19, ou son retrait ou sa modification, ne porte atteinte à aucun droit créé par des communications électroniques qui sont échangées avant la date à laquelle la déclaration prend effet conformément aux paragraphes 3 ou 4 de l'article 20.]"

152. La Commission a noté que la dernière version du projet de convention que le Groupe de travail avait examinée ne contenait que le paragraphe 1 du projet d'article. Sous sa forme actuelle, le projet d'article correspondait à une proposition faite à la quarante-quatrième session du Groupe de travail.

153. Un certain appui a été exprimé en faveur de l'insertion dans le projet de convention d'une disposition visant à assurer que celui-ci ne s'appliquerait pas rétroactivement. Toutefois, des éclaircissements ont été demandés sur le point de savoir si les mots "après la date à laquelle elle entre en vigueur" visaient la date d'entrée en vigueur en général ou la date d'entrée en vigueur pour l'État contractant concerné. Il a été noté que, s'il s'agissait de la date à laquelle la convention entrait en vigueur en général, cela risquait d'entraîner une application rétroactive pour les États qui y deviendraient ultérieurement parties. Pour lever cette ambiguïté, il a été convenu d'ajouter les mots "à l'égard de chaque État contractant" au paragraphe 1.

154. Il a été proposé de supprimer les paragraphes 2 à 5 du projet d'article au motif qu'ils étaient inutilement complexes et détaillés. On a fait valoir que la règle générale énoncée au paragraphe 1, qui pourrait être étendue aux déclarations, serait peut-être plus appropriée pour traiter les questions qui y étaient abordées. La Commission a accepté cette proposition.

155. La Commission est convenue de modifier le projet d'article comme suit:

> "La présente Convention et toute déclaration s'appliquent uniquement aux communications électroniques qui sont échangées après la date à laquelle la Convention ou la déclaration entre en vigueur ou prend effet à l'égard de chaque État contractant."

Elle est également convenue de changer le titre du projet d'article qui deviendrait "Moment de l'application". Elle a approuvé quant au fond le projet d'article tel que modifié et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 25. Dénonciation

156. Le projet d'article était libellé comme suit:

> "1. Un État contractant peut dénoncer la présente Convention par notification formelle adressée par écrit au dépositaire.
>
> 2. La dénonciation prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de douze mois à compter de la réception de la notification par le dépositaire. Lorsqu'un délai plus long est spécifié dans la notification, la dénonciation prend effet à l'expiration du délai en question à compter de la réception de la notification par le dépositaire."

157. La Commission a approuvé le projet d'article quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Clause de signature

158. Le projet de clause de signature était libellé comme suit:

> "FAIT à […], ce […] jour de […] de l'an […], en un seul original, dont les versions anglaise, arabe, chinoise, espagnole, française et russe font également foi.
>
> EN FOI DE QUOI, les plénipotentiaires soussignés, à ce dûment autorisés par leurs gouvernements respectifs, ont signé la présente Convention."

159. La Commission a approuvé le projet de clause de signature et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Préambule

160. Le projet de préambule était libellé comme suit:

> "*Les États Parties à la présente Convention*,
>
> *Réaffirmant* leur conviction que le commerce international sur la base de l'égalité et des avantages mutuels constitue un élément important susceptible de promouvoir les relations amicales entre les États,

Notant que l'usage accru des communications électroniques améliore l'efficacité des activités commerciales, renforce les relations commerciales et offre de nouvelles possibilités de débouchés à des parties et à des marchés auparavant isolés, jouant ainsi un rôle fondamental dans la promotion du commerce et du développement économique, aux niveaux tant national qu'international,

Considérant que les problèmes créés par les incertitudes quant à la valeur juridique de l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux constituent un obstacle au commerce international,

Convaincus que l'adoption de règles uniformes pour éliminer les obstacles à l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux, notamment les obstacles pouvant résulter de l'application des instruments de droit commercial international existants, renforcerait la sécurité juridique et la prévisibilité commerciale pour les contrats internationaux et peut aider les États à accéder aux circuits commerciaux modernes,

Estimant que des règles uniformes devraient respecter la liberté des parties de choisir les supports et technologies appropriés, [en tenant compte de leur interchangeabilité,] dans la mesure où les moyens choisis par celles-ci sont conformes à l'objet des règles de droit applicables en la matière,

Désireux de trouver une solution commune pour lever les obstacles juridiques à l'utilisation des communications électroniques d'une manière qui soit acceptable pour les États dotés de systèmes juridiques, sociaux et économiques différents,

Sont convenus de ce qui suit:"

161. Selon un avis, le projet de préambule était trop long et pouvait être écourté pour ne mentionner que les deux principaux objectifs envisagés dans le projet de convention, à savoir encourager l'utilisation des communications électroniques dans le commerce international et créer les conditions nécessaires pour que ces communications électroniques inspirent confiance. À cela il a été répondu que la longueur et la teneur du projet de préambule correspondaient généralement à celles des préambules de précédents instruments de la Commission. Il a été ajouté que le texte actuel du projet de préambule faisait ressortir la relation entre le projet de convention et le cadre réglementaire plus large du commerce électronique.

162. La Commission a décidé de remplacer le texte entre crochets, figurant à l'alinéa 5 du projet de préambule, par les mots "en tenant compte des principes de neutralité technologique et d'équivalence fonctionnelle".

163. Sous réserve de ces modifications, la Commission a approuvé le projet de préambule quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Titre de la convention

164. Notant que le titre du projet de convention, à savoir "Convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux", reflétait exactement le champ d'application de la convention, la Commission l'a approuvé.

D. Notes explicatives

165. La Commission a prié le secrétariat de préparer les notes explicatives sur le texte de la convention et, une fois celles-ci terminées, de les lui présenter à sa trente-neuvième session, en 2006.

E. Rapport du groupe de rédaction

166. La Commission a prié un groupe de rédaction, établi par le secrétariat, de revoir le projet de convention afin d'assurer la cohérence entre les différentes versions linguistiques. À l'issue de ses délibérations sur le projet de convention, elle a examiné le rapport du groupe de rédaction et a approuvé ledit projet. Elle a prié le secrétariat de revoir une fois encore le texte du projet de convention uniquement pour les questions de langue et de forme avant son adoption par l'Assemblée générale.

F. Décision de la Commission et recommandation à l'Assemblée générale

167. À sa 810e séance, le 15 juillet 2005, la Commission a adopté par consensus la décision et la recommandation à l'Assemblée générale ci-après:

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

Rappelant qu'à sa trente-quatrième session, en 2001, elle a chargé le Groupe de travail IV (Commerce électronique) d'élaborer un instrument international traitant de questions relatives aux contrats électroniques[11], instrument qui devrait aussi avoir pour but d'éliminer les obstacles au commerce électronique dans les conventions portant droit uniforme et les accords commerciaux existants,

Notant que le Groupe de travail a consacré six sessions, tenues de 2002 à 2004, à l'élaboration du projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux[12],

Ayant examiné le projet de convention à sa trente-huitième session, en 2005[13],

Appelant l'attention sur le fait que tous les États et les organisations internationales intéressées ont été invités à participer à l'élaboration du projet de convention à toutes les sessions du Groupe de travail ainsi qu'à la trente-huitième session de la Commission, en qualité de membre ou d'observateur, et qu'ils ont eu tout loisir de s'exprimer et de formuler des propositions,

---

[11] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 291 à 293.

[12] Pour les rapports du Groupe de travail, voir A/CN.9/509, A/CN.9/527, A/CN.9/528, A/CN.9/546, A/CN.9/548 et A/CN.9/571.

[13] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 12 à 166.

Appelant également l'attention sur le fait que le texte du projet de convention a été distribué pour commentaires avant sa trente-huitième session à tous les gouvernements et aux organisations internationales invitées à assister à ses réunions et à celles du Groupe de travail en qualité d'observateur et qu'elle a été saisie de ces commentaires à sa trente-huitième session[14],

Considérant que le projet de convention a fait l'objet d'un examen suffisant et a atteint un degré de maturité tel qu'il s'avère dans l'ensemble acceptable pour les États,

1. *Présente* à l'Assemblée générale le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, qui figure dans l'annexe I du rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-huitième session[15];

2. *Recommande* à l'Assemblée générale, compte tenu de l'étude attentive dont le projet de convention a fait l'objet au sein de la Commission et de son Groupe de travail IV (Commerce électronique), d'examiner celui-ci afin d'adopter, à sa soixantième session, sur la base de ce projet approuvé par la Commission, une convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux."

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

168. À sa trente-sixième session, en 2003, la Commission avait examiné une note du secrétariat sur les travaux futurs envisageables dans le domaine des marchés publics (A/CN.9/539 et Add.1). Il avait été observé que la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services[16] contenait des procédures visant à assurer la concurrence, la transparence, l'équité, l'économie et l'efficacité dans le processus de passation des marchés et qu'elle était devenue un important jalon, au plan international, dans la réforme du droit des marchés. Notant que, malgré l'utilité largement reconnue de la Loi type, de nouvelles questions et de nouvelles pratiques étaient nées depuis son adoption, qui pourraient justifier un effort d'adaptation de son texte, la Commission avait prié le secrétariat de préparer, pour qu'elle les examine ultérieurement, des études et propositions détaillées sur la manière d'aborder ces questions et pratiques[17].

169. À sa trente-septième session, en 2004, en se fondant sur une note du secrétariat (A/CN.9/553) présentée en réponse à sa demande, la Commission était convenue que la Loi type gagnerait à être mise à jour pour tenir compte de nouvelles pratiques, en particulier celles qui résultaient de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, et de l'expérience acquise dans l'utilisation de la Loi type comme base de réforme de la législation relative à la passation des marchés publics ainsi que d'autres questions éventuelles. Elle avait décidé de charger son Groupe de travail I (Passation de marchés) d'élaborer des

[14] A/CN.9/578 et Add.1 à 17.
[15] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17).
[16] Ibid., *quarante-neuvième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/49/17 et Corr.1), annexe I.
[17] Ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 225 à 230.

propositions de révision de la Loi type et lui avait donné un mandat souple consistant à identifier les questions à traiter lors de ses travaux. Elle avait aussi prié le secrétariat de présenter au Groupe de travail des notes approfondissant les questions traitées dans sa note A/CN.9/553 afin de faciliter ses débats[18]. Elle avait rappelé ses déclarations antérieures, à savoir qu'en mettant à jour la Loi type, il faudrait veiller à ne pas s'écarter des principes fondamentaux de celle-ci et à ne pas modifier les dispositions dont l'utilité avait été prouvée.

170. À sa trente-huitième session, la Commission a pris note des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses sixième (Vienne, 30 août-3 septembre 2004) et septième (New York, 4-8 avril 2005) sessions (A/CN.9/568 et A/CN.9/575, respectivement).

171. La Commission a été informée que le Groupe de travail avait commencé ses travaux sur l'élaboration de propositions en vue de la révision de la Loi type, à sa sixième session, par l'examen préliminaire des thèmes suivants: a) publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés; b) utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés; c) conditions d'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation; d) enchères électroniques inversées; e) utilisation de listes de fournisseurs; f) accords-cadres; g) passation des marchés de services; h) évaluation et comparaison des offres et utilisation de la passation de marchés pour promouvoir des politiques industrielles, sociales et environnementales; i) voies de droit et exécution; j) autres méthodes de passation des marchés; k) participation des usagers à la passation des marchés; l) simplification et normalisation de la Loi type; et m) authentification des pièces produites (A/CN.9/WG.I/WP.31 et A/CN.9/WG.I/WP.32). La Commission a également été informée que le Groupe de travail avait décidé à cette même session de continuer d'examiner ces thèmes en détail, les uns après les autres, à ses sessions futures (A/CN.9/568, par. 10), et qu'il avait en conséquence, à sa septième session, entrepris l'examen approfondi des thèmes liés à l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la passation des marchés, à savoir: a) la publication et la communication électroniques d'informations relatives à la passation des marchés; b) d'autres aspects découlant de l'utilisation des moyens de communication électronique dans le processus de passation, comme les conditions de cette utilisation, et la soumission d'offres par voie électronique; c) les enchères électroniques inversées; et d) les offres anormalement basses (A/CN.9/WG.I/WP.34 et Add.1 et 2, A/CN.9/WG.I/WP.35 et Add.1 et A/CN.9/WG.I/WP.36). La Commission a pris note de la décision du Groupe de travail de tenir compte dans la Loi type de l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique (y compris des enchères électroniques inversées) ainsi que des offres anormalement basses, de poursuivre à sa huitième session l'examen approfondi de ces thèmes et des modifications qu'il serait nécessaire d'apporter à la Loi type à cet égard et, s'il disposait de temps suffisant, d'aborder la question des accords-cadres (A/CN.9/575, par. 9).

172. La Commission a félicité le Groupe de travail pour les progrès qu'il avait réalisés dans ses travaux, et a réaffirmé son appui à la révision de la Loi type qu'il avait entreprise, ainsi qu'à l'inclusion dans cette Loi de nouvelles pratiques relatives

[18] Ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 80 à 82.

à la passation de marchés. (Pour les deux prochaines sessions du Groupe de travail, voir par. 240 a) ci-dessous).

V. Arbitrage: rapport d'activité du Groupe de travail II

173. À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission, après un échange de vues sur ses travaux futurs dans le domaine de l'arbitrage commercial international, avait décidé de confier ceux-ci à un de ses groupes de travail. Elle était convenue que ce groupe de travail devrait examiner, entre autres points prioritaires, la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage et la force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires[19]. Le Groupe de travail, appelé par la suite Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation), a commencé ses travaux conformément au mandat qui lui a été confié à sa trente-deuxième session (Vienne, 20-31 mars 2000).

174. À sa trente-huitième session, la Commission a pris note des progrès réalisés par le Groupe de travail à ses quarante et unième (Vienne, 13-17 septembre 2004) et quarante-deuxième (New York, 10-14 janvier 2005) sessions (voir A/CN.9/569 et A/CN.9/573, respectivement). Elle a noté que le Groupe de travail avait poursuivi ses débats sur un projet de révision du paragraphe 7 de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international[20] (la "Loi type sur l'arbitrage") relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte*. Elle a également noté que le Groupe de travail avait examiné un projet de disposition concernant la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires prononcées par un tribunal arbitral (destiné à être inséré dans la Loi type sur l'arbitrage en tant que nouvel article, provisoirement numéroté 17 *bis*), et un projet d'article relatif aux mesures provisoires ou conservatoires prononcées par des juridictions étatiques à l'appui d'un arbitrage (destiné à être inséré dans la Loi type en tant que nouvel article, provisoirement numéroté 17 *ter*).

175. La Commission a pris note des progrès réalisés jusque-là par le Groupe de travail sur la question des mesures provisoires ou conservatoires. Elle a également noté que, malgré d'importantes divergences d'opinions, le Groupe de travail était convenu, à sa quarante-deuxième session, d'insérer un texte de compromis du projet révisé de paragraphe 7 dans le projet d'article 17, étant entendu que ce paragraphe s'appliquerait sauf convention contraire des parties, qu'il devrait être clairement indiqué que les injonctions préliminaires avaient le caractère d'ordonnance de procédure et non celui de sentence et qu'aucune procédure d'exécution ne serait prévue à l'article 17 *bis* pour ces injonctions. Elle a observé que la question des mesures provisoires *ex parte* restait controversée. Certaines délégations ont exprimé l'espoir que ce texte de compromis serait définitif. D'autres ont émis des doutes quant à l'utilité du texte de compromis proposé, en particulier compte tenu du fait qu'il ne prévoyait pas l'exécution des injonctions préliminaires. On a également craint que l'insertion d'une telle disposition ne soit contraire au principe de l'égalité d'accès des parties au tribunal arbitral et n'expose le texte révisé de la Loi type sur

---

[19] Ibid., *cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 380.

[20] Ibid., *quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), annexe I. La Loi type a été publiée sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.18).

l'arbitrage à la critique. Il a été proposé que, si cette disposition devait être insérée, elle soit rédigée sous la forme d'une clause d'option positive, de façon à ne s'appliquer que lorsque les parties en auraient expressément convenu ainsi.

176. La Commission a noté qu'il restait encore au Groupe de travail à achever ses travaux sur les projets d'articles 17, 17 *bis* et 17 *ter*, y compris sur la question de la forme sous laquelle les dispositions actuelles et révisées pourraient être présentées dans la Loi type sur l'arbitrage. En ce qui concerne la structure du projet d'article 17, il a été proposé de traiter la question des injonctions préliminaires dans un article distinct afin de faciliter l'adoption du projet d'article 17 par les États qui ne souhaitaient pas adopter de dispositions relatives à ce type d'injonction. D'un point de vue rédactionnel, la Commission a aussi pris note d'une proposition d'insérer le texte révisé des projets d'articles 17, 17 *bis* et 17 *ter*, non dans le corps de la Loi type, mais dans une annexe. Elle a noté, en outre, que le Groupe de travail était censé achever ses travaux relatifs au projet d'article 7 de la Loi type concernant la forme de la convention d'arbitrage et sa relation avec l'article II-2 de la Convention de New York.

177. La Commission a exprimé l'espoir que le Groupe de travail, avec deux sessions supplémentaires, serait en mesure de présenter ses propositions pour examen et adoption finals à sa trente-neuvième session en 2006.

178. En ce qui concerne les travaux futurs dans le domaine du règlement des litiges commerciaux, la Commission a pris note de la suggestion formulée par le Groupe de travail à sa quarante-deuxième session selon laquelle, une fois achevés les projets actuellement à l'étude, il serait possible d'examiner en priorité les questions d'arbitrabilité, notamment l'arbitrabilité des litiges internes aux entreprises, mais aussi par exemple l'arbitrabilité dans les domaines des biens immeubles, de l'insolvabilité ou de la concurrence déloyale. Selon une autre suggestion, il faudrait peut-être se pencher sur les questions soulevées par la résolution en ligne des litiges ainsi que sur l'éventuelle révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI[21] (A/CN.9/573, par. 100). La Commission a approuvé ces propositions.

179. Il a été signalé à la Commission que l'année 2006 marquerait le trentième anniversaire du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, et qu'il était prévu d'organiser des conférences à cette occasion dans différentes régions pour échanger des informations sur l'application de ce Règlement et sa révision éventuelle. L'une de ces conférences se tiendrait à Vienne les 6 et 7 avril 2006 sous les auspices du Centre arbitral international de la Chambre de commerce fédérale autrichienne. (Pour les deux prochaines sessions du Groupe de travail, voir par. 240 b) ci-dessous.)

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

180. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission avait créé le Groupe de travail III (Droit des transports) et l'avait chargé d'élaborer, en étroite coopération avec les organisations internationales intéressées, un instrument législatif traitant de

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

questions relatives au transport international de marchandises par mer, telles que le champ d'application, la durée de la responsabilité du transporteur, les obligations et la responsabilité du transporteur, les obligations du chargeur et les documents de transport[22]. À sa trente-cinquième session, en 2002, elle avait approuvé l'hypothèse de travail selon laquelle le projet d'instrument sur le droit des transports devrait s'appliquer aux opérations de transport de porte à porte[23]. À ses trente-sixième et trente-septième sessions, en 2003 et 2004 respectivement, elle avait noté les difficultés posées par l'élaboration du projet d'instrument et avait autorisé le Groupe de travail, à titre exceptionnel, à se réunir, à ses douzième, treizième[24], quatorzième et quinzième[25] sessions, pendant deux semaines. (Pour l'examen de cette question à la session en cours, voir par. 238 ci-dessous). À sa trente-septième session, elle avait réaffirmé qu'elle avait conscience de l'ampleur du projet, et avait exprimé son soutien au Groupe de travail pour les efforts qu'il déployait en vue d'accélérer l'avancement de ses travaux, compte tenu du fait, en particulier, qu'elle était convenue que 2006 serait une date cible souhaitable pour l'achèvement du projet, mais que la question de la fixation d'un délai devrait être revue à sa trente-huitième session, en 2005[26].

181. À sa trente-huitième session, la Commission a pris note des progrès accomplis par le Groupe de travail à ses quatorzième (Vienne, 29 novembre-10 décembre 2004) et quinzième (New York, 18-28 avril 2005) sessions (voir A/CN.9/572 et A/CN.9/576, respectivement).

182. La Commission a pris note avec satisfaction des progrès accomplis par le Groupe de travail dans l'examen du projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]. Elle a été informée qu'à ses quatorzième et quinzième sessions, le Groupe de travail avait procédé à la deuxième lecture du projet d'instrument et avait bien avancé sur un certain nombre de questions difficiles, telles que celles qui concernaient le fondement de la responsabilité en vertu du projet d'instrument, ainsi que le champ d'application de ce dernier et les questions connexes de liberté contractuelle. Il lui a également été dit que, lors de ces sessions, le Groupe de travail avait examiné les chapitres du projet d'instrument consacrés à la compétence et à l'arbitrage et qu'il avait eu un premier échange de vues sur le droit de contrôle et le transfert de droits. Elle a été informée aussi que, à la suite de consultations avec le Groupe de travail IV (Commerce électronique), le Groupe de travail avait examiné pour la première fois à sa quinzième session les dispositions du projet d'instrument relatives au commerce électronique. Elle a été informée en outre que, afin de continuer à accélérer les échanges de vues, la formulation de propositions et l'émergence d'un consensus en vue d'une troisième et dernière lecture du projet d'instrument, un certain nombre de délégations qui avaient participé aux quatorzième et quinzième sessions du Groupe de travail avaient maintenu leur initiative consistant à tenir des consultations informelles pour la poursuite des discussions entre les sessions du Groupe de travail. Le Groupe de travail avait examiné la question de la date d'achèvement du

---

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

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

24 Ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 208.

25 Ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 133.

26 Ibid., par. 64 à 66.

projet d'instrument, et un certain nombre de délégations appuyaient le point de vue selon lequel, s'il était peu probable que les travaux soient terminés à la fin de 2005, le Groupe de travail espérait, avec l'aide précieuse du processus de consultation informel, qu'ils le seraient à la fin de 2006, en vue de la présentation d'un projet d'instrument pour adoption possible par la Commission en 2007.

183. La Commission a félicité le Groupe de travail des progrès qu'il avait réalisés, et réaffirmé qu'elle avait conscience de l'ampleur de l'entreprise et des difficultés liées à la préparation du projet d'instrument, étant donné en particulier la nature des intérêts et les questions juridiques complexes en jeu qui exigeaient un équilibre délicat et qu'il fallait aborder dans le texte de manière cohérente et mûrement réfléchie. Plusieurs délégations se sont déclarées préoccupées par les réunions informelles que tenaient certains membres du Groupe de travail et des parties intéressées pour discuter de questions examinées par le Groupe de travail. Bien que ces réunions aient permis au Groupe de travail de bien avancer dans ses travaux, on s'est inquiété de ce que nombre des membres du Groupe de travail n'en étaient pas informés, et n'étaient donc pas en mesure de participer aux discussions de fond sur de multiples questions examinées par le Groupe de travail. L'avis selon lequel davantage d'informations concernant ces réunions, notamment leur date et leur lieu, devraient être communiquées à tous les membres du Groupe de travail a bénéficié d'un large appui. Il a été dit que le site Web de la CNUDCI serait un bon moyen pour diffuser ce type d'informations. Des avis contraires ont été exprimés. Il a aussi été indiqué que le Comité maritime international ainsi que les représentants, notamment, des chargeurs, des transporteurs, des assureurs de marchandises et des transitaires, dont les intérêts étaient affectés par le projet d'instrument et qui avaient participé aux réunions informelles, n'étaient pas présents à la session de la Commission, laquelle n'avait donc pas été saisie de leurs avis. Il a été indiqué en outre que des experts de nombreux États participant à la session de la Commission avaient aussi assisté aux réunions informelles.

184. L'attention de la Commission a été attirée sur ce qui avait été dit dans le rapport de la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/576, par. 216), à savoir que les méthodes de travail actuelles de ce dernier, y compris les consultations informelles intersessions ainsi que le recours à de petits groupes de rédaction, étaient appuyées par ses membres. Il a été noté que le processus devait être compatible avec la production de documents officiels dans toutes les langues de l'Organisation. Bien qu'il ait été précisé que certaines réunions informelles qui examinaient des questions inscrites à l'ordre du jour de la CNUDCI avaient été convoquées par d'autres organisations, et non par le secrétariat, on s'est accordé sur le fait que, dans les réunions convoquées par le secrétariat, il fallait veiller à ce que les experts s'expriment dans les langues de travail de l'ONU et à ce que les documents officiels soumis à l'examen du Groupe de travail soient traduits dans toutes les langues officielles. On s'est accordé aussi sur le fait que les décisions de fond concernant les travaux devraient continuer d'être prises uniquement au sein du Groupe de travail et de la Commission. En ce qui concerne un éventuel délai pour l'achèvement du projet d'instrument, l'avis selon lequel il serait souhaitable d'effectuer une troisième lecture du projet de texte le plus rapidement possible, en vue de son adoption par la Commission en 2007, a été soutenu. Après discussion, la Commission est convenue que 2007 serait une date cible souhaitable pour l'achèvement du projet, mais que la question de la fixation d'un délai devrait être

revue à sa trente-neuvième session, en 2006. (Pour les deux prochaines sessions du Groupe de travail, voir par. 240 c) ci-dessous).

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

185. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission avait chargé le Groupe de travail VI (Sûretés) d'élaborer un régime juridique efficace pour les sûretés sur les biens meubles corporels faisant l'objet d'une activité commerciale, y compris les stocks[27]. À sa trente-cinquième session, en 2002, elle avait confirmé le mandat donné au Groupe de travail et indiqué que celui-ci devait faire l'objet d'une interprétation large de façon qu'on obtienne un produit suffisamment souple, qui devrait prendre la forme d'un guide législatif[28]. À sa trente-sixième session, en 2003, elle avait confirmé qu'il appartenait au Groupe de travail de déterminer la portée exacte de ses travaux et, en particulier, s'il fallait traiter dans le projet de guide législatif des créances commerciales, des lettres de crédit, des comptes de dépôt et des droits de propriété intellectuelle[29]. À sa trente-septième session, en 2004, elle s'était félicitée de l'élaboration de nouveaux chapitres à insérer dans le projet de guide législatif sur différents types de biens, comme les instruments négociables, les comptes de dépôt et les droits de propriété intellectuelle[30].

186. À sa trente-huitième session, la Commission a pris note des rapports du Groupe de travail sur ses sixième (Vienne, 27 septembre-1er octobre 2004) et septième (New York, 24-28 janvier 2005) sessions (A/CN.9/570 et A/CN.9/574, respectivement). Elle a félicité celui-ci pour les progrès accomplis jusque-là. Elle a noté avec satisfaction, en particulier, qu'un ensemble complet de recommandations législatives, qui avaient trait non seulement aux stocks, au matériel et aux créances commerciales mais aussi aux instruments négociables, aux documents négociables, aux comptes bancaires et au produit d'engagements de garantie indépendants, serait présenté au Groupe de travail à sa huitième session (voir par. 240 f) ci-dessous). Elle a indiqué à ce propos que les réunions informelles d'experts étaient utiles pour donner des conseils au secrétariat sur les documents à établir mais qu'elles n'étaient pas censées donner lieu à des négociations ni aboutir à des décisions s'imposant au Groupe de travail ou à elle-même.

187. La Commission a en outre pris note avec intérêt des progrès accomplis par le Groupe de travail dans la coordination de ses travaux avec: a) la Conférence de La Haye de droit international privé, qui avait élaboré la Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire (La Haye, 2002)[31]; b) l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit), qui était en train de préparer un projet de convention sur les sûretés et autres droits sur des titres intermédiés; c) la Banque mondiale, qui était en train de revoir ses Principes et directives régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers; et d) l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. À l'issue de son débat, la Commission a confirmé le mandat qu'elle

---

[27] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 358.
[28] Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 204.
[29] Ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 222.
[30] Ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 77.
[31] Accessible à l'adresse: <http://hcch.e-vision.nl/index_fr.php?act=conventions.text&cid=72>.

avait donné au Groupe de travail à sa trente-quatrième session et qu'elle avait confirmé par la suite de sa trente-cinquième à sa trente-septième session (voir par. 185 ci-dessus). Elle a également prié le Groupe de travail d'accélérer sa tâche afin de lui soumettre le projet de guide législatif, tout au moins pour une approbation de principe en 2006 et pour adoption finale en 2007. (Pour les deux prochaines sessions du Groupe de travail, voir par. 240 f) ci-dessous).

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

188. La Commission a rappelé qu'à sa vingt-huitième session, en 1995, elle avait approuvé un projet, entrepris conjointement avec le Comité D de l'Association internationale du barreau, qui visait à suivre la transposition dans les législations nationales de la Convention de New York[32]. À sa trente-septième session, en 2004, elle avait prié le secrétariat, sous réserve que les ressources nécessaires soient disponibles, de tout mettre en œuvre pour établir, afin qu'elle l'examine à sa trente-huitième session, une analyse préliminaire des réponses reçues par lui aux questionnaires distribués en rapport avec ce projet[33].

189. Conformément à cette demande, le secrétariat a présenté à la Commission, à sa trente-huitième session, un rapport préliminaire (A/CN.9/585) qui exposait les questions soulevées par les réponses reçues ainsi que des questions additionnelles que la Commission pourrait lui demander de poser aux États afin d'obtenir des renseignements plus complets concernant la mise en œuvre de la Convention. La Commission a remercié les États parties qui avaient répondu depuis sa trente-septième session et a de nouveau invité ceux qui ne l'avaient pas encore fait à envoyer leur réponse.

190. La Commission s'est félicitée des progrès dont il était rendu compte dans le rapport préliminaire, notant que, dans l'ensemble, les réponses reçues servaient à faciliter les débats relatifs aux prochaines mesures à prendre et mettaient en évidence les zones d'incertitude sur lesquelles un complément d'information pouvait être sollicité auprès des États parties ou de nouvelles études pouvaient être entreprises. Il a été fait observer que, des questionnaires circulant depuis 1995, les travaux devraient être finalisés en temps utile. Il a aussi été noté que, compte tenu des ressources limitées du secrétariat, il fallait veiller à ce que les tâches que ce dernier entreprenait en rapport avec le projet ne fassent pas double emploi avec les travaux de recherche approfondis sur la mise en œuvre de la Convention de New York qui existaient déjà et qui se poursuivaient. La Commission a, à ce sujet, été informée que les travaux en cours du secrétariat sur le projet n'avaient pas eu d'incidences négatives sur d'autres activités, en particulier le service des réunions du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation).

191. La Commission a jugé adéquate la méthode retenue pour établir le rapport préliminaire, notamment le style, la présentation et le degré de détail, mais a estimé qu'il pourrait être utile de donner des indications plus précises, comme éventuellement le nom des États. Il a été estimé qu'une possibilité par la suite serait

---

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

[33] Ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 84.

d'élaborer un guide législatif pour réduire le risque de voir la pratique des États s'écarter de l'esprit de la Convention de New York. De l'avis de l'ensemble de la Commission, la nomination d'experts nationaux de l'arbitrage international aiderait le secrétariat à mener ses travaux à bien. On a exprimé la crainte qu'il soit difficile de trouver des experts capables de donner une vue complète de la pratique nationale. Il a néanmoins été recommandé que les centres d'arbitrage ou les organismes universitaires intéressés susceptibles d'être désignés par les États aident le secrétariat dans ses travaux. À l'issue du débat, la Commission est convenue qu'il fallait laisser au secrétariat une certaine marge de manœuvre pour déterminer les délais d'achèvement du projet, pour apprécier le degré de détail à retenir dans le rapport qu'il lui soumettrait en temps utile pour examen, pour décider s'il fallait ou non nommer les États et dans quelle mesure il fallait se référer à la jurisprudence dans ce rapport, et pour veiller à ce que ses travaux sur le projet ne fassent pas double emploi avec ceux entrepris dans d'autres instances en rapport avec le suivi de la mise en œuvre de la Convention de New York.

IX. Jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI et recueils analytiques de jurisprudence

192. La Commission a pris note avec satisfaction des travaux en cours dans le cadre du système mis en place pour la collecte et la diffusion de la jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI (Recueil de jurisprudence), qui consistait à élaborer des sommaires de décisions judiciaires et de sentences arbitrales concernant des textes de la CNUDCI, à compiler les textes intégraux de ces décisions et sentences, et à mettre au point des outils de recherche et d'analyse. Au 13 juillet 2005, 46 numéros rendant compte de 530 affaires, portant principalement sur la Convention des Nations Unies sur les ventes et la Loi type sur l'arbitrage, avaient été préparés en vue de leur publication.

193. Il a été largement admis que le Recueil de jurisprudence demeurait un outil important pour les activités de formation et d'assistance technique entreprises par la CNUDCI et que sa large diffusion, à la fois sur papier et sous forme électronique, dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies, contribuait à l'interprétation et à l'application uniformes des textes de la CNUDCI en facilitant l'accès aux décisions judiciaires et aux sentences arbitrales rendues dans de nombreux pays. La Commission a exprimé sa reconnaissance aux correspondants nationaux pour leur travail de sélection des décisions et de préparation des sommaires.

194. La Commission a noté que le recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes, préparé à la demande qu'elle avait formulée à sa trente-quatrième session[34], avait été publié en décembre 2004. Elle a aussi noté que le premier projet de recueil analytique concernant la Loi type sur l'arbitrage avait été établi, comme elle l'avait demandé à sa trente-cinquième session[35] et compte tenu des débats qu'elle avait eus à ce sujet à sa trente-septième session[36]. Il lui a été signalé que les correspondants nationaux responsables du

[34] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 395.
[35] Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 243.
[36] Ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 88, 89 et 91.

Recueil de jurisprudence seraient saisis de ce projet de recueil à leur réunion des 14 et 15 juillet 2005.

X. Assistance technique en matière de réforme du droit

195. La Commission a été saisie d'une note du secrétariat (A/CN.9/586) décrivant les activités d'assistance technique entreprises depuis sa trente-septième session ainsi que l'orientation des activités futures. Elle s'est félicitée des activités entreprises dans ce domaine par le secrétariat depuis sa trente-septième session (A/CN.9/586, par. 8) et a aussi pris note des séminaires, conférences et cours dans lesquels ses textes avaient été présentés et auxquels des membres du secrétariat avaient participé en tant qu'orateurs (A/CN.9/586, par. 15).

196. La Commission a pris acte de la création, au sein du secrétariat, des groupes d'assistance législative et technique ainsi que des arrangements administratifs qui avaient été pris pour la conduite des activités de ces deux groupes. À cet égard, elle a également noté que le secrétariat avait défini les objectifs du groupe d'assistance technique et avait pris des mesures pour formuler des orientations sur les modalités d'organisation, de réalisation et de présentation des activités d'assistance technique demandées par les États et par les organisations internationales et régionales. Elle a noté en outre que le secrétariat avait commencé à recenser les besoins nationaux et régionaux en matière d'assistance technique en concertation avec des organisations nationales, régionales et internationales et des missions permanentes auprès de l'ONU, ainsi qu'à rechercher des possibilités d'élaborer des programmes conjoints avec les organisations apportant une assistance technique pour la réforme du droit commercial et de participer aux programmes existants de ces organisations.

197. La Commission a de nouveau appelé tous les États, les organisations internationales et les autres organismes intéressés à envisager de verser des contributions au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI, si possible sous la forme de contributions pluriannuelles ou de contributions à des fins spéciales, afin de faciliter la planification et de permettre au secrétariat de répondre à la demande croissante de formation et d'assistance technique législative émanant de pays en développement et de pays à économie en transition. Elle a remercié les États qui avaient contribué au Fonds depuis sa trente-septième session, à savoir le Mexique, Singapour et la Suisse. Elle a également exprimé sa gratitude aux organisations qui avaient contribué à son programme en fournissant des fonds ou du personnel ou en accueillant des séminaires.

198. 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 ses membres qui sont des pays en développement à financer leurs frais de voyage. Elle a constaté qu'aucune contribution n'avait été reçue depuis sa trente-septième session.

XI. État et promotion des textes juridiques de la CNUDCI

199. La Commission a examiné l'état des conventions et des lois types issues de ses travaux ainsi que l'état de la Convention de New York en se fondant sur une note du secrétariat (A/CN.9/583). Elle a pris acte avec satisfaction des nouveaux

instruments déposés et des nouvelles législations adoptées depuis sa trente-septième session concernant les textes ci-après:

a) Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980). Dépôt d'un nouvel instrument par Chypre et le Gabon; nombre d'États parties: 65;

b) Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (New York, 1988)[37]. Dépôt d'un nouvel instrument par le Gabon; nombre d'États parties: 4;

c) Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 1991)[38]. Dépôt d'un nouvel instrument par le Gabon; nombre d'États parties: 3;

d) Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (New York, 1995)[39]. Dépôt d'un nouvel instrument par le Gabon; nombre d'États parties: 7;

e) Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958). Dépôt d'un nouvel instrument par l'Afghanistan; nombre d'États parties: 135;

f) Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985). Adoption de textes législatifs fondés sur la Loi type par le Chili et les Philippines;

g) Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996). Adoption de textes législatifs fondés sur la Loi type[40] par le Chili et, aux États-Unis d'Amérique, l'État du Wisconsin;

h) Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997)[41]. Adoption de textes législatifs fondés sur la Loi type par les îles Vierges britanniques, territoire d'outre-mer du Royaume-Uni, et les États-Unis d'Amérique;

i) Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001). Adoption de textes législatifs fondés sur la Loi type par la République de Corée.

200. Il a été noté qu'un État ayant incorporé la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (voir par. 199 h) ci-dessus) dans son code de la faillite avait modifié la présentation de sa législation afin de préciser que cette dernière était issue du texte de la CNUDCI.

---

[37] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.16.

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

[39] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.97.V.12.

[40] La République de Corée a déclaré que la référence à ce pays au paragraphe 9 du document A/CN.9/583 aurait dû être accompagnée d'une note de bas de page précisant qu'en 1999 celui-ci avait adopté une législation incorporant les dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique à l'exception de celles relatives à la certification des signatures électroniques.

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

201. Il a été noté que la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale (2002)[42] serait abordée dans la prochaine version du rapport sur l'état et la promotion des textes de la CNUDCI.

202. La Commission a prié les États qui avaient adopté ou étaient sur le point d'adopter une législation fondée sur une loi type élaborée par elle ou qui envisageaient de déposer un instrument concernant une convention résultant de ses travaux d'en informer son secrétariat. Elle a noté avec satisfaction qu'un certain nombre d'États avaient fait savoir qu'ils envisageaient de prendre des mesures en vue d'adhérer à diverses conventions et d'adopter une législation fondée sur diverses lois types élaborées par elle. La Commission a été informée que, comme elle l'avait demandé à sa trente-septième session[43], le secrétariat inclurait sur le site Web de la CNUDCI le texte en langue originale des lois nationales adoptées à partir de ses lois types ainsi que, le cas échéant, sa traduction, même officieuse, dans une ou plusieurs des langues officielles de l'Organisation des Nations Unies.

203. Il a été signalé à la Commission que toute une série de conférences avaient lieu dans différents pays à occasion du vingt-cinquième anniversaire de la Convention des Nations Unies sur les ventes et du vingtième anniversaire de la Loi type sur l'arbitrage, et que des efforts seraient faits pour que les actes en soient publiés.

204. La Commission a été saisie d'une note du secrétariat (A/CN.9/580 et Add.2) présentant les évolutions dans le domaine du droit de l'insolvabilité, notamment l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et l'interprétation, dans l'Union européenne, de certaines notions communes à la Loi type et au droit de l'Union. Elle a pris acte avec satisfaction du rapport sur les faits nouveaux concernant l'incorporation de la Loi type. Il a été noté que le secrétariat continuerait de suivre les décisions des tribunaux des pays de l'Union européenne présentant un intérêt pour l'interprétation des notions utilisées dans la Loi type.

XII. Résolutions pertinentes de l'Assemblée générale

205. La Commission a pris note avec satisfaction des résolutions 59/39 et 59/40 de l'Assemblée générale, toutes deux datées du 2 décembre 2004, relatives respectivement au rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-septième session et au Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité.

206. La Commission a noté en particulier les passages de la résolution 59/39 dans lesquels l'Assemblée générale, d'une part, a exprimé la crainte que les activités entreprises par d'autres organismes dans le domaine du droit commercial international sans coordination suffisante avec la Commission ne conduisent à des doubles emplois indésirables et n'aillent pas dans le sens de l'efficacité, de l'homogénéité et de la cohérence recherchées dans l'unification et l'harmonisation du droit commercial international et, d'autre part, a réaffirmé que la Commission, principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, avait pour mandat de coordonner les activités juridiques

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

[43] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 98.

dans ce domaine. Il a été pris note avec satisfaction du paragraphe 4 de cette résolution, dans lequel l'Assemblée a approuvé les efforts déployés et les initiatives prises par la Commission pour mieux coordonner les activités juridiques des organisations internationales et régionales s'occupant de droit commercial international et renforcer la coopération entre elles.

XIII. Coordination et coopération

A. Remarques générales

207. La Commission a été saisie d'une note du secrétariat (A/CN.9/584) rendant brièvement compte des travaux, en particulier des travaux législatifs de fond, des organisations internationales en matière d'harmonisation du droit commercial international, ainsi que de deux autres notes sur des domaines d'activité particuliers, à savoir le commerce électronique (A/CN.9/579) (voir par. 213 à 215 ci-dessous) et le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/580/Add.1). Elle a félicité le secrétariat pour la préparation de ces rapports, reconnaissant leur utilité pour la coordination des activités des organisations internationales dans le domaine du droit commercial international, et a noté avec satisfaction que la note du secrétariat (A/CN.9/584) constituait le premier rapport d'une série qui serait actualisée et révisée chaque année. Un certain nombre de propositions d'informations à ajouter ont été faites. La Commission a également noté que le premier rapport d'une série parallèle consacrée aux activités des organisations internationales fournissant une assistance technique pour la réforme du droit dans les domaines du droit commercial international présentant un intérêt pour elle serait établi pour sa trente-neuvième session en 2006.

208. Il a été rappelé que la Commission était généralement convenue, à sa trente-septième session, qu'elle devait s'acquitter plus activement, par l'intermédiaire de son secrétariat, de son rôle de coordination[44]. Rappelant les propos de l'Assemblée générale dans sa résolution 59/39 concernant l'importance de la coordination (voir par. 206 ci-dessus), elle a noté avec satisfaction que le secrétariat prenait des mesures pour engager un dialogue, sur les activités d'assistance législative et d'assistance technique, avec un certain nombre d'organisations, comme la Banque mondiale, la Conférence de La Haye de droit international privé, le Conseil international pour l'arbitrage commercial, le Fonds monétaire international (FMI), le Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe, l'Organisation des États américains, l'Organisation internationale de droit du développement et Unidroit. Elle a noté que ce travail impliquait souvent de se rendre aux réunions de ces organisations et d'utiliser les fonds alloués aux voyages officiels. Elle a rappelé l'importance du travail de coordination qu'elle réalisait en tant que principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international et a approuvé l'utilisation à cette fin des fonds alloués aux voyages.

[44] Ibid., par. 114.

B. Droit de l'insolvabilité

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

209. La Commission a été saisie d'une série de propositions, qui lui ont été exposées oralement, de travaux futurs sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/582 et Add.1 à 7), plus particulièrement sur le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité, les protocoles d'insolvabilité internationale dans les procédures transnationales, le financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans les redressements internationaux, les responsabilités des administrateurs et des dirigeants dans les procédures d'insolvabilité et les mécanismes avant insolvabilité ainsi que la fraude commerciale et l'insolvabilité. Elle a rappelé que plusieurs de ces questions s'étaient posées lors de l'élaboration du *Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité*[45] mais que leur traitement dans ce dernier se limitait soit à une brève introduction, comme dans le cas du traitement des groupes de sociétés, soit à la législation interne sur l'insolvabilité, comme dans le cas du financement postérieur à l'ouverture de la procédure. Il a été admis qu'une étude plus poussée de ces deux questions élargirait et compléterait les travaux déjà terminés par la Commission. De même, cette dernière est convenue que la proposition concernant les protocoles d'insolvabilité internationale avait un lien étroit et complémentaire avec la promotion et l'utilisation d'un texte qu'elle avait déjà adopté, à savoir la Loi type sur l'insolvabilité internationale. Il a aussi été rappelé que l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC) avait entrepris, en coopération avec le secrétariat de la CNUDCI, une étude sur la fraude commerciale qui, outre les questions de droit pénal, abordait les aspects de droit civil ayant trait à l'insolvabilité. La Commission a estimé que les éventuels travaux futurs sur la fraude commerciale dans le domaine de l'insolvabilité devraient tenir compte des résultats de cette étude (voir par. 218 ci-dessous). Elle a noté que, si la responsabilité des administrateurs et des dirigeants était un thème important, il risquait de soulever des questions de droit pénal qui n'entraient pas dans son mandat ou des questions pour lesquelles il serait peut-être difficile de trouver des solutions harmonisées. Pour ces raisons, ce thème n'était peut-être pas aussi susceptible que les autres de faire l'objet de travaux futurs à ce stade.

210. Après discussion, une certaine préférence a été exprimée pour des travaux sur les groupes de sociétés, les protocoles d'insolvabilité internationale et le financement postérieur à l'ouverture de la procédure. La Commission est convenue que, afin de faciliter un examen plus détaillé et pour obtenir les vues et tirer parti des connaissances spécialisées des organisations internationales et des spécialistes de l'insolvabilité, un colloque international, (semblable au Colloque sur l'insolvabilité internationale organisé par la CNUDCI, INSOL International et l'Association internationale du barreau (Vienne, 4-6 décembre 2000), qui avait été un élément important des travaux réalisés pour élaborer le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* (voir A/CN.9/495), devrait être organisé. Elle est aussi convenue que, lors de la préparation du programme de ce colloque, devant se tenir à Vienne du 14 au 16 novembre 2005, le secrétariat devrait tenir compte des discussions qu'elle avait eues pour déterminer les priorités.

---

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

2. Coordination avec la Banque mondiale et le Fonds monétaire international

211. La Commission a rappelé que, à sa trente-septième session, dans sa décision portant adoption du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, elle avait confirmé son intention de continuer à travailler en coordination et en coopération avec la Banque mondiale et le FMI pour faciliter l'élaboration d'un standard international unifié en matière de droit de l'insolvabilité[46]. Ce standard était en cours d'élaboration dans le cadre de l'initiative menée conjointement par la Banque mondiale et le FMI sur les normes et codes (Rapports sur l'observation des normes et codes (RONC)), l'insolvabilité étant l'un des 12 domaines qui était considéré comme utile pour les opérations de ces deux institutions et pour lequel une évaluation des normes avait été, et devrait continuer à être, entreprise. Ce type d'évaluation avait pour but d'apprécier les pratiques institutionnelles d'un pays par rapport à une norme internationalement reconnue et, si nécessaire, de formuler des recommandations en vue d'améliorations. Elle était réalisée sur une base volontaire à la demande d'un pays, les résultats étant confidentiels sauf si le pays acceptait la publication d'un résumé. Le standard uniforme devrait prendre pour référence à la fois les Principes et directives de la Banque mondiale régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers et le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* en tant que textes séparés. Ces deux textes ne devaient en principe pas être fusionnés en une seule et même publication.

212. La Commission a été informée que des fonctionnaires de la Banque mondiale et du FMI recommanderaient que le Conseil des administrateurs de la première et le Conseil d'administration du second reconnaissent ces documents comme formant le standard unifié pour le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers susceptible d'être utilisé dans les opérations des deux institutions. Cette reconnaissance permettrait à ces institutions d'évaluer l'observation des normes et codes en se fondant sur ce standard unifié. Ce dernier servait de base à un document de méthodologie que la Banque mondiale était en train d'élaborer en coordination avec le FMI et la CNUDCI, en fonction des paramètres de l'initiative conjointe des deux institutions sur les normes et codes.

C. Commerce électronique

213. La Commission a examiné la possibilité d'entreprendre dans l'avenir des travaux sur le commerce électronique à la lumière d'une note résumant les travaux entrepris par d'autres organisations dans divers domaines liés au commerce électronique (A/CN.9/579) que lui avait présentée le secrétariat conformément au mandat qu'elle lui avait donné de coordonner les efforts déployés au niveau international pour harmoniser le droit commercial international. Il a été indiqué que l'éventail de questions actuellement traitées par diverses organisations mettait en évidence les divers éléments nécessaires à l'élaboration d'un cadre juridique favorable au commerce électronique. Les lois types de la CNUDCI sur le commerce électronique et sur les signatures électroniques, ainsi que le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, que la Commission avait approuvé à sa session en cours (voir par. 166 ci-dessus),

---

[46] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 55.

offraient aux États une base solide pour faciliter le commerce électronique, mais n'abordaient qu'un nombre limité de questions. Bien d'autres éléments encore étaient nécessaires pour renforcer la confiance dans le commerce électronique, notamment des règles appropriées sur la protection des consommateurs et de la vie privée, la reconnaissance internationale des signatures électroniques et des techniques d'authentification, des mesures de lutte contre la criminalité informatique et la cybercriminalité, la sécurité des réseaux et une infrastructure essentielle pour le commerce électronique, ainsi que la protection des droits de propriété intellectuelle en rapport avec le commerce électronique. Il n'existait pour le moment aucun guide international unique que les législateurs et les responsables politiques du monde entier puissent consulter pour y trouver des conseils sur ces divers aspects. On pouvait considérablement faciliter leur tâche, en particulier dans les pays en développement, en élaborant un document de référence complet de cette nature.

214. La Commission s'est félicitée des informations fournies dans la note du secrétariat et a confirmé l'utilité de ce type de présentation intersectorielle d'activités, à la fois pour ses propres efforts de coordination et pour répondre aux besoins d'information des États membres. De l'avis général, il serait utile que le secrétariat réalise, en coopération et en consultation avec les autres organisations internationales intéressées, une étude plus détaillée que la Commission examinerait à sa trente-neuvième session, en 2006. Cette étude détaillée, qui comprendrait des propositions sur la forme et sur la nature du document de référence envisagé, serait utile pour permettre à celle-ci d'examiner les domaines dans lesquels elle pourrait entreprendre des travaux législatifs dans l'avenir et ceux dans lesquels les législateurs et les responsables politiques pourraient tirer parti d'informations précises ne devant pas nécessairement prendre la forme d'orientations législatives concrètes. Lorsqu'elle examinerait la question, la Commission devrait tenir compte de la nécessité d'assurer une coordination et une concertation adéquates avec d'autres organisations et d'éviter la répétition ou le chevauchement d'activités. Il a également été proposé que l'étude fournisse des informations plus détaillées que celles contenues dans la note du secrétariat sur les travaux de certaines organisations régionales.

215. S'agissant du contenu de l'étude détaillée, on a proposé que celle-ci aborde les domaines suivants: le transfert de droits sur des biens meubles corporels ou d'autres droits au moyen de communications électroniques, les droits de propriété intellectuelle, la sécurité de l'information, la reconnaissance internationale des signatures électroniques, la facturation électronique, et la résolution des litiges en ligne. L'attention de la Commission a également été attirée sur les recommandations de travaux futurs qui avaient été faites par le Groupe de travail (voir A/CN.9/571, par. 12). Il a été convenu que ces recommandations devraient également être examinées dans le contexte de l'étude détaillée devant être réalisée par le secrétariat, dans la mesure où certaines d'entre elles ne seraient pas prises en compte dans les notes explicatives accompagnant la convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (voir par. 165 ci-dessus), ni dans des activités d'information séparées menées par le secrétariat, telles que le suivi de l'application des lois types de la CNUDCI sur le commerce électronique et sur les signatures électroniques et la compilation des décisions de justice concernant les sujets abordés dans ces lois types.

D. Fraude commerciale

216. La Commission a rappelé les débats qu'elle avait tenus sur le sujet de ses trente-cinquième à trente-septième sessions, de 2002 à 2004[47]. À sa trente-septième session, en 2004, elle était convenue qu'il serait utile d'étudier, éventuellement, des exemples de fraude commerciale dans le contexte particulier des projets sur lesquels elle travaillait, afin que les représentants participant à ces projets puissent prendre en compte le problème de la fraude dans leurs délibérations. Elle était convenue également qu'il pourrait être utile d'élaborer des listes de caractéristiques communes aux pratiques frauduleuses classiques pour sensibiliser les acteurs du commerce international et d'autres cibles potentielles des fraudeurs, dans la mesure où elles les aideraient à se protéger et à ne pas devenir victimes de telles pratiques. Bien qu'il n'ait pas été proposé que la Commission ou ses groupes de travail intergouvernementaux participent directement à ces activités, il avait été convenu que le secrétariat tiendrait cette dernière informée à ce sujet[48].

217. À cet égard, l'attention de la Commission a été attirée sur la résolution 2004/26 du Conseil économique et social, du 21 juillet 2004, intitulée "Coopération internationale en matière de prévention, d'enquêtes, de poursuites et de sanctions concernant la fraude, l'abus et la falsification d'identité à des fins criminelles et les infractions connexes". Dans cette résolution, le Conseil priait le Secrétaire général de convoquer un groupe intergouvernemental d'experts chargé de réaliser une étude sur la fraude ainsi que l'abus et la falsification d'identité à des fins criminelles et d'élaborer, d'après cette étude, des pratiques, des principes directeurs et d'autres éléments utiles, en tenant compte, en particulier, des activités pertinentes de la CNUDCI; et lui recommandait de charger l'ONUDC d'assurer le secrétariat de ce groupe intergouvernemental d'experts, en consultation avec le secrétariat de la CNUDCI.

218. À sa trente-huitième session, la Commission a entendu un rapport oral du secrétariat sur les résultats de la réunion du groupe intergouvernemental d'experts, organisée les 17 et 18 mars 2005 par l'ONUDC, résultats qui avaient été présentés à la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale à sa quatorzième session (Vienne, 23-27 mai 2005; voir E/CN.15/2005/11). Elle a été informée que les participants à cette réunion avaient indiqué que la fraude préoccupait sérieusement leur gouvernement et que tant le nombre des actes frauduleux commis que leur portée géographique et leur diversité augmentaient rapidement en raison, pour partie, des progrès technologiques. Les participants étaient convenus qu'il faudrait entreprendre une étude sur le problème à partir des informations reçues des États Membres en réponse à un questionnaire sur la fraude ainsi que l'abus et la falsification d'identité (usurpation d'identité) à des fins criminelles qui serait distribué par l'ONUDC. La Commission a appris que son secrétariat avait participé à la réunion précitée et que le groupe intergouvernemental d'experts avait pris note de sa volonté d'aider l'ONUDC à préparer l'étude et à rédiger et à diffuser le questionnaire.

---

[47] Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 279 à 290; ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 234 à 241; et ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 110 à 112.

[48] Ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 110 à 112.

219. La Commission a pris note de la résolution du Conseil économique et social et a exprimé son soutien en faveur de l'aide apportée par son secrétariat au projet de l'ONUDC. Selon un avis, les aspects de la fraude liés au droit commercial et au droit pénal constituaient pour le secrétariat une base solide de coopération avec l'ONUDC et permettraient d'aborder la question davantage sous l'angle de la prévention, compte tenu en particulier de l'idée selon laquelle les activités frauduleuses tiraient parti de la différence entre le traitement commercial et le traitement pénal de la fraude. Plusieurs délégations ont cependant souligné, comme lors de sessions antérieures que, eu égard au mandat de la Commission – à savoir harmoniser le droit commercial et renforcer les connaissances dans ce domaine –, les travaux sur le sujet devaient se limiter aux paramètres de la fraude commerciale sans s'égarer sur le terrain du droit pénal, d'autant plus que nombre d'autres organismes internationaux œuvraient dans le domaine de la criminalité et de la répression. Selon un autre avis, les aspects civils de la fraude commerciale semblaient souvent sortir du champ de travail habituel des autres organismes internationaux. Il a été dit que la fraude commerciale devrait rester un thème envisageable pour des travaux futurs, dans l'attente des résultats de l'étude de l'ONUDC et de toutes décisions futures de la Commission à cet égard.

220. En réponse à une question, il a été précisé que le colloque sur l'insolvabilité prévu à l'automne 2005 (voir par. 210 ci-dessus) pourrait traiter d'un aspect de la fraude en liaison avec l'insolvabilité, en s'en tenant toutefois à l'examen de mesures législatives ciblées visant à décourager des pratiques frauduleuses dans les cas d'insolvabilité, sans se préoccuper des objectifs de sensibilisation et de prévention des activités générales sur la fraude commerciale. La Commission a réitéré le mandat donné à son secrétariat de prendre l'initiative, dans la limite des ressources disponibles et des exigences opérationnelles, d'élaborer des listes de caractéristiques communes aux pratiques frauduleuses classiques (voir par. 216 ci-dessus) et l'a prié d'examiner comment coordonner au mieux ce travail avec la réalisation de l'étude de l'ONUDC dont avait été chargé le groupe intergouvernemental d'experts.

E. Rapports d'autres organisations internationales

1. Conseil de l'Europe

221. La Commission a entendu une déclaration au nom du Conseil de l'Europe sur la Convention sur la cybercriminalité (Budapest, 2001)[49], entrée en vigueur le 1er juillet 2004. Elle a été informée que cette Convention faisait obligation aux pays d'introduire un concept harmonisé d'infractions informatiques dans leur système juridique interne; d'instaurer certaines procédures harmonisées aux fins d'enquêtes et de poursuites; de mettre en place des moyens institutionnels permettant aux organes judiciaires de lutter contre les infractions informatiques; de créer les conditions d'une coopération directe entre les institutions publiques ainsi qu'entre ces dernières et des entités du secteur privé; de mettre en place des régimes efficaces d'entraide judiciaire qui permettraient une coopération transfrontière directe; et de créer un système intergouvernemental pour intervenir en cas d'urgence.

[49] Accessible à l'adresse: <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/185.htm>.

222. Il a été souligné que la Convention sur la cybercriminalité ne se limitait pas au continent européen; un certain nombre d'États non européens avaient participé à sa négociation et, outre 31 États membres du Conseil de l'Europe, des États non membres tels que l'Afrique du Sud, le Canada, les États-Unis d'Amérique et le Japon l'avaient signée.

223. Notant que des déclarations en faveur de la Convention avaient été adoptées dans plusieurs organisations telles que l'Association de coopération économique Asie-Pacifique, le Commonwealth et l'Organisation des États américains et avalisées à un sommet du G-8, et que la Convention complétait utilement le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, il a été proposé au nom du Conseil de l'Europe que la Commission se joigne éventuellement au mouvement pour encourager les États à adhérer à la Convention ou à incorporer ses principes dans leur droit interne.

224. La Commission, après avoir remercié le représentant du Conseil de l'Europe d'avoir présenté la Convention sur la cybercriminalité, a rappelé qu'elle envisageait d'examiner à sa session suivante une proposition de document de référence coordonné en matière législative sur le commerce électronique (voir par. 214 et 215 ci-dessus) et est convenue que cette Convention pourrait utilement être incluse dans ce contexte étant donné la vulnérabilité croissante du commerce international face à l'utilisation abusive ou frauduleuse de la technologie d'Internet et la possibilité pour la Convention de donner aux États et au secteur privé des moyens efficaces de lutter contre la cybercriminalité.

2. Conseil international pour l'arbitrage commercial

225. La Commission a entendu une déclaration au nom du Conseil international pour l'arbitrage commercial sur l'importance du rôle des tribunaux dans le processus arbitral et des activités entreprises par le Conseil pour fournir une assistance technique aux juges à cet égard. La Commission a été informée que le Conseil souhaitait l'aider et coopérer avec elle dans ce domaine d'assistance technique, notamment en élaborant des matériels qui pourraient être utilisés pour faciliter cette assistance.

3. Conférence de La Haye de droit international privé

226. La Commission a entendu une déclaration au nom de la Conférence de La Haye de droit international privé concernant l'avancement d'un certain nombre de projets, parmi lesquels:

a) La conclusion de la Conférence diplomatique en juin 2005 avec l'adoption d'une nouvelle convention sur les accords d'élection de for[50], (un rapport explicatif devrait être publié d'ici à fin 2005);

b) Un forum international tenu en mai 2005 sur la notarisation et l'apostille électroniques, en particulier pour ce qui est de l'application de la Convention supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers (La Haye, 1961)[51]; et

[50] Accessible à l'adresse: <http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=98>.
[51] Accessible à l'adresse: <http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=41>.

c) Une conférence tenue en octobre 2004 sur l'interaction pratique des instruments existants du droit commercial international et le règlement des litiges concernant les opérations électroniques, dont le compte rendu devait être publié en 2005.

227. La Commission a également été informée que le Paraguay était devenu membre de la Conférence de La Haye et que le Statut[52] de cette dernière avait été modifié pour permettre aux organisations d'intégration économique de devenir membres[53].

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

228. Le Secrétaire général de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) a rendu compte de l'avancement d'un certain nombre de projets, notamment:

a) L'entrée en vigueur attendue, dans les mois à venir, du Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à la Convention du Cap (Le Cap, 2001)[54] et la création, au sein de l'Organisation de l'aviation civile internationale, de la fonction de registre prévue par cette convention;

b) La proposition de convoquer une conférence diplomatique en 2006 sur le deuxième Protocole portant sur le financement du matériel roulant ferroviaire à la Convention du Cap et la poursuite de la négociation du troisième Protocole portant sur les questions spécifiques aux biens spatiaux et des propositions d'autres protocoles sur le matériel agricole, de construction et d'extraction minière;

c) L'addition, en 2004, de six chapitres aux Principes relatifs aux contrats du commerce international[55] et des propositions d'additions supplémentaires;

d) L'adoption en 2004 des Principes de procédure civile transnationale[56];

e) La poursuite de la négociation d'un projet de convention sur l'harmonisation des règles de droit matériel applicables aux titres détenus auprès d'un intermédiaire;

f) L'élaboration d'un droit uniforme des contrats pour les États parties au Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires[57]; et

g) La planification de projets futurs concernant un guide législatif sur le droit des marchés financiers et une loi type sur le crédit-bail international comme suite à la Convention sur le crédit-bail international (Ottawa, 1988)[58].

---

52 Entrée en vigueur le 15 juillet 1955. Texte accessible à l'adresse: <http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=29>.

53 Pour des informations sur les travaux de la Conférence de La Haye de droit international privé, voir <http://www.hcch.net/index_fr.php>.

54 Accessible à l'adresse: <http://www.unidroit.org/french/conventions/mobile-equipment/main.htm>.

55 Accessible à l'adresse: < http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/main.htm>.

56 Accessible à l'adresse: http://www.unidroit.org/french/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-F.pdf.

57 Accessible à l'adresse: <http://www.ohada.com/traite.php?categorie=1>.

58 *Actes de la Conférence diplomatique pour l'adoption des projets de Conventions d'Unidroit sur*

229. La Commission a été informée qu'Unidroit lui demanderait à une date future d'approuver les Principes relatifs aux contrats du commerce international[59].

5. Fonds monétaire international

230. La Commission a entendu une déclaration au nom du FMI sur la coordination de ses travaux juridiques, en particulier l'assistance technique, avec d'autres organisations. Il a été noté que l'assistance technique était généralement fournie à la demande des États, et que la demande dépassait généralement les capacités. La majeure partie de l'assistance était orientée vers le développement économique des États et la réforme de la stabilité financière, concernant notamment le respect de la réglementation des banques centrales et autres banques; les questions budgétaires; la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme; les droits des créanciers, y compris l'insolvabilité, les opérations garanties et le recouvrement des créances financières; et la gouvernance des institutions publiques. L'assistance technique comportait généralement la rédaction de textes législatifs et de règlements; des séminaires et des stages de formation à l'intention des avocats et des juges; et la participation à l'élaboration des meilleures pratiques et normes internationales, telles que le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*. Le programme d'assistance technique du Fonds était exécuté en coordination avec d'autres organisations actives dans ce domaine.

F. Congrès en 2007

231. La Commission a approuvé l'idée de tenir, dans le cadre de sa quarantième session annuelle à Vienne, en 2007, un congrès (semblable à son Congrès sur le droit commercial uniforme au XXIe siècle (New York, 18-22 mai 1992)[60]. Elle a prévu qu'à ce congrès les résultats de son programme de travail passé (ainsi que les travaux apparentés d'autres organisations actives dans le domaine du droit commercial international) seraient examinés, les programmes de travail en cours évalués, et les thèmes des programmes de travail futurs étudiés et évalués.

XIV. Questions diverses

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

232. Il a été noté que l'Institut de droit commercial international de la faculté de droit de Pace University à White Plains (New York) avait organisé le douzième concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis à Vienne du 18 au 24 mars 2005. Comme les années précédentes, ce concours avait été coparrainé par la Commission. Il a été noté que les questions juridiques soumises aux équipes

---

l'affacturage international et sur le crédit-bail international, Ottawa, 9-28 mai 1988, vol. I (Rome, Unidroit, 1991-1992) (également disponible à l'adresse: <http://www.unidroit.org/french/conventions/1988leasing/main.htm>).

59 Pour des informations sur les travaux d'Unidroit, voir <http://www.unidroit.org/french/accueil.htm>.

60 Pour les actes du Congrès, voir document A/CN.9/SER.D/1 ou publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.14.

d'étudiants participant à ce douzième concours étaient fondées sur la Convention des Nations Unies sur les ventes, le Règlement suisse d'arbitrage international[61], la Loi type sur l'arbitrage et la Convention de New York. Avaient participé à ce concours 151 équipes représentant les facultés de droit de 46 pays. L'équipe ayant le mieux plaidé avait été celle de la Stetson University de Floride (États Unis d'Amérique), suivie de l'Université de Vienne. La Commission a noté que son secrétariat avait aussi organisé, parallèlement à ce concours, une série de conférences sur ses travaux. Le treizième concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis se tiendrait à Vienne du 7 au 13 avril 2006.

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

234. La Commission a remercié les organisateurs et les promoteurs du concours pour avoir œuvré à sa réussite et a exprimé l'espoir que son audience internationale et ses incidences bénéfiques continueraient de s'étendre. Elle a tout particulièrement remercié Eric E. Bergsten, ancien secrétaire de la Commission, pour avoir développé et dirigé le concours depuis sa création en 1993-1994.

B. Ressources de la CNUDCI en matière d'information

235. Le secrétariat a présenté le nouveau site Web de la CNUDCI (http://www.uncitral.org/) lancé en juin 2005. La Commission, s'est félicitée de ce nouveau site et a constaté avec satisfaction que le principe du multilinguisme y avait été largement appliqué et que le site avait gagné en fonctionnalités, qui facilitaient encore plus l'accès des représentants aux documents. Elle a jugé que ce site était un élément important de son programme général d'information, de formation et d'assistance technique, et a encouragé le secrétariat à le tenir à jour et à le perfectionner en tenant compte des directives en vigueur.

C. Bibliographie

236. La Commission a pris note avec satisfaction de la bibliographie des écrits récents ayant trait à ses travaux (A/CN.9/581). Elle a été informée que cette bibliographie était régulièrement mise à jour sur son site Web. Elle a souligné qu'il importait que cette bibliographie soit aussi complète que possible et a donc prié les

[61] Accessible à l'adresse: <http://www.swissarbitration.ch/pdf/SRIA_french.pdf>.

gouvernements, les établissements universitaires, les autres organismes concernés et les auteurs d'envoyer à son secrétariat un exemplaire de leurs publications pertinentes.

XV. Date et lieu des réunions futures

A. Débat général sur la durée des sessions

237. La Commission a rappelé qu'à sa trente-sixième session, elle avait décidé 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[62].

238. À sa trente-huitième session, la Commission a décidé, pour les raisons indiquées à sa trente-sixième session[63], d'accorder de nouveau au Groupe de travail III (Droit des transports) les sessions de deux semaines dont il avait besoin, en utilisant le temps normalement alloué au Groupe de travail IV (Commerce électronique), qui ne devrait pas se réunir au second semestre de 2005 ni en 2006. La Commission a noté en outre que le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) ne devrait pas se réunir non plus avant sa trente-neuvième session. Le temps de réunion réservé à ce groupe de travail, à savoir du 1er au 5 mai 2006, pourrait donc être utilisé par un autre groupe de travail qui aurait éventuellement besoin de tenir une session plus longue ou une session supplémentaire.

B. Trente-neuvième session de la Commission

239. La Commission a approuvé la tenue de sa trente-neuvième session à New York du 19 juin au 7 juillet 2006. La durée de la session pourrait être réduite si cela s'avérait opportun compte tenu de l'état d'avancement des projets de textes élaborés par les divers groupes de travail.

C. Sessions des groupes de travail avant la trente-neuvième session de la Commission

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

---

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

63 Ibid., par. 272.

a) Le Groupe de travail I (Passation de marchés) tiendrait sa huitième session à Vienne du 7 au 11 novembre 2005, et sa neuvième session à New York du 24 au 28 avril 2006;

b) Le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) tiendrait sa quarante-troisième session à Vienne du 3 au 7 octobre 2005, et sa quarante-quatrième session à New York du 23 au 27 janvier 2006;

c) Le Groupe de travail III (Droit des transports) tiendrait sa seizième session à Vienne du 28 novembre au 9 décembre 2005, et sa dix-septième session à New York du 3 au 13 avril 2006 (l'Organisation des Nations Unies étant fermée le 14 avril);

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

e) Aucune session n'était envisagée pour le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité);

f) Le Groupe de travail VI (Sûretés) tiendrait sa huitième session à Vienne du 5 au 9 septembre 2005, et sa neuvième session à New York du 30 janvier au 3 février 2006.

D. Sessions des groupes de travail en 2006 après la trente-neuvième session de la Commission

241. La Commission a noté qu'un calendrier provisoire avait été établi pour les réunions que ses groupes de travail tiendraient en 2006 après sa trente-neuvième session (ce calendrier était subordonné à son approbation à sa trente-neuvième session):

a) Le Groupe de travail I (Passation de marchés) tiendrait sa dixième session à Vienne du 4 au 8 décembre 2006;

b) Le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) tiendrait sa quarante-cinquième session à Vienne du 11 au 15 septembre 2006;

c) Le Groupe de travail III (Droit des transports) tiendrait sa dix-huitième session à Vienne du 6 au 17 novembre 2006;

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

e) Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) tiendrait sa trente et unième session à Vienne du 11 au 15 décembre 2006;

f) Le Groupe de travail VI (Sûretés) tiendrait sa dixième session à Vienne du 18 au 22 septembre 2006.

ANNEXES

Les annexes I et II du rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa trente-huitième session sont reproduits dans la troisième partie du présent *Annuaire*.

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

(TD/B/52/10 (Vol. I))

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

À sa 975e séance plénière, le 13 octobre 2005, le Conseil a pris note du rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa trente-huitème session (A/60/17).

C. Assemblée générale: rapport de la Sixième Commission sur le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-huitième session (A/60/515)

Rapporteure: Mme Shermain **Jeremy** (Antigua-et-Barbuda)

I. Introduction

1. À sa 17e séance plénière, le 20 septembre 2005, l'Assemblée générale, sur la recommandation du Bureau, a décidé d'inscrire à l'ordre du jour de sa soixantième session, la question intitulée "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial sur les travaux de sa trente-huitième session" et de la renvoyer à la Sixième Commission.

2. La Sixième Commission a examiné la question à ses 1re, 2e, 10e et 14e séances, les 3, 4, 21 et 26 octobre 2005. On trouvera dans les comptes rendus analytiques correspondants l'exposé des vues exprimées par les représentants qui ont pris la parole durant l'examen de la question (A/C.6/60/SR.1, 2, 10 et 14).

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

4. À la 1re séance, le 3 octobre, le Président de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial à sa trente-huitième session, a présenté le rapport de la Commission sur les travaux de sa session.

II. Examen des propositions

A. Projet de résolution A/C.6/60/L.7

5. À la 10e séance, le 21 octobre, le représentant de l'Autriche a présenté un projet de résolution intitulé: "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial sur les travaux de sa trente-huitième session" (A/C.6/60/L.7) au nom des pays suivants: Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Azerbaïdjan, Bélarus, Belgique, Belize, Brésil, Bulgarie, Canada, Chili, Chine, Chypre, Colombie, Danemark, Équateur, Espagne, Estonie, Éthiopie, ex-République yougoslave de Macédoine, Fédération de Russie, Fidji, Finlande, France, Grèce, Guatemala, Haïti, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Irlande, Israël, Italie, Japon, Jordanie, Kenya, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Madagascar, Malaisie, Maroc, Mexique, Mongolie, Norvège, Nouvelle-Zélande, Ouganda, Pays-Bas, Philippines, Pologne, Portugal, République de Corée, République démocratique du Congo, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Serbie-et-Monténégro, Sierra Leone, Singapour, Slovaquie, Slovénie, Sri Lanka, Suède, Suisse, Thaïlande, Trinité-et-

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

Tobago, Tunisie, Turquie, Ukraine et Uruguay, auxquels se sont jointes par la suite la Bolivie, la Gambie, la Lettonie et la République dominicain.

6. À sa 14e séance, le 26 octobre, la Commission a adopté le projet de résolution (A/C.6/60/L.7) sans l'avoir mis aux voix (voir par. 10, projet de résolution I).

B. Projet de résolution A/C.6/60/L.8

7. À la 10e séance, le 21 octobre, le Président de la Commission a présenté un projet de résolution intitulé: "Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux" (A/C.6/60/L.8).

8. À sa 14e séance, le 26 octobre, la Commission a adopté le projet de résolution (A/C.6/60/L.8) sans l'avoir mis aux voix (voir par. 10, projet de résolution II).

9. À l'issue de l'adoption du projet de résolution, le représentant de la France a fait une déclaration expliquant sa prise de position (voir A/C.6/60/SR.14).

III. Recommandations de la Sixième Commission

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

> [Le texte des projets de résolutions n'est pas reproduit dans cette section. Ceux-ci ont été adoptés, avec des modifications de forme, en tant que résolutions 60/20 et 60/21 de l'Assemblée générale (voir la section D ci-après).]

D. Résolutions 60/20 et 60/21 de l'Assemblée générale, en date du 23 novembre 2005

Résolutions adoptées par l'Assemblée générale sur le rapport de la Sixième Commission (A/60/515)

60/20. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-huitième session

L'Assemblée générale,

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

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

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

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

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

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

---

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

2. *Félicite* la Commission d'avoir achevé et adopté un projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux[2];

3. *Félicite également* la Commission de ses progrès dans la révision de sa loi type sur la passation des marchés publics de biens, de travaux et de services[3], et dans l'élaboration de dispositions législatives types concernant les mesures provisoires ou conservatoires dans le cadre de l'arbitrage commercial international, d'un projet d'instrument sur le droit des transports et d'un projet de guide législatif sur les opérations garanties;

4. *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 et, à cet égard, demande aux organisations internationales et régionales compétentes de coordonner leurs activités juridiques avec celles de la Commission, afin d'éviter les doubles emplois et de favoriser l'efficacité, l'homogénéité et la cohérence de la modernisation et de l'harmonisation du droit commercial international;

5. *Réaffirme* l'importance, en particulier pour les pays en développement, du travail de la Commission dans le domaine de l'assistance technique en matière de réforme du droit commercial international et de développement et, à cet égard:

a) Se félicite des initiatives qu'a prises la Commission pour développer, par l'entremise de son secrétariat, son programme d'assistance technique;

b) Remercie la Commission d'avoir organisé des activités d'assistance technique en Afrique du Sud (pour l'Association of Law Reform Agencies of Eastern and Southern Africa), en Azerbaïdjan, au Brésil, en Chine, en Éthiopie (pour le Marché commun de l'Afrique orientale et australe), en Serbie-et-Monténégro, en Slovénie et en Thaïlande;

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

d) Engage de nouveau le Programme des Nations Unies pour le développement et les autres organismes d'aide au développement, tels que la Banque mondiale et les banques régionales de développement, ainsi que les gouvernements agissant dans le cadre de leurs programmes d'aide bilatérale, à appuyer le programme d'assistance technique de la Commission, à coopérer avec celle-ci et à coordonner leurs activités avec les siennes;

---

[2] Ibid., chap. III et annexe I.

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

6. *Constate avec regret* que, depuis la trente-sixième session de la Commission, aucune contribution n'a été versée au fonds d'affectation spéciale créé pour l'octroi d'une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement qui sont membres de la Commission, sur leur demande et en consultation avec le Secrétaire général[4], souligne qu'il importe que des contributions soient versées à ce fonds afin que les experts des pays en développement soient plus nombreux à participer aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail, et demande de nouveau aux gouvernements, aux organismes des Nations Unies et aux organisations, institutions et personnes privées intéressées de verser des contributions volontaires au fonds;

7. *Décide*, pour une participation pleine et entière des États Membres aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail, de poursuivre à sa soixantième session, dans le cadre de la grande commission compétente, l'examen de la question de l'octroi d'une aide au titre des frais de voyage aux pays les moins avancés qui sont membres de la Commission, sur leur demande et en consultation avec le Secrétaire général;

8. *Rappelle* que c'est à la Commission et à ses groupes de travail intergouvernementaux qu'incombe la responsabilité des travaux de la Commission et souligne à cet égard que des informations devraient leur être communiquées concernant les réunions d'experts, qui apportent une contribution essentielle aux travaux de la Commission;

9. *Rappelle également* ses résolutions sur les relations entre l'Organisation des Nations Unies et ses partenaires non étatiques, en particulier le secteur privé[5], et, à cet égard, encourage la Commission à continuer d'étudier les diverses manières de mettre à profit les relations avec les entités non étatiques intéressées pour exécuter son mandat, en particulier dans le domaine de l'assistance technique, selon les principes et les directives applicables et en coopération et coordination avec d'autres services compétents du Secrétariat, notamment le Bureau du Pacte mondial;

10. *Prie à nouveau* le Secrétaire général, eu égard aux résolutions qu'elle a adoptées sur la documentation[6] dans lesquelles elle insiste particulièrement sur le fait que l'abrègement des documents ne doit jamais compromettre la qualité de leur présentation et de leur contenu, de prendre en considération la nature particulière du mandat et des travaux de la Commission lorsqu'il applique à la documentation de la Commission les règles tendant à en limiter le volume;

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

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

---

[4] Résolution 48/32, par. 5.

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

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

13. *Prend note avec satisfaction* de l'élaboration de recueils analytiques de jurisprudence concernant des textes de la Commission, en particulier d'un recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises[7] et d'un recueil analytique de jurisprudence concernant la loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'arbitrage commercial international[8] - moyens de diffuser des informations sur ces textes et d'en promouvoir l'utilisation, l'application et l'interprétation uniforme;

14. *Se félicite* de la décision de la Commission de tenir à Vienne dans le contexte de sa quarantième session en 2007, un congrès sur le droit commercial international pour examiner les résultats de ses travaux passés et des travaux connexes d'autres organisations s'occupant de droit commercial international, évaluer les programmes de travail actuels et rechercher les thèmes et les matières pouvant faire l'objet de travaux futurs, et reconnaît l'importance de ce congrès pour la coordination et la promotion des activités visant à moderniser et harmoniser le droit commercial international;

15. *Note* que 2006 marquera le trentième anniversaire de l'adoption par la Commission du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international[9], utilisé dans le monde entier pour régler les différends relatifs au commerce et aux investissements internationaux et, à cet égard, se félicite des initiatives lancées pour organiser conférences et autres manifestations pour faire le point sur l'utilisation pratique de ce Règlement et envisager une éventuelle révision;

16. *Rappelle* ses résolutions dans lesquelles elle affirme qu'il importe que l'Organisation des Nations Unies ait des sites Web de grande qualité, d'usage facile et économiques, et qu'il faut veiller à leur développement, leur mise à jour et leur enrichissement en plusieurs langues[10], accueille avec satisfaction le site Web de la Commission restructuré dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies et se félicite des efforts que continue de déployer la Commission pour le tenir à jour et l'améliorer conformément aux directives en vigueur.

53e séance plénière
23 novembre 2005

---

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

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

[9] Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.77.V.6.

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

60/21. Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux

L'Assemblée générale,

Rappelant sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966, par laquelle elle a créé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international en lui donnant 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,

Considérant que l'incertitude qui règne quant à la valeur juridique des communications électroniques échangées dans le contexte des contrats internationaux fait obstacle au commerce international,

Convaincue que l'adoption de règles uniformes propres à éliminer les obstacles à l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, y compris ceux que peut engendrer l'application des instruments juridiques relatifs au commerce international existants, renforcerait la certitude juridique et la prévisibilité commerciale des contrats internationaux et pourrait aider les États à avoir accès aux itinéraires commerciaux modernes,

Rappelant qu'à sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission a décidé d'élaborer, sur les questions relatives aux contrats électroniques, un instrument international qui devait notamment viser à éliminer les obstacles au commerce électronique dans les conventions portant droit uniforme et les accords commerciaux existants, et qu'elle a chargé le Groupe de travail IV (Commerce électronique) d'élaborer un projet de texte[11],

Notant que le Groupe de travail a consacré six sessions, de 2002 à 2004, à l'élaboration du projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, projet que la Commission a examiné à sa trente-huitième session, en 2005[12],

Gardant à l'esprit que tous les États et les institutions internationales intéressées ont été invités à participer à l'élaboration du projet de convention à toutes les sessions du Groupe de travail ainsi qu'à la trente-huitième session de la Commission, en qualité de membres ou d'observateurs, et qu'ils ont eu tout loisir de faire des déclarations et des propositions,

Notant avec satisfaction que le texte du projet de convention a été distribué, pour observations, avant la trente-huitième session de la Commission, à tous les gouvernements et aux organisations internationales invitées à participer aux travaux de la Commission et du Groupe de travail en qualité d'observateurs, et que la Commission a été saisie des observations reçues à sa trente-huitième session[13],

---

[11] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatifs (A/56/17 et Corr.1 et 3), par. 291 à 295.

[12] Ibid., *soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), chap. III.

[13] A/CN.9/578 et Add.1 à 17.

Notant également avec satisfaction la décision prise par la Commission à sa trente-huitième session de lui présenter le projet de convention pour examen[14],

Prenant note du projet de convention adopté par la Commission[15],

1. *Remercie* la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir élaboré le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux[15];

2. *Adopte* la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, dont le texte figure en annexe à la présente résolution, et prie le Secrétaire général de l'ouvrir à la signature;

3. *Invite* tous les États à envisager de devenir parties à la Convention.

53e séance plénière
23 novembre 2005

ANNEXE

CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR L'UTILISATION DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX

Les États Parties à la présente Convention,

Réaffirmant leur conviction que le commerce international sur la base de l'égalité et des avantages mutuels constitue un élément important susceptible de promouvoir les relations amicales entre les États,

Notant que l'usage accru des communications électroniques améliore l'efficacité des activités commerciales, renforce les relations commerciales et offre de nouvelles possibilités de débouchés à des parties et à des marchés auparavant isolés, jouant ainsi un rôle fondamental dans la promotion du commerce et du développement économique, aux niveaux tant national qu'international,

Considérant que les problèmes créés par les incertitudes quant à la valeur juridique de l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux constituent un obstacle au commerce international,

Convaincus que l'adoption de règles uniformes pour éliminer les obstacles à l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux, notamment les obstacles pouvant résulter de l'application des instruments de droit commercial international existants, renforcerait la sécurité juridique et la prévisibilité commerciale pour les contrats internationaux et aiderait les États à accéder aux circuits commerciaux modernes,

---

[14] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 167.

[15] Ibid., annexe I.

Estimant que des règles uniformes devraient respecter la liberté des parties de choisir les supports et technologies appropriés, en tenant compte des principes de neutralité technologique et d'équivalence fonctionnelle, dans la mesure où les moyens choisis par celles-ci sont conformes à l'objet des règles de droit applicables en la matière,

Désireux de trouver une solution commune pour lever les obstacles juridiques à l'utilisation des communications électroniques d'une manière qui soit acceptable pour les États dotés de systèmes juridiques, sociaux et économiques différents,

Sont convenus de ce qui suit:

Chapitre premier
Sphère d'application

Article premier
Champ d'application

1. La présente Convention s'applique à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat entre des parties ayant leur établissement dans des États différents.

2. Il n'est pas tenu compte du fait que les parties ont leur établissement dans des États différents lorsque ce fait ne ressort ni du contrat, ni de transactions effectuées entre les parties, ni de renseignements donnés par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat.

3. Ni la nationalité des parties, ni le caractère civil ou commercial des parties ou du contrat ne sont pris en considération pour l'application de la présente Convention.

Article 2
Exclusions

1. La présente Convention ne s'applique pas aux communications électroniques qui ont un rapport avec l'un quelconque des éléments suivants:

a) Contrats conclus à des fins personnelles, familiales ou domestiques;

b) i) Opérations sur un marché boursier réglementé; ii) opérations de change; iii) systèmes de paiement interbancaire, accords de paiement interbancaire ou systèmes de compensation et de règlement portant sur des valeurs mobilières ou d'autres instruments ou actifs financiers; iv) transfert de sûretés portant sur des valeurs mobilières ou sur d'autres instruments ou actifs financiers détenus auprès d'intermédiaires, ou vente, prêt, détention ou convention de rachat de ces valeurs, actifs ou instruments.

2. La présente Convention ne s'applique pas aux lettres de change, aux billets à ordre, aux lettres de transport, aux connaissements, aux récépissés d'entrepôt ni à aucun document ou instrument transférable donnant le droit au porteur ou au bénéficiaire de demander la livraison de marchandises ou le paiement d'une somme d'argent.

Article 3
Autonomie des parties

Les parties peuvent exclure l'application de la présente Convention ou déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets.

Chapitre II
Dispositions générales

Article 4
Définitions

Aux fins de la présente Convention:

a) Le terme "communication" désigne toute mention, déclaration, mise en demeure, notification ou demande, y compris une offre et l'acceptation d'une offre, que les parties sont tenues d'effectuer ou choisissent d'effectuer en relation avec la formation ou l'exécution d'un contrat;

b) Le terme "communication électronique" désigne toute communication que les parties effectuent au moyen de messages de données;

c) Le terme "message de données" désigne l'information créée, transmise, reçue ou conservée par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégramme, le télex ou la télécopie;

d) Le terme "expéditeur" d'une communication électronique désigne la partie par laquelle, ou au nom de laquelle, la communication électronique a été envoyée ou créée avant d'avoir été éventuellement conservée, mais non la partie qui agit en tant qu'intermédiaire pour cette communication;

e) Le terme "destinataire" d'une communication électronique désigne la partie à qui l'expéditeur a l'intention d'adresser la communication électronique, mais non la partie qui agit en tant qu'intermédiaire pour cette communication;

f) Le terme "système d'information" désigne un système utilisé pour créer, envoyer, recevoir, conserver ou traiter de toute autre manière des messages de données;

g) Le terme "système de messagerie automatisé" désigne un programme informatique, un moyen électronique ou un autre moyen automatisé utilisé pour entreprendre une action ou pour répondre en tout ou en partie à des messages de données ou à des opérations, sans intervention ou contrôle d'une personne physique à chaque action entreprise ou réponse produite;

h) Le terme "établissement" désigne tout lieu où une partie dispose d'une installation non transitoire pour mener une activité économique, autre que la fourniture temporaire de biens ou de services, et à partir d'un lieu déterminé.

Article 5
Interprétation

1. Pour l'interprétation de la présente Convention, il est 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.

2. Les questions concernant les matières régies par la présente Convention qui ne sont pas expressément tranchées par elle sont réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé.

Article 6
Lieu de situation des parties

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.

Article 7
Obligations d'information

Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidence sur l'application d'une règle de droit obligeant les parties à communiquer leur identité, leur établissement ou toute autre information, ni n'exonère une partie des conséquences juridiques auxquelles elle s'exposerait en faisant des déclarations inexactes, incomplètes ou fausses à cet égard.

Chapitre III
Utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux

Article 8
Reconnaissance juridique des communications électroniques

1. 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.

2. Aucune disposition de la présente Convention n'oblige une partie à utiliser ou à accepter des communications électroniques, mais le fait qu'elle y consent peut être déduit de son comportement.

Article 9
Conditions de forme

1. Aucune disposition de la présente Convention n'exige qu'une communication ou un contrat soit établi ou constaté sous une forme particulière.

2. Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit sous forme écrite, ou prévoit des conséquences juridiques en l'absence d'un écrit, une communication électronique satisfait à cette exigence si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement.

3. Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit signé par une partie, ou prévoit des conséquences en l'absence d'une signature, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique:

a) Si une méthode est utilisée pour identifier la partie et pour indiquer la volonté de cette partie concernant l'information contenue dans la communication électronique; et

b) Si la méthode utilisée est:

i) Soit une méthode dont la fiabilité est suffisante au regard de l'objet pour lequel la communication électronique a été créée ou transmise, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière;

ii) Soit une méthode dont il est démontré dans les faits qu'elle a, par elle-même ou avec d'autres preuves, rempli les fonctions visées à l'alinéa *a* ci-dessus.

4. Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit disponible ou conservé sous sa forme originale, ou prévoit des conséquences juridiques en l'absence d'un original, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique:

a) S'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information qu'elle contient à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive, en tant que communication électronique ou autre; et

b) Si, lorsqu'il est exigé que l'information qu'elle contient soit disponible, cette information peut être présentée à la personne à laquelle elle doit être rendue disponible.

5. Aux fins de l'alinéa *a* du paragraphe 4:

a) L'intégrité de l'information s'apprécie en déterminant si celle-ci est restée complète et n'a pas été altérée, exception faite de l'ajout de tout endossement et de toute modification susceptible d'intervenir dans le processus normal de la communication, de la conservation et de l'affichage; et

b) Le niveau de fiabilité requis s'apprécie au regard de l'objet pour lequel l'information a été créée et à la lumière de toutes les circonstances y ayant trait.

Article 10
Moment et lieu de l'expédition et de la réception de communications électroniques

1. Le moment de l'expédition d'une communication électronique est le moment où cette communication quitte un système d'information dépendant de l'expéditeur ou de la partie qui l'a envoyée au nom de l'expéditeur, ou bien, si la communication électronique n'a pas quitté un système d'information dépendant de l'expéditeur ou de la partie qui l'a envoyée au nom de l'expéditeur, le moment où elle est reçue.

2. Le moment de la réception d'une communication électronique est le moment où cette communication peut être relevée par le destinataire à une adresse électronique que celui-ci a désignée. Le moment de la réception d'une communication électronique à une autre adresse électronique du destinataire est le moment où cette communication peut être relevée par le destinataire à cette adresse et où celui-ci prend connaissance du fait qu'elle a été envoyée à cette adresse. Une communication électronique est présumée pouvoir être relevée par le destinataire lorsqu'elle parvient à l'adresse électronique de celui-ci.

3. Une communication électronique est réputée avoir été expédiée du lieu où l'expéditeur a son établissement et avoir été reçue au lieu où le destinataire a son établissement, ces lieux étant déterminés conformément à l'article 6.

4. Le paragraphe 2 du présent article s'applique même si le lieu où est situé le système d'information qui constitue le support de l'adresse électronique est différent du lieu où la communication électronique est réputée avoir été reçue selon le paragraphe 3 du présent article.

Article 11
Invitations à l'offre

Une proposition de conclure un contrat effectuée par l'intermédiaire d'une ou plusieurs communications électroniques qui n'est pas adressée en particulier à une ou plusieurs parties mais qui est généralement accessible à des parties utilisant des systèmes d'information, y compris à l'aide d'applications interactives permettant de passer des commandes par l'intermédiaire de ces systèmes d'information, doit être considérée comme une invitation à l'offre, à moins qu'elle n'indique clairement l'intention de la partie effectuant la proposition d'être liée en cas d'acceptation.

Article 12
Utilisation de systèmes de messagerie automatisés pour la formation des contrats

La validité ou la force exécutoire d'un contrat formé par l'interaction d'un système de messagerie automatisé et d'une personne physique, ou bien par l'interaction de systèmes de messagerie automatisés ne peuvent être contestées au seul motif qu'une personne physique n'est pas intervenue ou n'a pas contrôlé chacune des opérations exécutées par les systèmes ni le contrat qui en résulte.

Article 13
Mise à disposition des clauses contractuelles

Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidence sur l'application d'une règle de droit obligeant une partie qui négocie tout ou partie des clauses d'un contrat en échangeant des communications électroniques à mettre d'une manière déterminée à la disposition de l'autre partie les communications électroniques contenant les clauses contractuelles, ni n'exonère une partie des conséquences juridiques auxquelles elle s'exposerait en ne le faisant pas.

Article 14
Erreur dans les communications électroniques

1. Lorsqu'une personne physique commet une erreur de saisie dans une communication électronique échangée avec le système de messagerie automatisé d'une autre partie et que le système de messagerie automatisé ne lui donne pas la possibilité de corriger l'erreur, cette personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, peut exercer un droit de retrait de la partie de la communication électronique dans laquelle l'erreur de saisie a été commise si:

a) La personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, avise l'autre partie de l'erreur aussitôt que possible après en avoir pris connaissance et lui signale qu'elle a commis une erreur dans la communication électronique; et

b) La personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, n'a pas tiré d'avantage matériel ou de contrepartie des biens ou services éventuellement reçus de l'autre partie ni utilisé un tel avantage ou une telle contrepartie.

2. Aucune disposition du présent article n'a d'incidence sur l'application d'une règle de droit régissant les conséquences d'une erreur autre que celle visée au paragraphe 1.

Chapitre IV
Dispositions finales

Article 15
Dépositaire

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies est désigné comme dépositaire de la présente Convention.

Article 16
Signature, ratification, acceptation ou approbation

1. La présente Convention est ouverte à la signature de tous les États au Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York du 16 janvier 2006 au 16 janvier 2008.

2. La présente Convention est sujette à ratification, acceptation ou approbation par les États signataires.

3. La présente Convention est ouverte à l'adhésion de tous les États qui ne sont pas signataires à partir de la date à laquelle elle est ouverte à la signature.

4. Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion sont déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Article 17
Participation d'organisations régionales d'intégration économique

1. Une organisation régionale d'intégration économique constituée par des États souverains et ayant compétence sur certaines matières régies par la présente Convention peut elle aussi signer, ratifier, accepter, approuver la présente Convention ou y adhérer. En pareil cas, elle aura les mêmes droits et obligations qu'un État contractant, dans la mesure où elle a compétence sur des matières régies par la présente Convention. Lorsque le nombre d'États contractants est pertinent pour l'application des dispositions de la présente Convention, l'organisation régionale d'intégration économique n'est pas comptée comme État contractant en plus de ses États membres qui sont des États contractants.

2. Au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, l'organisation régionale d'intégration économique effectue auprès du dépositaire une déclaration indiquant les matières régies par la présente Convention pour lesquelles ses États membres lui ont transféré leur compétence. Elle informe sans retard le dépositaire de toute modification intervenue dans la répartition de compétence, y compris de nouveaux transferts de compétence, précisée dans la déclaration faite en vertu du présent paragraphe.

3. Toute référence à "État contractant" ou "États contractants" dans la présente Convention s'applique également à une organisation régionale d'intégration économique, lorsque le contexte requiert qu'il en soit ainsi.

4. La présente Convention ne peut prévaloir sur aucune règle contraire d'une organisation régionale d'intégration économique applicable aux parties dont les établissements respectifs sont situés dans les États membres d'une telle organisation, comme précisé par une déclaration faite conformément à l'article 21.

Article 18
Effet dans les unités territoriales nationales

1. Si un État contractant comprend deux unités territoriales ou plus dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la présente Convention, il peut, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou uniquement à l'une ou plusieurs d'entre elles et peut à tout moment modifier sa déclaration en faisant une nouvelle déclaration.

2. Ces déclarations sont notifiées au dépositaire et désignent expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

3. Si, en vertu d'une déclaration faite conformément au présent article, la présente Convention s'applique à l'une ou plusieurs des unités territoriales d'un État contractant, mais non pas à toutes, et si l'établissement d'une partie est situé dans cet État, cet établissement est considéré, aux fins de la présente Convention, comme

n'étant pas situé dans un État contractant, à moins qu'il ne soit situé dans une unité territoriale à laquelle la Convention s'applique.

4. Si un État contractant ne fait pas de déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article, la Convention s'applique à toutes les unités territoriales de cet État.

Article 19
Déclarations concernant le champ d'application

1. Tout État contractant peut déclarer, conformément à l'article 21, qu'il appliquera la présente Convention uniquement:

a) Lorsque les États visés au paragraphe 1 de l'article premier sont des États contractants à la présente Convention; ou

b) Lorsque les parties sont convenues qu'elle s'applique.

2. Tout État contractant peut exclure du champ d'application de la présente Convention les matières spécifiées dans une déclaration faite conformément à l'article 21.

Article 20
Communications échangées conformément à d'autres conventions internationales

1. Les dispositions de la présente Convention s'appliquent à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat auquel s'applique l'une quelconque des conventions internationales ci-après dont un État contractant à la présente Convention est un État contractant ou peut le devenir:

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958);

Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 14 juin 1974) et Protocole y relatif (Vienne, 11 avril 1980);

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 11 avril 1980);

Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 19 avril 1991);

Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (New York, 11 décembre 1995);

Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (New York, 12 décembre 2001).

2. Les dispositions de la présente Convention s'appliquent en outre aux communications électroniques se rapportant à la formation ou à l'exécution d'un contrat auquel s'applique une autre convention ou un autre traité ou accord international non expressément mentionné au paragraphe 1 du présent article dont un État contractant à la présente Convention est un État contractant ou peut le

devenir, sauf si cet État a déclaré, conformément à l'article 21, qu'il ne sera pas lié par le présent paragraphe.

3. Un État qui fait une déclaration en application du paragraphe 2 du présent article peut également déclarer qu'il appliquera néanmoins les dispositions de la présente Convention à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution de tout contrat auquel s'applique une convention, un traité ou un accord international spécifié dont cet État est un État contractant ou peut le devenir.

4. Tout État peut déclarer qu'il n'appliquera pas les dispositions de la présente Convention à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat auquel s'applique une convention, un traité ou un accord international qu'il a spécifié dans sa déclaration et dont il est un État contractant ou peut le devenir, y compris l'une quelconque des conventions mentionnées au paragraphe 1 du présent article, même s'il n'a pas exclu l'application du paragraphe 2 du présent article dans une déclaration faite conformément à l'article 21.

Article 21
Procédure et effets des déclarations

1. Des déclarations peuvent être faites à tout moment en vertu du paragraphe 4 de l'article 17, des paragraphes 1 et 2 de l'article 19 et des paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 20. Les déclarations faites lors de la signature sont sujettes à confirmation lors de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation.

2. Les déclarations et leur confirmation sont faites par écrit et formellement notifiées au dépositaire.

3. Les déclarations prennent effet à la date de l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État concerné. Cependant, une déclaration dont le dépositaire reçoit notification formelle après cette date prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date de sa réception par le dépositaire.

4. Tout État qui fait une déclaration en vertu de la présente Convention peut à tout moment la modifier ou la retirer par notification formelle adressée par écrit au dépositaire. La modification ou le retrait prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire.

Article 22
Réserves

Aucune réserve ne peut être faite en vertu de la présente Convention.

Article 23
Entrée en vigueur

1. La présente Convention entre en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois après la date du dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

2. Lorsqu'un État ratifie, accepte ou approuve la présente Convention ou y adhère après le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, la présente Convention entre en vigueur à l'égard de cet État le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois après la date du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

Article 24
Moment de l'application

La présente Convention et toute déclaration s'appliquent uniquement aux communications électroniques qui sont échangées après la date à laquelle la Convention ou la déclaration entre en vigueur ou prend effet à l'égard de chaque État contractant.

Article 25
Dénonciation

1. Un État contractant peut dénoncer la présente Convention par une notification formelle adressée par écrit au dépositaire.

2. La dénonciation prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de douze mois à compter de la réception de la notification par le dépositaire. Lorsqu'un délai plus long est spécifié dans la notification, la dénonciation prend effet à l'expiration du délai en question à compter de la réception de la notification par le dépositaire.

FAIT à New York, ce […] jour de […] de l'an 2005, en un seul original, dont les versions anglaise, arabe, chinoise, espagnole, française et russe font également foi.

EN FOI DE QUOI, les plénipotentiaires soussignés, à ce dûment autorisés par leurs gouvernements respectifs, ont signé la présente Convention.

Deuxième partie

ÉTUDES ET RAPPORTS SUR DES SUJETS ÉTUDIÉS PAR LA COMMISSION

I. COMMERCE ÉLECTRONIQUE

A. Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004)

(A/CN.9/571) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-2
II.	Organisation de la session	3-8
III.	Délibérations et décisions	9-12
IV.	Contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention	13-204
	Article premier. Champ d'application	14-27
	Article 18 [X]. Réserves et déclarations	28-46
	Article 19 [Y]. Communications échangées conformément à d'autres conventions internationales	47-58
	Article 2. Exclusions	59-69
	Article 3. Autonomie des parties	70-77
	Article 4. Définitions	78-89
	Article 5. Interprétation	90-91
	Article 6. Lieu de situation des parties	92-114
	Article 7. Obligations d'information	115-116
	Article 8. Reconnaissance juridique des communications électroniques	117-122
	Article 9. Conditions de forme	123-139
	Article 10. Moment et lieu de l'expédition et de la réception de communications électroniques	140-166
	Article 11. Invitations à l'offre	167-172
	Article 12. Utilisation de systèmes d'information automatisés pour la formation des contrats	173-174
	Article 13. Mise à disposition des clauses contractuelles	175-181
	Article 14. Erreur dans les communications électroniques	182-206
Annexe	Projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux	

I. Introduction

1. À sa trente-quatrième session (Vienne, 25 juin-13 juillet 2001), la Commission a approuvé une série de recommandations concernant les travaux futurs qui avaient été faites par le Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-huitième session, tenue à New York du 12 au 23 mars 2001, à savoir, entre autres, élaborer un instrument international traitant de certaines questions touchant les contrats électroniques et effectuer une étude complète des obstacles juridiques au développement du commerce électronique qui pourraient découler d'instruments internationaux.

2. Le projet d'instrument a été initialement élaboré sous la forme d'un avant-projet de convention intitulé ''projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux''. Le résumé le plus récent des délibérations du Groupe de travail sur le projet de convention figure aux paragraphes 5 à 34 du document A/CN.9/WG.IV/WP.109.

II. Organisation de la session

3. Le Groupe de travail sur le commerce électronique, composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quarante-quatrième session à Vienne du 11 au 22 octobre 2004. Ont participé à la session des représentants des États membres du Groupe de travail ci-après: Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Brésil, Canada, Chine, Colombie, Croatie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Guatemala, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Maroc, Mexique, Nigéria, République de Corée, République tchèque, Singapour, Suède, Thaïlande, Tunisie, Turquie, Venezuela et Zimbabwe.

4. Ont également participé à la session des observateurs des États ci-après: Congo, Danemark, Égypte, Finlande, Indonésie, Iraq, Irlande, Nouvelle-Zélande, Pérou, Philippines, Roumanie, Soudan, Ukraine et Yémen.

5. Ont en outre participé à la session, en qualité d'observateurs, des représentants des organisations internationales suivantes: a) organisations intergouvernementales: Banque africaine de développement, Commission européenne, Conférence de La Haye de droit international privé et Union asiatique de compensation; b) organisations non gouvernementales invitées par la Commission: American Bar Association, Association européenne des étudiants en droit, Centre for International Legal Studies et Chambre de commerce internationale.

6. Le Groupe de travail a élu le Bureau suivant:

Président: Jeffrey CHAN Wah Teck (Singapour);

Rapporteur: Marco Antonio PEREZ USECHE (Colombie).

7. Le Groupe de travail était saisi d'une nouvelle version révisée de l'avant-projet de convention qui tenait compte des délibérations de sa quarante-troisième session (A/CN.9/WG.IV/WP.110). Il était également saisi des observations reçues par la Section des traités du Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies (A/CN.9/WG.IV/WP.111), d'une proposition d'amendement de

l'article 10-2 du projet de convention (A/CN.9/WG.IV/WP.112) et d'une note du secrétariat contenant le texte d'un document intitulé ''Clauses 2004 de la CCI pour les contrats électroniques et Guide de la CCI sur la conclusion de contrats par voie électronique'' (A/CN.9/WG.IV/WP.113).

8. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

9. Le Groupe de travail a repris ses délibérations sur la nouvelle version révisée de l'avant-projet de convention figurant à l'annexe I de la note du secrétariat A/CN.9/WG.IV/WP.110. Ses décisions et délibérations concernant le projet de convention sont présentées dans le chapitre IV ci-dessous (voir par. 13 à 206).

10. Le Groupe de travail a examiné et adopté les projets d'articles 1 à 14, 18 et 19 du projet de convention (reproduits dans l'annexe du présent rapport). Il a en outre eu un premier échange de vues sur le préambule et les dispositions finales du projet de convention, y compris sur des propositions tendant à ajouter de nouvelles dispositions au chapitre IV. À la lumière de ses délibérations sur les chapitres premier, II et III et sur les articles 18 et 19 du projet de convention, il a demandé au secrétariat de modifier en conséquence le projet de texte des dispositions finales au chapitre IV. Il a également demandé au secrétariat d'insérer entre crochets dans le projet final à soumettre à la Commission les projets de dispositions qu'il avait été proposé d'ajouter au texte qu'il avait examiné (A/CN.9/WG.IV/WP.110). Le secrétariat a été prié de communiquer la version révisée du projet de convention aux gouvernements pour observations, afin que la Commission l'examine et l'adopte à sa trente-huitième session.

11. Le Groupe de travail a examiné une note du Secrétariat reproduisant le texte du document "Clauses 2004 de la CCI pour les contrats électroniques et Guide de la CCI sur la conclusion de contrats par voie électronique" (A/CN.9/WG.IV/WP.113) et a remercié la Chambre de commerce internationale de lui avoir soumis ce document pour son information. Il a noté la différence de nature entre les travaux menés par la CCI, qui se présentaient sous la forme de conseils en matière contractuelle à des parties privées, et ses propres travaux relatifs au projet de convention, qui avaient un caractère législatif. Il a estimé que ces types de travaux étaient complémentaires et non antagoniques. Sur le fond, il a noté que, malgré des différences de terminologie entre les clauses de la CCI pour les contrats électroniques et les dispositions du projet de convention tel qu'il les avait révisées, notamment celles concernant le moment et le lieu de l'expédition et de la réception de communications électroniques (voir par.139 à 165), il n'y avait pas de

contradiction majeure entre les deux instruments. Toutefois, compte tenu du temps limité imparti au débat, celui-ci ne devrait pas être interprété à ce stade comme une approbation de ces documents par le Groupe de travail ou par la Commission.

12. Sous réserve de l'approbation de la Commission, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de rédiger des notes explicatives ou un projet de commentaire officiel sur le projet de convention. Il a par ailleurs recommandé que la Commission envisage d'établir un projet de clauses contractuelles visant à aider les parties à opter pour l'application du projet de convention, comme indiqué au paragraphe 1 c) du projet d'article 18. Il a prié le Secrétariat de continuer de suivre les questions relatives aux substituts électroniques des documents formant titre et des instruments négociables, pour faire des recommandations, en temps utile, sur les travaux que la Commission pourrait entreprendre et pour assurer la cohérence avec les travaux du Groupe de travail sur le droit des transports. Il a en outre demandé au Secrétariat, sous réserve que des ressources soient disponibles, de suivre l'application des lois types de la CNUDCI sur le commerce électronique et sur les signatures électroniques, y compris en ce qui concerne les questions liées à la reconnaissance transfrontière des signatures électroniques, et de compiler des décisions de justice concernant les sujets abordés dans ces lois types, même dans des pays où celles-ci n'avaient pas été adoptées, et de publier les résultats de ses recherches en vue de faire des recommandations à la Commission sur le point de savoir s'il serait possible d'entreprendre des travaux dans ces domaines.

IV. Contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention

Organisation des débats

13. Le Groupe de travail a décidé, compte tenu du lien logique entre les projets d'articles 1, 18 et 19, d'examiner ces dispositions ensemble. Il a en outre décidé d'examiner le préambule une fois qu'il aurait arrêté les dispositions de fond du projet de convention.

Article premier. Champ d'application

14. Le texte du projet d'article était le suivant:

"1. La présente Convention s'applique à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la [négociation] [formation] ou l'exécution d'un contrat entre des parties ayant leur établissement dans des États différents:

a) Lorsque ces États sont des États contractants;

b) Lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant; ou

c) Lorsque les parties sont convenues qu'elle s'applique.

2. Il n'est pas tenu compte du fait que les parties ont leur établissement dans des États différents lorsque ce fait ne ressort ni du contrat, ni de transactions effectuées entre les parties, ni de renseignements donnés par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat.

3. Ni la nationalité des parties, ni le caractère civil ou commercial des parties ou du contrat ne sont pris en considération pour l'application de la présente Convention.

[Variante A

4. Sans préjudice de l'article 19 [Y], les dispositions de la présente Convention ne s'appliquent pas aux communications électroniques relatives à la [négociation] [formation] ou l'exécution d'un contrat régi par une convention, un traité ou un accord international qui n'est pas mentionné au paragraphe 1 de l'article 19 [Y] ou qui n'a pas fait l'objet d'une déclaration faite par un État contractant conformément au paragraphe 2 de l'article 19 [Y].]

[Variante B

4. Les dispositions de la présente Convention s'appliquent en outre aux communications électroniques en rapport avec la [négociation] [formation] ou l'exécution d'un contrat régi par une convention, un traité ou un accord international, même si cette convention, ce traité ou cet accord n'est pas expressément mentionné au paragraphe 1 de l'article 19 [Y], à moins que l'État contractant n'ait exclu la présente disposition en faisant une déclaration conformément au paragraphe 3 de l'article 18 [X].]"

Paragraphe 1 et projet d'article 18

15. En ce qui concerne le texte entre crochets, il a été suggéré de conserver à la fois les mots "négociation" et "formation" pour inclure les cas dans lesquels la négociation ne débouchait pas sur la formation d'un contrat. Une autre suggestion était d'indiquer dans la phrase liminaire que le projet de convention couvrait l'utilisation de toutes les communications électroniques relatives au processus de passation d'un contrat, notamment la négociation, la formation et l'exécution de celui-ci. Le Groupe de travail a cependant décidé de conserver uniquement le mot "formation" car il a estimé qu'il suffisait à couvrir toutes les étapes de la passation d'un contrat, y compris la négociation et les invitations à l'offre visées au projet d'article 11. Il a été suggéré de préciser, dans des notes explicatives ou dans un commentaire officiel sur le projet de convention, que le mot "formation" devait être interprété au sens large.

16. Le Groupe de travail a rejeté la proposition visant à supprimer le membre de phrase "en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat" dans la première phrase du paragraphe. Il a été estimé que ces mots n'étaient pas superflus, même s'ils apparaissaient dans la définition du terme "communication" à l'alinéa a) du projet d'article 4, car ils aidaient le lecteur à voir dès la première disposition quel était le champ d'application du projet de convention.

17. On s'est interrogé sur la nécessité des projets d'alinéas a), b) et c) compte tenu de la nature facilitante du projet de convention. À l'appui du libellé actuel, il a été noté que la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) (la "Convention des Nations Unies sur les ventes") ne s'appliquait aux contrats internationaux que si les deux parties étaient situées dans des États contractants à cette convention ou lorsque les règles du droit international privé menaient à l'application de la loi d'un État contractant. Pour faire en sorte que

les deux textes soient compatibles, il a été suggéré d'employer un libellé similaire dans le projet de paragraphe. Il a été répondu à cela qu'il serait étrange qu'un État utilise les règles du projet de convention pour interpréter une loi existante uniquement lorsqu'une opération donnée remplissait les conditions prévues au projet de paragraphe, et d'autres règles dans les autres cas. Cela reviendrait à créer deux régimes pour l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux, ce qui serait contraire à l'objectif d'uniformité que visait le projet de convention. Compte tenu de ces observations, le Groupe de travail est convenu qu'il existait une relation étroite entre ces alinéas et les exclusions prévues au projet d'article 18 et a décidé d'examiner cette question à la lumière de ses débats sur ledit projet d'article.

18. Le Groupe de travail est revenu sur le paragraphe 1 du projet d'article premier après avoir conclu ses délibérations sur le projet d'article 18 (voir par. 28 à 46). Il a ensuite décidé que tous les éléments définissant le champ d'application du projet de convention, qui figuraient pour le moment au paragraphe 1 du projet d'article premier, devraient être insérés dans l'actuel projet d'article 18, de sorte que le projet de paragraphe 1 serait libellé comme suit:

> "La présente Convention s'applique à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat entre des parties ayant leur établissement dans des États différents."

19. Il a été noté que sous sa forme révisée, le projet de convention s'appliquerait aux messages électroniques échangés entre des parties ayant leur établissement dans des États différents même si ces États n'étaient pas tous deux des États contractants, du moment que la loi d'un État contractant s'appliquait aux relations entre les parties.

20. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de paragraphe révisé et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 2

21. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de paragraphe et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 3

22. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de paragraphe et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 4 et projet d'article 19

23. Le Groupe de travail a noté que les variantes A et B avaient toutes deux pour objet de préciser la relation entre les projets d'articles premier et 19 compte tenu de ses délibérations antérieures sur le sujet (A/CN.9/548, par. 42 à 46 et 72 à 81). La variante A traduisait l'opinion selon laquelle le projet de convention ne devait s'appliquer à l'échange de communications électroniques en rapport avec un contrat couvert par une convention existante établissant des règles de droit uniforme autres que celles énumérées au paragraphe 1 du projet d'article 19 que si la convention en question avait été expressément mentionnée par un État contractant dans une déclaration faite en vertu du paragraphe 2 du même article. La variante B, en

revanche, avait pour objet d'élargir le champ d'application du projet de convention en indiquant clairement que les dispositions de ce dernier pourraient aussi s'appliquer à l'échange de communications électroniques couvert par d'autres traités que ceux expressément énumérés au paragraphe 1 du projet d'article 19. Elle reflétait l'opinion selon laquelle la liste d'instruments figurant au paragraphe 1 du projet d'article 19 ou toute déclaration faite conformément au paragraphe 2 dudit article devrait être considérée comme constituant une clarification non exhaustive destinée à lever les doutes quant à l'application du projet de convention, mais non comme une limitation effective de sa portée (voir A/CN.9/548, par. 75).

24. La proposition tendant à conserver la variante A a bénéficié d'un large soutien. On a fait valoir, en particulier, que:

a) La variante A apportait une plus grande sécurité juridique que la variante B, car les parties à un contrat auquel s'appliquait un autre instrument international sauraient immédiatement si les dispositions du projet de convention s'appliquaient à leurs contrats en lisant les projets d'articles 1-4 et 19-1 et toute déclaration faite par les États contractants conformément au projet d'article 19-2; et

b) La variante A facilitait l'adhésion des États au projet de convention, car elle évitait aux services des traités des États d'avoir à déterminer si les dispositions du projet étaient compatibles avec celles des autres instruments qu'ils avaient ratifiés, sans exclure la possibilité de les étendre ultérieurement à d'autres traités au moyen de déclarations faites conformément au projet d'article 19-2.

25. Selon le point de vue qui l'a emporté au sein du Groupe de travail, cependant, il fallait conserver la variante B, essentiellement pour les raisons suivantes:

a) La variante B élargissait le champ d'application du projet de convention et permettait aux parties à un contrat auquel s'appliquait un autre instrument juridique de bénéficier automatiquement de la sécurité juridique renforcée qu'apportait le projet de convention dans le domaine de l'échange de communications électroniques;

b) Compte tenu de la nature facilitante des dispositions du projet de convention, les États seraient plus disposés à étendre celles-ci aux instruments ayant trait au commerce qu'à exclure leur application à d'autres instruments. Dans la mesure où l'élargissement prévu par la variante B se faisait automatiquement, sans qu'il soit nécessaire de faire des déclarations individuelles conformément au projet d'article 19-2, cette variante facilitait davantage l'application du projet de convention que la variante A, laquelle, a-t-on dit, exigerait des États qu'ils fassent de nombreuses déclarations d'acceptation expresse pour parvenir au même résultat.

26. Il a cependant été suggéré, si la variante B était conservée, que le Groupe de travail s'efforce de préciser les types de contrats auxquels pourraient s'appliquer les dispositions du projet de convention en vertu du paragraphe 4 de l'article premier, en ajoutant des termes tels que "sur des matières de droit commercial" ou "ayant trait au commerce international", qui figuraient entre crochets dans le projet d'article 19-2. Le Groupe de travail n'a cependant pas retenu cette proposition, compte tenu de la difficulté de formuler une définition de l'objet visé qui soit universellement acceptable. On a en outre estimé que la référence aux contrats dans le projet d'article indiquait déjà assez clairement l'objet visé et qu'en essayant de préciser davantage la nature des instruments envisagés au paragraphe 4, on risquait

de réduire indûment la marge de manœuvre dont disposaient les États pour appliquer le projet de convention.

27. Le Groupe de travail, ayant choisi provisoirement de conserver la variante B, a décidé de passer à l'examen du projet d'article 19, afin de mieux vérifier que cette variante constituait une base solide pour traiter de la relation entre le projet de convention et d'autres instruments. Après avoir conclu ses délibérations sur le projet d'article 19 (voir par. 47 à 58), le Groupe de travail a confirmé qu'il préférait conserver uniquement la variante B, mais est convenu qu'il vaudrait mieux déplacer cette disposition et l'insérer en tant que nouvel alinéa dans l'actuel projet d'article 19 (voir par. 54).

Article 18 [X]. Réserves et déclarations

28. Ce projet d'article était ainsi libellé:

"1. Aucune réserve n'est autorisée autre que celles qui sont expressément autorisées par le présent article.

2. Tout État peut déclarer par écrit, lors du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, qu'il ne sera pas lié par l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article premier de la présente Convention.

3. Tout État peut déclarer par écrit, lors du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, qu'il ne sera pas lié par l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article premier de la présente Convention.

4. Tout État peut déclarer par écrit, lors du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, qu'il ne sera pas lié par le paragraphe 4 de l'article premier de la présente Convention.

[5. Tout État peut déclarer par écrit à tout moment qu'il n'appliquera pas la présente Convention aux matières spécifiées dans sa déclaration.]

6. Un État qui formule une réserve par écrit conformément aux paragraphes 2, 3 et 4 du présent article n'est pas lié par les matières spécifiées dans ladite réserve."

Observations générales

29. Le Groupe de travail a pris note des observations faites par la Section des Traités du Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies sur le projet d'article 18 et les clauses finales (A/CN.9/WG.IV/WP.111), lesquelles avaient pour la plupart été incorporées dans le nouveau texte du projet d'article, dont le titre avait également été modifié. Il a noté en particulier l'observation selon laquelle les déclarations envisagées dans le projet d'article étaient en fait des réserves et devraient être traitées comme telles.

30. Le Groupe de travail a noté que ces observations étaient conformes à la pratique suivie par le Secrétaire général en sa qualité de dépositaire des traités multilatéraux. Il a toutefois estimé qu'en raison des besoins spécifiques du projet de convention, il pourrait être nécessaire de recourir à une solution différente de celle actuellement envisagée dans le projet d'article. On a fait observer qu'à la différence de la plupart des instruments négociés par l'Organisation des Nations Unies, qui concernent en général les relations entre États et d'autres questions de droit

international public, le projet de convention traitait de dispositions juridiques qui ne s'appliqueraient pas à des mesures prises par les États mais à des opérations commerciales privées. À cet égard, on a souligné que le fait de considérer les matières traitées dans les projets d'articles 18 et 19 comme des déclarations servirait mieux les objectifs du projet de convention que le fait de les considérer comme des réserves. La raison qui sous-tendait ce point de vue était que des déclarations ne mettraient pas en route le mécanisme formel d'acceptations et d'objections qu'entraînaient habituellement les réserves à des traités internationaux, comme le prévoyaient par exemple les articles 20 et 21 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. En outre, les déclarations contribuent à la souplesse, qui est cruciale dans des domaines comme le commerce électronique, où la pratique est encore en formation. Ces conclusions sont appuyées par des dispositions récentes d'instruments de la CNUDCI, tels que les articles 25 et 26 de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (New York, 1995) et les articles 35 à 37 et 39 à 43 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (New York, 2001), de même que par les dispositions finales d'instruments de droit international privé établis par d'autres organisations internationales, par exemple les articles 54 à 58 de la Convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001) et les articles 21 et 22 de la Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire (La Haye, 2002), conclue par la Conférence de La Haye de droit international privé.

31. Pour les raisons exposées ci-dessus, le Groupe de travail est convenu d'une manière générale que le texte du projet de convention devrait faire une distinction entre, d'une part, les déclarations concernant le champ d'application, qu'il autorisait et ne soumettait pas à un système d'acceptations et d'objections par d'autres États contractants et, d'autre part, les réserves, qu'il n'autorisait pas.

32. On a estimé d'une manière générale que le projet d'article devait permettre que les déclarations soient faites à tout moment et pas simplement au moment du dépôt de l'instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion. Cette modification, a-t-on dit, autoriserait une plus grande souplesse dans l'application du projet de convention, car les États pourraient en exclure l'application à certaines autres conventions à une date postérieure à celle à laquelle le consentement à être lié avait été exprimé. Il a été répondu à cela que la modification proposée conférerait au projet de convention une souplesse excessive qui, en fin de compte, nuirait à la sécurité juridique et affaiblirait la contribution du projet à l'harmonisation du droit. Le Groupe de travail a néanmoins approuvé cette proposition car il a estimé d'une manière générale que, dans un domaine qui connaissait une évolution aussi rapide que le commerce électronique, où le progrès technologique avait pour effet de modifier rapidement les structures et les pratiques commerciales existantes, il était essentiel d'offrir aux États la souplesse nécessaire pour l'application du projet de convention. Un système rigide de déclarations exigeant que des décisions soient prises par les États avant le dépôt des instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion pourrait soit dissuader ceux-ci d'adhérer à la convention, soit les inciter à se montrer excessivement prudents et donc à exclure automatiquement l'application de cette dernière dans divers domaines.

33. Le Groupe de travail a noté à cet égard une suggestion selon laquelle les questions se rapportant au moment et à la forme des déclarations dans le projet de convention pourraient être traitées de façon uniforme dans le projet d'article 20, et il est convenu que cette possibilité pourrait être examinée une fois qu'il aurait achevé ses délibérations sur toutes les déclarations autorisées par le projet de convention.

Paragraphe 1

34. Compte tenu de ses délibérations générales sur le projet d'article, le Groupe de travail est convenu que le texte du projet de paragraphe 1 devrait, après avoir fait l'objet de modifications appropriées, devenir une disposition séparée et être placé après l'actuel projet d'article 20. Il est également convenu que l'article 18 devrait s'intituler à peu près comme ceci: "Déclarations concernant le champ d'application".

Paragraphes 2 et 3

35. En réponse à une question, il a été dit que l'effet recherché par une déclaration faite conformément au projet de paragraphe 2 était de faire en sorte que, dans le cas d'opérations auxquelles s'appliquaient les lois d'un État contractant, les dispositions du projet de convention s'appliquent aux échanges de messages de données se rapportant à la formation ou à l'exécution de contrats entre des parties ayant leur établissement dans des États différents, même si ces États n'étaient pas tous les deux parties à la Convention. Toutefois, il a été dit que le texte actuel pouvait également être interprété de manière à réduire le champ d'application du projet de convention. Selon un autre point de vue, une telle possibilité devrait au contraire devenir la règle générale pour déterminer si la Convention s'appliquait en vertu du projet d'article premier, comme cela avait été suggéré à la quarante-troisième session du Groupe de travail (voir A/CN.9/548, par. 86). En pareil cas, les alinéas 1 a) et 1 b) du projet d'article premier pourraient devenir redondants. Pour les États où une telle extension du champ d'application pourrait soulever des difficultés, on pourrait envisager dans le projet d'article 18 une exclusion inverse, à savoir qu'un État pourrait déclarer qu'il appliquera la Convention uniquement si les deux parties sont situées dans des États contractants.

36. Quant au projet de paragraphe 3, il a été proposé de le supprimer de manière à préserver l'intérêt potentiel de l'alinéa 1 b) du projet d'article premier. Il a été dit que cet alinéa contenait une disposition utile pour étendre le champ d'application géographique du projet de convention, étant donné qu'il n'exigeait pas que les États où se trouvaient les parties au contrat soient tous les deux des États contractants à la Convention, pour autant que les lois d'un État contractant s'appliquent à l'opération sous-jacente. Il a été répondu que certains États pourraient avoir des difficultés à appliquer l'alinéa 1 b) du projet d'article premier et qu'ils devraient avoir la possibilité d'exclure cette disposition par une déclaration faite conformément au paragraphe 3 du projet d'article 18 . La Convention des Nations Unies sur les ventes prévoyait une exclusion similaire, et le texte actuel devrait être conservé pour les mêmes raisons qui justifiaient cette exclusion dans cette autre convention.

37. Il a également été proposé de prévoir une autre possibilité d'exclusion en ce qui concerne l'alinéa 1 c) du projet d'article premier. Il a été souligné que cet alinéa donnait la possibilité d'appliquer le projet de convention lorsque les parties étaient convenues qu'elle s'appliquait, même si les autres conditions énoncées dans le

projet d'article n'étaient pas remplies. Une telle possibilité n'était pas prévue dans la Convention des Nations Unies sur les ventes, mais elle l'était par exemple à l'alinéa 2 e) de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur le transport des marchandises par mer (1978) et au paragraphe 2 de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (New-York, 1995). Il a été proposé dans ce contexte de prévoir une déclaration excluant l'application de l'alinéa 1 c) du projet d'article premier. Une telle exclusion répondrait aux préoccupations d'un certain nombre d'États dont la législation interne autorisait les parties à opter pour l'application de lois étrangères mais pas de conventions internationales en tant que telles. Il a été proposé comme autre solution de combiner l'alinéa 1 c) du projet d'article premier avec le projet d'article 3 relatif à l'autonomie des parties, de manière à préciser que les dispositions du projet de convention pouvaient être adoptées, aux fins des transactions entre les parties, en tant qu'ensemble de règles contractuelles mutuellement acceptées, mais pas en tant que texte réglementaire auquel les parties se soumettaient.

38. Le Groupe de travail s'est interrompu pour examiner les diverses suggestions qui avaient été faites à propos des projets de paragraphes 2 et 3. Il est devenu de plus en plus conscient du fait qu'il était difficile de parvenir à un consensus sur la question en conservant la structure du paragraphe 1 de l'article premier et de l'article 18. Il a reconnu que, tel qu'il était rédigé, l'article premier subordonnait l'application du projet de convention à un certain nombre de conditions qui pourraient en limiter considérablement le champ d'application et priver ainsi le monde des affaires de la sécurité juridique accrue que recherchait le projet. En outre, à l'exception peut-être du projet de paragraphe 2, le système d'exclusions prévu par le projet d'article 18 pourrait conduire à une limitation encore plus grande du champ d'application du projet de convention.

39. Le Groupe de travail est finalement convenu que la meilleure solution serait peut-être d'inverser la structure des projets d'articles 1 et 18 de manière à définir au départ un champ d'application aussi large que possible tout en donnant aux États pour lesquels un champ d'application étendu ne serait peut-être pas souhaitable la possibilité de faire des déclarations visant à le restreindre.

40. Le Groupe de travail est donc convenu qu'il serait préférable de remplacer les projets de paragraphes 2 et 3 par une disposition reflétant les restrictions du champ d'application du projet de convention actuellement énoncées dans le paragraphe 1 du projet d'article premier, laquelle pourrait être ainsi libellée:

> "1. Tout État peut déclarer par écrit à tout moment qu'il appliquera la présente Convention uniquement
>
> a) Lorsque les États visés au paragraphe 1 de l'article premier sont des États contractants à la présente Convention;
>
> b) Lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant; ou
>
> c) Lorsque les parties sont convenues qu'elle s'applique."

41. On a noté que cette solution, qui avait été envisagée dans la première version du projet de convention (A/CN.9/WG.IV/WP.95, annexe), donnerait au projet de convention un champ d'application étendu (voir par. 23 à 25 plus haut), mais que les

États contractants conserveraient la possibilité de limiter le champ d'application par des déclarations. Ce faisant, les États pourraient choisir les éléments qu'ils jugeaient appropriés et ne seraient pas obligés de retenir tous ceux qui étaient mentionnés aux alinéas a) à c) du nouveau projet de paragraphe 1 de l'article 18.

42. Le Groupe de travail a approuvé le projet de paragraphe 1 révisé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 4

43. Le Groupe de travail a estimé d'une manière générale que l'exclusion envisagée dans ce projet de paragraphe était nécessaire compte tenu du fait qu'il avait accepté provisoirement de conserver le paragraphe 4 de la variante B du projet d'article premier. Toutefois, il a jugé qu'il était important de donner aux États qui excluaient l'application du paragraphe 4 du projet d'article premier la possibilité d'étendre individuellement l'application des dispositions du projet de convention aux communications électroniques échangées dans le cadre d'autres conventions internationales qui pourraient être spécialement mentionnées dans des déclarations faites par des États contractants. Il est donc convenu de reformuler le projet de paragraphe de manière à ce qu'il se lise à peu près comme suit:

> "Tout État peut déclarer par écrit à tout moment qu'il ne sera pas lié par [*les dispositions pertinentes correspondant au paragraphe 4 de la variante B de l'actuel article premier*] de la présente Convention, sauf indication contraire dans une déclaration soumise en application de l'article 19."

44. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de paragraphe ainsi révisé et l'a renvoyé au groupe de rédaction. Il a reconnu que les renvois faits dans ce projet de paragraphe et dans d'autres dispositions qu'il avait décidé d'amender devaient être examinés avec soin par le groupe de rédaction à la lumière des décisions finales du Groupe de travail concernant les endroits où ces diverses dispositions, y compris le projet de paragraphe 4, seraient insérées dans le texte.

Paragraphe 5

45. Le Groupe de travail est convenu qu'afin d'assurer que le projet de convention puisse être appliqué avec souplesse, la possibilité de procéder à des exclusions unilatérales devrait être maintenue, même s'il était prévu de faire figurer une liste commune d'exclusions dans le projet d'article 2 (voir par. 59 à 69). Il a donc décidé de supprimer les crochets entourant ce projet de paragraphe et de renvoyer celui-ci au groupe de rédaction.

Paragraphe 6

46. Le Groupe de travail est convenu que le projet de paragraphe 6 était devenu redondant compte tenu de ses délibérations concernant le projet de paragraphe 1 et il a décidé de le supprimer.

Article 19 [Y]. Communications échangées conformément à d'autres conventions internationales

47. Le texte du projet d'article était le suivant:

"1. Sauf indication contraire dans une déclaration faite conformément au paragraphe 3 du présent article, [chaque État contractant déclare qu'il applique les dispositions de la présente Convention] [les dispositions de la présente Convention s'appliquent] à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la [négociation] [formation] ou l'exécution d'un contrat [ou d'un compromis] régi par l'une quelconque des conventions internationales ci-après, auxquelles il est un État contractant ou peut le devenir:

[Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958)]

Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 14 juin 1974) et Protocole y relatif (Vienne, 11 avril 1980)

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 11 avril 1980)

Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 19 avril 1991)

Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (New York, 11 décembre 1995)

Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (New York, 12 décembre 2001).

2. Tout État peut déclarer par écrit, au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, qu'il appliquera également la présente Convention à l'utilisation de messages de données pour l'échange de toute communication, déclaration, mise en demeure, notification ou demande conformément à tout autre accord ou convention international [sur des matières de droit commercial] [ayant trait au commerce international] auquel il est un État contractant [et qui est indiqué dans sa déclaration].

3. Tout État peut déclarer par écrit à tout moment qu'il n'appliquera pas la présente Convention aux contrats internationaux entrant dans le champ d'application [de l'une quelconque des conventions mentionnées au paragraphe 1 du présent article] [de tout accord, traité ou convention international, y compris l'une quelconque des conventions mentionnées au paragraphe 1 du présent article, auquel il est partie contractante et qui est indiqué dans sa déclaration]."

Remarques générales

48. Le Groupe de travail a noté que le projet d'article visait à proposer une solution commune à certains des obstacles juridiques au commerce électronique inhérents aux instruments internationaux existants; ces obstacles avaient fait l'objet d'une enquête figurant dans une note antérieure du secrétariat (voir A/CN.9/WG.IV/WP.94). À sa quarantième session, le Groupe avait généralement convenu de continuer à procéder de cette manière, pour autant que les problèmes fussent communs, ce qui était le cas du moins de la plupart des questions soulevées au titre des instruments énumérés au projet de paragraphe 1 (voir A/CN.9/527, par. 33 à 48).

49. Le projet d'article, a-t-il été noté, avait pour but de lever les doutes quant à la relation existant entre les règles figurant dans le projet de convention et celles figurant dans d'autres conventions internationales. Il n'avait pas pour but de modifier quelque autre convention internationale. En vertu de ce projet, les États contractants pourraient utiliser les dispositions du projet de convention pour lever des obstacles juridiques au développement du commerce électronique qui pourraient découler de l'interprétation de ces conventions et pour faciliter leur application dans les cas où les parties effectueraient leurs opérations par voie électronique.

Paragraphe 1

50. Le Groupe de travail a convenu que l'avantage de la sécurité juridique prévu par le projet d'article devrait automatiquement prendre effet au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion et ne devrait pas nécessiter de déclaration distincte de l'État contractant (voir A/CN.9/548, par. 52). Il a également convenu de ne conserver que les mots "les dispositions de la présente Convention s'appliquent" en supprimant les crochets qui les entourent, et de supprimer le membre de phrase "[chaque État contractant déclare qu'il applique les dispositions de la présente Convention]."

51. Il a été estimé que la relation entre le projet de convention et des instruments internationaux autres que ceux énumérés dans le projet de paragraphe n'était pas absolument claire, la question étant traitée dans deux parties différentes du projet de convention, à savoir le paragraphe 4 du projet d'article premier et le projet d'article 19. Cette incertitude, a-t-il été avancé, était aggravée par le fait que le Groupe de travail avait provisoirement décidé de conserver la variante B du paragraphe 4 du projet d'article premier. Pour lever ces inquiétudes, le Groupe a convenu qu'il serait utile d'insérer la variante B du paragraphe 4 du projet d'article premier en tant que nouveau paragraphe 2 dans le projet d'article 19 et de le reformuler comme suit:

> "Les dispositions de la présente Convention s'appliquent en outre aux communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat auquel s'applique un ou une autre convention, traité ou accord international non expressément mentionné au paragraphe 1 de l'article 19 , sauf indication contraire dans une déclaration faite par un État conformément au paragraphe 2 de l'article 18."

52. Le Groupe de travail a en outre convenu que le membre de phrase introduisant le paragraphe 1 actuel du projet d'article 19 ("Sauf indication contraire dans une déclaration faite conformément au paragraphe 3 du présent article") ne serait pas nécessaire et pouvait être supprimé.

53. Il a été porté à la connaissance du Groupe que le Groupe de travail II (Arbitrage) s'était prononcé en faveur de l'inclusion de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York de 1958) dans la liste figurant au paragraphe 1. La Convention de New York de 1958 utilisant l'expression "compromis" plutôt que "contrat", le Groupe a convenu qu'il fallait supprimer les crochets entourant le mot "compromis" et ceux entourant le titre de cette convention. Il a noté, cependant, que pour inclure la Convention de New York dans le projet d'article 19, il pourrait être nécessaire de prévoir, dans le projet de convention, une disposition relative aux équivalents électroniques de documents "originaux" car, aux termes de l'alinéa 1 b) de

l'article IV de la Convention de New York de 1958, la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère doit fournir, notamment, l'original du compromis ou une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité. Le Groupe a décidé de ne prendre une décision finale quant à cette question qu'une fois qu'il aurait examiné les nouveaux paragraphes 4 et 5 du projet d'article 9 (voir par. 129 à 139 ci-après).

Paragraphe 2

54. Le Groupe de travail a convenu que le texte actuel du projet de paragraphe était devenu redondant compte tenu de la décision provisoire qu'il avait prise de conserver la variante B du paragraphe 4 du projet d'article premier et de l'incorporer au projet d'article 19. Au lieu de cela, le projet d'article 19 devait maintenant contenir une disposition créant un lien avec les déclarations prévues dans la version révisée du paragraphe 2 du projet d'article 18 de façon à permettre aux États qui feraient une telle déclaration d'en limiter les conséquences en ajoutant certaines conventions à la liste d'instruments internationaux auxquels ils appliqueraient les dispositions du projet de convention. Cette nouvelle disposition, a-t-il été convenu, pourrait être libellée comme suit:

> "Un État qui a fait une déclaration conformément au paragraphe 2 de l'article 18 peut également déclarer que nonobstant cette déclaration, il appliquera les dispositions de la présente Convention à tout accord, traité ou convention indiqué dans sa déclaration et auquel il est partie contractante."

55. Le Groupe de travail a globalement approuvé le principe renfermé dans le nouveau projet de disposition. À des fins de clarté et de concision, il a décidé de combiner, quant au fond, le nouveau projet de paragraphe et le nouveau paragraphe 2 du projet d'article 18 (voir ci-dessus, par. 43 et 44) en une disposition unique du projet d'article 19 (anciennement paragraphe 9). Ainsi, toutes les déclarations relatives à la relation existant entre le projet de convention et d'autres conventions internationales figureraient dans la même partie du projet de convention.

Paragraphe 3

56. Le Groupe de travail s'est longuement interrogé sur la question de savoir si une déclaration faite en vertu du projet de paragraphe devrait nécessairement exclure l'application du projet de convention à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec tous les contrats auxquels une autre convention internationale s'appliquerait ou si un État pourrait n'exclure que certains types ou catégories de contrats visés par une autre convention internationale. Cette dernière proposition a bénéficié d'un large soutien. Il a été dit qu'un système d'exclusions limitées favoriserait l'application du projet de convention et ne priverait pas les contrats visés par d'autres conventions internationales de la sécurité juridique offerte par ses dispositions au seul motif qu'un État aurait conclu que les règles du projet de convention ne convenaient pas à un type particulier de contrat visé par ces mêmes conventions internationales. Cependant, selon l'avis contraire, qui a finalement prévalu, un tel système d'exclusions modulées risquait de compliquer à l'excès l'application du projet de convention et de compromettre les objectifs de sécurité juridique et de prévisibilité que visait ce projet.

57. Sous réserve que l'on supprime les mots "[de l'une quelconque des conventions mentionnées au paragraphe 1 du présent article]", que l'on supprime les crochets entourant le membre de phrase situé immédiatement après et que l'on aligne le texte du projet de paragraphe sur celui du projet de paragraphe 1, le Groupe de travail a approuvé, quant au fond, le projet de paragraphe.

Conclusion relative au projet d'article 19

58. Sous réserve des modifications et ajouts susmentionnés, le Groupe de travail a approuvé, quant au fond, le projet d'article tel que révisé et l'a transmis au groupe de rédaction.

Article 2. Exclusions

59. Le projet d'article était ainsi libellé:

"1. La présente Convention ne s'applique pas aux communications électroniques relatives à des contrats conclus à des fins personnelles, familiales ou domestiques.

[2. La présente Convention ne s'applique pas aux communications électroniques qui ont un rapport avec l'un quelconque des éléments suivants:

a) i) Opérations sur un marché boursier réglementé; ii) opérations de change; iii) systèmes de paiement interbancaire, accords de paiement interbancaire ou systèmes de compensation et de règlement portant sur des valeurs mobilières ou d'autres instruments ou actifs financiers; iv) transfert de sûretés sur des valeurs mobilières ou d'autres instruments ou actifs financiers détenus auprès d'intermédiaires ou vente, prêt, détention ou convention de rachat de ces valeurs, actifs ou instruments;

b) Contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immeubles, à l'exception des droits de location;

c) Contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique;

d) Contrats de sûretés et garanties fournis par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leurs activités professionnelles et commerciales;

e) Contrats relevant du droit de la famille ou du droit des successions;

f) Lettres de change, billets à ordre et autres instruments négociables;

g) Documents relatifs au transport de marchandises.]

[*Autres exclusions que le Groupe de travail pourrait décider d'ajouter.*]"

Paragraphe 1

60. Le Groupe de travail a approuvé le projet de paragraphe quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 2

61. Les exclusions proposées à l'alinéa a) ont été largement appuyées. On a déclaré que le secteur des services financiers était soumis à des dispositions réglementaires ou à des normes sectorielles bien définies qui traitaient les questions liées au commerce électronique de façon efficace pour le fonctionnement mondial de ce secteur et qu'on ne gagnerait rien à l'inclure dans le projet de convention. On a également souligné qu'en raison de la nature intrinsèquement transfrontière des opérations financières, reléguer une telle exclusion à des déclarations faites par les États conformément au projet d'article 18 ne serait pas adéquat pour refléter cette réalité. Le Groupe de travail a approuvé le projet d'alinéa a) quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

62. Le Groupe de travail a ensuite examiné longuement les dispositions des projets d'alinéas b), c), d) et e).

63. L'idée de supprimer les alinéas b), c), d) et e) a été fortement appuyée. Les États qui estimaient que les communications électroniques ne devraient pas être autorisées dans les cas visés par ces alinéas auraient toujours la possibilité de les exclure séparément en faisant des déclarations en vertu du projet d'article 18. On a fait valoir qu'une telle formule permettrait aux États de limiter l'application du projet de convention comme ils le jugeraient bon, alors que l'adoption d'une liste d'exclusions aurait pour effet d'imposer aussi ces exclusions aux États qui ne voyaient aucune raison d'empêcher les parties aux opérations mentionnées dans ces alinéas d'utiliser des communications électroniques.

64. D'autres se sont déclarés très favorables au maintien de ces dispositions, qui, ont-ils dit, étaient motivées par de solides raisons d'ordre public. Plusieurs États avaient des règles spéciales qui indiquaient dans quelle mesure les communications électroniques pouvaient être utilisées dans le cadre d'opérations telles que celles visées aux alinéas b) à d). En outre, certaines de ces matières n'entraient manifestement pas dans le cadre du mandat de la CNUDCI et il ne fallait pas donner l'impression qu'elles étaient traitées dans le projet de convention. S'en remettre à des déclarations unilatérales faites en vertu du projet d'article 18 pour exclure les matières visées dans ces alinéas ne serait pas de nature à renforcer la sécurité juridique. Une liste d'exclusions explicites ne nuirait pas à la promotion des communications électroniques dans le commerce international étant donné l'impact limité des opérations en question sur le commerce dans son ensemble.

65. Toutefois, l'opinion dominante au sein du Groupe de travail était favorable à la suppression des alinéas b), c), d) et e) de la liste des exclusions, car on considérait qu'il s'agissait là de matières rattachées à un territoire particulier qu'il valait mieux traiter au niveau de l'État. Il a également été dit que certains États admettaient déjà l'utilisation de communications électroniques en rapport avec certaines, voire la totalité des matières visées dans ces alinéas. Or, le maintien de ces dispositions pourrait arrêter les progrès dans ce domaine et empêcherait d'adapter la loi à l'évolution technologique. On s'est également interrogé sur les raisons justifiant ces exclusions particulières. En ce qui concerne l'alinéa c) par exemple, on a déclaré que cette disposition, telle qu'elle était rédigée, pourrait avoir notamment pour effet indésirable d'empêcher que le recours aux moyens électroniques pour la passation des marchés publics ne se développe au niveau international. Un autre problème que soulevait ce projet de disposition était l'emploi du mot "tribunaux", car celui-ci

pouvait être interprété comme désignant aussi les tribunaux arbitraux. Il a été proposé, pour éliminer ce risque d'ambiguïté, d'utiliser une expression plus précise telle que "autorités judiciaires nationales".

66. Ayant examiné les divers points de vue exprimés, le Groupe de travail a décidé de supprimer les alinéas b), c) d) et e) du paragraphe 2 de l'article 2 du projet de convention. S'agissant des projets d'alinéas f) et g), il a décidé de les examiner ultérieurement avec les paragraphes 4 et 5 de l'article 9 (voir par. 129 à 139 plus loin).

Projet de paragraphe supplémentaire et agencement du projet d'article

67. Il a été proposé d'inclure dans l'article 2 une disposition indiquant que certaines matières et certains types d'opérations autres que ceux mentionnés dans le projet d'article 2 pourraient être exclus du champ d'application du projet de convention au moyen de déclarations faites en vertu de l'article 18-2. Une telle disposition pourrait être libellée comme suit:

> "Les États peuvent faire des déclarations en vue d'exclure également du champ d'application de la présente Convention des matières spécifiques conformément au paragraphe 2 de l'article 18 de la présente Convention."

68. Le Groupe de travail a approuvé le nouveau paragraphe proposé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction. Il a été dit qu'il faudrait indiquer dans des notes explicatives ou un commentaire officiel du projet de convention que les exclusions possibles pourraient concerner les matières qui sont normalement exclues de la législation interne sur les opérations électroniques, telles que celles mentionnées dans les alinéas que le Groupe de travail a décidé de supprimer.

69. Il a également été proposé de fusionner les paragraphes 1 et 2 du projet d'article 2. Le Groupe de travail est convenu de demander au groupe de rédaction d'examiner cette question.

Article 3. Autonomie des parties

70. Le texte du projet d'article était le suivant:

> "Les parties peuvent exclure l'application de la présente Convention ou déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets [soit par exclusion explicite soit implicitement, au moyen de clauses contractuelles qui s'écartent de ses dispositions]."

71. Le Groupe de travail a noté que le projet d'article était une clause standard en ceci qu'il réaffirmait le principe de l'autonomie des parties tel qu'il apparaissait dans d'autres instruments de droit uniforme. Le membre de phrase entre crochets avait été proposé par le Groupe à sa quarante-troisième session pour préciser la manière dont les parties pourraient déroger aux dispositions du projet de convention (A/CN.9/548, par. 122 et 123).

72. Une proposition tendant à conserver ce membre de phrase a bénéficié d'un certain soutien, mais le Groupe de travail a estimé qu'il n'ajoutait pas grand chose au projet d'article et risquait, en fait, de créer une incertitude quant à l'aptitude des parties à déroger aux dispositions du projet de convention par des moyens autres que ceux expressément indiqués dans le projet d'article.

73. Sans préjuger de la validité générale de la règle énoncée dans le projet d'article, il a été avancé qu'il existait des domaines dans lesquels on pourrait limiter l'autonomie des parties, voire l'exclure au profit de règles obligatoires. On pouvait citer, notamment, le paragraphe 2 du projet d'article 8 et le projet d'article 9. Il a également été avancé qu'il faudrait rendre obligatoire, pour les parties, l'intégralité du chapitre II du projet de convention.

74. À cet égard, il a été fait observer que l'autonomie des parties ne devait pas aller jusqu'à autoriser celles-ci à déroger à des règles fondées sur des considérations d'ordre public en assouplissant, par exemple, des critères obligatoires de signature en faveur de méthodes d'authentification moins fiables que les signatures électroniques, norme minimale reconnue par l'avant-projet de convention. Généralement, a-t-il été dit, l'autonomie des parties ne signifiait pas que le nouvel instrument doive autoriser les parties à déroger à des règles obligatoires relatives à la forme ou à l'authentification des contrats et des opérations.

75. Il a en outre été dit que le projet d'article ne devait pas être interprété comme autorisant les parties à déroger à des dispositions relatives au champ d'application du projet de convention et à rendre la Convention applicable à des questions ayant fait l'objet d'une exclusion par un État contractant. En réponse, il a été noté que d'autres instruments de la CNUDCI, telle la Convention des Nations Unies sur les ventes, contenaient une règle relative à l'autonomie des parties semblable à celle figurant dans le projet d'article et qu'il était généralement entendu que l'autonomie des parties ne s'appliquait qu'à des dispositions qui créaient des droits et obligations pour les parties, et non aux dispositions d'une convention internationale qui s'adressaient aux États contractants.

76. Selon l'avis qui a prévalu au sein du Groupe de travail, le droit qu'avait une partie de déroger à l'application du projet de convention ne devait pas être restreint. Il a été noté que le projet de convention avait uniquement pour but d'offrir une équivalence fonctionnelle permettant de respecter les critères généraux de forme et qu'il n'avait aucune incidence sur des règles obligatoires qui imposaient, par exemple, l'usage de méthodes précises d'authentification dans un contexte particulier. En tout état de cause, les États demeuraient libres de faire des déclarations excluant certaines questions en vertu du projet d'article 18 (voir par. 43 et 44 ci-dessus).

77. Ayant examiné les différents avis exprimés sur la question et réaffirmant son soutien général au principe de l'autonomie des parties, le Groupe de travail a décidé qu'il fallait conserver le projet d'article, sans le membre de phrase figurant entre crochets. Il a approuvé, quant au fond, le projet d'article et l'a transmis au groupe de rédaction.

Article 4. Définitions

78. Le texte du projet d'article était le suivant:

> "Aux fins de la présente Convention:
>
> [a) Le terme "communication" désigne toute mention, déclaration, mise en demeure, notification ou demande, y compris une offre et l'acceptation d'une offre, que les parties sont tenues d'adresser ou choisissent

d'adresser en rapport avec la [négociation] [formation] ou l'exécution d'un contrat;]

[b) Le terme "communication électronique" désigne toute communication que les parties effectuent au moyen de messages de données;]

c) Le terme "message de données" désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie;

d) Le terme "expéditeur" d'une communication électronique désigne la partie par laquelle, ou au nom de laquelle, la communication électronique a été envoyée ou créée avant d'avoir été éventuellement conservée, mais non la partie qui agit en tant qu'intermédiaire pour cette communication électronique;

e) Le terme "destinataire" d'une communication électronique désigne la partie qui, dans l'intention de l'expéditeur, est censée recevoir la communication électronique, mais non la partie qui agit en tant qu'intermédiaire pour cette communication;

f) Le terme "système d'information" désigne un système utilisé pour créer, envoyer, recevoir, conserver ou traiter de toute autre manière des messages de données;

g) Le terme "système d'information automatisé" désigne un programme informatique, un moyen électronique ou un autre moyen automatisé utilisé pour entreprendre une action ou répondre à des messages de données ou à des opérations en tout ou en partie, sans qu'une personne ait à procéder à un examen ou à intervenir chaque fois qu'une action est entreprise ou qu'une réponse est produite par le système;

[h) Le terme "établissement" désigne [tout lieu d'opérations où une partie exerce de façon non transitoire une activité avec des moyens humains et des biens ou des services;] [le lieu où une partie a une installation stable pour mener une activité économique autre que la fourniture temporaire de biens ou de services à partir d'un lieu déterminé;]]

[i) Le terme "personne" désigne uniquement les personnes physiques, alors que le terme "partie" englobe à la fois les personnes physiques et les personnes morales;]

[*Autres définitions que le Groupe de travail souhaitera peut-être ajouter.*]"

Alinéa a) "communication"

79. Il a été noté que la nouvelle définition avait pour objet d'éviter de répéter, en d'autres endroits du texte, les diverses finalités de l'échange de communications électroniques ("déclaration, mise en demeure, notification ou demande, y compris une offre et l'acceptation d'une offre"). Le Groupe de travail a décidé de supprimer le terme "négociation" et de conserver, celui de "formation". Ayant apporté ce changement, il a approuvé le projet de définition et l'a transmis au groupe de rédaction.

Alinéa b) "communication électronique"

80. Le Groupe de travail a noté que la nouvelle définition créait un lien entre les fins auxquelles des communications électroniques pouvaient être utilisées et la notion de "messages de données", qu'il importait de conserver car elle englobait un large éventail de techniques autres que celles purement "électroniques". Il a approuvé le projet de définition et l'a transmis au groupe de rédaction.

Alinéa c) "message de données"

81. Il a été proposé d'ajouter le mot "magnétique" avant le mot "optique" et de donner d'autres exemples de moyens permettant de créer, d'envoyer, de recevoir ou de conserver des informations, tels la télécopie et l'Internet. Il a aussi été proposé, cependant, de supprimer la liste d'exemples car certains d'entre eux, tels le télégraphe ou le télex, correspondaient à d'anciennes techniques et n'entraient pas dans le champ d'application du projet de convention. Selon l'avis qui a prévalu, cependant, il fallait conserver des exemples pour indiquer que la définition du terme "message de données" englobait non seulement la messagerie électronique, mais aussi d'autres techniques, même apparemment obsolètes, qui pouvaient encore intervenir dans la chaîne de communication électronique.

82. Le Groupe de travail a décidé de conserver la liste d'exemples et d'ajouter le mot "magnétique" avant le mot "optique". Ayant apporté ce changement, il a approuvé le projet de définition et l'a transmis au groupe de rédaction. Enfin, il a convenu qu'on pourrait au besoin préciser, par des notes explicatives ou par un commentaire officiel du projet de convention, que la liste n'était qu'indicative et que d'autres techniques telles que l'Internet pouvaient entrer dans la définition d'un "message de données".

Alinéas d) et e) "expéditeur" et destinataire"

83. Le Groupe de travail a approuvé les projets de définitions et les a renvoyés au groupe de rédaction.

Alinéa f) "système d'information"

84. Le Groupe de travail a décidé d'examiner cette définition après le projet d'article 10-2 (voir par. 145 à 161 plus loin).

Alinéa g) "système d'information automatisé"

85. Le Groupe de travail est convenu de remplacer l'expression "système d'information automatisé" par "système de messagerie automatisé" afin d'éviter toute confusion avec la définition donnée à l'alinéa f). Compte tenu de cette modification, il a approuvé le projet de définition et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Alinéa h) "établissement"

86. Il a été dit que ce projet de définition devrait être supprimé et que le projet de convention devrait laisser aux lois nationales le soin de définir le terme "établissement". Toutefois, l'opinion qui a prévalu a été qu'il convenait de définir ce terme étant donné le rôle qu'il jouait dans le projet de convention, où il

apparaissait dans plusieurs articles. Toutefois, pour ce qui était du choix entre les deux variantes proposées entre crochets, les avis étaient partagés.

87. Afin d'essayer de parvenir à un consensus sur ce point, il a été proposé de conserver la deuxième variante en utilisant les mots "tout lieu" à la place des mots "le lieu" et les mots "établissement non transitoire" à la place des mots "établissement stable". Cette proposition a bénéficié d'un large appui. Toutefois, on a exprimé la crainte que les modifications proposées ne rendent la définition tautologique étant donné que le mot "établissement" désignerait alors une installation "non transitoire" ayant un autre objet que la fourniture "temporaire" de biens ou de services. Il a été répondu à cela qu'il n'y aurait aucune tautologie étant donné que l'expression "non transitoire", que recouvrait déjà l'adjectif "stable" dans la deuxième variante figurant dans le texte initial, qualifiait le mot "établissement", alors que les mots "autre que la fourniture temporaire de biens ou de services" se rapportaient à "activité économique". Le Groupe de travail s'est rangé à ce point de vue.

88. Compte tenu de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé le projet de définition et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Alinéa i) "personne" et "partie"

89. Les points de vue étaient partagés quant à l'opportunité des définitions des mots "personne" et "partie". Il a été proposé de remplacer "personne" par "individu" et "partie" par "personne" car, dans de nombreux ordres juridiques, ce dernier terme englobait généralement les personnes physiques et les personnes morales. Toutefois, l'opinion dominante était favorable à la suppression des deux définitions. Le Groupe de travail est néanmoins convenu d'envisager d'utiliser les mots "personne physique" dans les dispositions de fond du projet de convention lorsqu'il y avait lieu de faire une distinction entre les personnes morales et les personnes physiques.

Article 5. Interprétation

90. Le texte du projet d'article était le suivant:

> "1. Pour l'interprétation de la présente Convention, il est 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.
>
> 2. Les questions concernant les matières régies par la présente Convention qui ne sont pas expressément tranchées par elle sont réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable [en vertu des règles du droit international privé]."

"en vertu des règles du droit international privé"

91. Le Groupe de travail a noté que le membre de phrase final avait été placé entre crochets, comme il l'avait demandé à une session antérieure (voir A/CN.9/527, par. 125 et 126) parce que des énoncés similaires dans d'autres instruments avaient été interprétés à tort comme autorisant le renvoi immédiat à la loi applicable conformément aux règles de conflit de lois de l'État du for pour une interprétation

d'une convention, sans qu'il soit tenu compte des règles de conflit de lois figurant dans cette convention. Il a toutefois été estimé que comme le projet de convention à l'examen ne contenait pas de règles de conflit de lois, ce risque n'existait pas et que, par conséquent, le libellé entre crochets pouvait être conservé. Le Groupe de travail est donc convenu de supprimer les crochets. Compte tenu de cette modification, il a approuvé le projet d'article quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 6. Lieu de situation des parties

92. Le texte du projet d'article était le suivant:

> "1. Aux fins de la présente Convention, une partie est présumée avoir son établissement au lieu qu'elle a indiqué [, sauf si la partie n'a pas d'établissement dans ce lieu [[et] qu'une telle indication est donnée uniquement pour déclencher ou éviter l'application de la présente Convention]].
>
> 2. Si une partie [n'a pas indiqué d'établissement ou] a plus d'un établissement, alors, sous réserve du paragraphe 1 du présent article, 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 et son exécution, eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat.
>
> 3. Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.
>
> 4. Le lieu de situation du matériel et de la technologie sur lesquels s'appuie un système d'information utilisé par une partie en rapport avec la formation d'un contrat ou le lieu à partir duquel d'autres parties peuvent accéder à ce système d'information ne constitue pas en soi ou à lui seul un établissement [, sauf si cette partie est une personne morale qui n'a pas d'établissement [au sens de l'article 4 h)]].
>
> 5. Le seul fait qu'une partie utilise un nom de domaine ou une adresse électronique associée à un pays particulier ne constitue pas une présomption que son établissement est situé dans ce pays."

Observations générales

93. On a fait observer que le projet d'article offrait aux parties des éléments grâce auxquels elles pouvaient déterminer où leurs partenaires avaient leur établissement. Cela permettait notamment d'établir plus facilement le caractère international ou national d'une opération et le lieu de la formation du contrat. Le Groupe de travail a noté que ce projet de disposition avait fait l'objet de longues discussions au fil des années. Le texte actuel n'imposait plus aux parties l'obligation d'indiquer où se trouvait leur établissement ou de fournir d'autres informations, mais créait simplement une présomption en faveur du lieu indiqué par une partie, tout en précisant les conditions dans lesquelles cette indication pouvait être contestée et les règles supplétives qui s'appliquaient si aucune indication n'avait été donnée.

Paragraphe 1

94. Le Groupe de travail a rejeté une suggestion tendant à conserver les deux membres de phrase entre crochets en les reliant par la conjonction “ou”. Il a entendu un certain nombre d’arguments en faveur de la suppression des mots figurant entre la deuxième paire de crochets qui avaient déjà été avancés lors de sessions antérieures (A/CN.9/509, par. 48 et A/CN.9/528, par. 87), et les arguments qui avaient alors été invoqués en faveur de leur maintien (voir A/CN.9/509, par. 49 et A/CN.9/528, par. 88), lui ont aussi été à nouveau présentés, si ce n’est qu’à la session en cours, on a également mis l’accent sur la nécessité d’éviter de donner l’impression que le projet de convention permettait aux parties de se soustraire à l’application d’une loi qu’elles jugeaient inopportune.

95. Le Groupe de travail a estimé que les conséquences juridiques résultant de déclarations inexactes ou fausses faites par les parties n’entraient pas dans le champ d’application du projet de convention et que le projet d’article 7 indiquait clairement que pour les questions de ce genre, auxquelles la plupart des systèmes juridiques apporteraient des réponses, il convenait de s’en remettre au droit applicable en dehors du projet de convention. Le Groupe de travail est donc convenu de supprimer les mots figurant entre la deuxième paire de crochets et a entrepris d’examiner ceux figurant entre la première paire de crochets.

96. Un certain nombre d’arguments ont été invoqués en faveur de la suppression des mots figurant entre la première paire de crochets, dont les principaux étaient notamment les suivants:

a) Pour ce qui est de l’effet de la présomption, ces mots n’ajoutaient pas grand chose étant donné qu’ils indiquaient simplement qu’un lieu ne serait pas considéré comme un établissement si la partie concernée n’avait pas d’établissement dans ce lieu;

b) Ces mots étaient un facteur d’incertitude pour ce qui était de savoir à qui il incombait de prouver l’exactitude ou la véracité de l’indication donnée par une partie en ce qui concerne son lieu de situation.

97. Il a été répondu que seuls les mots entre la première paire de crochets devaient être maintenus, notamment pour les raisons suivantes:

a) Ces mots étaient utiles pour préciser que la présomption créée dans ce projet de paragraphe n’était pas une présomption absolue, ce que le texte ne faisait pas apparaître clairement;

b) Sans ces mots, le projet d’alinéa pourrait être interprété comme donnant aux parties toute liberté de choisir arbitrairement comme établissement n’importe quel lieu. Cela serait extrêmement fâcheux, car une partie ne devrait pas tirer avantage de déclarations inexactes ou mensongères faites de façon inconsidérée.

98. Il a également été avancé comme argument en faveur du maintien du membre de phrase placé entre la première paire de crochets que celui-ci était utile pour faciliter le commerce car il constituait une bonne base pour confirmer l’indication donnée par les parties quant à leur établissement. Cela pourrait être important s’agissant de sociétés ayant plusieurs établissements, dont au moins deux présentaient des liens avec un contrat donné. Par exemple, dans le cas de ventes sur Internet, un fournisseur disposant de plusieurs entrepôts à différents endroits à partir

desquels différentes marchandises pouvaient être expédiées pour exécuter une seule commande passée par des moyens électroniques pourrait juger nécessaire d'indiquer qu'un de ces endroits constituait son établissement aux fins d'un contrat donné. Le texte actuel offrait cette possibilité, ce qui avait pour conséquence qu'une telle indication ne pourrait être contestée que si le fournisseur n'avait pas d'établissement à l'endroit ainsi indiqué. S'il n'était pas possible de donner une telle indication, les parties pourraient être obligées de rechercher, pour chaque contrat, quel était, parmi les divers établissements du fournisseur celui qui présentait le lien le plus étroit avec le contrat considéré, afin de déterminer quel était l'établissement à prendre en considération en l'espèce.

99. Ayant examiné les différents points de vue exprimés, le Groupe est convenu de l'utilité de conserver le premier groupe de mots entre crochets. Il a toutefois estimé que le libellé pouvait être amélioré, par exemple en précisant que pour réfuter la présomption, il fallait qu'une partie intéressée (autre que celle ayant donné l'indication) montre que celle-ci n'avait pas d'établissement à l'endroit qu'elle avait indiqué. Compte tenu de cette modification, le Groupe de travail a approuvé le projet de paragraphe quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 2

100. De l'avis général, étant donné la structure actuelle du projet de convention, ce projet de paragraphe avait principalement pour objectif d'énoncer une règle supplétive pour les cas où une partie ayant plusieurs établissements omettait d'indiquer quel était celui à prendre en considération pour une opération donnée. Lorsqu'une partie n'indiquait pas son établissement mais n'en avait qu'un seul, la définition figurant au projet d'article 4 h) donnait déjà une réponse. Par conséquent, le Groupe de travail a décidé de conserver les mots placés entre crochets en remplaçant la conjonction "ou" par la conjonction "et". Il a aussi été estimé d'une manière générale que le paragraphe ainsi modifié constituerait également une règle supplétive dans les cas où une partie avait indiqué plusieurs établissements.

101. Le Groupe de travail a également accepté la proposition tendant à supprimer les mots "et son exécution", car c'était le lieu d'un contrat qui était le plus souvent utilisé pour déterminer l'établissement. Cette décision était notamment motivée par les raisons suivantes:

a) L'emploi de libellés similaires dans d'autres instruments internationaux, notamment la Convention des Nations Unies sur les ventes, avait dans la pratique donné lieu à des interprétations contradictoires lorsque le lieu du contrat était différent de celui de son exécution, ce qui était souvent le cas (voir en outre A/CN.9/509, par. 51);

b) Les préoccupations qui avaient été exprimées antérieurement quant au risque de mettre en place deux régimes différents si l'on s'écartait du libellé utilisé dans la Convention des Nations Unies sur les ventes (voir A/CN.9/509, par. 52) n'avaient plus lieu d'être étant donné la portée limitée qu'avait le projet de convention sous sa forme actuelle.

102. Compte tenu de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé le projet de paragraphe quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 3

103. On a fait observer que, telle qu'elle était rédigée, cette disposition ne s'appliquait pas aux personnes morales, étant donné que seules les personnes physiques pouvaient avoir une "résidence habituelle". Il a été répondu que le projet de paragraphe était effectivement censé s'appliquer uniquement aux personnes physiques et qu'il serait peu judicieux d'en modifier le libellé actuel, qui était courant dans les conventions établissant des règles uniformes, en particulier si le Groupe de travail essayait également de formuler des règles supplétives concernant le lieu de situation des personnes morales qui n'avaient pas d'établissement au sens du projet d'article 4 h). Le Groupe de travail a reconnu qu'il pouvait y avoir des personnes morales, par exemple des "sociétés virtuelles", dont l'établissement ne remplissait peut-être pas toutes les conditions de la définition donnée à ce terme dans le projet de convention. Il a toutefois estimé qu'il serait difficile d'élaborer des critères universellement acceptables pouvant être intégrés à une règle supplétive concernant le lieu d'établissement afin de prendre en considération ces cas, étant donné les diverses options envisageables (par exemple le lieu d'incorporation, le siège principal, etc.). En tout état de cause, si une entité n'avait pas d'établissement, le projet de convention ne s'appliquerait pas à ses communications en vertu de l'article premier, qui supposait l'existence d'opérations entre parties ayant leurs établissements dans différents États.

104. Sous réserve que le terme "partie" soit remplacé par les mots "personne physique", le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 4

105. On s'est déclaré favorable au maintien du premier groupe de mots entre crochets, principalement pour les raisons ci-après:

a) Le fait que les entreprises ont de plus en plus tendance à considérer que la technologie et le matériel constituent une part importante de leurs actifs milite contre le rejet catégorique, comme élément possible pour déterminer l'établissement d'une entreprise, du lieu de situation de son matériel, lequel peut constituer son principal élément d'actif;

b) Le projet de convention devrait énoncer une règle supplétive permettant de déterminer l'établissement d'une personne morale qui n'a pas d'établissement au sens du projet d'article 4 h), comme le fait le projet de paragraphe 3 pour les personnes physiques. Le lieu de situation du matériel et de la technologie sur lesquels s'appuie un système d'information pourrait être utilisé comme facteur de rattachement facultatif pour déterminer l'établissement de ces personnes morales.

106. Il a été fait objection à cette proposition, principalement pour les raisons suivantes:

a) Il pourrait être extrêmement difficile de déterminer, parmi les nombreux facteurs de rattachement pouvant théoriquement être pris en considération, ceux qui justifieraient l'établissement d'un lien entre une "société virtuelle" et un lieu donné. Le lieu de situation du matériel et de la technologie n'est qu'un facteur parmi d'autres et pas nécessairement le plus important;

b) Il serait contradictoire que le Groupe de travail, s'étant mis d'accord sur un certain nombre de facteurs pour définir le terme "établissement", entreprenne d'élaborer d'autres critères pour déterminer le lieu de situation dans les cas où ces facteurs ne s'appliquaient pas. La définition du terme "établissement" adoptée dans le projet de convention, a-t-on dit, n'était pas compatible avec la nature des sociétés virtuelles.

107. Le Groupe de travail a conclu qu'il n'était pas opportun de faire figurer dans le projet de convention une disposition établissant une présomption relative à l'établissement d'une société virtuelle et qu'il valait mieux, à un stade aussi précoce, s'en remettre à l'élaboration d'une nouvelle jurisprudence en l'espèce. Le Groupe de travail est convenu qu'il serait préférable de remplacer le texte actuel par une disposition précisant que le lieu de situation du matériel et de la technologie sur lesquels s'appuie un système d'information n'était pas un critère à prendre en considération pour déterminer l'établissement. Le nouveau libellé que le Groupe de travail a approuvé et renvoyé au groupe de rédaction était le suivant:

> "Un lieu n'est 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 personne en rapport avec la formation d'un contrat; ou b) où d'autres personnes peuvent accéder à ce système d'information."

108. À cet égard il a été proposé de remplacer les mots "le matériel et la technologie sur lesquels s'appuie un système d'information" par une formulation telle que "le matériel et la technologie appuyant les communications des parties". On a estimé que le libellé proposé mettrait l'accent sur la fonction du système (c'est-à-dire permettre les communications entre les parties) et non sur le système en tant que tel.

109. Toutefois, le Groupe de travail est convenu que l'expression "système d'information", qui avait l'avantage de mettre l'accent sur les moyens utilisés par une entreprise pour faciliter la négociation de contrats et la fourniture de biens et de services, serait plus utile pour aider à déterminer l'établissement d'une partie. En remplaçant cette expression par la notion plus large de "communications entre les parties", on risquerait d'englober tous les systèmes utilisés dans la chaîne de communication, par exemple par les fournisseurs d'accès à Internet et les serveurs Web, même s'ils n'avaient aucun rapport avec les parties à la négociation. En outre, le libellé actuel était fondé sur celui de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et devrait être conservé pour maintenir l'uniformité entre le projet de convention et la législation interne déjà promulguée sur la base de la Loi type.

110. Sous réserve des modifications ci-dessus, le Groupe de travail a approuvé le projet de paragraphe quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 5

111. On a fait observer que, contrairement à ce que postule le projet de paragraphe, dans certains pays, un nom de domaine n'était attribué qu'après vérification de l'exactitude des informations fournies par le demandeur et notamment de sa présence dans le pays auquel le nom de domaine était rattaché. Il a été dit que dans le cas de ces pays, il pourrait être justifié de se fier, au moins en partie, aux noms de domaine aux fins de l'article 7 (voir également A/CN.9/509, par. 58).

112. Le Groupe de travail n'a pas accepté cette proposition, principalement pour les raisons suivantes:

a) Les normes appliquées et les procédures suivies au niveau national pour l'attribution des noms de domaine étant différentes, un tel élément ne conviendrait pas pour établir une présomption;

b) Étant donné que les procédures d'attribution des noms de domaine n'étaient pas toujours transparentes pour le public, il était difficile de déterminer le niveau de fiabilité de chaque procédure nationale.

113. En outre, le projet de paragraphe empêchait seulement un tribunal ou un arbitre de déduire le lieu de situation d'une partie du seul fait que cette partie utilisait un nom de domaine ou une adresse donnés. Cela dit, aucune disposition du projet de paragraphe n'empêchait un tribunal ou un arbitre de prendre en considération le cas échéant, comme élément possible parmi d'autres pour déterminer le lieu de situation d'une partie, le nom de domaine qui lui avait été attribué.

114. Le Groupe de travail a approuvé le projet de paragraphe quant au fond et l'a envoyé au groupe de rédaction.

Article 7. Obligations d'information

115 Le texte du projet d'article était le suivant:

> "Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidence sur l'application d'aucune règle de droit qui peut obliger les parties à communiquer leur identité, leur établissement ou toute autre information, ni n'exonère une partie des conséquences juridiques auxquelles elle s'exposerait en faisant des déclarations inexactes ou fausses à cet égard."

116. Compte tenu de ses délibérations antérieures et du fait que le libellé actuel était une solution de compromis pour réaliser un consensus sur ce point (voir A/CN.9/546, par. 88 à 105), le Groupe de travail a rejeté une proposition visant à ajouter au projet d'article un nouveau paragraphe imposant aux parties l'obligation d'indiquer où elles avaient leur établissement. Il a approuvé le projet d'article et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 8. Reconnaissance juridique des communications électroniques

117. Le texte du projet d'article était le suivant:

> "1. La validité ou la force exécutoire d'un contrat ou autre communication ne sont pas déniées au seul motif que ce contrat ou cette communication est sous forme de communication électronique.
>
> [2. Aucune disposition de la présente Convention n'oblige une partie à utiliser ou à accepter des communications électroniques, mais le fait qu'elle y consent peut être déduit de son comportement.]"

118. Le Groupe de travail a rejeté une proposition tendant à subordonner la validité d'un contrat à l'utilisation d'une signature électronique, car la plupart des systèmes juridiques n'imposaient pas d'obligation de signature comme condition générale de la validité des contrats de tout type.

119. Une proposition visant à ajouter un nouveau paragraphe disposant que les parties pourraient valablement utiliser le moyen technique de leur choix pour les communications en rapport avec la formation ou l'exécution des contrats n'a pas été appuyée non plus. Tout en admettant l'intérêt de reconnaître le principe de la neutralité de la technique et des moyens employés, le Groupe de travail a estimé:

a) Qu'une affirmation de ce principe sous la forme proposée risquait d'interférer avec l'application des règles de droit qui exigeaient, par exemple, que certaines méthodes d'authentification soient utilisées en rapport avec certains types de contrats;

b) Que la structure et le libellé du projet de paragraphe traduisaient la règle générale de non-discrimination énoncée à l'article 5 de la Loi type sur le commerce électronique, et que les mêmes raisons qui avaient motivé le choix de cette formule dans la Loi type s'appliquaient aussi dans le cas présent.

120. On a fait valoir que le libellé du projet de paragraphe 1 risquait d'amener le lecteur à penser à tort que le contrat lui-même était une communication, ce qui serait incompatible avec le texte et les définitions du projet de convention, où le contrat était traité comme le produit de l'échange de communications. Cependant, il a également été noté que certaines communications électroniques ne donneraient peut-être pas lieu à un contrat et qu'il fallait donc faire expressément référence à la fois aux contrats et aux communications, car les uns comme les autres devaient être validés sous leur forme électronique.

121. Le Groupe de travail a examiné plusieurs suggestions ayant pour objet de préciser que la règle de non-discrimination énoncée par le projet de paragraphe s'appliquait aux deux situations suivantes: a) au cas particulier des contrats formés par échange de communications électroniques; et b) à l'utilisation générale de moyens électroniques pour communiquer toute mention, déclaration, mise en demeure, notification ou demande en rapport avec un contrat. Le Groupe de travail est finalement convenu que le texte actuel, lorsqu'il était interprété à la lumière des définitions des termes "communication" et "communication électronique" figurant aux alinéas a) et b) de l'article 4, couvrait déjà les deux situations.

122. Sous réserve de la suppression des crochets entourant le paragraphe 2, qui n'a fait l'objet d'aucune observation sur le fond, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 9. Conditions de forme

123. Le texte du projet d'article était le suivant:

"[1. Aucune disposition de la présente Convention n'exige qu'un contrat ou toute autre communication soit établi ou constaté sous quelque forme particulière que ce soit.]

2. Lorsque la loi exige qu'un contrat ou toute autre communication soit sous forme écrite, ou prévoit des conséquences en l'absence d'un écrit, une communication électronique satisfait à cette exigence si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement.

3. Lorsque la loi exige qu'un contrat ou toute autre communication soit signée par une partie, ou prévoit des conséquences en l'absence d'une

signature, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique:

a) Si une méthode est utilisée pour identifier la partie et pour indiquer que celle-ci approuve l'information contenue dans la communication électronique; et

b) Si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel la communication électronique a été créée ou adressée, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière.

[4. Lorsque la loi exige qu'un contrat ou toute autre communication soit présentée ou conservée sous sa forme originale, ou prévoit des conséquences en l'absence d'un original, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique:

a) S'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information qu'elle contient à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive, en tant que communication électronique ou autre,

b) Si, lorsqu'il est exigé que l'information qu'elle contient soit présentée, cette information peut être montrée à la personne à laquelle elle doit être présentée.

5. Aux fins de l'alinéa a) du paragraphe 4:

a) L'intégrité de l'information s'apprécie en déterminant si celle-ci est restée complète et n'a pas été altérée, exception faite de l'ajout de tout endossement et de toute modification intervenant dans le cours normal de la communication, de la conservation et de l'exposition; et

b) Le niveau de fiabilité requis s'apprécie au regard de l'objet pour lequel l'information a été créée et à la lumière de toutes les circonstances y relatives.]"

Paragraphe 1

124. Compte tenu de ses délibérations antérieures sur le paragraphe 1 (voir A/CN.9/546, par. 49), le Groupe de travail a décidé de conserver cette disposition et de supprimer les crochets qui l'entouraient.

Paragraphe 2

125. En réponse à une question, on a fait observer que, dans ce projet de paragraphe et ailleurs, les mots "la loi" avaient le même sens que dans les dispositions correspondantes de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et désignaient des règles fondées sur des textes législatifs et réglementaires ou des précédents judiciaires. Le Groupe de travail est toutefois convenu de ne pas essayer d'en donner une définition dans le projet de convention, estimant que ce terme devrait être expliqué dans des notes explicatives ou un commentaire officiel, comme cela avait été fait au paragraphe 46 du Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

126. En réponse à une autre question, le Groupe de travail a noté que le projet d'article 9 concernerait d'une manière générale toutes les conditions de forme

imposées par la loi applicable. On a expliqué que les règles d'ordre public du droit interne interdisant l'utilisation des communications électroniques devaient soit être traitées comme des exclusions en vertu du projet d'article 2, soit faire l'objet de déclarations d'exclusion conformément au projet d'article 18.

Paragraphe 3

127. Il a été proposé de supprimer l'alinéa b), qui établissait les conditions à remplir pour qu'une signature électronique soit fiable. Les principales raisons justifiant cette proposition étaient les suivantes:

a) La disposition correspondante dans l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique remplissait cette fonction dans un contexte où les questions concernant la fiabilité d'une signature et les conditions d'attribution des messages de données étaient traitées de façon interdépendante;

b) En substance, les articles 7 et 13 de la Loi type affirmaient la validité d'une signature électronique et permettaient d'attribuer un message à un expéditeur pour autant que le destinataire utilise une méthode convenue avec l'expéditeur pour vérifier l'authenticité du message, sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'authenticité de la signature proprement dite;

c) Cependant, le projet de convention ne traitait pas de l'attribution des messages électroniques, comme le Groupe de travail l'avait décidé antérieurement (voir A/CN.9/546, par. 127). L'alinéa b) pourrait avoir pour résultat que, même si l'identité de l'expéditeur ou le fait qu'il ait signé ne faisait l'objet d'aucune contestation, un tribunal pourrait invalider le contrat dans sa totalité parce qu'il considérait que la technologie ou la méthodologie utilisée était insuffisante en principe pour la transaction en question.

128. Bien que la proposition tendant à supprimer l'alinéa b) ait été appuyée, le Groupe de travail a préféré conserver cette disposition. On a estimé qu'on s'exposerait au même risque en conservant uniquement l'alinéa a), étant donné qu'un tribunal pourrait alors avoir tendance à ne prendre en considération que le niveau de sécurité offert par la méthode de signature pour déterminer l'identité d'une personne, sans se voir rappeler la nécessité de tenir compte d'autres facteurs que la technologie comme l'objet pour lequel la communication électronique avait été créée ou transmise, ou toute convention pertinente des parties.

Paragraphes 4 et 5 "forme originale"

129. Le Groupe de travail a noté que les versions antérieures du projet de convention ne contenaient pas de dispositions concernant les équivalents électroniques des documents papier "originaux" parce que le projet traitait essentiellement de questions relatives à la formation des contrats et non des règles de preuve. On a émis l'opinion qu'une disposition relative aux "originaux" était maintenant nécessaire étant donné que le projet d'article 19 étendait le champ d'application du projet de convention aux conventions d'arbitrage régies par la Convention de New York de 1958. Le Groupe de travail a été informé que la question avait été examinée par le Groupe de travail II (Arbitrage) à sa quarante-deuxième session (Vienne, 13-17 septembre 2004) et que la réaction de celui-ci avait été positive (voir plus haut par. 53). Le Groupe de travail a examiné ensemble

les paragraphes 4 et 5, car ces dispositions, qui étaient nouvelles dans le projet de convention, étaient interdépendantes.

130. Il a été dit en faveur du maintien de ces paragraphes qu'une disposition sur les équivalents électroniques des documents papier originaux était essentielle pour promouvoir efficacement l'utilisation de moyens électroniques aux fins de la conclusion de conventions d'arbitrage étant donné que l'exécution d'une sentence arbitrale et le renvoi des parties à l'arbitrage en application des articles II et IV de la Convention de New York de 1958 exigeaient que la partie invoquant la convention d'arbitrage produise l'original ou une copie certifiée conforme de cette convention. Sans ces dispositions supplémentaires dans le projet d'article 9, des doutes persisteraient quant à la valeur probante des conventions d'arbitrage électronique, ce qui conduirait les parties à opter pour la démarche la plus sûre et à revenir à l'utilisation de contrats sur papier.

131. Toutefois, il a également été fait objection aux nouveaux paragraphes proposés, principalement pour les raisons suivantes:

a) Telles qu'elles étaient libellées, ces dispositions ne se limitaient pas aux conventions d'arbitrage et pourraient avoir des incidences que le Groupe de travail n'était peut-être pas en mesure de prévoir;

b) La règle d'établissement de l'équivalence fonctionnelle n'offrait pas un niveau de sécurité juridique suffisant étant donné la souplesse du critère de fiabilité envisagé à l'alinéa 5 b), qui supposait une appréciation au cas par cas;

c) Même limités aux conventions d'arbitrage, ces paragraphes ne convenaient pas car ils débordaient le cadre purement contractuel et interféreraient avec les règles internes de procédure civile en imposant aux tribunaux une règle d'équivalence fonctionnelle qui pourrait ne pas correspondre à celle qui était reconnue dans leur ordre juridique.

132. Le Groupe de travail a noté que les projets de paragraphes 4 et 5 avaient été ajoutés pour faire face à un problème particulier que posaient les conventions d'arbitrage, mais que leur utilité ne se limitait pas à ce domaine restreint étant donné les obstacles au commerce électronique qui pourraient résulter de diverses autres exigences relatives à la forme originale. Malgré des divergences d'opinion quant au bien-fondé de cette conclusion, le Groupe de travail ne s'est pas mis d'accord pour limiter l'application des projets de paragraphes 4 et 5 aux conventions d'arbitrage.

133. Le Groupe de travail a entrepris d'examiner diverses options pour répondre à ces préoccupations. L'une d'entre elles était de supprimer l'alinéa 5 b) et le mot "fiable" dans l'alinéa 4 a) afin d'exprimer l'idée qu'une garantie absolue de l'intégrité de l'information était nécessaire pour qu'une communication électronique remplisse la fonction d'un document papier original. Le Groupe de travail n'a pas adopté cette proposition car il a estimé qu'elle rendrait le libellé des projets de paragraphes 4 et 5 ambigus et ne traduirait pas nécessairement un plus haut niveau d'intégrité étant donné qu'il était possible d'affirmer que toute "garantie" d'intégrité, quelle qu'en soit la fiabilité, pourrait suffire.

134. Il a également été suggéré, afin de préciser que les nouvelles propositions n'avaient pas pour objet d'interférer avec les règles de procédure civile, que le Groupe de travail envisage d'insérer à nouveau dans le projet d'article 9, ou de

préférence dans le projet d'article 2, une disposition excluant les contrats ou les actes pour lesquels la loi exigeait l'intervention de tribunaux, d'autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique. Le Groupe de travail n'a pas accepté cette proposition et a réaffirmé la décision qu'il avait prise antérieurement sur ce point (voir plus haut par. 63 à 66). Les exceptions d'ordre public, lorsqu'elles étaient nécessaires, devaient être apportées par l'État concerné au moyen d'une déclaration faite en vertu du projet d'article 18.

135. Le Groupe de travail a décidé de conserver les projets de paragraphes 4 et 5 et de supprimer les crochets entourant le texte.

136. Le Groupe de travail a alors repris l'examen des alinéas f) et g) de l'article 2 (voir plus haut par. 66). On a également noté qu'en raison des conséquences que pouvait avoir la reproduction autorisée de titres représentatifs et d'instruments négociables – et d'une manière générale de tout instrument transférable autorisant le porteur ou le bénéficiaire à demander la livraison de marchandises ou le paiement d'une somme d'argent –, il était nécessaire d'élaborer des mécanismes pour en garantir le caractère unique ou original. Il a en outre été rappelé 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 et éprouvées. Le Groupe de travail est convenu que les questions soulevées par les instruments négociables et les documents similaires, en particulier la nécessité de garantir leur caractère unique, ne se bornaient pas simplement à garantir l'équivalence entre le support papier et la forme électronique, et que, par conséquent, les projets de paragraphes 4 et 5 n'étaient pas suffisants pour faire en sorte que les dispositions du projet de convention conviennent pour ces documents. Il a donc décidé de conserver les éléments essentiels des alinéas f) et g) de l'article 2 en les intégrant dans une disposition qui pourrait être ainsi libellée:

> "La présente Convention ne s'applique pas aux lettres de change, billets à ordre, lettres de transport, connaissements, récépissés d'entrepôt et autres instruments transférables donnant le droit au porteur ou au bénéficiaire de demander la livraison des marchandises ou le paiement d'une somme d'argent."

137. Il a été proposé d'ajouter le paragraphe suivant au projet d'article:

> "Les paragraphes 4 et 5 ne s'appliquent pas lorsqu'une règle de droit ou la convention entre les parties exige qu'une partie présente certains documents originaux pour demander le paiement au titre d'une lettre de crédit, d'une garantie bancaire ou d'un instrument similaire."

138. Il a été expliqué que l'ajout proposé avait pour but de préciser que les lettres de crédit et les opérations sous-jacentes n'étaient pas exclues du champ d'application de l'ensemble du projet de convention mais seulement de celui des dispositions relatives aux originaux. Cette solution était préférable à des exclusions unilatérales par des déclarations faites conformément au projet d'article 18, compte tenu du caractère international des lettres de crédit et des instruments analogues. Cette proposition a toutefois suscité une forte opposition car il a été estimé qu'une telle exclusion avait davantage sa place dans les projets d'articles 2 ou 18. Il a également été proposé que le projet de Convention donne aux États la possibilité d'exclure l'application des paragraphes 4 et 5 du projet d'article. Le Groupe de travail n'a pas eu le temps d'examiner à fond l'amendement proposé ni les

objections soulevées à son encontre et a décidé de le présenter à la Commission entre crochets pour examen.

139. Le Groupe de travail a approuvé les projets de paragraphes 4 et 5 quant au fond et les a renvoyés au groupe de rédaction.

Article 10. Moment et lieu de l'expédition et de la réception de communications électroniques

140. Le texte du projet d'article était le suivant:

> "1. Le moment de l'expédition d'une communication électronique est le moment où cette communication électronique [entre dans un système d'information ne dépendant pas de l'expéditeur ou de la partie qui a envoyé la communication électronique au nom de l'expéditeur] [quitte un système d'information dépendant de l'expéditeur ou de la partie qui a envoyé la communication électronique au nom de l'expéditeur], ou, si la communication électronique [n'est pas entrée dans un système d'information ne dépendant pas de l'expéditeur ou de la partie qui a envoyé la communication électronique au nom de l'expéditeur] [n'a pas quitté un système d'information dépendant de l'expéditeur ou de la partie qui a envoyé la communication électronique au nom de l'expéditeur], le moment où la communication électronique est reçue.
>
> 2. Le moment de la réception d'une communication électronique est le moment où cette communication électronique peut être relevée par le destinataire ou par toute autre partie désignée par celui-ci. Une communication électronique est présumée pouvoir être relevée par le destinataire lorsqu'elle entre dans un système d'information de ce destinataire, à moins qu'il ait été déraisonnable que l'expéditeur choisisse ce système d'information pour l'envoyer, eu égard au contenu de la communication électronique et aux circonstances de l'espèce [, notamment toute désignation par le destinataire d'un système d'information particulier pour recevoir des communications électroniques.]
>
> 3. Une communication électronique est réputée avoir été expédiée du lieu où l'expéditeur a son établissement et avoir été reçue au lieu où le destinataire a son établissement, tels que déterminés conformément à l'article 7.
>
> 4. Le paragraphe 2 du présent article s'applique même si le lieu où est situé le système d'information est différent du lieu où la communication électronique est réputée avoir été reçue selon le paragraphe 3 du présent article."

Paragraphe 1

141. On a souligné que le fait de sortir d'un système de communication dépendant de l'expéditeur et celui d'entrer dans un autre système d'information ne dépendant pas de lui étaient deux aspects d'une même situation de fait, étant donné qu'une communication quittait généralement un système lorsqu'elle entrait dans un autre. Le libellé du premier membre de phrase entre crochets, qui était également utilisé à l'article 15-1 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, a été jugé préférable car il mettait l'accent sur un élément facile à prouver étant donné que les protocoles de transmission de messages de données indiquaient généralement

l'heure à laquelle un message avait été délivré au système d'information du destinataire ou à des systèmes de transmission intermédiaires, mais n'indiquaient pas normalement à quel moment il avait quitté le système de l'expéditeur.

142. Cependant, l'opinion dominante a été favorable au critère utilisé dans le deuxième membre de phrase entre crochets. Il serait plus logique, a-t-on dit, de poser la présomption qu'une communication avait été expédiée lorsqu'elle quittait la sphère de contrôle de l'expéditeur ou, pour reprendre la terminologie du projet de convention, lorsqu'elle quittait un système d'information dépendant de l'expéditeur. Cette formule refléterait plus fidèlement la notion d'"expédition" utilisée dans un environnement non électronique.

143. En ce qui concerne les deux autres membres de phrase entre crochets, on a fait observer qu'une communication électronique ne dépendait plus de l'expéditeur à partir du moment où elle était expédiée, et que toute règle relative aux communications au sein du "même" système serait sans objet. Cependant, il a aussi été noté que certaines communications électroniques pouvaient ne jamais quitter le système de l'expéditeur, par exemple les informations affichées sur un site Web administré par celui-ci. La règle énoncée dans la deuxième partie du projet de paragraphe était importante car, sans elle, ces situations ne seraient pas prises en compte.

144. Le Groupe de travail a décidé de conserver les deuxième et quatrième membres de phrase entre crochets et de supprimer les premier et quatrième membres de phrase entre crochets, et a renvoyé le texte du projet de paragraphe au groupe de rédaction.

Paragraphe 2

145. Le Groupe de travail a noté qu'aucune disposition du projet de convention n'avait suscité autant de débats que le projet de paragraphe 2 (voir A/CN.9/509, par. 94 à 98; A/CN.9/528, par. 141 à 151 et A/CN.9/546, par. 61 à 80). Il lui a été rappelé que le libellé actuel visait à concilier les points de vue de ceux qui étaient favorables à une règle fondée sur le moment où la communication pouvait être relevée et de ceux qui préféraient le critère plus objectif de son entrée dans le système d'information du destinataire (A/CN.9/548, par. 73 et 74).

146. Il a été dit que les difficultés auxquelles le Groupe de travail achoppait encore venaient des différentes interprétations données au terme "système d'information" (voir aussi A/CN.9/546, par. 68 et 69). Comme on n'était pas d'accord sur le sens de ce terme, il était peu judicieux d'établir une règle générale relative à la réception des communications électroniques, car on ne savait pas exactement quel type de lien juridique entre le destinataire et le système d'information était envisagé dans le projet de paragraphe (c'est-à-dire s'il s'agissait d'un lien de propriété ou d'un autre type similaire de lien). En exigeant l'existence d'un tel lien, on risquerait de limiter indûment le type de système d'information susceptible d'être utilisé pour envoyer par des moyens valables une communication électronique au destinataire. Pour éviter cette difficulté, il a été suggéré de remanier la deuxième phrase du projet de paragraphe, de sorte que celui-ci dispose qu'une communication électronique était présumée pouvoir être relevée par le destinataire lorsqu'elle entrait dans un système d'information à l'utilisation duquel il avait consenti. Cette modification, a-t-on dit, indiquerait clairement que le consentement du destinataire était le seul critère

pertinent, quel que soit le lien juridique entre le destinataire et le système d'information à l'utilisation duquel il avait consenti. Elle avait aussi pour objet de dissiper l'impression qui ressortait du projet de paragraphe, à savoir qu'un système d'information était pleinement comparable à une adresse physique. Cette interprétation ne serait pas raisonnable car le propriétaire d'une adresse électronique, par exemple, ne pouvait être tenu de relever sa boîte aux lettres électronique de la même façon que le propriétaire d'un établissement était tenu de relever son courrier postal.

147. Bien que cette proposition ait recueilli un certain appui, l'avis qui a prévalu n'était pas favorable à la modification proposée. Il a été dit que cette modification n'améliorerait pas sensiblement le texte actuel, dans lequel le mot "déraisonnable" indiquait déjà clairement que l'expéditeur qui choisissait une adresse à l'utilisation de laquelle le destinataire n'avait pas consenti ne pouvait invoquer la présomption de réception. En outre, le commerce électronique ne serait pas favorisé par une règle qui exigeait expressément ou implicitement un consentement préalablement à chaque opération, car il serait excessif d'imposer à l'expéditeur d'établir que le destinataire avait consenti à l'utilisation d'une adresse pour une communication.

148. Au fil de ce débat, trois positions bénéficiant d'un large appui se sont dessinées au sein du Groupe de travail:

a) Selon la première, la principale difficulté venait de ce que le texte actuel ne faisait plus de distinction entre systèmes d'information désignés et systèmes d'information non désignés, et il fallait rétablir cette distinction pour tenir compte des pratiques commerciales (voir aussi A/CN.9/546, par. 70);

b) Selon la deuxième, le texte était acceptable dans sa formulation actuelle, car il offrait une base solide pour une solution de compromis qui évitait la distinction entre systèmes d'information désignés et systèmes d'information non désignés et les divers problèmes qui en découlaient (voir A/CN.9/528, par. 148);

c) Selon la troisième, le texte devrait tout au plus traiter des systèmes désignés et que, même dans ce cas, il devrait s'abstenir d'établir des règles générales sur la réception, étant donné que les mesures prises par des sociétés ou des personnes pour protéger l'intégrité, la sécurité ou les possibilités d'utilisation de leurs systèmes d'information (par exemple pour bloquer le courrier électronique non sollicité ou éviter la propagation de virus) s'étaient, dans la pratique, soldées par la perte de communications à de multiples reprises.

149. Le Groupe de travail s'est interrompu pour examiner ces positions, en particulier la dernière, qui introduisait un nouvel élément dans le débat. Il a reconnu le fait que les systèmes de sécurité tels que les filtres ou les pare-feux pouvaient effectivement empêcher les communications électroniques de parvenir à leurs destinataires. Toutefois, la proposition tendant à faire entièrement assumer à l'expéditeur le risque de perte du message n'a pas été acceptée. Un tel système aurait tout au plus pour effet que l'on ne pourrait pas présumer qu'un message bloqué était susceptible d'être relevé.

150. Un des motifs de préoccupation qui a été exprimé à cet égard concernait le caractère apparemment absolu de la règle établie dans le projet de paragraphe. Étant donné que la sécurité de l'information et des communications était un souci croissant dans le monde des affaires, les règles relatives à la réception devraient

nécessairement être liées au consentement d'utiliser un système d'information particulier et ne devraient pas s'imposer aux personnes qui n'avaient pas accepté le risque de la perte de communications. Il a été proposé d'améliorer le libellé actuel en le remaniant de manière à ce qu'il se lise à peu près comme suit: "Le moment de la réception d'une communication électronique est présumé être le moment où cette communication peut être relevée par le destinataire à l'adresse électronique que celui-ci a désignée, à moins qu'elle n'ait pu être raisonnablement relevée compte tenu des mesures de sécurité". On a fait valoir que le recours à une présomption associée à la mention d'une adresse désignée correspondrait à la pratique actuelle et répondrait mieux aux besoins du monde des affaires compte tenu de sa souplesse intrinsèque.

151. Bien que divers avis favorables au principe fondamental que traduisait cette proposition aient été exprimés, celle-ci a également suscité de fortes objections. Outre qu'il s'écartait nettement de l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, le nouveau libellé réduirait la sécurité juridique en transformant la règle existante en une présomption réfragable et en faisant assumer entièrement à l'expéditeur le risque de la perte de messages. Par ailleurs, la proposition s'appuyait largement sur des éléments subjectifs en éliminant le critère objectif que constituait l'entrée de la communication dans un système d'information. Il a été dit qu'il serait peut-être préférable de n'avoir aucune règle sur ce point que d'introduire un élément d'insécurité dans une disposition aussi importante.

152. Le Groupe de travail a longuement débattu des mérites de cette proposition et des solutions possibles pour en améliorer le libellé. Au cours de ce débat, un accord général a fini par se dégager sur les points ci-après:

a) Il était important que le projet de convention traite de la question de la réception des communications électroniques, de préférence au moyen d'une règle générale, suivie par des présomptions appropriées pour faciliter l'établissement des faits;

b) Il serait préférable que le projet de paragraphe subordonne la réception des communications électroniques à leur délivrance en un point pouvant être plus étroitement circonscrit que ce que l'on entendait par "système d'information". On a fortement appuyé l'idée d'utiliser à la place le terme "adresse électronique", malgré certaines préoccupations tenant au fait que ce terme n'avait pas été défini dans le projet de convention et n'était pas nécessairement plus clair que le terme "système d'information";

c) À condition que des conséquences appropriées s'ensuivent, une distinction pourrait être faite entre les situations où une partie demandait expressément ou exigeait qu'une adresse électronique particulière soit utilisée et les situations où une communication électronique était simplement envoyée à une adresse électronique appartenant à cette partie ou utilisée par elle.

153. Après des consultations approfondies, il a été proposé de remplacer le texte du projet de paragraphe par le texte révisé ci-après:

> "Le moment de la réception d'une communication électronique est le moment où cette communication peut être relevée par le destinataire à une adresse électronique désignée par celui-ci.

Le moment de la réception d'une communication électronique envoyée à une autre adresse du destinataire est le moment où cette communication peut être relevée par le destinataire à cette adresse et où celui-ci prend connaissance du fait qu'elle a été envoyée à cette adresse.

Une communication électronique est présumée pouvoir être relevée par le destinataire lorsqu'elle parvient à l'adresse électronique de celui-ci.

Le présent paragraphe ne s'applique pas à une communication électronique qu'il n'est pas possible de relever ou dont l'arrivée à l'adresse électronique est empêchée [ou retardée de façon appréciable] du fait de mesures technologiques raisonnables appliquées pour préserver l'intégrité, la sécurité ou la possibilité d'utilisation du système de communication électronique du destinataire."

154. Bien qu'un large appui ait été exprimé en faveur de l'utilisation du texte proposé ci-dessus comme une nouvelle base de travail, ce texte, en particulier les deuxième et quatrième phrases, a également suscité de fortes objections.

155. En ce qui concerne la deuxième phrase, on a fait valoir que ce texte réintroduirait la notion de systèmes désignés et serait incompatible avec l'article 24 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, qui n'établissait pas de distinction entre les adresses ou les établissements désignés et non désignés. Des craintes ont également été exprimées quant à la possibilité de relever la communication à une adresse électronique non désignée, étant donné que les deuxième et troisième phrases auraient conjointement pour effet d'imposer au destinataire une charge excessive en l'obligeant à vérifier régulièrement de multiples adresses qu'il n'utilise pas couramment. Grâce à cette nouvelle phrase, il serait également plus facile à des parties agissant de mauvaise foi d'essayer de lier une autre partie par le contenu d'une communication qu'elle rejetterait normalement en lui envoyant cette communication à une autre adresse électronique que celle qu'elle a choisie.

156. Il a été répondu que la nouvelle règle proposée ne produirait d'effet qu'à partir du moment où le destinataire prendrait connaissance du fait que la communication avait été envoyée à une adresse particulière et que cette condition en réduisait considérablement la portée, en particulier par rapport à la disposition énoncée dans l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. En exigeant que le destinataire connaisse effectivement l'existence de la communication électronique, la nouvelle règle proposée était celle qui était la plus favorable au destinataire.

157. On a également émis des réserves au sujet de l'utilisation du terme "adresse électronique". Il a été proposé d'ajouter une définition dans le projet d'article 4 afin de préciser que ce terme ne désignait pas uniquement les adresses de courrier électronique, mais laissait de la place pour tout progrès technologique futur. Il a été dit que, tel qu'il était utilisé dans le projet de disposition, le terme "adresse électronique" désignait "la partie d'un système d'information ou l'emplacement dans ce système qu'une personne utilisait pour recevoir des messages électroniques". Le Groupe de travail a accepté cette interprétation mais a préféré ne pas faire figurer de définition dans le projet d'article 4, ce concept pouvant être expliqué dans les notes explicatives ou le commentaire officiel dont le projet de convention pourrait faire l'objet.

158. Le Groupe de travail n'a pas accepté une proposition d'ajout selon laquelle une communication envoyée à une adresse électronique différente de celle qui avait été désignée ne serait réputée avoir été reçue que si le destinataire avait choisi de ne pas y donner suite. On a fait observer que l'ajout proposé avait trait à la validité des communications et sortait du champ d'application du projet de convention.

159. De même, le Groupe de travail n'a pas accepté une proposition visant à ajouter les mots "pendant les heures normales de travail" à la troisième phrase du nouveau texte proposé pour le paragraphe 2. On a fait observer que, comme l'article 24 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, le projet de paragraphe ne devrait pas aborder la question des jours fériés nationaux et des heures de travail normales, ces éléments étant une source de problèmes et d'insécurité juridique dans un instrument qui s'appliquait aux opérations internationales. En outre, l'effet juridique que produisait le fait de relever la communication n'entrait pas dans le champ d'application du projet de convention mais ressortait à la loi nationale applicable. On a aussi rappelé que la présomption pouvait être réfutée si la communication ne pouvait pas être relevée.

160. Bien qu'un certain appui ait été exprimé en faveur de l'adoption de la quatrième phrase du nouveau projet de paragraphe proposé, l'opinion qui a largement prévalu était que cette phrase n'était pas nécessaire et devrait être supprimée. Il a été noté que la présomption créée par la troisième phrase du nouveau texte proposé pouvait être réfutée dans les cas où des dispositifs de sécurité ou autres empêcheraient de relever la communication. On a fait valoir en outre que le jeu de cette présomption se traduirait par une plus grande souplesse pour la détermination des faits en cas de désaccord sur le point de savoir si une communication avait été reçue ou non. Le Groupe de travail est toutefois convenu que la question évoquée dans cette phrase devrait être soulignée dans les notes explicatives ou le commentaire officiel dont le projet de convention pourrait en faire l'objet.

161. Sous réserve de ce qui précède, le Groupe de travail a approuvé le texte révisé du projet de paragraphe 2 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 3

162. On a exprimé la crainte que la disposition actuelle n'attribue en fin de compte une valeur juridique à toutes les communications électroniques en établissant la présomption qu'elles ont été reçues à l'établissement du destinataire, même si elles ont été envoyées à une adresse électronique non désignée. On a proposé de la modifier afin d'en limiter le champ d'application aux communications électroniques délivrées à une adresse électronique désignée.

163. Il a été répondu que cette disposition avait pour objet d'éviter, lorsqu'il s'agissait de déterminer l'applicabilité du projet de convention, un dédoublement de l'établissement si la communication était relevée en un lieu autre que celui de l'établissement. On a noté qu'elle précisait seulement que l'endroit où se trouvait un système d'information supportant une adresse électronique était sans objet pour déterminer l'endroit où une communication avait été reçue. Une telle clarification était utile dans un environnement électronique, mais les modifications apportées au projet de paragraphe 2 l'avaient rendue encore plus importante car les communications électroniques pouvaient être relevées depuis pratiquement

n'importe quel endroit où une partie avait accès à son adresse électronique, ce qui n'était normalement pas le cas pour les communications postales, qui étaient habituellement délivrées dans les locaux du destinataire.

164. Le Groupe de travail a approuvé le projet de paragraphe et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 4

165. Le Groupe de travail, après avoir décidé d'ajouter les mots "supportant une adresse électronique" après les mots "système d'information", a renvoyé cette disposition au groupe de rédaction.

Conclusion

166. Sous réserve des amendements ci-dessus, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 11. Invitations à l'offre

167. Le texte du projet d'article était le suivant:

> "Une proposition de conclure un contrat faite par l'intermédiaire d'une ou plusieurs communications électroniques qui n'est pas adressée à une ou plusieurs parties déterminées mais qui est normalement accessible à des parties utilisant des systèmes d'information, y compris des propositions qui utilisent des applications interactives permettant de passer des commandes par l'intermédiaire de ces systèmes d'information, doit être considérée comme une invitation à l'offre, à moins qu'elle n'indique clairement l'intention de la partie faisant la proposition d'être liée en cas d'acceptation."

168. Il a été rappelé au Groupe de travail que le projet de disposition, tel qu'actuellement rédigé, reflétait une opinion consensuelle sur ce point, qui s'était dégagée après de longs débats (A/CN.9/509, par. 74 à 85; A/CN.9/528, par. 109 à 120; A/CN.9/546, par. 106 à 116).

169. On a exprimé l'avis que la notion d'invitation à l'offre était inconnue dans certains systèmes juridiques, et qu'il serait donc préférable de dire par exemple "n'est pas une offre". Il a été répondu que la notion d'invitation à l'offre était courante dans les textes de droit commercial international uniforme, et était utilisée dans la Convention des Nations Unies sur les ventes.

170. Il a été proposé de remplacer le mot "parties" qui pouvait être interprété comme impliquant l'existence d'un contrat, par le mot plus neutre de "personnes". Il a également été noté que le mot "parties", au projet d'article 11, faisait clairement référence aux parties à une communication, qu'il y ait ou non formation ultérieure d'un contrat. Le mot "personnes" ne convenait pas dans le présent contexte, car dans le projet de convention il signifiait "personnes physiques".

171. Le Groupe de travail a considéré qu'il n'était pas nécessaire de formuler des règles particulières pour traiter des offres de biens par l'intermédiaire d'enchères et d'opérations similaires sur Internet, qui avaient été considérées dans de nombreux systèmes juridiques comme des offres irrévocables de vendre des biens au dernier enchérisseur. On a estimé qu'une telle possibilité était déjà couverte par le membre

de phrase “à moins qu’elle n’indique clairement l’intention de la partie faisant la proposition d’être liée en cas d’acceptation”.

172. Le Groupe de travail a approuvé le projet d’article 11 et l’a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 12. Utilisation de systèmes d’information automatisés pour la formation des contrats

173. Le texte du projet d’article était le suivant:

> “La validité ou la force exécutoire d’un contrat formé par l’interaction d’un système d’information automatisé et d’une personne ou par l’interaction de systèmes d’information automatisés ne sont pas déniées au seul motif qu’aucune personne n’a examiné chacune des actions exécutées par les systèmes ni le contrat qui en résulte.”

174. Le Groupe de travail a approuvé le projet d’article 12 et l’a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 13. Mise à disposition des clauses contractuelles

175. Le texte du projet d’article était le suivant:

> “[Variante A
>
> Aucune disposition de la présente Convention n’a d’incidence sur l’application d’aucune règle de droit pouvant obliger une partie qui négocie tout ou partie des clauses d’un contrat en échangeant des communications électroniques à mettre à la disposition de l’autre partie contractante les communications électroniques contenant les clauses contractuelles d’une manière particulière, ni n’exonère une partie des conséquences juridiques auxquelles elle s’exposerait en ne le faisant pas.]
>
> [Variante B
>
> Une partie offrant des biens ou des services par l’intermédiaire d’un système d’information normalement accessible à des personnes utilisant des systèmes d’information met la ou les communications électroniques contenant les clauses contractuelles à la disposition de l’autre partie [pendant une durée raisonnable] d’une manière qui permette de conserver et de reproduire cette communication ou ces communications.]”

176. Le Groupe de travail a noté que la variante A avait été ajoutée à la suite d’une demande qu’il avait faite en raison de la controverse entourant le projet d’article (voir A/CN.9/546, par. 130 à 135). Il a également noté que la variante B avait été maintenue entre crochets, car il n’était pas parvenu à un consensus sur la nécessité de cette disposition (voir A/CN.9/509, par. 123 à 125 et A/CN.9/546, par. 130 à 135).

177. Un certain soutien a été exprimé en faveur de la suppression du projet d’article 13. Il a été déclaré que ce dernier, dans l’une comme dans l’autre variante, imposerait aux parties contractantes des obligations plus sévères que celles s’appliquant dans l’environnement papier, alors que rien ne justifiait un tel traitement différencié. Il a été noté aussi que la disposition était inutile, car les

articles 14 et 19, respectivement, de la Convention des Nations Unies sur les ventes fourniraient le cadre réglementaire nécessaire en cas de définition insuffisamment précise de la proposition et d'altération ultérieure des termes de la proposition. Il a été noté en outre que le texte de la variante B énonçait des dispositions visant la protection des consommateurs, qui sortaient manifestement du champ d'application du projet de convention.

178. Un large appui a cependant été exprimé aussi en faveur de l'adoption de la variante B. On a fait valoir que ce texte encouragerait la bonne pratique commerciale. Il a été dit également que l'objectif général de l'article, à savoir améliorer la transparence des clauses contractuelles et la sécurité juridique, serait atteint sans imposer de fardeau excessif aux parties contractantes. Il a été noté en outre que la disposition serait bénéfique aussi bien pour le commerce interentreprises que pour le commerce entreprises-consommateurs. Il a été suggéré d'étendre la règle pour qu'elle s'applique également aux modifications ultérieures de conditions contractuelles.

179. Selon l'avis contraire, la détermination des conséquences du manquement à la règle relevait du droit interne. Il a été noté également que l'application de la variante B du projet d'article 13 pourrait conduire à la non-opposabilité de dispositions expressément convenues par les parties.

180. L'avis qui a fini par l'emporter était favorable à l'adoption de la variante A. On a déclaré qu'une disposition "refuge" constituerait un rappel utile des règles internes et internationales applicables, tout en évitant de créer une règle de fond qui dépasserait le champ d'application du projet de convention.

181. Le Groupe de travail a approuvé la suppression des crochets entourant le texte de la variante A et la suppression du texte entre crochets de la variante B et a renvoyé le texte du projet d'article 13 au groupe de rédaction.

Article 14. Erreur dans les communications électroniques

182. Le texte du projet d'article était le suivant:

"[1. Lorsqu'une personne commet une erreur dans une communication électronique échangée avec le système d'information automatisé d'une autre partie et que le système d'information automatisé ne lui donne pas la possibilité de corriger l'erreur, cette personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, a le droit de retirer la communication électronique dans laquelle l'erreur a été commise si:

[a) La personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, avise l'autre partie de l'erreur aussitôt que possible après en avoir pris connaissance et lui signale qu'elle a commis une erreur dans la communication électronique;

b) La personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, prend des mesures raisonnables, notamment des mesures conformes aux instructions de l'autre partie, pour rendre les biens ou services éventuellement reçus à la suite de l'erreur ou, si elle a reçu pour instruction de le faire, pour détruire ces biens ou ces services; et

c) La personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, n'a pas tiré d'avantage matériel ou de contrepartie des biens ou services

éventuellement reçus de l'autre partie ni utilisé un tel avantage ou une telle contrepartie.]

[2. Aucune disposition du présent article n'a d'incidence sur l'application d'aucune règle de droit qui peut régir les conséquences de toute erreur commise pendant la [négociation] [formation] ou l'exécution du type de contrat en question autre qu'une erreur qui se produit dans les circonstances prévues au paragraphe 1.]"

Remarques générales

183. On a rappelé au Groupe de travail ses discussions antérieures sur le projet d'article (A/CN.9/509, par. 104 à 111 et A/CN.9/548, par. 14 à 26).

184. À la lumière de ses délibérations antérieures (voir, en particulier, A/CN.9/509, par. 108), le Groupe de travail n'a pas accepté les propositions visant à modifier la formulation de l'article pour en faire une obligation positive de prévoir une méthode permettant de corriger les erreurs avant l'expédition de la communication. Comme lors de réunions antérieures, on a estimé qu'une telle disposition prescriptive était incompatible avec le caractère facilitant du projet de convention. Le Groupe de travail a réitéré sa décision antérieure, à savoir que le projet d'article, s'il était retenu, devrait se limiter à envisager les conséquences de l'absence de moyens de corriger les erreurs de saisie (A/CN.9/548, par. 19).

185. Il y a eu de vives objections au maintien du projet d'article, même sous sa forme actuelle, principalement pour des motifs qui avaient déjà été exprimés à des occasions antérieures:

a) Le projet de convention ne devrait pas traiter d'une question de fond aussi complexe que l'erreur, car il risquerait d'interférer avec des notions bien établies en droit des contrats (A/CN.9/548, par. 15; voir aussi A/CN.9/509, par. 106);

b) Le projet d'article était plus approprié pour la protection des consommateurs que pour les exigences pratiques des opérations commerciales, qui ne seraient pas encouragées par une disposition permettant aux parties de retirer ultérieurement leurs offres ou leurs enchères au motif qu'elles étaient le résultat d'une erreur (A/CN.9/548, par. 16; voir aussi A/CN.9/509, par. 110);

c) Des dispositions permettant de retirer des communications en raison d'erreurs de saisie créeraient de sérieuses difficultés pour les juridictions étatiques, car la seule preuve de l'erreur serait l'affirmation par la partie intéressée qu'elle a commis une erreur dans la communication électronique.

186. Malgré ces objections, l'avis qui a prévalu était favorable au maintien d'une disposition allant dans le sens de l'article, pour les principales raisons ci-après:

a) Le projet d'article abordait un type d'erreur spécifique du commerce électronique, en raison du risque relativement plus élevé d'erreur humaine dans les communications échangées avec des systèmes de messagerie automatisés (A/CN.9/509, par. 105; A/CN.9/548, par. 17);

b) Le projet d'article fournirait une règle uniforme essentielle étant donné les solutions différentes et éventuellement conflictuelles qui pourraient être prévues dans les droits internes;

c) Le projet d'article n'aggravait en aucune manière les difficultés en matière de preuve qui existaient déjà dans un environnement papier, où les allégations d'erreur devaient toutefois être évaluées avec soin par les tribunaux à la lumière de toutes les circonstances pertinentes, y compris la crédibilité générale des assertions d'une partie.

187. Ayant finalement décidé de conserver le projet d'article, le Groupe de travail est passé à l'examen de ses divers éléments.

Paragraphe 1: notion d'erreur et moment du retrait

188. Des préoccupations ont été exprimées au sujet de la notion d'erreur dans le projet d'article essentiellement pour les raisons suivantes:

a) Telle qu'elle est actuellement rédigée, la disposition semblait couvrir une trop large gamme de situations, qui n'étaient pas toutes liées à l'utilisation de communications électroniques;

b) La référence à l'"erreur" sans autre précision, dans le projet de disposition, pourrait englober tout type d'erreur, y compris les erreurs telles que la mauvaise compréhension des clauses d'un contrat ou simplement une mauvaise décision de gestion;

c) Le projet de disposition pourrait être utilisé de façon abusive par des parties agissant de mauvaise foi, qui pourraient retirer une offre ou une acceptation contractuelle, si elles n'étaient plus intéressées par une transaction, en prétendant simplement qu'elles avaient commis une erreur.

189. En réponse, on a fait observer que le projet de disposition visait à traiter des erreurs de saisie ou de simples erreurs de frappe se produisant dans une communication électronique échangée avec le système de messagerie automatisé d'une autre partie. Le droit au retrait, a-t-on dit, n'était accordé dans cette situation que si le système ne permettait pas de corriger les erreurs. Cela était en soi une limitation considérable du champ d'application spécifique du projet d'article.

190. Afin de répondre aux préoccupations qui avaient été exprimées, on a suggéré d'ajouter les mots "de saisie" après le mot "erreur" dans le projet d'article. On a fait valoir que cette précision refléterait mieux la portée générale de la disposition, qui visait à fournir un instrument pour rectifier les erreurs liées à la saisie de données erronées dans les communications échangées avec un système de messagerie automatisé. On a ajouté que cette formulation indiquerait clairement aussi que le projet d'article ne traitait pas d'autres types d'erreurs, qui devraient relever de la doctrine générale de l'erreur en droit interne.

191. On a toutefois fait observer que, dans ce cas, il faudrait aussi que le projet d'article indique clairement que le droit de retirer cette dernière s'appliquerait uniquement au moment de l'examen de la communication avant son expédition, et que la partie ne serait pas en mesure de la retirer lorsqu'elle aurait été confirmée. Selon l'avis contraire, que le Groupe de travail a fini par adopter, une telle limitation n'était pas appropriée. Dans la pratique, une partie pourrait se rendre compte seulement à un stade ultérieur qu'elle avait commis une erreur, par exemple lorsqu'elle recevait des marchandises d'un type différent ou en quantité différente de ce qu'elle avait eu initialement l'intention de commander.

192. Le Groupe de travail est convenu que, pour des raisons de clarté, il faudrait employer dans le projet d'article les mots "personnes physiques" lorsqu'il y a lieu.

Paragraphe 1: "retrait de la communication" ou "correction de l'erreur"

193. La proposition tendant à remplacer le terme "retirer" par le terme "corriger" a été appuyée pour les raisons suivantes: a) le terme "corriger" décrirait mieux le processus consistant à corriger la communication entachée d'une erreur de saisie; et b) en limitant le recours à la correction d'une erreur de saisie, l'amendement proposé limiterait aussi la possibilité qu'auraient les parties d'invoquer une erreur comme excuse pour se retirer d'un contrat défavorable. Il a été proposé, par ailleurs, d'utiliser l'expression "corriger ou retirer". Cette expression engloberait à la fois les situations dans lesquelles la correction était la solution adaptée à l'erreur (en cas, par exemple, de saisie de la mauvaise quantité dans une commande) et celles dans lesquelles le retrait serait préférable (lorsqu'une personne, par exemple, se trompe de touche ou frappe involontairement la touche "J'accepte" et envoie un message qu'elle n'avait pas l'intention d'envoyer).

194. Ces propositions ont été appuyées, mais l'avis qui a prévalu était qu'il fallait n'utiliser que le mot "retirer" car:

a) La conséquence typique d'une erreur, dans la plupart des systèmes juridiques, était de permettre à la partie ayant commis l'erreur d'annuler les effets de l'opération résultant de son erreur, mais pas nécessairement de rétablir l'intention initiale et d'engager une nouvelle opération (voir A/CN.9/548, par. 25);

b) Le retrait équivalait à annuler une communication, tandis que la correction exigeait la possibilité de modifier la précédente communication. Une disposition conférant le droit de correction engendrerait des coûts supplémentaires pour les fournisseurs de systèmes et créerait des recours sans équivalent dans l'environnement papier, résultat que le Groupe de travail avait précédemment décidé d'éviter; et

c) L'amendement proposé pourrait poser des problèmes pratiques, car les exploitants de systèmes de messagerie automatisés pouvaient plus facilement offrir la possibilité d'annuler une communication déjà enregistrée que celle de corriger des erreurs après qu'une opération a été conclue.

Paragraphe 1: retrait "en tout ou en partie"

195. Il a été proposé que le projet de paragraphe offre la possibilité de ne retirer que la partie de la déclaration où l'erreur avait été commise, si le système d'information le permettait. Il a été déclaré que cette proposition avait pour double objet d'accorder aux parties la possibilité de corriger des erreurs commises dans des communications électroniques, lorsqu'on ne disposait d'aucun moyen de corriger des erreurs, et de préserver autant que possible les effets du contrat, en ne corrigeant que la partie entachée d'erreur avait été commise, conformément au principe général de préservation des contrats. Un tel ajout, a-t-il été avancé, limiterait le droit de retrait qui, sinon, serait absolu même en cas d'erreurs minimes.

196. Dans leur majorité, cependant, les participants ont désapprouvé les ajouts proposés estimant que la possibilité de ne retirer que la partie erronée de la communication était implicite, du moins par interprétation, dans le droit de retirer

l'ensemble de la communication. Qui plus est, il pourrait être difficile de distinguer la partie erronée du reste de la communication.

Alinéa 1 a)

197. Il a été proposé de supprimer le membre de phrase "ou la partie au nom de laquelle elle agissait" des alinéas 1 a), 1 b) et 1 c) car ce texte: a) faisait implicitement référence au droit de la représentation ou à d'autres doctrines similaires, questions qui sortaient du champ d'application du projet de convention; et b) ne présentait, en tout état de cause, aucune utilité pour ce qui est de qualifier l'erreur d'humaine.

198. L'avis opposé, que le Groupe de travail a fait sien, a été que le libellé actuel était utile car il ne faisait que préciser que la personne qui avait commis l'erreur ne serait peut-être pas nécessairement celle à laquelle l'opération serait attribuée. Qui plus est, le Groupe de travail avait précédemment convenu que le texte devait énoncer le principe selon lequel, dans ces cas, le droit de corriger l'erreur revenait à la partie au nom de laquelle la personne qui saisissait les données agissait (voir A/CN.9/548, par. 22).

199. Il a aussi été noté que le texte en question était trop vague et risquait de compromettre la sécurité juridique si une partie était autorisée à invoquer une erreur quelque temps après l'envoi de la communication. Il faudrait par conséquent préciser le texte par un membre de phrase tel que "au plus tard lorsque le contrat est effectivement conclu" ou "avant la confirmation d'une commande". Ces propositions n'ont pas recueilli un soutien suffisant, le Groupe de travail ayant estimé qu'il se pourrait qu'une personne ignore l'erreur jusqu'à la livraison des marchandises, auquel cas la prescription d'un délai de retrait de la déclaration interdirait tout recours.

200. Le Groupe de travail a accepté une proposition rédactionnelle tendant à remplacer l'expression anglaise "as soon as practicable" par l'expression "as soon as possible".

Alinéas 1 b) et c)

201. La proposition tendant à supprimer les alinéas 1 b) et c) a bénéficié d'un large soutien car ces alinéas dérogeaient aux conséquences de la résolution de contrats prévues par certains systèmes juridiques et rendaient plus difficile la résolution du contrat par la partie ayant commis l'erreur (voir A/CN.9/548, par. 23). En substance, le droit interne offrait déjà une solution aux problèmes que ces dispositions entendaient résoudre par des principes tels que la théorie de l'enrichissement sans cause.

202. Selon l'avis qui a prévalu, cependant, il fallait conserver ces dispositions car a) elles offraient une solution harmonisée au problème limité traité dans le projet d'article, qui risquait de devenir plus courant avec l'utilisation des communications électroniques; et b) il était préférable de traiter ce problème particulier dans le projet de convention que de le traiter à l'aide de notions qui risquaient de varier d'un système juridique à l'autre.

203. Il a également été avancé qu'il fallait conserver ces dispositions, qui offraient un recours utile lorsque le système de messagerie automatisé entreprenait de livrer

des biens ou des services matériels ou virtuels dès la conclusion du contrat, sans possibilité d'interrompre ce processus. Les alinéas 1 b) et 1 c) offraient une base équitable d'exercice du droit de retrait et tendraient également à limiter les abus de parties agissant de mauvaise foi.

Paragraphe 2

204. Il a été proposé de reformuler le projet de paragraphe de manière à énoncer clairement qu'il se référait à des règles de droit applicables non seulement aux conséquences d'erreurs, mais aussi aux conditions d'invocation d'une erreur. Le Groupe de travail n'a pas donné suite à cette proposition, estimant que le projet de paragraphe, dans sa rédaction actuelle, couvrait les deux situations.

205. Le Groupe de travail a décidé de supprimer le mot "négociation" et de ne conserver que le mot "formation", en supprimant les crochets entourant ce dernier. Il a également décidé d'insérer les mots "de saisie" après l'expression "autre qu'une erreur" afin de souligner la limite d'application du projet d'article. Enfin, il a décidé de supprimer les crochets entourant le projet de paragraphe 2.

Conclusion

206. Sous réserve des amendements susmentionnés, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article et l'a transmis au groupe de rédaction. Il a été convenu que toute note explicative ou commentaire officiel du projet de convention expliciterait la notion d'"erreur de saisie" et d'autres concepts fondamentaux sous-tendant le projet d'article.

Annexe

Projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux

CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION

Article premier. Champ d'application

1. La présente Convention s'applique à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat entre des parties ayant leur établissement dans des États différents.

2. Il n'est pas tenu compte du fait que les parties ont leur établissement dans des États différents lorsque ce fait ne ressort ni du contrat, ni de transactions effectuées entre les parties, ni de renseignements donnés par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat.

3. Ni la nationalité des parties, ni le caractère civil ou commercial des parties ou du contrat ne sont pris en considération pour l'application de la présente Convention.

Article 2. Exclusions

1. La présente Convention ne s'applique pas aux communications électroniques qui ont un rapport avec l'un quelconque des éléments suivants:

a) Contrats conclus à des fins personnelles, familiales ou domestiques;

b) i) Opérations sur un marché boursier réglementé; ii) opérations de change; iii) systèmes de paiement interbancaire, accords de paiement interbancaire ou systèmes de compensation et de règlement portant sur des valeurs mobilières ou d'autres instruments ou actifs financiers; iv) transfert de sûretés sur des valeurs mobilières ou d'autres instruments ou actifs financiers détenus auprès d'intermédiaires ou vente, prêt, détention ou convention de rachat de ces valeurs, actifs ou instruments.

2. La présente Convention ne s'applique pas aux lettres de change, aux billets à ordre, aux lettres de transport, aux connaissements, aux récépissés d'entrepôt ni à aucun document ou instrument transférable donnant le droit au porteur ou au bénéficiaire de demander la livraison de marchandises ou le paiement d'une somme d'argent.

Article 3. Autonomie des parties

Les parties peuvent exclure l'application de la présente Convention ou déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets.

CHAPITRE II. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 4. Définitions

Aux fins de la présente Convention:

a) Le terme “communication” désigne toute mention, déclaration, mise en demeure, notification ou demande, y compris une offre et l’acceptation d’une offre, que les parties sont tenues d’adresser ou choisissent d’adresser en rapport avec la formation ou l’exécution d’un contrat;

b) Le terme “communication électronique” désigne toute communication que les parties effectuent au moyen de messages de données;

c) Le terme “message de données” désigne l’information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l’échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex ou la télécopie;

d) Le terme “expéditeur” d’une communication électronique désigne la partie par laquelle, ou au nom de laquelle, la communication électronique a été envoyée ou créée avant d’avoir été éventuellement conservée, mais non la partie qui agit en tant qu’intermédiaire pour cette communication électronique;

e) Le terme “destinataire” d’une communication électronique désigne la partie qui, dans l’intention de l’expéditeur, est censée recevoir la communication électronique, mais non la partie qui agit en tant qu’intermédiaire pour cette communication;

f) Le terme “système d’information” désigne un système utilisé pour créer, envoyer, recevoir, conserver ou traiter de toute autre manière des messages de données;

g) Le terme “système de messagerie automatisé” désigne un programme informatique, un moyen électronique ou un autre moyen automatisé utilisé pour entreprendre une action ou répondre à des messages de données ou à des opérations en tout ou en partie, sans qu’une personne ait à procéder à un examen ou à intervenir chaque fois qu’une action est entreprise ou qu’une réponse est produite par le système;

h) Le terme “établissement” désigne tout lieu où une partie dispose d’une installation non transitoire pour mener une activité économique autre que la fourniture temporaire de biens ou de services à partir d’un lieu déterminé.

Article 5. Interprétation

1. Pour l’interprétation de la présente Convention, il est 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.

2. Les questions concernant les matières régies par la présente Convention qui ne sont pas expressément tranchées par elle sont réglées selon les principes généraux dont elle s’inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé.

Article 6. Lieu de situation des parties

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. Si une partie n'a pas indiqué d'établissement et a plus d'un établissement, alors, sous réserve du paragraphe 1 du présent article, 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, eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat.

3. Si une personne physique n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

4. Un lieu n'est 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 rapport 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 associée à un pays particulier ne constitue pas une présomption que son établissement est situé dans ce pays.

Article 7. Obligations d'information

Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidence sur l'application d'aucune règle de droit qui peut obliger les parties à communiquer leur identité, leur établissement ou toute autre information, ni n'exonère une partie des conséquences juridiques auxquelles elle s'exposerait en faisant des déclarations inexactes ou fausses à cet égard.

CHAPITRE III. UTILISATION DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX

Article 8. Reconnaissance juridique des communications électroniques

1. La validité ou la force exécutoire d'une communication ou d'un contrat ne sont pas déniées au seul motif que cette communication ou ce contrat est sous forme de communication électronique.

2. Aucune disposition de la présente Convention n'oblige une partie à utiliser ou à accepter des communications électroniques, mais le fait qu'elle y consent peut être déduit de son comportement.

Article 9. Conditions de forme

1. Aucune disposition de la présente Convention n'exige qu'une communication ou un contrat soit établi ou constaté sous quelque forme particulière que ce soit.

2. Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit sous forme écrite, ou prévoit des conséquences en l'absence d'un écrit, une communication

électronique satisfait à cette exigence si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement.

3. Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit signé par une partie, ou prévoit des conséquences en l'absence d'une signature, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique:

a) Si une méthode est utilisée pour identifier la partie et pour indiquer que celle-ci approuve l'information contenue dans la communication électronique; et

b) Si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel la communication électronique a été créée ou adressée, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière.

4. Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit présenté ou conservé sous sa forme originale, ou prévoit des conséquences en l'absence d'un original, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique:

a) S'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information qu'elle contient à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive, en tant que communication électronique ou autre; et

b) Si, lorsqu'il est exigé que l'information qu'elle contient soit présentée, cette information peut être montrée à la personne à laquelle elle doit être présentée.

5. Aux fins de l'alinéa a) du paragraphe 4:

a) L'intégrité de l'information s'apprécie en déterminant si celle-ci est restée complète et n'a pas été altérée, exception faite de l'ajout de tout endossement et de toute modification intervenant dans le cours normal de la communication, de la conservation et de l'exposition; et

b) Le niveau de fiabilité requis s'apprécie au regard de l'objet pour lequel l'information a été créée et à la lumière de toutes les circonstances y relatives.

[6. Les paragraphes 4 et 5 ne s'appliquent pas lorsqu'une règle de droit ou la convention entre les parties exige qu'une partie présente certains documents originaux pour demander le paiement au titre d'une lettre de crédit, d'une garantie bancaire ou d'un instrument similaire.]

Article 10. Moment et lieu de l'expédition et de la réception de communications électroniques

1. Le moment de l'expédition d'une communication électronique est le moment où cette communication quitte un système d'information dépendant de l'expéditeur ou de la partie qui l'a envoyée au nom de l'expéditeur ou, si la communication électronique n'a pas quitté un système d'information dépendant de l'expéditeur ou de la partie qui l'a envoyée au nom de l'expéditeur, le moment où elle est reçue.

2. Le moment de la réception d'une communication électronique est le moment où cette communication peut être relevée par le destinataire à une adresse électronique que celui-ci a désignée. Le moment de la réception d'une communication électronique à une autre adresse électronique du destinataire est le moment où cette communication peut être relevée par le destinataire à cette adresse

et où celui-ci prend connaissance du fait qu'elle a été envoyée à cette adresse. Une communication électronique est présumée pouvoir être relevée par le destinataire lorsqu'elle parvient à l'adresse électronique de celui-ci.

3. Une communication électronique est réputée avoir été expédiée du lieu où l'expéditeur a son établissement et avoir été reçue au lieu où le destinataire a son établissement, tels que déterminés conformément à l'article 6.

4. Le paragraphe 2 du présent article s'applique même si le lieu où est situé le système d'information supportant l'adresse électronique est différent du lieu où la communication électronique est réputée avoir été reçue selon le paragraphe 3 du présent article.

Article 11. Invitations à l'offre

Une proposition de conclure un contrat faite par l'intermédiaire d'une ou plusieurs communications électroniques qui n'est pas adressée à une ou plusieurs parties déterminées mais qui est normalement accessible à des parties utilisant des systèmes d'information, y compris des propositions qui utilisent des applications interactives permettant de passer des commandes par l'intermédiaire de ces systèmes d'information, doit être considérée comme une invitation à l'offre, à moins qu'elle n'indique clairement l'intention de la partie faisant la proposition d'être liée en cas d'acceptation.

Article 12. Utilisation de systèmes de messagerie automatisés pour la formation des contrats

La validité ou la force exécutoire d'un contrat formé par l'interaction d'un système de messagerie automatisé et d'une personne physique ou par l'interaction de systèmes de messagerie automatisés ne sont pas déniées au seul motif qu'aucune personne physique n'a examiné chacune des actions exécutées par les systèmes ni le contrat qui en résulte.

Article 13. Mise à disposition des clauses contractuelles

Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidence sur l'application d'aucune règle de droit pouvant obliger une partie qui négocie tout ou partie des clauses d'un contrat en échangeant des communications électroniques à mettre à la disposition de l'autre partie contractante les communications électroniques contenant les clauses contractuelles d'une manière particulière, ni n'exonère une partie des conséquences juridiques auxquelles elle s'exposerait en ne le faisant pas.

Article 14. Erreur dans les communications électroniques

1. Lorsqu'une personne physique commet une erreur de saisie dans une communication électronique échangée avec le système de messagerie automatisé d'une autre partie et que le système de messagerie automatisé ne lui donne pas la possibilité de corriger l'erreur, cette personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, a le droit de retirer la communication électronique dans laquelle l'erreur de saisie a été commise si:

a) La personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, avise l'autre partie de l'erreur aussitôt que possible après en avoir pris connaissance et lui signale qu'elle a commis une erreur dans la communication électronique;

b) La personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, prend des mesures raisonnables, notamment des mesures conformes aux instructions de l'autre partie, pour rendre les biens ou services éventuellement reçus à la suite de l'erreur ou, si elle a reçu pour instruction de le faire, pour détruire ces biens ou ces services; et

c) La personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, n'a pas tiré d'avantage matériel ou de contrepartie des biens ou services éventuellement reçus de l'autre partie ni utilisé un tel avantage ou une telle contrepartie.

2. Aucune disposition du présent article n'a d'incidence sur l'application d'aucune règle de droit qui peut régir les conséquences de toute erreur commise pendant la formation ou l'exécution du type de contrat en question autre qu'une erreur de saisie qui se produit dans les circonstances prévues au paragraphe 1.

CHAPITRE IV. DISPOSITIONS FINALES

...

Article 18. Déclarations concernant le champ d'application

1. Tout État peut déclarer, conformément à l'article 20, qu'il appliquera la présente Convention uniquement:

a) Lorsque les États visés au paragraphe 1 de l'article premier sont des États contractants à la présente Convention;

b) Lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant; ou

c) Lorsque les parties sont convenues qu'elle s'applique.

2. Tout État peut exclure du champ d'application de la présente Convention les matières spécifiées dans une déclaration faite conformément à l'article 20.

Article 19. Communications échangées conformément à d'autres conventions internationales

1. Les dispositions de la présente Convention s'appliquent à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat auquel s'applique l'une quelconque des conventions internationales ci-après dont un État contractant à la présente Convention est un État contractant ou peut le devenir:

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958);

Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 14 juin 1974) et Protocole y relatif (Vienne, 11 avril 1980);

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 11 avril 1980);

Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 19 avril 1991);

Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (New York, 11 décembre 1995);

Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (New York, 12 décembre 2001).

2. Les dispositions de la présente Convention s'appliquent en outre aux communications électroniques se rapportant à la formation ou à l'exécution d'un contrat auquel s'applique une autre convention ou un autre traité ou accord international non expressément mentionné au paragraphe 1 du présent article dont un État contractant à la présente Convention est un État contractant ou peut le devenir, sauf si cet État a déclaré, conformément à l'article 20, qu'il ne sera pas lié par le présent paragraphe.

3. Un État qui fait une déclaration en application du paragraphe 2 du présent article peut également déclarer qu'il appliquera néanmoins les dispositions de la présente Convention à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution de tout contrat auquel s'applique une convention, un traité ou un accord international spécifié dont cet État est un État contractant ou peut le devenir.

4. Tout État peut déclarer qu'il n'appliquera pas la présente Convention à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat auquel s'applique une convention, un traité ou un accord international qu'il a spécifié dans sa déclaration et dont il est un État contractant ou peut le devenir, y compris l'une quelconque des conventions mentionnées au paragraphe 1 du présent article, même s'il n'a pas exclu l'application du paragraphe 2 du présent article dans une déclaration faite conformément à l'article 20.

B. Note du Secrétariat sur les aspects juridiques du commerce électronique – Contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention, présentées au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-quatrième session

(A/CN.9/WG.IV/WP.110) [Original: anglais]

Le Groupe de travail a entamé ses délibérations sur les contrats électroniques à sa trente-neuvième session (New York, 11-15 mars 2002). Les débats qu'il a tenus depuis sont résumés dans l'ordre du jour provisoire de sa quarante-quatrième session (A/CN.9/WG.IV/WP.109). On trouvera en annexe à la présente note la nouvelle version révisée du projet de convention, qui tient compte des délibérations et des décisions du Groupe de travail à ses sessions précédentes.

ANNEXE[1]

PROJET DE CONVENTION[2] SUR L'UTILISATION DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX

Les États Parties à la présente Convention[3],

Réaffirmant leur conviction que le commerce international sur la base de l'égalité et des avantages mutuels constitue un élément important susceptible de promouvoir les relations amicales entre les États,

Notant que l'usage accru des communications électroniques améliore l'efficacité des activités commerciales, renforce les relations commerciales et offre de nouvelles possibilités de débouchés à des parties et à des marchés auparavant isolés, jouant ainsi un rôle fondamental dans la promotion du commerce et du développement économique, aux niveaux tant national qu'international,

Considérant que les problèmes créés par les incertitudes quant à la valeur juridique de l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux constituent un obstacle au commerce international,

---

[1] Les chiffres apparaissant entre crochets après les numéros d'articles correspondent à la numérotation de la version précédente du projet de convention (A/CN.9/WG.IV/WP.108, annexe).

[2] La forme d'une convention a été choisie comme hypothèse de travail (voir A/CN.9/484, par. 124) en attendant que le Groupe de travail se prononce définitivement au sujet de la nature de cet instrument.

[3] Les dispositions du préambule sont nouvelles. Les premier et troisième alinéas sont basés sur les deux premiers alinéas du préambule de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (New York, 12 décembre 2001). Le quatrième alinéa est en partie inspiré du quatrième alinéa du préambule de la résolution 51/162 de l'Assemblée générale, datée du 16 décembre 1996, sur la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Le cinquième alinéa reflète une proposition faite à la quarante-troisième session du Groupe de travail (A/CN.9/548, par. 82).

Convaincus que l'adoption de règles uniformes pour éliminer les obstacles à l'utilisation des communications électroniques renforcerait la sécurité juridique et la prévisibilité commerciale pour les contrats internationaux et peut aider les États à accéder aux circuits commerciaux modernes,

Estimant que des règles uniformes devraient respecter la liberté des parties de choisir les supports et technologies appropriés, en tenant compte de leur interchangeabilité, dans la mesure où les moyens choisis par celles-ci sont conformes à l'objet des règles de droit applicables en la matière,

Désireux de trouver une solution commune aux obstacles juridiques empêchant l'utilisation des communications électroniques, notamment aux obstacles pouvant résulter de l'application des instruments de droit commercial international existants, d'une manière qui soit acceptable pour les États dotés de systèmes juridiques, sociaux et économiques différents,

Sont convenus de ce qui suit:

CHAPITRE PREMIER. SPHÈRE D'APPLICATION

Article premier. Champ d'application

1. La présente Convention s'applique à l'utilisation de communications électroniques[4] en rapport avec la [négociation] [formation][5] ou l'exécution d'un contrat entre des parties ayant leur établissement dans des États différents:

a) Lorsque ces États sont des États contractants[6];

b) Lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant[7]; ou

---

[4] Le terme "communications électroniques" a été inséré dans l'ensemble du texte afin d'harmoniser la terminologie employée dans diverses dispositions (A/CN.9/548, par. 86) et d'éviter la répétition de longues énumérations comme "communications, déclarations, mises en demeure, notifications ou demandes, au moyen de messages de données". Les termes "communications" et "communications électroniques" ont été définis aux alinéas a) et b) du projet d'article 4.

[5] À sa quarante-troisième session, le Groupe de travail a prié le secrétariat de proposer une autre formulation pour l'expression "contrat existant ou envisagé", qui figurait dans la précédente version du projet d'article (voir A/CN.9/WG.IV/WP.108, annexe), pour ne pas donner l'impression que ce projet d'article faisait référence à des contrats existant déjà au moment de l'entrée en vigueur de la Convention (A/CN.9/548, par. 85).

[6] Le paragraphe 2 du projet d'article 18 [X] permet aux États contractants d'exclure l'application de cet alinéa. En ce qui concerne les opérations soumises aux lois d'un État ayant fait une telle déclaration, les dispositions du projet de convention s'appliqueraient aux communications électroniques échangées entre des parties ayant leur établissement dans des États différents, même si ces derniers ne sont pas tous deux Parties à la Convention. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si cette possibilité devrait ou non devenir la règle générale pour déterminer si la convention s'applique en vertu du projet d'article premier, comme cela a été proposé à sa quarante-troisième session (voir A/CN.9/548, par. 87). Dans ce cas, les alinéas a) et b) pourraient devenir redondants. Pour les États dans lesquels un tel élargissement du champ d'application risque de créer des difficultés, le projet d'article 18 [X] pourrait envisager une exclusion inverse, à savoir qu'un État pourrait déclarer qu'il appliquera la Convention uniquement si les deux parties sont situées dans des États contractants.

c) Lorsque les parties sont convenues qu'elle s'applique[8].

2. Il n'est pas tenu compte du fait que les parties ont leur établissement dans des États différents lorsque ce fait ne ressort ni du contrat, ni de transactions effectuées entre les parties, ni de renseignements donnés par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat.

3. Ni la nationalité des parties, ni le caractère civil ou commercial des parties ou du contrat ne sont pris en considération pour l'application de la présente Convention.

[Variante A[9]

4. Sans préjudice de l'article 19 [Y], les dispositions de la présente Convention ne s'appliquent pas aux communications électroniques relatives à la [négociation] [formation] ou l'exécution d'un contrat régi par une convention, un traité ou un accord international qui n'est pas mentionné au paragraphe 1 de l'article 19 [Y] ou qui n'a pas fait l'objet d'une déclaration faite par un État contractant conformément au paragraphe 2 de l'article 19 [Y].][10]

---

[7] Cet alinéa reproduit une règle qui est énoncée dans d'autres instruments de la CNUDCI. Le Groupe de travail a jugé que cette disposition était utile si l'on voulait que le projet de convention ait un champ d'application géographique étendu, car elle n'exigeait pas que les États où se trouvaient les parties au contrat soient tous les deux des États contractants. Bien que cette règle ait déjà soulevé des objections lors de précédentes sessions (voir A/CN.9/509, par. 38), il a jusqu'à présent convenu de conserver l'alinéa b) (voir A/CN.9/528, par. 42 et A/CN.9/548, par. 91 et 92). Les États qui risquent d'avoir des difficultés à appliquer l'alinéa b) pourraient exclure son application en faisant une déclaration conformément au paragraphe 3 du projet d'article 18 [X]. Ainsi, la Convention ne serait pas applicable si les règles du droit international privé d'un État contractant menaient à l'application de la loi de l'État ayant fait une telle déclaration d'exclusion.

[8] Cette possibilité est prévue, par exemple, au paragraphe 1 e) de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer et au paragraphe 2 de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les États contractants devraient avoir la possibilité d'exclure cette disposition par une déclaration faite conformément au projet d'article 18 [X].

[9] Les variantes A et B ont toutes deux pour objet de préciser la relation entre les projets d'articles premier et 19 [Y].

[10] La variante A rend compte de l'interprétation selon laquelle les projets d'articles premier et 19 [Y] distinguent trois groupes de contrats internationaux. Le premier groupe comprend les contrats internationaux qui ne sont couverts par aucune convention existante portant loi uniforme. Le deuxième groupe comprend les contrats couverts par des conventions internationales existantes autres que celles énumérées au paragraphe 1 du projet d'article 19 [Y] ou expressément mentionnées par un État contractant dans une déclaration faite en vertu du paragraphe 2 du même article. Le dernier groupe comprend les contrats régis par l'une quelconque des conventions énumérées au paragraphe 1 ou mentionnées dans une déclaration faite en vertu du paragraphe 2 du projet d'article 19 [Y]. Le premier groupe de contrats tomberait dans le champ d'application du projet de convention si ces contrats répondaient aux conditions du projet d'article premier. Le troisième groupe de contrats bénéficierait également des dispositions du projet de convention conformément aux paragraphes 1 et 2 du projet d'article 19 [Y]. En revanche, les communications électroniques échangées en rapport avec des contrats appartenant au deuxième groupe ne seraient pas couvertes par le projet de convention

[Variante B

4. Les dispositions de la présente Convention s'appliquent en outre aux communications électroniques en rapport avec la [négociation] [formation] ou l'exécution d'un contrat régi par une convention, un traité ou un accord international, même si cette convention, ce traité ou cet accord n'est pas expressément mentionné au paragraphe 1 de l'article 19 [Y], à moins que l'État contractant n'ait exclu la présente disposition en faisant une déclaration conformément au paragraphe 4 de l'article 18 [X][11].]

Article 2. Exclusions

1. La présente Convention ne s'applique pas aux communications électroniques relatives à des contrats conclus à des fins personnelles, familiales ou domestiques[12].

[2. La présente Convention ne s'applique pas aux communications électroniques qui ont un rapport avec l'un quelconque des éléments suivants[13]:

a) i) Opérations sur un marché boursier réglementé; ii) opérations de change; iii) systèmes de paiement interbancaire, accords de paiement interbancaire ou systèmes de compensation et de règlement portant sur des valeurs mobilières ou d'autres instruments ou actifs financiers; iv) transfert de sûretés sur des valeurs mobilières ou d'autres instruments ou actifs financiers détenus auprès d'intermédiaires ou vente, prêt, détention ou convention de rachat de ces valeurs, actifs ou instruments;

b) Contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immeubles, à l'exception des droits de location;

(A/CN.9/548, par. 44).

[11] Cette variante a pour objet d'élargir le champ d'application du projet de convention en indiquant clairement que les dispositions de ce dernier pourraient aussi s'appliquer à l'échange de communications électroniques couvert par d'autres traités que ceux expressément énumérés au paragraphe 1 du projet d'article 19 [Y]. Elle reflète l'opinion selon laquelle la liste d'instruments figurant au paragraphe 1 du projet d'article 19 [Y] ou toute déclaration faite conformément au paragraphe 2 dudit article devrait être considérée comme constituant une clarification non exhaustive destinée à lever les doutes quant à l'application du projet de convention, mais non comme une limitation effective de sa portée (A/CN.9/548, par. 76). Si cette variante est retenue, le Groupe de travail voudra peut-être conserver le paragraphe 4 du projet d'article 18 [X], qui donne aux États contractants la possibilité d'exclure l'application de cette disposition.

[12] La version précédente de ce paragraphe contenait, entre crochets, le membre de phrase "à moins que la partie offrant les biens ou les services, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censée savoir que ces biens et ces services étaient destinés à un tel usage". À sa quarante-troisième session, le Groupe de travail a convenu, après une longue discussion, de supprimer ce membre de phrase, car il préférait que l'exclusion des opérations faisant intervenir des consommateurs ne soit pas subordonnée à la connaissance effective ou présumée de l'une des parties (voir A/CN.9/548, par. 99 à 106 et 112 à 116).

[13] Les alinéas a) à g) du paragraphe 2 reflètent des propositions qui ont été faites à des sessions antérieures du Groupe de travail (voir A/CN.9/548, par. 109 et 110). Le libellé de l'alinéa a) est basé sur celui utilisé pour les exclusions correspondantes au paragraphe 2 de l'article 4 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international.

c) Contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique;

d) Contrats de sûretés et garanties fournis par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leurs activités professionnelles et commerciales;

e) Contrats relevant du droit de la famille ou du droit des successions;

f) Lettres de change, billets à ordre et autres instruments négociables;

g) Documents relatifs au transport de marchandises.]

[*Autres exclusions que le Groupe de travail pourrait décider d'ajouter.*]

Article 3 [4]. Autonomie des parties

Les parties peuvent exclure l'application de la présente Convention ou déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets [soit par exclusion explicite soit implicitement, au moyen de clauses contractuelles qui s'écartent de ses dispositions][14].

CHAPITRE II. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 4 [5]. Définitions[15]

Aux fins de la présente Convention:

[a) Le terme "communication" désigne toute mention, déclaration, mise en demeure, notification ou demande, y compris une offre et l'acceptation d'une offre, que les parties sont tenues d'adresser ou choisissent d'adresser en rapport avec la [négociation] [formation] ou l'exécution d'un contrat[16];]

[b) Le terme "communication électronique" désigne toute communication que les parties effectuent au moyen de messages de données;][17]

---

[14] Le membre de phrase entre crochets reflète une proposition faite à la quarante-troisième session du Groupe de travail (voir A/CN.9/548, par. 123).

[15] Les définitions figurant dans les alinéas c) à f) sont reprises de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. La définition du terme "signature électronique", que contenait la précédente version du projet de convention, a été supprimée car ce terme n'est plus employé dans le projet d'article 9.

[16] Cette définition est nouvelle. Elle vise à simplifier le texte et à éviter de répéter dans d'autres dispositions du projet de convention les diverses fins auxquelles des communications électroniques sont échangées ("déclaration, mise en demeure, notification, demande, y compris une offre et l'acceptation d'une offre").

[17] Cette définition aussi est nouvelle. Dans leur législation incorporant la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, plusieurs pays ont préféré employer des termes simples comme "communications électroniques" ou "enregistrements électroniques" en lieu et place de l'expression plus technique "message de données". Le projet révisé emploie le terme "communication électronique" (utilisé, par exemple, en Australie et en Irlande) plutôt qu'"enregistrement électronique" (utilisé, par exemple, aux États-Unis d'Amérique), car pour ce dernier terme, il est difficile de trouver un équivalent approprié dans certaines langues. La définition établit un lien entre les fins auxquelles des messages de données peuvent être utilisés

c) Le terme “message de données” désigne l’information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l’échange de données informatisées (EDI)[18], la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie;

d) Le terme “expéditeur” d’une communication électronique désigne la partie par laquelle, ou au nom de laquelle, la communication électronique a été envoyée ou créée avant d’avoir été éventuellement conservée, mais non la partie qui agit en tant qu’intermédiaire pour cette communication électronique[19];

e) Le terme “destinataire” d’une communication électronique désigne la partie qui, dans l’intention de l’expéditeur, est censée recevoir la communication électronique, mais non la partie qui agit en tant qu’intermédiaire pour cette communication;

f) Le terme “système d’information” désigne un système utilisé pour créer, envoyer, recevoir, conserver ou traiter de toute autre manière des messages de données[20];

g) Le terme “système d’information automatisé” désigne un programme informatique, un moyen électronique ou un autre moyen automatisé utilisé pour entreprendre une action ou répondre à des messages de données ou à des opérations en tout ou en partie, sans qu’une personne ait à procéder à un examen ou à intervenir chaque fois qu’une action est entreprise ou qu’une réponse est produite par le système[21];

[h) Le terme “établissement”[22] désigne [tout lieu d’opérations où une partie exerce de façon non transitoire une activité avec des moyens humains et des biens

---

et la notion même de “messages de données”, qu’il est important de conserver car elle recouvre une large gamme de techniques, outre les techniques purement “électroniques”.

[18] Les versions précédentes du projet de convention contenaient une définition de l’“échange de données informatisées (EDI)”, qui était basée sur la définition correspondante de l’alinéa b) de l’article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si une telle définition, qui a été supprimée du texte actuel, serait nécessaire, compte tenu du fait que la seule référence à l’EDI dans le projet de convention figure dans la définition du terme “messages de données”.

[19] Cette définition est reprise de l’alinéa c) de l’article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Les mots “est réputé avoir été envoyé”, qui figuraient dans les versions antérieures du projet de convention, ont été remplacés par “a été envoyé”.

[20] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s’il faut clarifier davantage cette définition, compte tenu des questions soulevées concernant le paragraphe 2 de l’ancien article 11 (actuellement article 10) (voir A/CN.9/528, par. 148 et 149, et A/CN.9/546, par. 59 à 80).

[21] Cette définition est inspirée de celle d’“agent électronique” figurant dans le paragraphe 6 de l’article 2 de la Loi uniforme des États-Unis sur les opérations électroniques; une définition similaire figure également à l’article 19 de la Loi uniforme canadienne sur le commerce électronique. Elle a été incluse dans le projet de convention en raison des dispositions du projet d’article 14.

[22] La définition proposée a été placée entre crochets étant donné que la Commission n’a pas à ce jour défini le concept d’“établissement” (voir A/CN.9/527, par. 120 à 122). À la trente-neuvième session du Groupe de travail, il a été suggéré d’ajouter aux règles concernant le lieu de situation des parties des éléments tels que le lieu de constitution ou d’incorporation d’une personne morale (voir A/CN.9/509, par. 53). Le Groupe de travail a décidé qu’il pourrait examiner s’il serait souhaitable de compléter les critères utilisés pour définir le lieu de situation des parties en

ou des services;][23] [le lieu où une partie a une installation stable pour mener une activité économique autre que la fourniture temporaire de biens ou de services à partir d'un lieu déterminé;][24]]

[i) Le terme "personne" désigne uniquement les personnes physiques, alors que le terme "partie" englobe à la fois les personnes physiques et les personnes morales;][25]

[*Autres définitions que le Groupe de travail souhaitera peut-être ajouter.*]

Article 5 [6]. Interprétation

1. Pour l'interprétation de la présente Convention, il est 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.

2. Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle sont réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable [en vertu des règles du droit international privé][26].

Article 6 [7]. Lieu de situation des parties

1. Aux fins de la présente Convention, une partie est présumée avoir son établissement au lieu qu'elle a indiqué [, sauf si la partie n'a pas d'établissement dans ce lieu [[et] qu'une telle indication est donnée uniquement pour déclencher ou éviter l'application de la présente Convention]][27].

---

développant la définition du terme "établissement" (voir A/CN.9/509, par. 54). Il voudra peut-être étudier si les notions supplémentaires proposées ainsi que tout nouvel élément devraient être considérés comme une solution de remplacement aux éléments actuellement utilisés ou seulement comme une règle par défaut pour les personnes morales n'ayant pas d'"établissement". Il pourrait peut-être examiner également les cas où la plus grande partie des ressources humaines ou des biens ou services utilisés pour une activité commerciale donnée se trouvent dans un lieu qui n'a guère de rapport avec le centre effectif des activités d'une société, par exemple lorsque les moyens matériels et humains utilisés par une entreprise dite "virtuelle" située dans un pays se limitent exclusivement à l'espace loué sur le serveur d'un tiers situé ailleurs.

[23] Cette variante reprend les éléments essentiels de la notion d'"établissement" telle qu'on l'entend dans la pratique commerciale internationale et telle qu'elle est utilisée à l'alinéa f) de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

[24] Cette variante suit l'interprétation qui est donnée à la notion d'"établissement" dans l'Union européenne (voir considérant 19 de la Directive 2000/31/CE de l'Union européenne).

[25] On a modifié cette définition de façon à préciser le sens de ces termes, qui ne sont pas synonymes, par exemple, dans le contexte du projet d'article 14.

[26] Le membre de phrase final a été placé entre crochets à la demande du Groupe de travail. Des dispositions similaires dans d'autres instruments avaient été interprétées à tort comme autorisant le renvoi immédiat à la loi applicable conformément aux règles de conflit de l'État du for pour l'interprétation d'une convention, sans qu'il soit tenu compte des règles de conflit figurant dans la convention elle-même (voir A/CN.9/527, par. 125 et 126).

[27] Ce projet de paragraphe n'a pas pour objet de créer un nouveau concept d'"établissement" pour les opérations en ligne. Le membre de phrase entre crochets a pour but d'empêcher une partie de

2. Si une partie [n'a pas indiqué d'établissement ou][28] a plus d'un établissement, alors, sous réserve du paragraphe 1 du présent article, 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 et son exécution, eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat.

3. Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

4. Le lieu de situation du matériel et de la technologie sur lesquels s'appuie un système d'information utilisé par une partie en rapport avec la formation d'un contrat ou le lieu à partir duquel d'autres parties peuvent accéder à ce système d'information ne constitue pas en soi ou à lui seul un établissement [, sauf si cette partie est une personne morale qui n'a pas d'établissement [au sens de l'article 4 h)]][29].

5. Le seul fait qu'une partie utilise un nom de domaine ou une adresse électronique associée à un pays particulier ne constitue pas une présomption que son établissement est situé dans ce pays[30].

---

tirer profit de déclarations inexactes ou mensongères faites de façon inconsidérée (voir A/CN.9/509, par. 49), et non de restreindre la possibilité qu'auraient les parties d'opter pour la Convention ou de convenir autrement de la loi applicable. Les deux variantes qui figuraient auparavant dans le projet de paragraphe ont été fusionnées (voir A/CN.9/528, par. 87 à 91). Les mots "clair et patent" ont été supprimés car le Groupe de travail a estimé qu'ils étaient source d'insécurité juridique (voir A/CN.9/528, par. 86).

[28] Il a été suggéré au secrétariat que la présomption envisagée dans le projet d'article s'applique également lorsqu'une partie n'indique pas son établissement. Cette proposition a été insérée entre crochets, car la présomption envisagée dans le projet d'article a été utilisée dans d'autres instruments de la CNUDCI uniquement dans le cas d'établissements multiples.

[29] Ce projet de paragraphe reflète le principe selon lequel les règles relatives au lieu de situation ne doivent pas conduire à considérer une partie comme ayant son établissement dans un pays lorsqu'elle contracte électroniquement et dans un autre pays lorsqu'elle contracte par des moyens plus traditionnels (voir A/CN.9/484, par. 103). Il reprend la solution proposée au considérant 19 de la Directive 2000/31/CE de l'Union européenne. (voir également l'exposé général des questions relatives au lieu de situation des systèmes d'information qui est présenté aux paragraphes 9 à 17 du document A/CN.9/WG.IV/WP.104). Le membre de phrase entre crochets vise uniquement les "sociétés virtuelles" et non les personnes physiques, auxquelles s'applique la règle figurant dans le projet de paragraphe 3. Si le Groupe de travail écartait la possibilité envisagée dans le membre de phrase entre crochets et préférait plutôt indiquer clairement que le lieu de situation du matériel et de la technologie sur lesquels s'appuie un système d'information n'est jamais un critère pertinent, il voudra peut-être modifier le projet de paragraphe à peu près comme suit: "Un lieu n'est pas un établissement du seul fait que 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 personne en rapport avec la formation d'un contrat; ou b) où d'autres personnes peuvent accéder à ce système d'information".

[30] L'actuel système d'attribution des noms de domaine n'ayant pas été conçu à l'origine dans une optique géographique, le Groupe de travail a estimé que le lien apparent entre un nom de domaine et un pays était insuffisant pour laisser présumer l'existence d'un lien véritable et permanent entre l'utilisateur de ce nom de domaine et ce pays (voir A/CN.9/509, par. 44 à 46; voir aussi A/CN.9/WG.IV/WP.104, par. 18 à 20). Toutefois, dans certains pays, un nom de domaine n'est attribué à une personne qu'après vérification de l'exactitude des informations

Article 7 [7 bis*]. Obligations d'information*

Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidence sur l'application d'aucune règle de droit qui peut obliger les parties à communiquer leur identité, leur établissement ou toute autre information, ni n'exonère une partie des conséquences juridiques auxquelles elle s'exposerait en faisant des déclarations inexactes ou fausses à cet égard.

CHAPITRE III. UTILISATION DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX

Article 8. Reconnaissance juridique des communications électroniques

1. La validité ou la force exécutoire d'un contrat ou autre communication ne sont pas déniées au seul motif que ce contrat ou cette communication est sous forme de communication électronique.

[2. Aucune disposition de la présente Convention n'oblige une partie à utiliser ou à accepter des communications électroniques, mais le fait qu'elle y consent peut être déduit de son comportement.][31]

Article 9. Conditions de forme

[1. Aucune disposition de la présente Convention n'exige qu'un contrat ou toute autre communication soit établi ou constaté sous quelque forme particulière que ce soit.][32]

2. Lorsque la loi exige qu'un contrat ou toute autre communication soit sous forme écrite, ou prévoit des conséquences en l'absence d'un écrit, une communication électronique satisfait à cette exigence si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement[33].

---

fournies par elle et notamment de sa présence dans le pays auquel le nom de domaine demandé est rattaché. Dans le cas de ces pays, il pourrait être justifié de se fier, au moins en partie, aux noms de domaines aux fins de l'article 7, contrairement à ce qu'indique le projet de paragraphe (voir A/CN.9/509, par. 58). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait élargir les règles proposées afin de tenir compte de ces situations.

[31] Cette disposition reflète l'idée que les parties ne devraient pas être obligées d'accepter des offres contractuelles ou des actes d'acceptation par des moyens électroniques si elles ne le souhaitent pas (voir A/CN.9/527, par. 108). Toutefois, comme elle n'a pas pour but d'exiger que les parties se mettent toujours préalablement d'accord pour utiliser des messages de données, elle dispose, dans son second membre, que le consentement d'une partie de contracter électroniquement peut être déduit de son comportement. Dans la version anglaise, le mot "consent" a été remplacé par les mots "a person's agreement to use or accept information in the form of data messages" afin de ne pas laisser penser à tort que le projet de paragraphe se référait au consentement à l'opération sous-jacente (voir A/CN.9/546, par. 43).

[32] Conformément à ce qui a été suggéré à la quarante-deuxième session du Groupe de travail (voir A/CN.9/546, par. 49), cette disposition intègre le principe général de la liberté de forme énoncé dans l'article 11 de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

[33] Cette disposition définit les critères d'équivalence fonctionnelle entre les messages de données et les documents papier de la même façon que l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le

3. Lorsque la loi exige qu'un contrat ou toute autre communication soit signée par une partie, ou prévoit des conséquences en l'absence d'une signature, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique:

a) Si une méthode est utilisée pour identifier la partie et pour indiquer que celle-ci approuve l'information contenue dans la communication électronique; et

b) Si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel la communication électronique a été créée ou adressée, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière[34].

[4. Lorsque la loi exige qu'un contrat ou toute autre communication soit présentée ou conservée sous sa forme originale[35], ou prévoit des conséquences en l'absence d'un original, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique:

a) S'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information qu'elle contient à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive, en tant que communication électronique ou autre],

b) Si, lorsqu'il est exigé que l'information qu'elle contient soit présentée, cette information peut être montrée à la personne à laquelle elle doit être présentée.]

[5. Aux fins de l'alinéa a) du paragraphe 4:

a) L'intégrité de l'information s'apprécie en déterminant si celle-ci est restée complète et n'a pas été altérée, exception faite de l'ajout de tout endossement et de toute modification intervenant dans le cours normal de la communication, de la conservation et de l'exposition; et

b) Le niveau de fiabilité requis s'apprécie au regard de l'objet pour lequel l'information a été créée et à la lumière de toutes les circonstances y relatives.]

---

commerce électronique. Le Groupe de travail voudra peut-être s'interroger sur ce qu'il faut entendre par "loi" et "sous forme écrite" et sur la nécessité de définir ou non ces termes (voir A/CN.9/509, par. 116 et 117).

[34] Ce projet de paragraphe énumère les critères généraux d'équivalence fonctionnelle entre les signatures manuscrites et les méthodes d'identification électronique visées à l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

[35] Les versions antérieures du projet de convention ne contenaient pas de dispositions relatives aux équivalents électroniques des documents papier "originaux". Cette absence était due au fait que le projet de convention portait essentiellement sur les questions de formation des contrats, et non sur les règles de preuve. Une disposition relative aux "originaux" pourrait cependant devenir nécessaire si le projet d'article 19 [Y] devait rendre les dispositions du projet de convention applicables aux conventions d'arbitrage régies par la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (ci-après "la Convention de New York de 1958"). Cette question sera soumise au Groupe de travail II pour qu'il l'examine à sa quarante-deuxième session (Vienne, 13-17 septembre 2004). Le secrétariat informera le Groupe de travail IV (Commerce électronique) des recommandations faites par le Groupe de travail II sur cette question (voir aussi la note 55).

Article 10. Moment et lieu de l'expédition et de la réception de communications électroniques[36]

1. Le moment de l'expédition d'une communication électronique est le moment où cette communication électronique [entre dans un système d'information ne dépendant pas de l'expéditeur ou de la partie qui a envoyé la communication électronique au nom de l'expéditeur] [quitte un système d'information dépendant de l'expéditeur ou de la partie qui a envoyé la communication électronique au nom de l'expéditeur][37], ou, si la communication électronique [n'est pas entrée dans un système d'information ne dépendant pas de l'expéditeur ou de la partie qui a envoyé la communication électronique au nom de l'expéditeur] [n'a pas quitté un système d'information dépendant de l'expéditeur ou de la partie qui a envoyé la communication électronique au nom de l'expéditeur], le moment où la communication électronique est reçue.

2. Le moment de la réception d'une communication électronique est le moment où cette communication électronique peut être relevée par le destinataire ou par toute autre partie désignée par celui-ci. Une communication électronique est présumée pouvoir être relevée par le destinataire lorsqu'elle entre dans un système d'information de ce destinataire, à moins qu'il ait été déraisonnable que l'expéditeur choisisse ce système d'information pour l'envoyer, eu égard au contenu de la communication électronique et aux circonstances de l'espèce [, notamment toute désignation par le destinataire d'un système d'information particulier pour recevoir des communications électroniques.]

3. Une communication électronique est réputée avoir été expédiée du lieu où l'expéditeur a son établissement et avoir été reçue au lieu où le destinataire a son établissement, tels que déterminés conformément à l'article 6.

4. Le paragraphe 2 du présent article s'applique même si le lieu où est situé le système d'information est différent du lieu où la communication électronique est réputée avoir été reçue selon le paragraphe 3 du présent article.

---

[36] Les versions antérieures de ce projet d'article suivaient de plus près le libellé de l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, si ce n'est que quelques modifications y avaient été apportées afin d'harmoniser celui-ci avec le libellé des autres dispositions du projet de convention. Le libellé actuel tient compte des délibérations du Groupe de travail à sa quarante-deuxième session (voir A/CN.9/546, par. 59 à 86). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner ce nouveau libellé, en particulier le projet de paragraphe 2, pour s'assurer qu'il est compatible avec l'article 15 de la Loi type pour ce qui est du résultat.

[37] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la règle énoncée dans le premier membre de phrase entre crochets est réellement appropriée, compte tenu du fait que l'expéditeur est plus susceptible d'avoir un enregistrement du moment où un message de données quitte un système d'information qu'un enregistrement du moment où le message entre dans un système d'information intermédiaire. Le second membre de phrase entre crochets prend en compte cette situation de fait.

Article 11. Invitations à l'offre[38]

Une proposition de conclure un contrat faite par l'intermédiaire d'une ou plusieurs communications électroniques qui n'est pas adressée à une ou plusieurs parties déterminées mais qui est normalement accessible à des parties utilisant des systèmes d'information, y compris des propositions qui utilisent des applications interactives[39] permettant de passer des commandes par l'intermédiaire de ces systèmes d'information, doit être considérée comme une invitation à l'offre, à moins qu'elle n'indique clairement l'intention de la partie faisant la proposition d'être liée en cas d'acceptation.

Article 12. Utilisation de systèmes d'information automatisés pour la formation des contrats[40]

La validité ou la force exécutoire d'un contrat formé par l'interaction d'un système d'information automatisé et d'une personne ou par l'interaction de systèmes d'information automatisés ne sont pas déniées au seul motif qu'aucune personne n'a examiné chacune des actions exécutées par les systèmes ni le contrat qui en résulte.

---

[38] Cette disposition traite d'une question qui a fait l'objet de longs débats. À la quarante et unième session du Groupe de travail, on a fait observer "qu'il n'existait pour l'heure aucune pratique commerciale normalisée dans ce domaine" (voir A/CN.9/528, par. 117). Le texte actuel, qui est inspiré du paragraphe 1 de l'article 14 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, affirme le principe selon lequel les propositions de conclure un contrat adressées à un nombre illimité de personnes ne sont pas des offres fermes, même si elles font appel à des applications interactives. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner, toutefois, s'il faudrait élaborer des règles spécifiques pour traiter les offres de biens aux enchères sur Internet et les opérations analogues, qui sont considérées dans de nombreux systèmes juridiques comme des offres irrévocables de vendre les biens au mieux disant.

[39] À sa quarante-deuxième session, le Groupe de travail a noté que l'expression "systèmes d'information automatisés", qui avait été employée dans des versions antérieures du projet d'article, ne donnait pas d'indications utiles étant donné que la partie passant la commande n'aurait peut-être aucun moyen de savoir comment cette commande serait traitée et dans quelle mesure le système d'information était automatisé. La notion "d'applications interactives" était, en revanche, considérée comme une notion objective qui décrivait mieux une situation qui était évidente pour toute personne utilisant le système, à savoir qu'elle était invitée à échanger des informations par l'intermédiaire de ce système grâce à des actions et à des réponses immédiates visiblement automatiques. On a fait observer qu'il ne s'agissait pas d'une notion juridique mais plutôt d'une notion technique qui montrait clairement que cette disposition visait une situation manifeste pour la partie qui utilisait le système et non le fonctionnement interne de ce système. Sur cette base, le Groupe de travail a convenu de conserver le terme "applications interactives" (voir A/CN.9/546, par. 114).

[40] Ce projet d'article a été remanié afin d'y énoncer une règle de non-discrimination, comme l'avait demandé le Groupe de travail à sa quarante-deuxième session (voir A/CN.9/546, par. 128 et 129). À cette session, il avait été indiqué que le Groupe de travail voudrait peut-être envisager d'ajouter une disposition générale concernant l'attribution des messages de données, y compris de ceux échangés au moyen de systèmes d'information automatisés (voir A/CN.9/546, par. 85 et 86 et 125 à 127).

[*Article 13. Mise à disposition des clauses contractuelles*

[Variante A[41]

Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidence sur l'application d'aucune règle de droit pouvant obliger une partie qui négocie tout ou partie des clauses d'un contrat en échangeant des communications électroniques à mettre à la disposition de l'autre partie contractante les communications électroniques contenant les clauses contractuelles d'une manière particulière, ni n'exonère une partie des conséquences juridiques auxquelles elle s'exposerait en ne le faisant pas.]

[Variante B[42]

Une partie offrant des biens ou des services par l'intermédiaire d'un système d'information normalement accessible à des personnes utilisant des systèmes d'information[43] met la ou les communications électroniques contenant les clauses contractuelles[44] à la disposition de l'autre partie [pendant une durée raisonnable] d'une manière qui permette de conserver et de reproduire cette communication ou ces communications.]

---

[41] Cette variante a été ajoutée à la demande du Groupe de travail en raison de la controverse dont ce projet d'article faisait l'objet (voir A/CN.9/546, par. 130 à 135). S'il décidait de conserver uniquement cette variante, le Groupe de travail pourrait peut-être envisager d'insérer le projet d'article dans le chapitre premier ou II du projet de convention.

[42] Cette variante, qui est inspirée du paragraphe 3 de l'article 10 de la Directive 2000/31/CE de l'Union européenne, a été placée entre crochets car le Groupe de travail n'est pas parvenu à un consensus sur le point de savoir si elle était nécessaire (voir A/CN.9/509, par. 123 à 125 et A/CN.9/546, par. 130 à 135). Si cette disposition est conservée, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le projet d'article devrait prévoir des conséquences dans le cas où une partie ne mettrait pas les clauses contractuelles à la disposition de l'autre partie et quelles seraient les conséquences appropriées. Certains systèmes juridiques prévoient, par exemple, qu'une clause contractuelle qui n'a pas été mise à la disposition de l'autre partie ne peut pas lui être opposée.

[43] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si ces mots décrivent de façon adéquate les types de situations qu'il entend traiter dans ce projet d'article.

[44] Les mots "et les conditions générales" ont été supprimés car ils semblaient redondants. Cependant, le Groupe de travail voudra peut-être se poser la question de savoir si cette disposition devrait indiquer de façon plus explicite quelle est la version des clauses contractuelles qui doit être conservée.

[*Article 14. Erreur dans les communications électroniques*[45]

[1. Lorsqu'une personne commet une erreur dans une communication électronique échangée avec le système d'information automatisé d'une autre partie et que le système d'information automatisé ne lui donne pas la possibilité de corriger l'erreur, cette personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, a le droit de retirer la communication électronique dans laquelle l'erreur a été commise si:

a) La personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, avise l'autre partie de l'erreur aussitôt que possible après en avoir pris connaissance et lui signale qu'elle a commis une erreur dans la communication électronique;

b) La personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, prend des mesures raisonnables, notamment des mesures conformes aux instructions de l'autre partie, pour rendre les biens ou services éventuellement reçus à la suite de l'erreur ou, si elle a reçu pour instruction de le faire, pour détruire ces biens ou ces services; et

c) La personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, n'a pas tiré d'avantage matériel ou de contrepartie des biens ou services éventuellement reçus de l'autre partie ni utilisé un tel avantage ou une telle contrepartie.][46]

[2. Aucune disposition du présent article n'a d'incidence sur l'application d'aucune règle de droit qui peut régir les conséquences de toute erreur commise pendant la [négociation][formation] ou l'exécution du type de contrat en question autre qu'une erreur qui se produit dans les circonstances prévues au paragraphe 1.]

---

[45] Ce projet d'article traite de la question des erreurs dans les opérations automatisées (voir A/CN.9/WG.IV/WP.95, par. 74 à 79). Les versions antérieures contenaient, au paragraphe 1 de la variante A, une règle inspirée du paragraphe 2 de l'article 11 de la Directive 2000/31/CE de l'Union européenne, qui fait obligation aux personnes offrant des biens ou des services par l'intermédiaire de systèmes d'information automatisés d'offrir des moyens de corriger les erreurs commises dans la saisie des données et exige que ces moyens soient "appropriés, efficaces et accessibles". Le projet d'article a soulevé essentiellement deux types d'objections: d'une part, le projet de convention ne devrait pas traiter d'une question de fond aussi complexe que l'erreur, que Groupe de travail n'a pas encore définitivement tranchée; d'autre part, les obligations envisagées au paragraphe 2 de l'article 14 de la première version du projet de convention (figurant dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.95) étaient considérées comme étant d'ordre réglementaire ou de droit public (A/CN.9/509, par. 108). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'on pourrait répondre à la seconde objection en supprimant la référence à l'obligation de donner des moyens de corriger les erreurs et en envisageant uniquement les conséquences en droit privé de l'absence de tels moyens.

[46] Les alinéas b) et c) du paragraphe 1 ont été placés entre crochets parce qu'il a été dit, à la trente-neuvième session du Groupe de travail, que les questions qui y étaient traitées ne se limitaient pas à la formation des contrats et s'écartaient des conséquences de la résolution des contrats prévues dans certains systèmes juridiques. Cependant, selon l'opinion qui a prévalu, une disposition offrant une solution harmonisée pour faire face aux conséquences des erreurs commises lors d'opérations électroniques revêtait une grande importance pratique et était nécessaire dans le projet de convention (voir A/CN.9/509, par. 110).

[*Autres dispositions de fond que le Groupe de travail souhaitera peut-être ajouter.*][47]

CHAPITRE IV. DISPOSITIONS FINALES[48]

Article 15. Dépositaire

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies est désigné comme dépositaire de la présente Convention.

Article 16. Signature, ratification, acceptation ou approbation

1. La présente Convention est ouverte à la signature de tous les États [au […] du […] au […] puis] au Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York du […] au […].

2. La présente Convention est sujette à ratification, acceptation ou approbation par les États signataires.

3. La présente Convention est ouverte à l'adhésion de tous les États qui ne sont pas signataires à partir de la date à laquelle elle est ouverte à la signature.

4. Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion sont déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Article 17. Effet dans les unités territoriales nationales

1. Si un État contractant comprend deux unités territoriales ou plus dans lesquelles, selon sa constitution, des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la présente Convention, il peut, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou uniquement à l'une ou plusieurs d'entre elles et peut à tout moment modifier sa déclaration en faisant une nouvelle déclaration.

2. Ces déclarations sont notifiées au dépositaire et désignent expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

---

[47] Ces dispositions supplémentaires pourraient traiter des conséquences du non-respect par une personne des projets d'articles 11 et 13, question que le Groupe de travail n'a pas encore examinée (voir A/CN.9/527, par. 103), ainsi que d'autres aspects que le Groupe de travail voudra peut-être y ajouter.

[48] À l'exception des projets d'articles 18 [X] et 19 [Y], toutes les dispositions de ce chapitre sont nouvelles. Elles sont inspirées de dispositions similaires figurant dans d'autres conventions internationales élaborées par la CNUDCI et suivent les conseils donnés et la pratique décrite dans le manuel intitulé *Final Clauses of Multilateral Treaties* (publication des Nations Unies, numéro de vente: E.04.V.3), préparé en 2003 par la Section des traités du Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies (également accessible aux abonnés des bases de données de la Collection des traités des Nations Unies à l'adresse http://untreaty.un.org/English/FinalClauses/Handbook.pdf).

3. Si, en vertu d'une déclaration faite conformément au présent article, la présente Convention s'applique à l'une ou plusieurs des unités territoriales d'un État contractant, mais non pas à toutes, et si l'établissement d'une partie est situé dans cet État, cet établissement est considéré, aux fins de la présente Convention, comme n'étant pas situé dans un État contractant, à moins qu'il ne soit situé dans une unité territoriale à laquelle la Convention s'applique.

4. Si un État contractant ne fait pas de déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article, la Convention s'applique à toutes les unités territoriales de cet État.

Article 18 [X]. Réserves et déclarations[49]

1. Aucune réserve n'est autorisée autre que celles qui sont expressément autorisées par le présent article.

2. Tout État peut déclarer par écrit, lors du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, qu'il ne sera pas lié par l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article premier de la présente Convention[50].

3. Tout État peut déclarer par écrit, lors du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, qu'il ne sera pas lié par l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article premier de la présente Convention[51].

4. Tout État peut déclarer par écrit, lors du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, qu'il ne sera pas lié par le paragraphe 4 de l'article premier de la présente Convention[52].

[5. Tout État peut déclarer par écrit à tout moment[53] qu'il n'appliquera pas la présente Convention aux matières spécifiées dans sa déclaration][54].

---

[49] Le Groupe de travail n'a pas encore achevé ses délibérations sur les questions pouvant être exclues du champ d'application du projet de convention au projet d'article 2 (voir A/CN.9/527, par. 83 à 98). Ce projet d'article est proposé comme une autre solution possible au cas où aucun consensus ne se dégagerait en ce qui concerne les exclusions éventuelles.

[50] L'effet recherché par une telle déclaration serait que, s'agissant d'opérations soumises aux lois de l'État concerné, les dispositions du projet de convention s'appliqueraient aux échanges de messages de données en rapport avec la formation ou l'exécution de contrats entre des parties ayant leur établissement dans des États différents, même si un seul de ces États est partie à la Convention.

[51] À sa quarante et unième session, le Groupe de travail a convenu d'examiner ultérieurement une disposition inspirée de l'article 95 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, qui autoriserait les États contractants à exclure l'application du paragraphe 1 b) de l'article premier (voir A/CN.9/528, par. 42).

[52] Cette disposition a été insérée pour tenir compte d'une proposition faite à la quarante-troisième session du Groupe de travail (voir A/CN.9/548, par. 78). Elle se rattache logiquement à la variante B du paragraphe 4 du projet d'article premier et deviendrait superflue si le Groupe de travail retenait la variante A dudit paragraphe.

[53] À sa quarante-troisième session, le Groupe de travail est convenu d'employer les mots "à tout moment" dans ce paragraphe (voir A/CN.9/548, par. 32 et 33). Il voudra peut-être examiner s'il serait approprié d'employer la même formule aux paragraphes 2, 3 et 4 de ce projet d'article.

[54] Cette disposition figure entre crochets en attendant que le Groupe de travail tranche la question de savoir si la possibilité d'exclusions unilatérales devrait être maintenue même s'il convenait d'une liste commune d'exclusions au projet d'article 2.

6. Un État qui formule une réserve par écrit conformément aux paragraphes 2, 3 et 4 du présent article n'est pas lié par les matières spécifiées dans ladite réserve.

Article 19 [Y]. Communications échangées conformément à d'autres conventions internationales[55]

1. Sauf indication contraire dans une déclaration faite conformément au paragraphe 3 du présent article, [chaque État contractant déclare[56] qu'il applique les dispositions de la présente Convention] [les dispositions de la présente Convention[57] s'appliquent] à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la [négociation] [formation] ou l'exécution d'un contrat [ou d'un compromis][58] régi par l'une quelconque des conventions internationales ci-après, auxquelles il est un État contractant ou peut le devenir:

[Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958)][59]

---

[55] Ce projet d'article a pour objet de proposer une solution commune susceptible de remédier à certains des obstacles juridiques au commerce électronique qui résultent des instruments internationaux existants étudiés dans une note antérieure du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.94). À la quarantième session du Groupe de travail, il a été convenu d'une manière générale de procéder ainsi, dans la mesure où ces questions étaient communes, ce qui était à tout le moins le cas de la plupart de celles soulevées par les instruments mentionnés au paragraphe 1 (voir A/CN.9/527, par. 33 à 48). Cet article vise à lever les doutes quant à la relation entre les règles énoncées dans le projet de convention et celles figurant dans d'autres conventions internationales. Le projet d'article n'a pas pour objet de modifier toute autre convention internationale. Dans la pratique, il aurait l'effet d'un engagement pris par l'État contractant de recourir aux dispositions du projet de convention pour éliminer les éventuels obstacles juridiques au commerce électronique pouvant résulter de l'interprétation de ces conventions et d'en faciliter l'application lorsque les parties utilisent des moyens électroniques pour leurs opérations.

[56] L'obligation assumée par chaque État contractant en vertu de cet article est destinée à prendre automatiquement effet dès la ratification, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion, l'État contractant n'étant pas tenu de faire une déclaration distincte (A/CN.9/548, par. 53).

[57] La dernière version du projet d'article renvoyait expressément au projet d'article 6 [7] et aux dispositions de fond du projet de convention figurant au chapitre III. Ce renvoi avait pour objet d'éviter de donner l'impression que les dispositions concernant le champ d'application auraient une incidence sur la définition du champ d'application d'autres conventions internationales. Les renvois ont été supprimés car le Groupe de travail, à sa quarante-troisième session, a estimé qu'ils n'étaient pas nécessaires (A/CN.9/548, par. 53 et 54).

[58] Les mots "ou d'un compromis" ont été insérés entre crochets au cas où le Groupe de travail déciderait d'ajouter à la liste du paragraphe 1 la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ("la Convention de New York de 1958"), dans laquelle est employée l'expression "compromis".

[59] Il a été dit au secrétariat que l'utilisation de communications électroniques pour conclure des conventions d'arbitrage international pourrait être favorisée par une disposition reconnaissant expressément leur validité aux fins de la Convention de New York de 1958. La référence à cette convention a, cependant, été placée entre crochets car ni le Groupe de travail II (Arbitrage) ni le Groupe de travail IV (Commerce électronique) n'ont encore eu la possibilité d'examiner cette question. Si la référence est conservée, il faudra peut-être insérer une disposition relative aux équivalents électroniques des documents "originaux", car le paragraphe 1 b) de l'article IV de la Convention de New York de 1958 dispose que la partie qui demande la reconnaissance et

Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 14 juin 1974) et Protocole y relatif (Vienne, 11 avril 1980)

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 11 avril 1980)

Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 19 avril 1991)[60]

Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (New York, 11 décembre 1995)

Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (New York, 12 décembre 2001).

2. Tout État peut déclarer par écrit, au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, qu'il appliquera également la présente Convention à l'utilisation de messages de données pour l'échange de toute communication, déclaration, mise en demeure, notification ou demande conformément à tout autre accord ou convention international [sur des matières de droit commercial] [ayant trait au commerce international] auquel il est un État contractant [et qui est indiqué dans sa déclaration][61].

3. Tout État peut déclarer par écrit à tout moment qu'il n'appliquera pas la présente Convention[62] aux contrats internationaux entrant dans le champ

---

l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère doit fournir, entre autres, l'original de la convention d'arbitrage ou une copie dûment authentifiée (voir aussi les nouveaux paragraphes 4 et 5 du projet d'article 9 et la note 35 ci-dessus).

[60] Ni cette convention ni la Convention sur la cession de créances dans le commerce international ne sont encore entrées en vigueur. Le fait qu'une convention internationale ultérieure mentionne un instrument antérieur qui n'est pas encore en vigueur, ou que des dispositions ultérieures adaptent ou interprètent le texte d'un instrument antérieur qui n'est pas encore en vigueur, n'est pas contraire à la pratique en matière de traités internationaux et s'est déjà produit par le passé. Ainsi, au moment de l'adoption de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises ("Convention des Nations Unies sur les ventes"), en 1980, la Convention de 1974 sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises ("Convention sur la prescription") n'était pas encore entrée en vigueur. Néanmoins, la conférence diplomatique qui a adopté la Convention des Nations Unies sur les ventes a également adopté un protocole modifiant la Convention sur la prescription. La Convention sur la prescription (sous sa forme originale) et le Protocole de 1980 (pour les États contractants qui avaient ratifié la Convention des Nations Unies sur les ventes) sont tous deux entrés en vigueur le 1er août 1988.

[61] Le paragraphe 1 a pour objet de préciser que les dispositions du projet de convention s'appliquent aussi aux messages échangés conformément à l'une quelconque des conventions internationales qui y sont mentionnées. Le paragraphe 2 envisage la possibilité qu'un État contractant étende l'application du nouvel instrument à l'utilisation de messages de données dans le contexte d'autres conventions internationales.

[62] Le membre de phrase "ou toute disposition particulière de celle-ci", qui figurait dans la version précédente du projet de paragraphe, a été supprimé, car le Groupe de travail a estimé qu'un État qui décidait d'adopter le projet de convention ne devrait pas être autorisé à n'appliquer que certaines de ses dispositions (A/CN.9/548, par. 64).

d'application [de l'une quelconque des conventions mentionnées au paragraphe 1 du présent article] [de tout accord, traité ou convention international, y compris l'une quelconque des conventions mentionnées au paragraphe 1 du présent article, auquel il est partie contractante et qui est indiqué dans sa déclaration.][63]

Article 20. Procédure et effets des réserves et déclarations

1. Les réserves et déclarations faites en vertu de la présente Convention lors de la signature sont sujettes à confirmation lors de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation.

2. Les réserves et déclarations et leur confirmation sont faites par écrit et formellement notifiées au dépositaire.

3. Les réserves ou déclarations prennent effet à la date de l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État concerné. Cependant, une réserve ou une déclaration dont le dépositaire reçoit notification formelle après cette date prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date de sa réception par le dépositaire.

4. Tout État qui fait une réserve ou une déclaration en vertu de la présente Convention peut à tout moment la retirer par notification formelle adressée par écrit au dépositaire. Ce retrait prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire.

Article 21. Amendements

1. Tout État contractant peut proposer des amendements à la présente Convention. Les amendements proposés sont soumis par écrit au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, qui communique la proposition à tous les États parties, en les priant d'indiquer s'ils sont ou non favorables à la tenue d'une conférence des États parties. Si, dans un délai de quatre mois à compter de la date à laquelle cette communication a été faite, un tiers au moins des États Parties sont favorables à la tenue d'une conférence, le Secrétaire général la convoque sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies. Les propositions d'amendement sont communiquées aux États contractants au moins 90 jours avant la conférence.

2. Les amendements à la présente Convention sont adoptés [par les deux tiers] [à la majorité] des États contractants présents et votants à la conférence des États contractants et entrent en vigueur à l'égard de tous les États contractants le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date à laquelle [les deux tiers] des États contractants au moment de l'adoption de

---

[63] Le second membre de phrase entre crochets a été ajouté compte tenu des suggestions faites à la quarante-troisième session du Groupe de travail (A/CN.9/548, par. 68). Il donne aux États contractants la possibilité de limiter le champ d'application du projet de convention. Cette possibilité présuppose que les dispositions du projet de convention puissent s'appliquer aux communications électroniques en rapport avec des contrats régis par d'autres conventions internationales qui ne sont pas énumérées au paragraphe 1 du projet d'article, possibilité qui est envisagée au paragraphe 4 de la variante B du projet d'article premier. Cette variante pourrait devenir superflue si le Groupe de travail retenait la variante A du paragraphe 4 du projet d'article premier.

l'amendement à la conférence des États contractants ont déposé leur instrument d'acceptation de l'amendement.

Article 22. Entrée en vigueur

1. La présente Convention entre en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois après la date du dépôt du […] instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

2. Lorsqu'un État ratifie, accepte ou approuve la présente Convention ou y adhère après le dépôt du […] instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, la présente Convention entre en vigueur à l'égard de cet État le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois après la date du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

Article 23. Règles transitoires

La présente Convention s'applique uniquement aux communications électroniques qui sont échangées après la date à laquelle elle entre en vigueur à l'égard des États contractants mentionnés à l'alinéa a) du paragraphe 1 ou des États contractants mentionnés à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article premier.

Article 24. Dénonciation

1. Un État contractant peut dénoncer la présente Convention par notification formelle adressée par écrit au dépositaire.

2. La dénonciation prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de douze mois à compter de la réception de la notification par le dépositaire. Lorsqu'un délai plus long est spécifié dans la notification, la dénonciation prend effet à l'expiration du délai en question à compter de la réception de la notification par le dépositaire.

FAIT À […], ce […] jour de […] de l'an […], en un seul original, dont les versions anglaise, arabe, chinoise, espagnole, française et russe font également foi.

EN FOI DE QUOI, les plénipotentiaires soussignés, à ce dûment autorisés par leurs gouvernements respectifs, ont signé la présente Convention.

C. Note du Secrétariat sur les aspects juridiques du commerce électronique – Contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention, présentées au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-quatrième session

(A/CN.9/WG.IV/WP.111) [Original: anglais]

Le Secrétariat a reçu de la Section des traités du Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies des observations sur l'examen par le Groupe de travail d'un nouvel instrument international possible sur les contrats électroniques. On trouvera en annexe à la présente note la traduction du texte de ces observations tel qu'il a été reçu par le Secrétariat.

ANNEXE

OBSERVATIONS DE LA SECTION DES TRAITÉS DU BUREAU DES AFFAIRES JURIDIQUES

1. Les observations qui suivent tiennent compte des faits survenus récemment dans la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire ainsi que de certaines des difficultés rencontrées par le dépositaire pour donner effet aux dispositions finales d'autres accords internationaux. Nous aimerions faire en sorte que cette convention ne comporte pas les mêmes insuffisances que celles qui ont posé des problèmes ailleurs. Nous notons également qu'une meilleure rédaction aurait pu éviter certains des problèmes auxquels le dépositaire a été confronté récemment dans des traités négociés au sein d'autres instances. Nos observations visent à faciliter la tâche d'administration du dépositaire et assurer une application plus efficace par les parties. Le "Handbook of Final Clauses", disponible sur papier et sur Internet nous sera également utile (http://untreaty-un.org/English/FinalClauses/Handbook.pdf). Compte tenu de ce qui précède, nous formulons les observations particulières suivantes:

Article 15 (Dépositaire)

2. Nous notons que le Secrétaire général est désigné à l'article 15 comme dépositaire selon la formule consacrée. Si des tâches administratives sont ajoutées à ses fonctions pendant les négociations, il devrait s'en acquitter dans une autre qualité. Cette distinction devrait apparaître clairement dans la Convention.

Article 16 (Procédure à suivre pour la signature et pour devenir partie)

3. Est-il concevable que certaines organisations internationales puissent souhaiter devenir parties à la Convention? Par exemple, la CE à une date future? Selon nous, la rédaction actuelle de la Convention permet aux seuls États de devenir parties. Toutefois, si les négociateurs souhaitent inclure la participation d'organisations internationales, la disposition relative à l'entrée en vigueur, entre autres dispositions, devra comporter une référence à cet effet. Il est essentiel qu'une organisation internationale, en plus de son pouvoir de conclure des traités, ait

compétence sur le fond pour les matières visées par la Convention. C'est pourquoi, à l'instar d'autres conventions, par exemple la *Convention sur le droit de la mer de 1982*, il faudrait inclure une disposition exigeant d'une organisation internationale qui souhaite devenir partie qu'elle spécifie les matières régies par la Convention pour lesquelles compétence lui a été transférée par ses États Membres, et la nature de cette compétence. Une telle déclaration devrait être faite au moment de la signature ou au moment où est exprimé le consentement à être lié. La disposition devrait également exiger de l'organisation internationale qu'elle notifie au dépositaire toute modification de sa compétence.

4. De plus, dans le cas ci-dessus, il est important de préciser que la participation d'une telle organisation internationale ne confère aucun droit en vertu de la Convention à un État Membre de cette organisation qui n'est pas partie à la Convention. Il faudrait préciser aussi que la participation d'une organisation internationale ne devrait pas entraîner de représentation supérieure à celle à laquelle ses États Membres parties à la Convention pourraient autrement prétendre, notamment pour ce qui est des droits en matière de prise de décisions. Un système de décompte des voix peut être spécifié pour éviter tout désaccord sur la question. Comme précédent utile, on se reportera à la *Convention sur la diversité biologique de 1992*, article 31 (Droit de vote), article 33 (Signature) et article 34 (Ratification, acceptation, approbation). Par exemple, l'article 31 (Droit de vote) est libellé comme suit:

> "1. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2 ci-dessous, chaque Partie à la présente Convention ou à tout protocole dispose d'une voix.
>
> 2. Les organisations régionales d'intégration économique disposent, pour exercer leur droit de vote dans les domaines qui relèvent de leur compétence, d'un nombre de voix égal au nombre de leurs États membres qui sont Parties à la Convention ou au protocole considéré. Elles n'exercent pas leur droit de vote si leurs États membres exercent le leur, et inversement."

5. En ce qui concerne la date précise à insérer à l'article 16, pour la signature, nous suggérons fortement de la fixer au moins six semaines après mise au point définitive et adoption du texte afin de laisser au dépositaire le temps nécessaire pour établir le texte original et les copies certifiées conformes de ce texte. Nous insistons sur le fait que c'est là une exigence fondamentale de ce Bureau. D'après notre expérience, il y a des difficultés et un gaspillage inutiles de ressources lorsqu'une approche différente est adoptée, du fait en particulier de procédures de correction évitables.

6. Nous notons qu'aucun lieu n'est spécifié pour l'ouverture de la Convention à la signature. D'après notre expérience, une première cérémonie de signature hors du Siège de l'Organisation des Nations Unies contribue généralement à susciter un intérêt à haut niveau de la part des États. Nous pensons que si cela était envisagé, il faudrait limiter la durée de la période de la cérémonie de signature à deux ou trois jours. Ensuite, le traité devrait rester ouvert à la signature au Siège de l'Organisation des Nations Unies pendant au moins 12 mois afin de laisser aux États le temps nécessaire pour qu'ils revoient le texte de la Convention et prennent une décision concernant la signature. Le Conseiller juridique a vivement conseillé de ne pas maintenir un texte ouvert à la signature loin du Siège de l'Organisation des

Nations Unies pendant une durée de plus de quelques jours (voir section 6-3 de la circulaire ST/SGB/2001/7).

7. Gardant ces points à l'esprit, nous recommandons de rédiger l'article 16.1 comme suit:

> "16.1 La présente Convention est ouverte à la signature de [ ] au [lieu de la signature] du [date] au [date], puis au Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York du [date] au [date]."

Article 17 (Effet dans les unités territoriales nationales)

8. Il est noté que l'immense majorité des traités déposés auprès du Secrétaire général ne comportent pas de disposition de cette nature. La *Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969*, qui codifie le droit international coutumier, dispose qu'un traité lie chacune des parties à l'égard de l'ensemble de son territoire, à moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie. Nous notons qu'il existe une disposition de cette nature dans d'autres traités de la CNUDCI (par exemple, la *Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, 2001*) et dans ceux de l'Institut international pour l'unification du droit privé. Si le groupe de travail insiste pour conserver cet article, nous le mettons en garde contre les graves complications qui pourraient surgir dans le cas des États comprenant de nombreuses unités territoriales (par exemple, les États-Unis d'Amérique, le Canada, la Chine et l'Australie). Cette disposition pourrait fort bien entraîner une surcharge de travail pour le dépositaire.

Article 18 (Déclarations relatives aux exclusions) et article 21 (Réserves)

9. Il est noté que les déclarations mentionnées aux paragraphes 1 à 4 de l'article 18 sont en réalité des réserves et devraient être caractérisées comme telles. Elles devraient être qualifiées de "réserves" étant donné les problèmes qu'entraîne généralement une terminologie peu claire, et devraient être formulées par écrit. Nous recommandons de regrouper les articles 18 (Déclarations relatives aux exclusions) et 21 (Réserves) pour en faire un nouvel article 18 (Réserves et déclarations), qui préciserait que les déclarations ou réserves en question devraient être communiquées au dépositaire. Il incombe à ce dernier d'informer de ces actions les autres parties concernées. Nous soumettons à votre examen le texte ci-après:

> "Article 18. Réserves et déclarations
>
> 1. Aucune réserve n'est autorisée autre que celles qui sont expressément autorisées dans le présent article.
>
> 2. Tout État peut déclarer par écrit, lors du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, qu'il ne sera pas lié par l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article premier de la présente Convention.
>
> 3. Tout État peut déclarer par écrit, lors du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, qu'il ne sera pas lié par l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article premier de la présente Convention.
>
> 4. Tout État peut déclarer par écrit, lors du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, qu'il ne sera pas lié par le paragraphe 2 de l'article premier de la présente Convention.

5. Un État qui formule une réserve par écrit, conformément aux paragraphes 2, 3 et 4 du présent article n'est pas lié par les matières spécifiées dans ladite réserve."

Article 19 (Communications échangées conformément à d'autres conventions internationales)

10. La référence aux États contractants, à la deuxième ligne du paragraphe 1 de l'article 19 est interprétée comme désignant les États qui ont exprimé leur consentement à être liés par le traité (lorsque celui-ci n'est pas encore entré en vigueur ou n'est pas entré en vigueur pour cet État). À ce titre, il est inutile d'inclure le membre de phrase suivant: "... en ratifiant, acceptant ou en approuvant cette convention ou en y adhérant", que nous suggérons de supprimer.

11. Une déclaration (en réalité une réserve) faite en vertu du paragraphe 3 de l'article 19 doit également être faite par écrit.

Article 20 (Procédure et effets des déclarations)

12. Cette disposition prête à confusion. À moins que nous devions arbitrer des discussions sans fin sur le point de savoir si l'on a affaire à une déclaration ou à une réserve, nous suggérons de modifier cette disposition. Son intitulé pourrait être modifié comme suit: "*Article 20. Procédure et effets des réserves et déclarations*", de manière à prendre en compte à la fois les réserves et les déclarations figurant dans les articles 17, 18 et 19. Les paragraphes 1, 2, 3 et 4 devraient comporter les mots "Réserves et déclarations...".

Procédure d'amendement

13. Il est noté que la Convention ne prévoit pas de procédure d'amendement. D'après notre expérience, il est utile d'en prévoir une afin d'éviter les problèmes d'application dans les États parties au cas il devient nécessaire de modifier la Convention. Pour de plus amples informations sur ce sujet et des exemples de dispositions relatives aux amendements, voir le *Handbook of Final Causes of Multilateral Treaties* établi par la Section des traités, pages 97 à 101, "Amendement".

14. Dans la plupart des traités multilatéraux, la disposition relative aux amendements indique qu'une proposition d'amendement doit être adoptée à une Conférence des États parties à condition d'avoir été transmise à ces derniers à l'avance. Il y a des exemples d'amendements adoptés par correspondance. Une conférence des États parties est généralement convoquée par le secrétariat d'une convention ou un organe administratif compétent. Un tel organe pourrait être utilisé pour transmettre la proposition d'amendement aux États parties avant la Conférence d'amendement. Une fois l'amendement adopté, la pratique veut que le Secrétaire général, en qualité de dépositaire, communique les amendements aux États parties.

15. Il est courant que les traités multilatéraux précisent qu'une proposition d'amendement doit être adoptée à une conférence par une proportion spécifiée des États parties, par exemple les deux tiers. Il est alors utile d'indiquer si la proportion s'applique à tous les États parties à la Convention ou à tous ceux qui sont présents au moment du vote. Nous faisons cette observation en raison des difficultés qui se sont posées dans le cas d'autres traités contenant des dispositions similaires.

16. Les traités multilatéraux peuvent prévoir qu'un amendement entre en vigueur pour les seuls États qui l'ont accepté. C'est le cas le plus fréquent. Toutefois, d'après notre expérience, cette approche donne lieu à d'importants problèmes d'interprétation et d'application, car elle crée une situation dans laquelle des États peuvent être parties à deux régimes différents dans le cadre d'une même convention. C'est le cas par exemple de la *Convention relative aux droits de l'enfant de 1989*. Cette situation s'est également présentée à propos de la *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination de 1989* où une annexe adoptée récemment ne serait applicable qu'aux États parties qui l'ont acceptée. Afin d'éviter de créer des régimes différents dans le cadre de la présente Convention, nous suggérons fortement d'éviter les dispositions qui permettraient aux seuls États parties qui ont accepté un amendement d'être lié par lui tandis que les autres seraient soumis à un régime différent. Pour de plus amples indications sur ce sujet, veuillez vous reporter au *Handbook of Final Causes of Multilateral Treaties*, pages 67 à 75, "Entry into force of annexes, amendments and regulations".

17. Nous proposons le modèle suivant à titre indicatif:

> "Tout État partie peut proposer des amendements à la Convention. Les amendements proposés sont soumis par écrit [au secrétariat de la Convention ou à une autre entité administrative], qui communique la proposition à tous les États parties. Une conférence des États parties, convoquée pour examiner la proposition d'amendement, examine les amendements proposés, à condition que les propositions aient été communiquées aux États parties au moins [90] jours à l'avance.
>
> Les amendements sont adoptés par [consensus, les deux tiers, etc.] des États parties présents à la conférence des États parties et entrent en vigueur à l'égard de tous les États parties à la date à laquelle [22, etc.] États parties ont déposé leurs instruments d'acceptation de l'amendement."

18. De nombreux traités multilatéraux prévoient qu'un amendement entre en vigueur lorsqu'une proportion spécifiée d'États parties, par exemple "deux tiers des États parties" ont déposé leurs instruments d'acceptation. Nous avons été confrontés récemment à des problèmes dans ce domaine où la question s'est posée de savoir si le nombre d'acceptations était calculé sur la base du nombre d'États parties au moment de l'adoption de l'amendement ou au moment de son acceptation. Nous suggérons de clarifier ce point dès le départ afin d'éviter une confusion future. Veuillez noter toutefois que lorsqu'un traité est muet sur ce point, la pratique du Secrétaire général, en qualité de dépositaire, est de calculer le nombre d'acceptations sur la base du nombre d'États parties à la Convention au moment de l'acceptation. Une solution, que nous recommandons vivement, est d'indiquer un nombre spécifié d'États parties déposant leurs instruments d'acceptation, par exemple "22 États parties" comme obligation pour l'entrée en vigueur (voir le modèle ci-dessus).

Structure institutionnelle

19. Nous notons qu'aucune structure institutionnelle n'est prévue dans la Convention pour assurer les fonctions de secrétariat. Cela est vrai en particulier des fonctions administratives, telles que la communication des amendements proposés

avant une réunion des États parties à laquelle lesdits amendements pourraient être adoptés. Le dépositaire n'exerce pas de telles fonctions administratives. Il serait utile de spécifier l'entité qui s'en chargera.

20. La Section des traités reste prête à apporter son aide pour les questions relatives aux dispositions finales et autres questions de droit des traités. Nous vous invitons à prendre contact avec la Section des traités à mesure que les négociations avancent. Veuillez noter à ce propos que vous devrez fournir à la Section des traités des copies de la Convention, telle qu'adoptée, prêtes pour la photocomposition (sur papier et sous forme électronique – Microsoft Word 2000).

D. Aspects juridiques du commerce électronique – Contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention, proposition présentée par la Belgique au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-quatrième session (A/CN.9/WG.IV/WP.112) [Original: français]

On trouvera en annexe à la présente note une proposition d'amendement de l'article 10-2 du projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (A/CN.9/WG.IV/WP.110) telle qu'elle a été communiquée au Secrétariat par la Belgique.

ANNEXE

PROPOSITION D'AMENDEMENT DE L'ARTICLE 10-2, PRÉSENTÉE PAR LA BELGIQUE

1. Reformuler l'article 10-2, comme suit:

> "Le moment de la réception d'un message de données est le moment à partir duquel ce message peut être relevé par le destinataire ou par toute autre personne désignée par celui-ci. Un message de données est présumé pouvoir être relevé par le destinataire lorsqu'il entre dans un système d'information *à l'utilisation duquel le destinataire a consenti*."

Justification

2. Les paragraphes 2 et 3 de l'article 10 ont pour objet d'établir un équivalent fonctionnel de la notion classique de réception d'un message à l'établissement ou à la résidence habituelle du destinataire, telle qu'elle apparaît par exemple à l'article 24 de la Convention de Vienne sur les ventes internationales de marchandises qui stipule notamment qu'une déclaration parvient à son destinataire lorsqu'elle est délivrée à son établissement, à son adresse postale ou à sa résidence habituelle, ou encore à l'article 3-1 de la Loi type de la CNUDCl sur 1'arbitrage commercial international qui prévoit notamment qu'une communication écrite est réputée avoir été reçue si elle a été remise à 1'établissement du destinataire ou à sa résidence habituelle ou à son adresse postale.

3. Or, le principe de base de l'article 10-2 et 3, selon lequel un message de données est réputé avoir été reçu à 1'établissement ou à la résidence habituelle du destinataire dès lors qu'il entre dans un système d'information du destinataire, apparaît insuffisant pour établir une équivalence fonctionnelle satisfaisante et ne pourra dès lors qu'entraîner une grave insécurité juridique, par exemple dans 1'application des deux articles évoqués ci-dessus.

4. L'équivalent fonctionnel de 1'établissement ou de la résidence habituelle du destinataire n'est, en effet, pas un quelconque système d'information de ce destinataire mais bien le système d'information à 1'utilisation duquel celui-ci a consenti pour recevoir un message de données et dont, de ce fait, il peut légitimement être tenu de relever la boîte aux lettres électronique, de la même façon

que le destinataire à un établissement ou une résidence habituelle qu'il a librement choisi.

5. Il faut, en outre, noter que la référence à un système d'information du destinataire, telle qu'elle apparaît dans le texte proposé dans le document WP.110, suscite la question de savoir à quel type de lien juridique entre le destinataire et le système d'information ce texte se réfère: s'agit-il d'un lien de propriété ou d'un autre type similaire de lien? Une telle exigence pourrait limiter indûment le type de système d'information susceptible d'être utilisé pour envoyer valablement un message de données au destinataire. Le texte proposé dans l'amendement évite cette difficulté en se concentrant sur le seul critère du consentement du destinataire, quel que soit le lien juridique entre le destinataire et le système d'information à 1'utilisation duquel il a consenti.

6. Bien entendu, la proposition d'amendement présentée ci-dessus suppose qu'une solution satisfaisante ait pu être dégagée par le Groupe en ce qui concerne la définition du concept de système d' information.

E. Aspects juridiques du commerce électronique – Clauses 2004 de la CCI pour les contrats électroniques et Guide de la CCI sur la conclusion de contrats par voie électronique, présentés au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-quatrième session

(A/CN.9/WG.IV/WP.113) [Original: anglais]

Sous couvert d'une lettre du 30 juillet 2004, la Chambre de commerce internationale (CCI) a transmis au secrétariat un exemplaire de ses *E-Terms 2004* (Clauses 2004 de la CCI pour les contrats électroniques) comprenant le *ICC Guide to electronic contracting* (Guide de la CCI sur la conclusion de contrats par voie électronique), tels que les ont approuvés sa Commission du droit et des pratiques en matière commerciale et sa Commission du commerce électronique, des technologies de l'information et des télécommunications. Dans leur lettre, les deux coprésidents du Groupe de travail de la CCI sur les contrats électroniques indiquent, notamment, que cette dernière attache un très grand intérêt à tout avis de la CNUDCI sur le projet de texte, lequel devrait être examiné à l'automne, à la suite de la quarante-quatrième session du Groupe de travail. On trouvera annexée à la présente note une traduction du texte de la lettre mentionnée ci-dessus et des *E-Terms 2004* de la CCI comprenant le *Guide to electronic contracting*.

ANNEXE

Table des matières

CE QUE PEUVENT VOUS APPORTER LES CLAUSES 2004 DE LA CCI POUR LES CONTRATS ÉLECTRONIQUES

INTRODUCTION AUX CLAUSES 2004 DE LA CCI

A. CLAUSES 2004 DE LA CCI POUR LES CONTRATS ÉLECTRONIQUES

CLAUSE 1 – ACCORD DE COMMERCE ÉLECTRONIQUE

CLAUSE 2 – EXPÉDITION ET RÉCEPTION

B. GUIDE DE LA CCI SUR LA CONCLUSION DE CONTRATS PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

B.1 COMMENT APPLIQUER LES CLAUSES 2004 DE LA CCI

B.2 VALIDITÉ JURIDIQUE DES CLAUSES 2004 DE LA CCI

B.3 LES LIMITES DES CLAUSES 2004 DE LA CCI

B.4 QUI CONTRACTE EN VOTRE NOM?

B.5 AVEC QUI LE CONTRAT EST-IL CONCLU?

B.6 ÉLABORATION D'UN CONTRAT ÉLECTRONIQUE

B.7 SPÉCIFICATIONS TECHNIQUES

B.8 PROTECTION DE LA CONFIDENTIALITÉ

B.9 DÉFAILLANCES TECHNIQUES ET GESTION DES RISQUES

Groupe de travail sur les contrats électroniques

Clauses 2004 de la CCI pour les contrats électroniques

Guide de la CCI sur la conclusion de contrats par voie électronique

Ce que peuvent vous apporter les Clauses 2004 de la CCI pour les contrats électroniques[1]

- Les Clauses 2004 de la CCI ont pour objet de renforcer la sécurité juridique des contrats conclus par voie électronique.
- Les Clauses 2004 de la CCI se composent de deux courtes clauses, aisément insérables dans vos contrats, qui indiquent clairement que vous et votre cocontractant avez l'intention d'être liés par un contrat électronique.
- Les Clauses 2004 de la CCI n'ont pas d'incidence sur l'objet du contrat, et n'interfèrent d'aucune manière avec les clauses dont vous pouvez avoir convenu par ailleurs: elles facilitent simplement les procédures et l'utilisation de moyens électroniques dans la conclusion d'un contrat.
- Vous pouvez utiliser les Clauses 2004 de la CCI pour tout contrat de vente ou autre forme de disposition de biens, de droits ou de services.
- Vous pouvez utiliser les Clauses 2004 de la CCI chaque fois que vous passez un contrat par une voie électronique, que ce soit un site Web, le courrier électronique ou l'EDI.

Introduction aux Clauses 2004 de la CCI

La *manière* dont vous passez un contrat – les moyens matériels par lesquels vous *consentez* à être lié à une autre partie commerciale pour un engagement commercial particulier – est importante car elle peut déterminer le *moment* où vous êtes engagé vis-à-vis de l'autre partie (et par conséquent tenu par la transaction). Elle indique aussi les modalités de cet engagement ainsi que les clauses de votre contrat.

Les parties à des transactions commerciales ont depuis longtemps trouvé des moyens d'exprimer leur intention d'être liées les unes aux autres. Le marché a réagi avec rapidité et imagination aux changements technologiques qui se sont succédés à travers les siècles, les parties passant du simple accord oral à la poignée de main, puis à la signature de documents et à leur envoi, enfin au téléphone, au télétexte et à la télécopie. Il a non seulement survécu à chacun de ces changements, mais s'en est aussi nourri pour prospérer – et il ne fait guère de doute que tel sera aussi le cas avec l'utilisation des messages électroniques. La question est, après tout, toujours restée la même: existe-t-il, dans les échanges entre les parties, des éléments suffisants qui prouvent qu'elles ont convenu d'un engagement commercial particulier – un contrat – qui les lie l'une à l'autre?

---

[1] *Note*: Texte à insérer lors de la publication sur le site Web de la CCI: Cliquez pour accéder aux Clauses 2004 de la CCI. Sur ce site Web, la CCI propose également, pour accompagner les Clauses 2004 de la CCI, un Guide sur la conclusion de contrats par voie électronique. Ce guide explique comment appliquer les Clauses de la CCI à votre contrat et donne une liste de mesures pratiques que vous pouvez prendre dans votre entreprise pour faciliter les contrats électroniques.

La CCI propose le présent document au monde des affaires pour lui permettre de relever les défis – et profiter des possibilités – que présentent les nouvelles technologies. Il se divise en deux parties.

La première contient les **Clauses 2004 de la CCI**. En convenant de respecter ces clauses, les parties indiquent clairement aux arbitres et juges chargés de régler les éventuels litiges qui pourraient les opposer sur l'application des clauses de fond du contrat que le litige ne porte pas sur les moyens techniques par lesquels elles ont passé ledit contrat. En choisissant d'appliquer les **Clauses 2004 de la CCI**, les parties ont volontairement convenu de passer contrat par *voie électronique*: ce qui fait déjà un conflit de moins à résoudre, et autant d'argent d'économisé.

La deuxième partie comporte un **Guide de la CCI sur la conclusion de contrats par voie électronique**. En effet, la CCI reconnaît que la rapidité et la simplicité de la conclusion de contrats par des moyens électroniques, si elles ouvrent des possibilités, suscitent aussi des préoccupations. Ces dernières peuvent souvent être plus facilement dissipées au sein même de l'entreprise, par l'adoption de mesures de précaution qui allient bon sens, pragmatisme et souplesse, que par l'intermédiaire du droit international ou de clauses contractuelles. Le Guide de la CCI signale donc les mesures que les entreprises peuvent prendre pour se rassurer lorsqu'elles passent des contrats par voie électronique.

Les clauses sont conçues pour les entreprises qui passent des contrats par voie électronique. Elles leur donnent à la fois les moyens d'exprimer leur volonté de passer contrat électroniquement et la capacité de préciser certains des critères nécessaires pour déterminer le moment où ces contrats prennent effet. Elles ne sont pas destinées à s'appliquer à des contrats de consommation entre professionnels et particuliers et ne confèrent pas automatiquement la capacité de passer contrat par voie électronique si la loi applicable à l'objet du contrat n'autorise pas ce mode. N'oubliez pas de vous informer des conditions générales de passation des contrats prévues par la loi applicable avant d'utiliser ces clauses.

A. Clauses 2004 de la CCI pour les contrats électroniques

Clause 1 – Accord de commerce électronique

Les parties conviennent:

1.1 que l'utilisation de messages électroniques crée entre elles des droits et obligations valides et contraignants;

1.2 que, dans la mesure où la loi applicable l'autorise, les messages électroniques sont recevables à titre de preuve, à condition qu'ils soient envoyés aux adresses et, éventuellement, dans les formats désignés expressément ou tacitement par le destinataire; et

1.3 qu'elles ne contesteront pas la validité d'une communication ou d'un accord entre elles au seul motif que des moyens électroniques ont été utilisés, que cette utilisation ait ou non été vérifiée par une personne physique.

Clause 2 – Expédition et réception

2.1 Un message électronique est réputé[2]:

a) avoir été expédié ou envoyé lorsqu'il entre dans un système d'information qui ne dépend pas de l'expéditeur; et

b) avoir été reçu au moment où il entre dans un système d'information spécifié par le destinataire.

2.2 Lorsqu'un message électronique est envoyé à un système d'information autre que celui qui a été spécifié par le destinataire, il est réputé avoir été reçu au moment où le destinataire en prend connaissance.

2.3 Aux fins du présent contrat, un message électronique est réputé avoir été expédié ou envoyé au lieu où l'expéditeur a son établissement et avoir été reçu au lieu où le destinataire a son établissement.

B. Guide de la CCI sur la conclusion de contrats par voie électronique

B.1 Comment appliquer les Clauses 2004 de la CCI

Comme nous le verrons par la suite à la section B.2 qui traite de la validité des **Clauses 2004 de la CCI**, il arrivera parfois que les règles légales impératives d'un État créent des obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique. Dans la plupart des cas, toutefois, une manifestation claire de l'intention des parties contractantes d'être liées par un échange de messages électroniques indiquera effectivement aux arbitres ou aux juges amenés à trancher un litige entre elles qu'elles ont volontairement et librement conclu un contrat par ce moyen. Par conséquent, il n'y a généralement pas de raison pour que la loi applicable annule un contrat simplement parce que celui-ci a été conclu électroniquement.

Les **Clauses 2004 de la CCI** partent donc du principe que les parties conviennent que l'utilisation de messages électroniques donne naissance à un contrat ayant force obligatoire (voir clause 1.1). Les arbitres et les juges doivent être clairement informés du fait que les parties ont accepté ce principe fondamental énoncé dans les **Clauses 2004 de la CCI** et c'est à ces dernières qu'il incombe avant tout d'exprimer clairement cette acceptation.

Les parties contractantes peuvent signifier leur intention d'adopter les **Clauses 2004 de la CCI** de trois façons:

a] elles peuvent, dans les limites fixées par toute règle impérative de la loi applicable (voir sur ce point la section B.2) simplement incorporer par référence les **Clauses 2004 de la CCI** dans tout contrat qu'elles concluront par voie électronique, par exemple par courrier électronique ou par une communication au moyen d'une application Web;

b] elles peuvent signer et échanger une version papier des **Clauses 2004 de la CCI** en indiquant les types de contrat auxquels ces clauses s'appliqueront et

---

[2] Voir *Guide sur la conclusion de contrats par voie électronique* – section B.3.

pour quelle durée (par exemple, tous les contrats de vente de marchandises conclus entre les parties au cours des deux années suivantes);

c] elles peuvent simplement échanger des messages électroniques indiquant qu'elles acceptent les **Clauses 2004 de la CCI** puis conclure des contrats par voie électronique, l'établissement d'une telle pratique entre elles laissant présumer que c'est ainsi qu'elles souhaitent conduire leurs affaires.

Lorsque les parties ont la certitude que leur cocontractant est habitué à conclure des contrats par voie électronique et que la loi applicable permet aisément cette procédure, l'option a] est recommandée.

Lorsque les parties s'inquiètent beaucoup de la validité des contrats conclus par voie électronique avec certains cocontractants dans le cadre de certaines lois applicables, l'option b] est recommandée.

L'option c] aura le même effet que l'option a] dans la plupart des pays, mais donne davantage matière à discussion. Les parties devraient choisir l'option applicable en tenant compte de toutes les circonstances de l'opération.

Il est à souligner que, même sans incorporation des **Clauses 2004 de la CCI**, si les parties commencent à exécuter un contrat qu'elles ont conclu par voie électronique, la plupart des arbitres et des juges de la plupart des pays concluront généralement à l'existence d'un contrat.

B.2 Validité juridique des Clauses 2004 de la CCI

Bien que les contrats électroniques soient, en règle générale, juridiquement valables, la loi d'un pays peut exiger, dans certains cas, que les contrats soient établis sur papier et signés dans un format particulier. La question est de savoir si les **Clauses 2004 de la CCI** auront effet lorsque cette loi est celle qui s'applique au contrat conclu entre les parties.

Cette question ne doit pas inquiéter outre mesure. En effet, l'utilisation toujours plus fréquente des contrats électroniques, avec les économies qu'elle entraîne, montre que la plupart des pays soit approuvent activement soit du moins autorisent passivement la conclusion de contrats par voie électronique. Même lorsque des lois locales partent apparemment du principe que les parties contractantes échangent des documents papier, elles ne sont pas nécessairement impératives et l'effet des **Clauses 2004 de la CCI,** lorsque les parties y ont adhéré, est préservé par le principe fondamental de la liberté contractuelle.

Toutefois, dans certains systèmes juridiques, des règles impératives, autrement dit des règles auxquelles il ne peut être dérogé par simple contrat, excluent catégoriquement la conclusion de contrats par voie électronique en subordonnant la validité d'un contrat à l'échange de documents papier signés.

Si vous vous trouvez dans cette situation, ne partez pas du principe que vous ne pouvez pas passer de contrat par voie électronique: persuadez plutôt votre cocontractant des avantages économiques de ce type de contrat et prenez conseil auprès d'un juriste local pour savoir si la loi autorise la conclusion de contrats par voie électronique ou si elle l'interdit fermement. Dans le second cas, vous aurez probablement un bon motif pour convenir avec votre cocontractant de soumettre votre contrat à un système juridique plus accommodant.

B.3 Les limites des Clauses 2004 de la CCI

S'il importe de souligner l'utilité des **Clauses 2004 de la CCI,** il importe tout autant d'en connaître les limites. Tout d'abord, il est évident qu'elles ne constituent pas en soi le contrat entre les parties qui énonce les droits et obligations matériels de chacune dans le cadre d'un arrangement, par exemple, pour la vente de marchandises ou la fourniture d'un service. Ainsi, le risque de défaillance dans la transmission des messages, par exemple, sera régi par les dispositions convenues entre les parties et par la loi applicable. Ces dispositions seront contenues dans le contrat lui-même, dont les **Clauses 2004 de la CCI** facilitent la conclusion mais qu'elles ne remplacent pas.

Ensuite, les **Clauses 2004 de la CCI** ne règlent pas toutes les questions qui peuvent se poser à propos de la conclusion du contrat. Ainsi, si chacune des parties a ses propres conditions types auxquelles elle veut soumettre le contrat, la question de savoir quelles conditions types s'appliquent sera tranchée non pas par les **Clauses 2004 de la CCI** mais par la loi applicable au contrat.

Ce qu'il faut avant tout retenir ici c'est que les **Clauses 2004 de la CCI** ont pour objet d'énoncer des conditions uniformes qui permettent aux parties de contracter électroniquement sans courir le risque de voir l'une ou l'autre invoquer par la suite la nature électronique du contrat pour en contester la validité.

B.4 Qui contracte en votre nom?

Bien que la nature des contrats électroniques pose moins de problèmes juridiques qu'on pouvait l'imaginer au départ, les avantages des nouvelles technologies, à savoir la rapidité et la facilité d'utilisation, comportent nécessairement certains risques. Si la conclusion de contrats par voie électronique est facile et rapide, une entreprise pourrait-elle trop facilement se trouver liée par un contrat avant qu'elle soit vraiment disposée à s'engager? Cette question se pose tout particulièrement pour les PME et les entreprises qui ne sont pas habituées à contracter électroniquement.

Cette question en appelle trois autres: 1) qui, dans votre entreprise, peut conclure des contrats par voie électronique? 2) un système électronique peut-il lier votre entreprise par un contrat? et 3) que se passe-t-il en cas d'erreur de manipulation (à savoir lorsqu'une partie commet une erreur pendant le processus de conclusion du contrat)?

Pouvoir de contracter par voie électronique

Une entreprise ne peut se lier par un contrat sans l'aide d'une personne physique qui s'exprime en son nom et chaque entreprise a ses propres règles internes pour déterminer qui, de ses dirigeants ou employés, a le pouvoir de la lier envers des tiers.

Il faut toutefois savoir:

i] que, dans de nombreux systèmes juridiques, une entreprise peut être liée envers un cocontractant s'il *semble* à ce dernier qu'un des dirigeants ou employés de l'entreprise agissant en son nom a le pouvoir de le faire, même si les règles internes ne lui confèrent *en fait* pas un tel pouvoir; et

ii] que c'est la loi applicable en matière de représentation qui tranche la question de savoir si un pouvoir *apparent* est ou non suffisant pour lier l'entreprise.

La facilité avec laquelle des personnes physiques peuvent conclure des contrats électroniquement accroît de ce fait le risque pour une entreprise de se trouver liée par un contrat suite à un acte d'un de ses dirigeants ou employés qui outrepasse ses pouvoirs. Dans un sens, ce risque existe également dans un environnement papier puisqu'un employé peut aussi utiliser sans y être autorisé l'en-tête du papier à lettre de l'entreprise et abuser de son pouvoir en concluant un contrat au nom de cette dernière. Toutefois, il peut être plus facile d'utiliser un clavier à des fins non autorisées et une entreprise aurait tout intérêt, par conséquent, à prendre les précautions suivantes:

a] rappeler régulièrement aux employés leurs droits de signature et expliquer clairement dans les politiques et procédures internes qui est autorisé à conclure un contrat par voie électronique et pour quel montant;

b] rappeler régulièrement aux employés que leurs communications électroniques peuvent créer des droits et des obligations pour l'entreprise et qu'ils devraient en conséquence faire preuve de prudence et prendre conseil en interne avant d'envoyer des courriels pouvant laisser présumer que l'entreprise accepte d'être liée par un contrat particulier.

Conclusion automatisée de contrats par voie électronique

La technologie actuelle permet aux entreprises de communiquer entre elles électroniquement, l'homme n'intervenant que peu, voire pas du tout, dans chaque opération. Ce mode d'interaction est parfois appelé "conclusion automatisée des contrats". Nous sommes habitués depuis longtemps à la passation de contrats à l'aide de machines (par exemple, de distributeurs automatiques). "La conclusion automatisée des contrats" va plus loin en ce que *les deux* cocontractants utilisent des machines, par exemple dans les arrangements d'approvisionnement en flux tendus.

Là encore, l'idée qu'il est plus risqué de conclure des contrats par voie électronique que dans un environnement physique n'est probablement pas conforme à la réalité, puisque les ordinateurs peuvent être protégés contre des opérations non programmées (ou "non autorisées") grâce à une programmation soignée et professionnelle, qui peut être approuvée et modifiée uniquement par des dirigeants et des employés d'un niveau de responsabilité, d'autorité et de compétence suffisamment élevé.

Conclusion involontaire de contrats par voie électronique

Les mesures décrites ci-dessus devraient protéger autant contre la conclusion involontaire de contrats par voie électronique (par exemple lorsqu'un utilisateur, voire une machine, actionne la touche "confirmation" par erreur) que contre la passation non autorisée de tels contrats. Une certaine prudence est toujours un antidote utile contre le risque d'avoir la main trop leste sur le clavier ou la souris.

On ne saurait trop souligner l'importance d'une conception soignée des sites Web à cet égard. Les sites ambigus ou confus sont des pièges pour les utilisateurs imprudents. Les entreprises souhaitant tirer parti des avantages qu'offre la conclusion de contrats par voie électronique doivent concevoir leur site Web de

sorte que les termes qui y sont employés soient clairs pour l'utilisateur lorsque celui-ci est sur le point de contracter. Des termes dépourvus d'ambiguïté et à connotation juridique (tels que "offre" et "acceptation") aident à avertir les utilisateurs qu'ils sont sur le point de s'engager et qu'ils devraient par conséquent se demander s'ils ont vraiment l'intention de se lier par contrat. On peut par exemple envisager d'intégrer dans un site Web une étape finale indiquant au cocontractant qu'il va s'engager en lui demandant de cliquer sur une touche "j'accepte" avant de conclure le contrat.

B.5 Avec qui le contrat est-il conclu?

S'il est important d'informer les dirigeants et les employés de l'entreprise sur les questions d'habilitation, il est encore plus important de leur faire prendre conscience de la nécessité d'identifier le cocontractant avec qui ils sont apparemment en communication. Lors d'une passation de contrat par voie électronique, qui s'effectue fréquemment entre différents pays et fuseaux horaires, les employés sont parfois moins au fait des moyens d'identifier le cocontractant. De plus, les sites Web peuvent faire l'objet d'attaques de mystification (*spoofing*) et les adresses électroniques peuvent être usurpées.

Une fois encore, il importe de ne pas exagérer les risques car il faut aussi faire preuve de sens commun dans un environnement papier pour identifier la partie dont semble émaner une lettre à en-tête. Il est vrai, cependant, que la facilité et la rapidité de la passation de contrats par voie électronique peuvent donner aux employés de l'entreprise une impression abusive de sécurité. Il est donc souvent utile de prendre les précautions suivantes:

a] expliquer aux employés autorisés à contracter par voie électronique les techniques élémentaires de vérification de l'authenticité des courriels, par exemple prendre contact avec l'autre partie par d'autres moyens, vérifier les coordonnées sur d'autres supports, vérifier une signature électronique, etc.;

b] mettre en place des procédures d'authentification reconnues, telles que des formats spécifiés, des termes identifiants, des adresses électroniques à usage spécifique, le chiffrement et les signatures électroniques.

Il est évident que la nature et l'étendue des procédures à mettre en place dans ce domaine différeront selon les ressources et les compétences techniques disponibles, le niveau de risque auquel les parties sont exposées ainsi que le volume et les types de transaction conclues.

B.6 Élaboration d'un contrat électronique

Lors de l'examen des limites des **Clauses 2004 de la CCI**, à la section B.3, nous avons vu que ces clauses ne constituent pas en elles-mêmes des clauses contractuelles pour l'opération que les parties entendent conclure; elles facilitent simplement cette conclusion par des moyens électroniques. Une fois qu'elles sont convenues de contracter électroniquement, les parties doivent déterminer quelles opérations elles souhaitent effectivement réaliser et à quelles conditions. En fait, elles font la même chose que dans un environnement papier: ayant décidé de faire affaire, par exemple après s'être rencontrées plusieurs fois et avoir finalement échangé des documents papier signés, elles rédigeront un contrat qui stipulera les conditions, les droits et les obligations, par lesquels elles souhaitent être liées.

Toutes ces clauses seront, dans certains cas, contenues dans un contrat unique rédigé sur mesure et, dans d'autres, dans un contrat type destiné à être utilisé fréquemment.

De même, dans un environnement électronique, les entreprises devront s'interroger sur la manière d'énoncer les clauses qu'elles sont susceptibles d'utiliser de manière habituelle, de rédiger celles qui différeront d'un contrat à l'autre et de "construire" un support électronique ou un site Web permettant d'utiliser les deux. Le niveau de précision variera d'une entreprise à l'autre, en fonction évidemment des ressources disponibles mais également de la nature ponctuelle ou habituelle des opérations de ces entreprises. Celles-ci tireront d'autant mieux parti de la rapidité et des économies promises par les nouvelles technologies qu'elles feront preuve de soin et d'attention au tout début de la conception des sites Web, des logiciels et des processus administratifs qui influent sur la conclusion des contrats électroniques.

Sont énumérés ci-après un certain nombre d'éléments que l'on s'attend normalement à trouver dans la plupart des contrats électroniques bien rédigés, que ce soit sur un site Web ou dans une série de messages électroniques:

- identité (dénomination sociale) et emplacement géographique applicable de l'entreprise;
- numéros d'immatriculation ou d'identification de l'entreprise;
- coordonnées du représentant désigné de l'entreprise (notamment adresse postale, adresse électronique, numéro de téléphone et numéro de fax);
- coordonnées similaires de tous agents employés;
- langue(s) de l'accord et de toutes informations connexes, et langue(s) dans laquelle ou lesquelles les communications concernant le contrat doivent avoir lieu;
- allocation des coûts de communication avec indication du taux de calcul choisi (taux de base ou autre);
- durée de validité de l'offre ou du prix;
- s'il y a lieu, durée minimale du contrat dans le cas de contrats de fourniture de produits ou de services devant être exécutés de manière permanente ou répétée;
- description des principales caractéristiques des marchandises ou services à fournir;
- prix des marchandises ou des services, toutes taxes comprises;
- modalités et coûts de livraison, avec indication, le cas échéant, de l'Incoterm sélectionné;
- modalités de paiement;
- conditions, garanties, services après-vente, recours et réparation, par exemple politique en matière de renvoi et/ou de remboursement, possibilités de rétractation ou de résiliation, renvoi, échange, dommages-intérêts, etc.;
- restrictions, limites ou conditions d'achat, restrictions géographiques ou délais, instructions concernant l'utilisation du produit ou du service, notamment mises en garde concernant la sécurité et la santé;
- confidentialité des informations échangées entre les parties et responsabilité en cas de violation de cette confidentialité;
- paramètres techniques/de sécurité des communications/échanges;
- moyens de vérifier les déclarations concernant l'appartenance à toute association ou organisme d'autoréglementation;
- loi applicable et juridiction compétente;

- mode alternatif de règlement des litiges.

Une des différences pratiques entre la conclusion de contrats sur papier et par voie électronique est que le support électronique est aussi le message. Par exemple, un site Web est autant un moyen de conclure des contrats qu'un outil de commercialisation. Par conséquent, les informations énumérées ci-dessus doivent être conçues et présentées de manière professionnelle et claire afin d'être faciles à utiliser. Lors de la conception d'un site Web ou d'autres mécanismes pour la conclusion de contrats par voie électronique, il est utile de tenir compte des principes suivants:

a] *faire en sorte que l'information soit facile à trouver*: les utilisateurs d'un site Web ou d'un service électronique devraient être en mesure de trouver et de consulter aisément les termes juridiques importants sans avoir à parcourir l'intégralité du contrat à chaque recherche;

b] *faire en sorte que les clauses liées entre elles soient regroupées en un seul lieu électronique et logiquement structurées*: il est à noter, par exemple, que les éléments énumérés ci-dessus ont été regroupés en familles apparentées, ce qui permet à l'utilisateur de se faire plus facilement une idée générale de ses droits et obligations dans différents domaines du contrat;

c] *faire en sorte que le site Web contienne dès le début un plan permettant de naviguer facilement dans le contrat et le processus de conclusion du contrat*: la page d'accueil du site, ou une page qui en soit le plus près possible, devrait contenir la structure globale du contrat avec des hyperliens qui renvoient facilement vers différentes parties et permettent ainsi de trouver aisément des clauses particulières.

B.7 Spécifications techniques

Lors de l'élaboration d'un site Web ou d'autres mécanismes pour la conclusion de contrats par voie électronique, il est utile de prendre en considération un certain nombre d'aspects techniques concernant le format des documents, par exemple la taille, la stabilité, l'intégrité et la reproductibilité d'un fichier:

a] La taille d'un fichier est un facteur important tant pour la transmission que pour l'archivage. Si le format du fichier surcharge considérablement la mémoire, il faudra alors tenir compte de l'impact que cette surcharge peut avoir sur la transmission (bande passante) et sur l'archivage. Cela peut être le cas lorsque des fichiers images sont utilisés pour saisir l'image d'un document;

b] Les fichiers images se caractérisent par un format et une apparence stables. Pour d'autres types de fichiers (issus de logiciels de traitement de texte), une utilisation de différentes versions du programme pour créer et consulter ou visualiser un document peut entraîner une modification ou une altération des formats. Les questions de compatibilité ascendante revêtent ici la plus grande importance de même que la question de savoir si le programme et le format du support continuent d'être pris en charge;

c] Il est possible que pour des raisons juridiques, fiscales ou commerciales vous deviez conserver des contrats électroniques pendant un certain temps. Les facteurs à prendre en compte dans cette optique sont les suivants: stabilité du

format, preuve de l'intégrité du document et de son formatage et aptitude à reproduire les deux. De nouvelles feuilles de style XML et d'autres nouveautés technologiques peuvent aider à résoudre ces problèmes. Toutefois, là encore, les parties doivent déterminer si ces technologies sont applicables à une situation particulière et si elles peuvent les utiliser et les prendre en charge. En raison de la plus grande complexité des techniques, un certain nombre de tiers mettent au point des solutions d'hébergement et de stockage/archivage pour aider les entreprises à répondre à ces nouvelles exigences. L'imagerie de documents et la signature numérique de documents ou d'images sont également utilisées.

B.8 Protection de la confidentialité

L'information c'est le pouvoir. Ce vieil adage acquiert une importance particulière dans la conclusion de contrats par voie électronique. Souvent, les informations sont commercialement sensibles ou leur utilisation est limitée par la loi, par exemple lorsqu'elles permettent d'identifier une personne, et elles exigent donc un traitement confidentiel. Toutefois, l'environnement électronique dans lequel elles se trouvent est librement accessible et, probablement, plus vulnérable que la normale. Lors de la conception d'une application pour la passation électronique de contrats, telle qu'un site Web, il importe en conséquence d'examiner soigneusement les questions de confidentialité.

Premièrement, ce sont les dirigeants de l'entreprise qui devront décider, au stade de la conception:

a] quelles informations devront être affichées sur le site Web;

b] quelles informations devront être demandées aux cocontractants;

c] si les informations devront être librement accessibles sur le site Web ou si leur accès sera limité et, dans ce cas, comment il sera restreint et contrôlé.

Ces décisions devront s'appliquer non seulement aux informations transmises et reçues au moment de la formation du contrat, mais également aux informations transmises et reçues pendant la durée de ce contrat.

Deuxièmement, il importe d'avertir les dirigeants et les employés de l'entreprise de la responsabilité que cette dernière, ses partenaires et ses clients pourraient être contraints à assumer si les informations étaient diffusées sans autorisation. De plus, cette responsabilité peut, dans certains cas, être régie (et quantifiée) non pas par la loi applicable au contrat mais par la loi d'un autre pays. Les entreprises seraient par conséquent avisées d'établir des procédures internes claires restreignant la diffusion d'informations affichées et acquises par l'intermédiaire d'une application de passation électronique de contrats.

Troisièmement, le contrat lui-même doit aborder les questions de confidentialité et de responsabilité en cas de violation de cette dernière. Il n'existe pas de clause type qui protège les informations de manière appropriée: les clauses de confidentialité doivent être adaptées à la nature et à l'importance des informations ainsi qu'au cadre juridique dans lequel les parties exercent leur activité. Toutefois, lors de la rédaction d'une clause de confidentialité appropriée, il peut être utile de se poser les questions suivantes:

a] Quel type d'information vise le contrat? sensible, confidentielle, donnant des coordonnées, d'importance critique?

b] Quelles sont vos exigences de sécurité pour les informations en question et le contrat crée-t-il les obligations équivalentes pour protéger ces informations?

c] Les informations émanent-elles d'un tiers et, dans l'affirmative, des obligations ont-elles été contractées envers ce tiers?

d] Des mesures de protection appropriées sont-elles prévues pour le cas où des droits de propriété intellectuelle ou des secrets commerciaux seraient en jeu?

e] Ces informations sont-elles soumises à des dispositions légales particulières ou leur transfert est-il soumis à des restrictions dans le pays de l'une ou l'autre partie; dans l'affirmative, avez-vous respecté ces dispositions et restrictions?

B.9 Défaillances techniques et gestion des risques

Le monde de l'entreprise gère les risques depuis longtemps, en associant judicieusement évaluation, atténuation lorsque cela est possible, couverture par indemnisation ou assurance, et détermination des risques acceptables. Ce processus complexe est bien antérieur à l'ère de l'électronique. S'il est important de reconnaître les dangers propres aux nouvelles technologies, il ne faut pas pour autant les exagérer ou penser qu'ils ne peuvent être gérés suivant le processus qui permet depuis longtemps au commerce de prospérer en faisant face aux circonstances et en en tirant parti.

En règle générale, les décisions concernant les risques et leur atténuation doivent être prises par les hauts responsables de l'entreprise. Par ailleurs, les risques liés aux technologies de l'information et des communications doivent être intégrés dans l'évaluation globale des risques de l'entreprise afin de leur accorder un rang de priorité approprié. Lors d'une telle évaluation, il serait utile de se pencher attentivement sur les questions suivantes:

- À quels risques l'entreprise s'expose-t-elle en utilisant telle ou telle technologie? Qu'adviendrait-il, par exemple, si certaines informations étaient perdues, endommagées ou révélées, tant du point de vue de la responsabilité envers les cocontractants que de la mauvaise publicité ainsi engendrée?
- Parmi ces risques, lesquels peuvent être acceptables?
- Parmi ces risques, lesquels semblent inévitables?
- Quelles mesures peuvent être prises – d'ordre technique, procédural ou contractuel ou assurance – pour réduire les risques au minimum? Il faudrait envisager des mesures relativement simples comme l'exigence d'un accusé de réception pour éviter qu'une transmission échoue.
- Combien coûtent ces mesures?
- Certains risques ou le préjudice pouvant en découler sont-ils si minimes que les dépenses qu'entraîneraient des mesures de protection ne se justifient pas?

Ce sont les hauts responsables de l'entreprise qui doivent se poser ces questions et y trouver une réponse avec l'aide d'employés bien équipés et formés non seulement aux techniques électroniques mais également à l'évaluation des risques. En outre, les décisions et leurs motifs doivent être consignés et revus régulièrement.

F. Note du Secrétariat concernant le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux

(A/CN.9/577 et Add.1) [Original: anglais]

A/CN.9/577

1. Le Groupe de travail IV (Commerce électronique) a entamé ses délibérations sur les contrats électroniques à sa trente-neuvième session (New York, 11-15 mars 2002). Ayant achevé ses travaux à sa quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004), il a prié le secrétariat de communiquer la version révisée du projet de convention aux gouvernements pour observations, en vue de l'examen et de l'adoption du projet par la Commission à sa trente-huitième session en 2005.

2. À la suite de consultations avec le Président de la trente-septième session de la Commission et le Président de la quarante-quatrième session du Groupe de travail IV (Commerce électronique), la quarante-cinquième session du Groupe de travail, qui devait se tenir à New York du 11 au 15 avril 2005, a été annulée. La trente-huitième session de la Commission se tiendra à Vienne du 4 au 15 juillet 2005 et non du 4 au 22 juillet 2005 comme on le prévoyait initialement. Il est proposé que la Commission examine le projet de convention et en établisse le texte final entre le 4 et le 11 juillet 2005.

3. Le secrétariat serait reconnaissant aux États de bien vouloir soumettre des observations concises sur des dispositions particulières du projet de convention. Il se réserve le droit de résumer au besoin les observations reçues des gouvernements pour respecter les limites fixées par l'Assemblée générale pour la longueur des documents.

4. On trouvera à l'annexe I de la présente note la nouvelle version révisée du projet de convention, qui contient les articles adoptés par le Groupe de travail à sa quarante-quatrième session, ainsi que les projets de préambule et de dispositions finales, lesquels ont seulement fait l'objet d'un débat général à cette session (voir par. 32). L'annexe II contient une liste de références aux travaux préparatoires du Groupe de travail.

5. L'additif à la présente note, qui sera publié séparément, contient un résumé des délibérations du Groupe de travail, ainsi que des notes succinctes visant à faciliter l'examen du projet de convention par les États et par la Commission.

ANNEXE I

PROJET DE CONVENTION SUR L'UTILISATION DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX

Les États Parties à la présente Convention[1],

Réaffirmant leur conviction que le commerce international sur la base de l'égalité et des avantages mutuels constitue un élément important susceptible de promouvoir les relations amicales entre les États,

Notant que l'usage accru des communications électroniques améliore l'efficacité des activités commerciales, renforce les relations commerciales et offre de nouvelles possibilités de débouchés à des parties et à des marchés auparavant isolés, jouant ainsi un rôle fondamental dans la promotion du commerce et du développement économique, aux niveaux tant national qu'international,

Considérant que les problèmes créés par les incertitudes quant à la valeur juridique de l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux constituent un obstacle au commerce international,

Convaincus que l'adoption de règles uniformes pour éliminer les obstacles à l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux, notamment les obstacles pouvant résulter de l'application des instruments de droit commercial international existants, renforcerait la sécurité juridique et la prévisibilité commerciale pour les contrats internationaux et peut aider les États à accéder aux circuits commerciaux modernes,

Estimant que des règles uniformes devraient respecter la liberté des parties de choisir les supports et technologies appropriés, [en tenant compte de leur interchangeabilité,] dans la mesure où les moyens choisis par celles-ci sont conformes à l'objet des règles de droit applicables en la matière,

Désireux de trouver une solution commune pour lever les obstacles juridiques à l'utilisation des communications électroniques d'une manière qui soit acceptable pour les États dotés de systèmes juridiques, sociaux et économiques différents,

Sont convenus de ce qui suit:

CHAPITRE PREMIER. SPHÈRE D'APPLICATION

Article premier. Champ d'application

1. La présente Convention s'applique à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat[2] entre des parties ayant leur établissement dans des États différents.

---

[1] Le projet de préambule figurait déjà dans la dernière version du projet de convention examinée par le Groupe de travail (A/CN.9/WG.IV/WP.110). À sa quarante-quatrième session, le Groupe de travail a tenu un premier débat sur le projet de préambule mais, faute de temps, il ne l'a pas approuvé formellement.

[2] Le secrétariat propose d'ajouter dans la version anglaise les mots "or agreement" pour aligner le libellé du projet d'article sur celui du projet d'article 19. La Commission souhaitera peut-être

2. Il n'est pas tenu compte du fait que les parties ont leur établissement dans des États différents lorsque ce fait ne ressort ni du contrat, ni de transactions effectuées entre les parties, ni de renseignements donnés par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat.

3. Ni la nationalité des parties, ni le caractère civil ou commercial des parties ou du contrat ne sont pris en considération pour l'application de la présente Convention.

Article 2. Exclusions

1. La présente Convention ne s'applique pas aux communications électroniques qui ont un rapport avec l'un quelconque des éléments suivants:

a) Contrats conclus à des fins personnelles, familiales ou domestiques;

b) i) Opérations sur un marché boursier réglementé; ii) opérations de change; iii) systèmes de paiement interbancaire, accords de paiement interbancaire ou systèmes de compensation et de règlement portant sur des valeurs mobilières ou d'autres instruments ou actifs financiers; iv) transfert de sûretés sur des valeurs mobilières ou d'autres instruments ou actifs financiers détenus auprès d'intermédiaires ou vente, prêt, détention ou convention de rachat de ces valeurs, actifs ou instruments.

2. La présente Convention ne s'applique pas aux lettres de change, aux billets à ordre, aux lettres de transport, aux connaissements, aux récépissés d'entrepôt ni à aucun document ou instrument transférable donnant le droit au porteur ou au bénéficiaire de demander la livraison de marchandises ou le paiement d'une somme d'argent.

Article 3. Autonomie des parties

Les parties peuvent exclure l'application de la présente Convention ou déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets.

CHAPITRE II. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 4. Définitions

Aux fins de la présente Convention:

a) Le terme "communication" désigne toute mention, déclaration, mise en demeure, notification ou demande, y compris une offre et l'acceptation d'une offre, que les parties sont tenues d'adresser ou choisissent d'adresser en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat;

b) Le terme "communication électronique" désigne toute communication que les parties effectuent au moyen de messages de données;

---

déterminer si ces mots devraient être ajoutés dans le projet d'article premier ou s'il faudrait, dans des notes explicatives ou un commentaire relatifs au projet de convention, expliquer le sens que donne la Commission au mot "contrat" dans le projet de convention.

c) Le terme “message de données” désigne l’information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l’échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex ou la télécopie;

d) Le terme “expéditeur” d’une communication électronique désigne la partie par laquelle, ou au nom de laquelle, la communication électronique a été envoyée ou créée avant d’avoir été éventuellement conservée, mais non la partie qui agit en tant qu’intermédiaire pour cette communication électronique;

e) Le terme “destinataire” d’une communication électronique désigne la partie qui, dans l’intention de l’expéditeur, est censée recevoir la communication électronique, mais non la partie qui agit en tant qu’intermédiaire pour cette communication;

f) Le terme “système d’information” désigne un système utilisé pour créer, envoyer, recevoir, conserver ou traiter de toute autre manière des messages de données;

g) Le terme “système de messagerie automatisé” désigne un programme informatique, un moyen électronique ou un autre moyen automatisé utilisé pour entreprendre une action ou répondre à des messages de données ou à des opérations en tout ou en partie, sans qu’une personne ait à procéder à un examen ou à intervenir chaque fois qu’une action est entreprise ou qu’une réponse est produite par le système;

h) Le terme “établissement” désigne tout lieu où une partie dispose d’une installation non transitoire pour mener une activité économique autre que la fourniture temporaire de biens ou de services à partir d’un lieu déterminé.

Article 5. Interprétation

1. Pour l’interprétation de la présente Convention, il est 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.

2. Les questions concernant les matières régies par la présente Convention qui ne sont pas expressément tranchées par elle sont réglées selon les principes généraux dont elle s’inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé.

Article 6. Lieu de situation des parties

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. Si une partie n’a pas indiqué d’établissement et a plus d’un établissement, alors [, sous réserve du paragraphe 1 du présent article,][3]

[3] La Commission souhaitera peut-être déterminer si la référence au paragraphe 1, que le

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, eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat.

3. Si une personne physique n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

4. Un lieu n'est 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 rapport 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 associée à un pays particulier ne constitue pas une présomption que son établissement est situé dans ce pays.

Article 7. Obligations d'information

Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidence sur l'application d'aucune règle de droit qui peut obliger les parties à communiquer leur identité, leur établissement ou toute autre information, ni n'exonère une partie des conséquences juridiques auxquelles elle s'exposerait en faisant des déclarations inexactes ou fausses à cet égard.

CHAPITRE III. UTILISATION DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX

Article 8. Reconnaissance juridique des communications électroniques

1. La validité ou la force exécutoire d'une communication ou d'un contrat ne sont pas déniées au seul motif que cette communication ou ce contrat est sous forme de communication électronique[4].

2. Aucune disposition de la présente Convention n'oblige une partie à utiliser ou à accepter des communications électroniques, mais le fait qu'elle y consent peut être déduit de son comportement.

Article 9. Conditions de forme

1. Aucune disposition de la présente Convention n'exige qu'une communication ou un contrat soit établi ou constaté sous quelque forme particulière que ce soit.

2. Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit sous forme écrite, ou prévoit des conséquences en l'absence d'un écrit, une communication

---

secrétariat a mise entre crochets, est encore nécessaire dans la version actuelle du projet de paragraphe 2 qui, contrairement aux versions précédentes, ne s'applique que lorsqu'une partie n'a pas indiqué d'établissement conformément au projet de paragraphe 1.

[4] La Commission souhaitera peut-être déterminer si, pour des raisons de clarté, il faudrait employer les mots "ou résulte de l'échange de communications électroniques" à la fin du présent paragraphe.

électronique satisfait à cette exigence si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement.

3. Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit signé par une partie, ou prévoit des conséquences en l'absence d'une signature, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique:

a) Si une méthode est utilisée pour identifier la partie et pour indiquer que celle-ci approuve l'information contenue dans la communication électronique; et

b) Si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel la communication électronique a été créée ou adressée, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière.

4. Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit présenté ou conservé sous sa forme originale, ou prévoit des conséquences en l'absence d'un original, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique:

a) S'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information qu'elle contient à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive, en tant que communication électronique ou autre; et

b) Si, lorsqu'il est exigé que l'information qu'elle contient soit présentée, cette information peut être montrée à la personne à laquelle elle doit être présentée.

5. Aux fins de l'alinéa a) du paragraphe 4:

a) L'intégrité de l'information s'apprécie en déterminant si celle-ci est restée complète et n'a pas été altérée, exception faite de l'ajout de tout endossement et de toute modification intervenant dans le cours normal de la communication, de la conservation et de l'exposition; et

b) Le niveau de fiabilité requis s'apprécie au regard de l'objet pour lequel l'information a été créée et à la lumière de toutes les circonstances y relatives.

[6. Les paragraphes 4 et 5 ne s'appliquent pas lorsqu'une règle de droit ou la convention entre les parties exige qu'une partie présente certains documents originaux pour demander le paiement au titre d'une lettre de crédit, d'une garantie bancaire ou d'un instrument similaire.][5]

Article 10. Moment et lieu de l'expédition et de la réception de communications électroniques

1. Le moment de l'expédition d'une communication électronique est le moment où cette communication quitte un système d'information dépendant de l'expéditeur ou de la partie qui l'a envoyée au nom de l'expéditeur ou, si la communication électronique n'a pas quitté un système d'information dépendant de

[5] Le présent paragraphe est entre crochets parce que le Groupe de travail n'a pu, faute de temps, finir de l'examiner à sa quarante-quatrième session. Il a été proposé comme autre solution que le projet de convention donne aux États la possibilité d'exclure l'application des paragraphes 4 et 5 du projet d'article 9 par des déclarations faites au titre du projet d'article 18 (A/CN.9/571, par. 138).

l'expéditeur ou de la partie qui l'a envoyée au nom de l'expéditeur, le moment où elle est reçue.

2. Le moment de la réception d'une communication électronique est le moment où cette communication peut être relevée par le destinataire à une adresse électronique que celui-ci a désignée. Le moment de la réception d'une communication électronique à une autre adresse électronique du destinataire est le moment où cette communication peut être relevée par le destinataire à cette adresse et où celui-ci prend connaissance du fait qu'elle a été envoyée à cette adresse. Une communication électronique est présumée pouvoir être relevée par le destinataire lorsqu'elle parvient à l'adresse électronique de celui-ci.

3. Une communication électronique est réputée avoir été expédiée du lieu où l'expéditeur a son établissement et avoir été reçue au lieu où le destinataire a son établissement, tels que déterminés conformément à l'article 6.

4. Le paragraphe 2 du présent article s'applique même si le lieu où est situé le système d'information supportant l'adresse électronique est différent du lieu où la communication électronique est réputée avoir été reçue selon le paragraphe 3 du présent article.

Article 11. Invitations à l'offre

Une proposition de conclure un contrat faite par l'intermédiaire d'une ou plusieurs communications électroniques qui n'est pas adressée à une ou plusieurs parties déterminées mais qui est normalement accessible à des parties utilisant des systèmes d'information, y compris des propositions qui utilisent des applications interactives permettant de passer des commandes par l'intermédiaire de ces systèmes d'information, doit être considérée comme une invitation à l'offre, à moins qu'elle n'indique clairement l'intention de la partie faisant la proposition d'être liée en cas d'acceptation.

Article 12. Utilisation de systèmes de messagerie automatisés pour la formation des contrats

La validité ou la force exécutoire d'un contrat formé par l'interaction d'un système de messagerie automatisé et d'une personne physique ou par l'interaction de systèmes de messagerie automatisés ne sont pas déniées au seul motif qu'aucune personne physique n'a examiné chacune des actions exécutées par les systèmes ni le contrat qui en résulte.

Article 13. Mise à disposition des clauses contractuelles

Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidence sur l'application d'aucune règle de droit pouvant obliger une partie qui négocie tout ou partie des clauses d'un contrat en échangeant des communications électroniques à mettre à la disposition de l'autre partie les communications électroniques contenant les clauses contractuelles d'une manière particulière, ni n'exonère une partie des conséquences juridiques auxquelles elle s'exposerait en ne le faisant pas.

Article 14. Erreur dans les communications électroniques

1. Lorsqu'une personne physique commet une erreur de saisie dans une communication électronique échangée avec le système de messagerie automatisé d'une autre partie et que le système de messagerie automatisé ne lui donne pas la possibilité de corriger l'erreur, cette personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, a le droit de retirer la communication électronique dans laquelle l'erreur de saisie a été commise si:

a) La personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, avise l'autre partie de l'erreur aussitôt que possible après en avoir pris connaissance et lui signale qu'elle a commis une erreur dans la communication électronique;

b) La personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, prend des mesures raisonnables, notamment des mesures conformes aux instructions de l'autre partie, pour rendre les biens ou services éventuellement reçus à la suite de l'erreur ou, si elle a reçu pour instruction de le faire, pour détruire ces biens ou ces services; et

c) La personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, n'a pas tiré d'avantage matériel ou de contrepartie des biens ou services éventuellement reçus de l'autre partie ni utilisé un tel avantage ou une telle contrepartie.

2. Aucune disposition du présent article n'a d'incidence sur l'application d'aucune règle de droit qui peut régir les conséquences de toute erreur commise pendant la formation ou l'exécution du type de contrat en question autre qu'une erreur de saisie qui se produit dans les circonstances prévues au paragraphe 1.

CHAPITRE IV. DISPOSITIONS FINALES[6]

Article 15. Dépositaire

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies est désigné comme dépositaire de la présente Convention.

Article 16. Signature, ratification, acceptation ou approbation

1. La présente Convention est ouverte à la signature de tous les États [au […] du […] au […] puis] au Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York du […] au […].

---

[6] Les projets d'articles 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 (variante A), 23 et 25 figuraient déjà dans la dernière version du projet de convention examinée par le Groupe de travail (A/CN.9/WG.IV/WP.110). Les projets d'article 16 *bis*, 19 *bis*, 22 (variante B) et 24 tiennent compte de propositions visant à ajouter de nouvelles dispositions faites à la quarante-quatrième session du Groupe de travail. À cette session, le Groupe de travail a examiné et adopté les projets d'articles 18 et 19. Il a également tenu un premier débat sur les autres dispositions finales, qu'il n'a pu formellement approuver, faute de temps. À la lumière des délibérations sur les chapitres Ier, II et III, et les articles 18 et 19, le Groupe de travail a prié le secrétariat de modifier en conséquence le projet de dispositions finales au chapitre IV, tel qu'il figure dans la version du projet de convention qu'il a examinée. Il a également prié le secrétariat d'insérer entre crochets, dans le projet final qui sera soumis à la Commission, les projets de dispositions additionnelles qui avaient été proposés à sa quarante-quatrième session (A/CN.9/571, par. 10).

2. La présente Convention est sujette à ratification, acceptation ou approbation par les États signataires.

3. La présente Convention est ouverte à l'adhésion de tous les États qui ne sont pas signataires à partir de la date à laquelle elle est ouverte à la signature.

4. Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion sont déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

[*Article 16* bis. *Participation d'organisations régionales d'intégration économique*[7]

1. Une organisation régionale d'intégration économique constituée par des États souverains et ayant compétence sur certaines matières régies par la présente Convention peut elle aussi signer, ratifier, accepter et approuver la présente Convention ou y adhérer. En pareil cas, l'organisation régionale d'intégration économique aura les mêmes droits et obligations qu'un État contractant, dans la mesure où cette organisation a compétence sur des matières régies par la présente Convention. Lorsque le nombre d'États contractants est pertinent dans la présente Convention, l'organisation régionale d'intégration économique n'est pas comptée comme État contractant en plus de ses États membres qui sont des États contractants.

2. Au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, l'organisation régionale d'intégration économique présente au dépositaire une déclaration indiquant les matières régies par la présente Convention pour lesquelles ses États membres ont délégué leur compétence à cette organisation. L'organisation régionale d'intégration économique informe sans retard le dépositaire de toute modification intervenue dans la délégation de compétence, y compris de nouvelles délégations de compétence, précisée dans la déclaration faite en vertu du présent paragraphe.

3. Toute référence à "État contractant", "États contractants", "État partie" ou "États parties" dans la présente Convention s'applique également à une organisation régionale d'intégration économique, lorsque le contexte requiert qu'il en soit ainsi.]

Article 17. Effet dans les unités territoriales nationales

1. Si un État contractant comprend deux unités territoriales ou plus dans lesquelles[8] des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la

---

[7] Ce projet d'article ne figurait pas dans la dernière version du projet de convention examinée par le Groupe de travail (A/CN.9/WG.IV/WP.110). Il prend en compte la proposition faite par l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Croatie, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, la France, l'Italie, la Suède, la République tchèque et la Commission européenne à la quarante-quatrième session du Groupe de travail (A/CN.9/WG.IV/XLIV/CRP.3).

[8] La formulation de ce projet d'article est inspirée de celle de dispositions semblables figurant dans d'autres instruments élaborés par la CNUDCI. Toutefois, les mots "selon sa constitution" qui suivaient les mots "deux unités territoriales ou plus dans lesquelles" dans la précédente version du projet de convention (A/CN.9/WG.IV/WP.110) ont été supprimés, car on a estimé que ces mots, en particulier lorsqu'ils étaient lus de façon restrictive, constituaient une source d'insécurité dans la pratique, car il se pouvait que les fondements juridiques de l'existence de

présente Convention, il peut, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou uniquement à l'une ou plusieurs d'entre elles et peut à tout moment modifier sa déclaration en faisant une nouvelle déclaration.

2. Ces déclarations sont notifiées au dépositaire et désignent expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

3. Si, en vertu d'une déclaration faite conformément au présent article, la présente Convention s'applique à l'une ou plusieurs des unités territoriales d'un État contractant, mais non pas à toutes, et si l'établissement d'une partie est situé dans cet État, cet établissement est considéré, aux fins de la présente Convention, comme n'étant pas situé dans un État contractant, à moins qu'il ne soit situé dans une unité territoriale à laquelle la Convention s'applique.

4. Si un État contractant ne fait pas de déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article, la Convention s'applique à toutes les unités territoriales de cet État.

Article 18. Déclarations concernant le champ d'application

1. Tout État peut déclarer, conformément à l'article 20, qu'il appliquera la présente Convention uniquement:

a) Lorsque les États visés au paragraphe 1 de l'article premier sont des États contractants à la présente Convention;

b) Lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant; ou

c) Lorsque les parties sont convenues qu'elle s'applique.

2. Tout État peut exclure du champ d'application de la présente Convention les matières spécifiées dans une déclaration faite conformément à l'article 20.

Article 19. Communications échangées conformément à d'autres conventions internationales

1. Les dispositions de la présente Convention s'appliquent à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat auquel s'applique l'une quelconque des conventions internationales ci-après dont un État contractant à la présente Convention est un État contractant ou peut le devenir:

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958);

Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 14 juin 1974) et Protocole y relatif (Vienne, 11 avril 1980);

---

différents systèmes de droit dans des unités territoriales relevant d'un même État ne découlent pas toujours des dispositions d'une constitution écrite.

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 11 avril 1980);

Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 19 avril 1991);

Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (New York, 11 décembre 1995);

Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (New York, 12 décembre 2001).

2. Les dispositions de la présente Convention s'appliquent en outre aux communications électroniques se rapportant à la formation ou à l'exécution d'un contrat auquel s'applique une autre convention ou un autre traité ou accord international non expressément mentionné au paragraphe 1 du présent article dont un État contractant à la présente Convention est un État contractant ou peut le devenir, sauf si cet État a déclaré, conformément à l'article 20, qu'il ne sera pas lié par le présent paragraphe.

3. Un État qui fait une déclaration en application du paragraphe 2 du présent article peut également déclarer qu'il appliquera néanmoins les dispositions de la présente Convention à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution de tout contrat auquel s'applique une convention, un traité ou un accord international spécifié dont cet État est un État contractant ou peut le devenir.

4. Tout État peut déclarer qu'il n'appliquera pas les dispositions de la présente Convention à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat auquel s'applique une convention, un traité ou un accord international qu'il a spécifié dans sa déclaration et dont il est un État contractant ou peut le devenir, y compris l'une quelconque des conventions mentionnées au paragraphe 1 du présent article, même s'il n'a pas exclu l'application du paragraphe 2 du présent article dans une déclaration faite conformément à l'article 20.

[*Article 19* bis. *Procédure d'amendement du paragraphe 1 de l'article 19*[9]

1. La liste d'instruments figurant au paragraphe 1 de l'article 19 peut être modifiée par l'ajout [d'autres conventions élaborées par la CNUDCI] [de conventions, de traités ou d'accords pertinents] qui sont ouverts à la participation de tous les États.

2. Après l'entrée en vigueur de la présente Convention, tout État partie peut proposer un tel amendement. Toute proposition d'amendement est communiquée par écrit au dépositaire, qui avise tous les États parties des propositions qui réunissent les conditions énoncées au paragraphe 1 et sollicite leur avis au sujet de l'adoption de l'amendement proposé.

---

[9] Ce projet d'article ne figurait pas dans la dernière version du projet de convention examinée par le Groupe de travail (A/CN.9/WG.IV/WP.110). Il prend en compte une proposition faite par la Belgique à la quarante-quatrième session du Groupe de travail (A/CN.9/WG.IV/XLIV/CRP.5).

3. L'amendement proposé est réputé adopté à moins qu'un tiers des États parties ne s'y oppose par écrit dans les 180 jours suivant sa communication.]

Article 20. Procédure et effets des déclarations

1. Des déclarations peuvent être faites à tout moment en vertu du paragraphe 1 de l'article 17, des paragraphes 1 et 2 de l'article 18 et des paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 19. Les déclarations faites lors de la signature sont sujettes à confirmation lors de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation.

2. Les déclarations et leur confirmation sont faites par écrit et formellement notifiées au dépositaire.

3. Les déclarations prennent effet à la date de l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État concerné. Cependant, une déclaration dont le dépositaire reçoit notification formelle après cette date prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date de sa réception par le dépositaire.

4. Tout État qui fait une déclaration en vertu de la présente Convention peut à tout moment la modifier ou la retirer par notification formelle adressée par écrit au dépositaire. La modification ou le retrait prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire.

Article 21. Réserves

Aucune réserve ne peut être faite en vertu de la présente Convention.

Article 22. Amendements

[Variante A[10]

1. Tout État contractant peut proposer des amendements à la présente Convention. Les amendements proposés sont soumis par écrit au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, qui communique la proposition à tous les États parties, en les priant d'indiquer s'ils sont ou non favorables à la tenue d'une conférence des États parties. Si, dans un délai de quatre mois à compter de la date à laquelle cette communication a été faite, un tiers au moins des États Parties sont favorables à la tenue d'une conférence, le Secrétaire général la convoque sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies. Les propositions d'amendement sont communiquées aux États contractants au moins quatre-vingt-dix jours avant la conférence.

2. Les amendements à la présente Convention sont adoptés [par les deux tiers] [à la majorité] des États contractants présents et votants à la conférence des États contractants et entrent en vigueur à l'égard des États qui les ont ratifiés, acceptés ou approuvés le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date à laquelle [les deux tiers] des États contractants au

[10] La variante A de ce projet d'article figurait déjà dans la dernière version du projet de convention examinée par le Groupe de travail (A/CN.9/WG.IV/WP.110).

moment de l'adoption de l'amendement à la conférence des États contractants ont déposé leur instrument d'acceptation de l'amendement.]

[Variante B[11]

1. Le [Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies] [secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international][12] prépare, [chaque année ou] à tout [autre] moment quand les circonstances l'exigent, des rapports à l'intention des États parties concernant la manière dont fonctionne dans la pratique le régime international établi dans la présente Convention.

2. À la demande [d'au moins vingt-cinq pour cent] des États parties, des conférences d'évaluation des États contractants sont organisées de temps à autre par [le Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies] [le secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international] pour examiner:

a) L'application pratique de la présente Convention et la mesure dans laquelle elle facilite effectivement le commerce électronique relevant de son champ d'application;

b) L'interprétation judiciaire et l'application des dispositions de la présente Convention;

c) L'opportunité d'apporter des modifications à la Convention.

3. Tout amendement à la présente Convention doit être approuvé à la majorité des deux tiers au moins des États participant à la conférence visée au paragraphe précédent, et entre ensuite en vigueur à l'égard des États qui ont ratifié ledit amendement, accepté ou approuvé, après sa ratification, son acceptation ou son approbation par trois États conformément aux dispositions de l'article 23 relatives à son entrée en vigueur.]

Article 23. Entrée en vigueur

1. La présente Convention entre en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois après la date du dépôt du […] instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

2. Lorsqu'un État ratifie, accepte ou approuve la présente Convention ou y adhère après le dépôt du […] instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, la présente Convention entre en vigueur à l'égard de

---

[11] La variante B du projet d'article ne figurait pas dans la dernière version du projet de convention examinée par le Groupe de travail (A/CN.9/WG.IV/WP.110). Elle prend en compte une proposition faite par les États-Unis d'Amérique à la quarante-quatrième session du Groupe de travail (A/CN.9/WG.IV/XLIV/CRP.4).

[12] Il pourra être nécessaire de remplacer ces références par "le Secrétaire général des Nations Unies" ou "le dépositaire" afin d'uniformiser la pratique existante des Nations Unies concernant les services administratifs fournis aux États Membres. Le secrétariat étudie actuellement les implications de la formulation proposée et donnera son avis sur cette question à la Commission à sa trente-huitième session (Vienne, 4-15 juillet 2005).

cet État le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois après la date du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

[*Article 24. Règles transitoires*[13]

1. La présente Convention s'applique uniquement aux communications électroniques qui sont échangées après la date à laquelle elle entre en vigueur.

2. Dans les États contractants qui font une déclaration en vertu du paragraphe 1 de l'article 18, la présente Convention s'applique uniquement aux communications électroniques qui sont échangées après la date à laquelle elle entre en vigueur à l'égard des États contractants visés à l'alinéa a) du paragraphe 1 ou de l'État contractant visé à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 18.

3. La présente Convention s'applique uniquement aux communications électroniques visées au paragraphe 1 de l'article 19, après la date à laquelle la convention applicable, parmi celles énumérées au paragraphe 1 de l'article 19, est entrée en vigueur dans l'État contractant.

4. Lorsqu'un État contractant a fait une déclaration en vertu du paragraphe 3 de l'article 19, la présente Convention s'applique uniquement aux communications électroniques qui sont échangées en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat entrant dans le champ d'application de la déclaration après la date à laquelle celle-ci prend effet conformément au paragraphe 3 ou 4 de l'article 20.

5. Une déclaration faite en vertu du paragraphe 1 ou 2 de l'article 18 ou du paragraphe 2, 3 ou 4 de l'article 19, ou son retrait ou sa modification, ne porte atteinte à aucun droit créé par des communications électroniques qui sont échangées avant la date à laquelle la déclaration prend effet conformément au paragraphe 3 ou 4 de l'article 20.]

Article 25. Dénonciation

1. Un État contractant peut dénoncer la présente Convention par notification formelle adressée par écrit au dépositaire.

2. La dénonciation prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de douze mois à compter de la réception de la notification par le dépositaire. Lorsqu'un délai plus long est spécifié dans la notification, la dénonciation prend effet à l'expiration du délai en question à compter de la réception de la notification par le dépositaire.

FAIT à […], ce […] jour de […] de l'an […], en un seul original, dont les versions anglaise, arabe, chinoise, espagnole, française et russe font également foi.

---

[13] Seul le premier paragraphe du projet d'article figurait dans la dernière version du projet de convention examinée par le Groupe de travail (A/CN.9/WG.IV/WP.110). Sous sa présente forme, le projet d'article intègre une proposition faite par les États-Unis d'Amérique à la quarante-quatrième session du Groupe de travail (A/CN.9/WG.IV/XLIV/CRP.6).

EN FOI DE QUOI, les plénipotentiaires soussignés, à ce dûment autorisés par leurs gouvernements respectifs, ont signé la présente Convention.

ANNEXE II

RÉFÉRENCES AUX TRAVAUX PRÉPARATOIRES DU GROUPE DE TRAVAIL IV (COMMERCE ÉLECTRONIQUE)

Préambule

Quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004)	A/CN.9/571, par. 10
Quarante-troisième session (New York, 15-19 mars 2004)	A/CN.9/548, par. 82

Article premier. Champ d'application

Quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004)	A/CN.9/571, par. 14 à 27
Quarante-troisième session (New York, 15-19 mars 2004)	A/CN.9/548, par. 71 à 97
Quarante et unième session (New York, 5-9 mai 2003)	A/CN.9/528, par. 32 à 48
Quarantième session (Vienne, 14-18 octobre 2002)	A/CN.9/527, par. 73 à 81
Trente-neuvième session (New York, 11-15 mars 2002)	A/CN.9/509, par. 28 à 40

Article 2. Exclusions

Quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004)	A/CN.9/571, par. 59 à 69
Quarante-troisième session (New York, 15-19 mars 2004)	A/CN.9/548, par. 98 à 111; voir également par. 112 à 118
Quarante et unième session (New York, 5-9 mai 2003)	A/CN.9/528, par. 49 à 64; voir également par. 65 à 69 (relatifs à un projet d'article connexe supprimé depuis)
Quarantième session (Vienne, 14-18 octobre 2002)	A/CN.9/527, par. 82 à 98; voir également par. 99 à 104 (relatifs à un projet d'article connexe supprimé depuis)

Article 3. Autonomie des parties

Quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004)	A/CN.9/571, par. 70 à 77
Quarante-troisième session (New York, 15-19 mars 2004)	A/CN.9/548, par. 119 à 124
Quarante et unième session (New York, 5-9 mai 2003)	A/CN.9/528, par. 70 à 75
Quarantième session (Vienne, 14-18 octobre 2002)	A/CN.9/527, par. 105 à 110

Article 4. Définitions

Quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004)	A/CN.9/571, par. 78 à 89
Quarante et unième session (New York, 5-9 mai 2003)	A/CN.9/528, par. 76 et 77
Quarantième session (Vienne, 14-18 octobre 2002)	A/CN.9/527, par. 111 à 122

Article 5. Interprétation

Quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004)	A/CN.9/571, par. 90 et 91
Quarante et unième session (New York, 5-9 mai 2003)	A/CN.9/528, par. 78 à 80
Quarantième session (Vienne, 14-18 octobre 2002)	A/CN.9/527, par. 123 à 126

Article 6. Lieu de situation des parties

Quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004)	A/CN.9/571, par. 92 à 114
Quarante et unième session (New York, 5-9 mai 2003)	A/CN.9/528, par. 81 à 93
Trente-neuvième session (New York, 11-15 mars 2002)	A/CN.9/509, par. 41 à 59

Article 7. Obligations d'information

Quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004)	A/CN.9/571, par. 115 et 116
Quarante-deuxième session (Vienne, 17-21 novembre 2003)	A/CN.9/546, par. 87 à 105 (à l'époque article 11)
Trente-neuvième session (New York, 11-15 mars 2002)	A/CN.9/509, par. 60 à 65

Article 8. Reconnaissance juridique des communications électroniques

Quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004)	A/CN.9/571, par. 117 à 122
Quarante-deuxième session (Vienne, 17-21 novembre 2003)	A/CN.9/546, par. 39 à 45
Quarante et unième session (New York, 5-9 mai 2003)	A/CN.9/528, par. 94 à 108; voir également par. 121 à 131 et par. 117 à 120 (relatifs à des projets d'articles connexes supprimés depuis)
Trente-neuvième session (New York, 11-15 mars 2002)	A/CN.9/509, par. 86 à 92; voir également par. 66 à 73 (relatifs à un projet d'article connexe supprimé depuis)

Article 9. Conditions de forme

Quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004)	A/CN.9/571, par. 123 à 139
Quarante-troisième session (New York, 15-19 mars 2004)	A/CN.9/548, par. 47 à 58
Quarante-deuxième session (Vienne, 17-21 novembre 2003)	A/CN.9/546, par. 46 à 58
Trente-neuvième session (New York, 11-15 mars 2002)	A/CN.9/509, par. 112 à 121

Article 10. Moment et lieu de l'expédition et de la réception de communications électroniques

Quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004)	A/CN.9/571, par. 140 à 166
Quarante-deuxième session (Vienne, 17-21 novembre 2003)	A/CN.9/546, par. 59 à 86
Quarante et unième session (New York, 5-9 mai 2003)	A/CN.9/528, par. 132 à 151
Trente-neuvième session (New York, 11-15 mars 2002)	A/CN.9/509, par. 93 à 98

Article 11. Invitations à l'offre

Quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004)	A/CN.9/571, par. 167 à 172
Quarante-deuxième session (Vienne, 17-21 novembre 2003)	A/CN.9/546, par. 106 à 116
Quarante et unième session (New York, 5-9 mai 2003)	A/CN.9/528, par. 109 à 120
Trente-neuvième session (New York, 11-15 mars 2002)	A/CN.9/509, par. 74 à 85

Article 12. Utilisation de systèmes de messagerie automatisés pour la formation des contrats

Quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004)	A/CN.9/571, par. 173 et 174
Trente-neuvième session (New York, 11-15 mars 2002)	A/CN.9/509, par. 99 à 103

Article 13. Mise à disposition des clauses contractuelles

Quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004)	A/CN.9/571, par. 175 à 181
Quarante-deuxième session (Vienne, 17-21 novembre 2003)	A/CN.9/546, par. 130 à 135
Trente-neuvième session (New York, 11-15 mars 2002)	A/CN.9/509, par. 122 à 125

Article 14. Erreur dans les communications électroniques

Quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004)	A/CN.9/571, par. 182 à 206
Quarante-troisième session (New York, 15-19 mars 2004)	A/CN.9/548, par. 14 à 26
Trente-neuvième session (New York, 11-15 mars 2002)	A/CN.9/509, par. 99 et 104 à 111

Article 15. Dépositaire
Quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004) A/CN.9/571, par. 10

Article 16. Signature, ratification, acceptation ou approbation
Quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004) A/CN.9/571, par. 10

Article 16 bis. *Participation d'organisations régionales d'intégration économique*
Quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004) A/CN.9/571, par. 10

Article 17. Effet dans les unités territoriales nationales
Quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004) A/CN.9/571, par. 10

Article 18. Déclarations concernant le champ d'application
Quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004) A/CN.9/571, par. 28 à 46
Quarante-troisième session (New York, 15-19 mars 2004) A/CN.9/548, par. 27 à 37

Article 19. Communications échangées conformément à d'autres conventions internationales
Quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004) A/CN.9/571, par. 23 à 27 et 47 à 58
Quarante-troisième session (New York, 15-19 mars 2004) A/CN.9/548, par. 38 à 70

Article 19 bis. *Procédure d'amendement du paragraphe 1 de l'article 19*
Quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004) A/CN.9/571, par. 10

Article 20. Procédure et effets des réserves et déclarations
Quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004) A/CN.9/571, par. 10

Article 21. Réserves
Quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004) A/CN.9/571, par. 10

Article 22. Amendements
Quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004) A/CN.9/571, par. 10

Article 23. Entrée en vigueur
Quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004) A/CN.9/571, par. 10

Article 24. Règles transitoires
Quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004) A/CN.9/571, par. 10

Article 25. Dénonciation
Quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004) A/CN.9/571, par. 10

A/CN.9/577/Add.1

Note du Secrétariat concernant le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux: informations générales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-2
II.	Résumé des délibérations du Groupe de travail IV (Commerce électronique)	3-23
III.	Notes relatives aux principales dispositions du projet de convention	24-61

I. Introduction

1. Le Groupe de travail a entamé ses délibérations sur les contrats électroniques à sa trente-neuvième session (New York, 11-15 mars 2002). Les débats qu'il a tenus depuis sont résumés dans les paragraphes 3 à 32 ci-dessous. Ayant achevé ses travaux à sa quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004), le Groupe de travail a prié le secrétariat de communiquer la version révisée du projet de convention aux gouvernements pour observations, en vue de l'examen et de l'adoption du projet par la Commission à sa trente-huitième session, en 2005.

2. L'annexe du document A/CN.9/577 contient la nouvelle version révisée du projet de convention, qui comprend les articles adoptés par le Groupe de travail à sa quarante-quatrième session ainsi que les projets de préambule et de dispositions finales, lesquels ont seulement fait l'objet d'un échange de vues général à cette session (par. 27). Le présent additif comprend un résumé des délibérations pertinentes du Groupe de travail et de la Commission (par. 3 à 27), ainsi que des notes succinctes destinées à faciliter l'examen du projet de convention par les gouvernements (en particulier par ceux qui n'ont pas activement participé aux délibérations du Groupe de travail) et par la Commission (par. 28 à 65).

II. Résumé des délibérations du Groupe de travail

3. À sa trente-troisième session (New York, 17 juin-7 juillet 2000), la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI, ci-après dénommée "la Commission") a procédé à un échange de vues préliminaire sur les travaux futurs proposés dans le domaine du commerce électronique. Trois sujets ont été suggérés: les contrats électroniques, considérés du point de vue de la

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises ("Convention des Nations Unies sur les ventes")[1]; le règlement en ligne des litiges; et la dématérialisation des titres représentatifs, en particulier dans l'industrie des transports.

4. La Commission a favorablement accueilli ces suggestions. Elle est convenue d'une manière générale que, lorsqu'il aurait achevé l'élaboration de la Loi type sur les signatures électroniques, le Groupe de travail devrait examiner, à sa trente-huitième session, une partie ou la totalité des sujets susmentionnés, ainsi que tout autre sujet supplémentaire, afin de lui présenter à sa trente-quatrième session en 2001, des propositions plus précises sur les travaux qu'elle pourrait entreprendre dans l'avenir. Il a été convenu que le Groupe de travail pourrait être amené à étudier plusieurs sujets en parallèle et à procéder à un examen préliminaire de la teneur d'éventuelles règles uniformes sur certains aspects des sujets susmentionnés[2].

5. Le Groupe de travail a examiné ces suggestions à sa trente-huitième session (New York, 12-23 mars 2001) sur la base d'une série de notes concernant une éventuelle convention destinée à éliminer les obstacles au commerce électronique dans les conventions internationales existantes (A/CN.9/WG.IV/WP.89), la dématérialisation des titres représentatifs (A/CN.9/WG.IV/WP.90), et les contrats électroniques (A/CN.9/WG.IV/WP.91). Le Groupe de travail a eu des discussions approfondies sur les questions concernant les contrats électroniques (A/CN.9/484, par. 94 à 127). Il a conclu ses délibérations en recommandant à la Commission de commencer à titre prioritaire les travaux en vue de l'élaboration d'un instrument international sur certaines questions touchant les contrats électroniques. En même temps, il a recommandé que le secrétariat soit chargé de réaliser les études nécessaires sur trois autres sujets qu'il avait envisagés, à savoir: a) une étude complète des éventuels obstacles juridiques au développement du commerce électronique dans les instruments internationaux; b) une autre étude sur les questions liées au transfert de droits, en particulier de droits sur des biens meubles corporels, par des moyens électroniques et les systèmes de publication et d'enregistrement des actes de transfert ou de création de sûretés sur de tels biens; et c) une étude de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ainsi que du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, afin de déterminer s'ils répondent aux besoins spécifiques de l'arbitrage en ligne (A/CN.9/484, par. 134).

6. À la trente-quatrième session de la Commission (Vienne, 25 juin-13 juillet 2001), les participants ont largement appuyé les recommandations du Groupe de travail, estimant qu'elles constituaient une base solide pour les travaux futurs de la Commission. Cependant, les vues divergeaient en ce qui concerne l'ordre de priorité à attribuer aux différents sujets. Certains estimaient qu'un projet visant à éliminer les obstacles au commerce électronique dans les instruments existants devrait avoir la priorité sur les autres sujets, en particulier sur l'élaboration d'un nouvel instrument international sur les contrats électroniques. Cependant, l'opinion dominante a été favorable à l'ordre de priorité qui avait été recommandé par le Groupe de travail. Il a été souligné, à cet égard, que l'élaboration d'un instrument

---

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

[2] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 384 à 388.

international sur les contrats électroniques et l'examen de moyens appropriés pour éliminer les obstacles au commerce électronique dans les conventions de droit uniforme et les accords commerciaux existants n'étaient pas incompatibles. Il a été rappelé à la Commission qu'elle était convenue, à sa trente-troisième session, que le Groupe de travail pourrait être amené à étudier plusieurs sujets en parallèle[3]. Pour donner aux États le temps nécessaire à la tenue de consultations internes, la Commission a accepté cette suggestion et a décidé que la première réunion du Groupe de travail sur les questions relatives aux contrats électroniques aurait lieu au premier trimestre de 2002[4].

7. À sa trente-neuvième session (New York, 11-15 mars 2002), le Groupe de travail a examiné une note du secrétariat sur certaines questions relatives aux contrats électroniques, qui contenait un projet initial provisoirement intitulé "Avant-projet de convention sur les contrats [internationaux] conclus ou constatés au moyen de messages de données" (A/CN.9/WG.IV/WP.95, annexe I). Il a en outre examiné une note du secrétariat transmettant les commentaires formulés par un groupe spécial d'experts de la Chambre de commerce internationale chargé d'examiner les problèmes soulevés dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.95 et les projets de dispositions figurant dans l'annexe I de ce document (A/CN.9/WG.IV/WP.96).

8. Le Groupe de travail a examiné dans un premier temps la forme et le champ d'application de l'avant-projet de convention (A/CN.9/509, par. 18 à 40). Il est convenu de ne pas aborder la question des exclusions avant d'avoir eu la possibilité d'étudier les dispositions concernant le lieu de situation des parties et la formation des contrats. En particulier, il a décidé d'examiner tout d'abord les articles 7 et 14, qui traitaient tous deux de questions relatives au lieu de situation des parties (A/CN.9/509, par. 41 à 65). Après avoir terminé l'examen initial de ces dispositions, le Groupe de travail est passé aux dispositions relatives à la formation des contrats figurant aux articles 8 à 13 (A/CN.9/509, par. 66 à 121). Il a conclu ses délibérations sur le projet de convention en examinant le projet d'article 15 (A/CN.9/509, par. 122 à 125). Il est convenu d'examiner les articles 2 à 4, traitant du champ d'application du projet de convention, et les articles 5 (Définitions) et 6 (Interprétation) à sa quarantième session. Il a prié le secrétariat d'établir, en se fondant sur ces délibérations et décisions, une version révisée de l'avant-projet de convention qui lui serait soumise pour examen à sa quarantième session.

9. Le Groupe de travail a également été informé, à la fin de cette session, des progrès accomplis par le secrétariat dans l'étude des obstacles juridiques éventuels au développement du commerce électronique dans les instruments internationaux existants. Il a noté que le secrétariat avait commencé cette étude en identifiant et en analysant, parmi les nombreux traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général, les instruments relatifs au commerce. Le secrétariat avait recensé 33 traités susceptibles d'être pertinents pour l'étude et avait analysé les problèmes éventuels qui pourraient découler de l'utilisation des moyens électroniques de communication dans le cadre de ces traités. Ses conclusions préliminaires en ce qui concerne ces traités ont été présentées dans une note (A/CN.9/WG.IV/WP.94). Le Groupe de travail a pris acte des progrès accomplis par le secrétariat en ce qui concerne cette

---

[3] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), par. 293.
[4] Ibid., par. 295.

étude, mais n'a pas eu suffisamment de temps pour en examiner les conclusions préliminaires. Il a prié le secrétariat de demander aux États membres et aux États dotés du statut d'observateur de donner leur opinion sur l'étude et sur les conclusions préliminaires qui y étaient formulées, et de récapituler ces opinions dans un rapport qu'il examinerait ultérieurement. Il l'a également prié de demander à d'autres organisations internationales, notamment les organisations du système des Nations Unies et d'autres organisations intergouvernementales, s'il existait des instruments internationaux relatifs au commerce dont ces organisations ou leurs États membres étaient dépositaires et qu'elles aimeraient voir figurer dans cette étude (A/CN.9/509, par. 16).

10. La Commission a examiné le rapport du Groupe de travail à sa trente-cinquième session (New York, 17-28 juin 2002). Elle a noté avec satisfaction que ce dernier avait commencé à examiner le texte d'un éventuel instrument international sur certaines questions touchant les contrats électroniques. Elle a réaffirmé sa conviction qu'un tel instrument pourrait contribuer à faciliter l'utilisation de moyens modernes de communication dans le cadre d'opérations commerciales transfrontières et a félicité le Groupe de travail pour les progrès réalisés à ce sujet. Elle a également pris note des différents points de vue qui avaient été exprimés au sein du Groupe de travail en ce qui concerne la forme et le champ d'application de cet instrument, ses principes fondamentaux et certaines de ses principales caractéristiques. Elle a noté, en particulier, la proposition tendant à ce que les débats du Groupe de travail ne soient pas limités aux contrats électroniques, mais portent également sur les contrats commerciaux en général, quels que soient les moyens utilisés pour les négocier. Elle a estimé que les États membres et les États dotés du statut d'observateur qui participaient aux délibérations du Groupe de travail devraient disposer de tout le temps nécessaire pour tenir des consultations sur ces questions importantes. Elle a donc jugé qu'il serait peut-être préférable que le Groupe de travail reporte à sa quarante et unième session, devant se tenir à New York du 5 au 9 mai 2003, l'examen d'un éventuel instrument international traitant de certaines questions touchant les contrats électroniques[5].

11. En ce qui concerne l'étude des obstacles juridiques au commerce électronique pouvant découler des instruments internationaux relatifs au commerce, la Commission a réaffirmé son appui aux efforts que le Groupe de travail et le secrétariat déployaient pour réaliser celle-ci. Elle a prié le Groupe de travail de réserver la majeure partie de sa quarantième session, en octobre 2002, à un débat de fond sur les diverses questions qui avaient été soulevées dans l'étude initiale du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.94)[6].

12. À sa quarantième session (Vienne, 14-18 octobre 2002), le Groupe de travail a examiné l'étude des éventuels obstacles juridiques au commerce électronique parue sous la cote A/CN.9/WG.IV/WP.94. D'une manière générale, il a souscrit à l'analyse du secrétariat et a fait siennes les recommandations formulées par ce dernier (voir A/CN.9/527, par. 24 à 71). Il est convenu de recommander au secrétariat de donner suite aux suggestions tendant à élargir le champ de l'étude en la faisant porter également sur les obstacles au commerce électronique qui pourraient découler

---

[5] Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 206.
[6] Ibid., par. 207.

d'autres instruments dont d'autres organisations avaient proposé l'inclusion, et d'examiner avec ces organisations les modalités d'exécution des études nécessaires, compte tenu des contraintes que pourrait imposer au secrétariat sa charge de travail actuelle. Il a invité les États membres à aider le secrétariat dans cette tâche en recensant les experts compétents ou les sources d'informations pertinentes dans les divers domaines de compétence correspondant aux instruments internationaux en question. Le Groupe de travail a utilisé le temps restant à sa quarantième session pour reprendre ses travaux sur l'avant-projet de convention (A/CN.9/527, par. 72 à 126).

13. Le Groupe de travail a repris ses délibérations sur l'avant-projet de convention à sa quarante et unième session (New York, 5-9 mai 2003). Il a noté qu'un groupe d'étude de la Chambre de commerce internationale avait soumis des commentaires sur le champ d'application et l'objet du projet de convention (A/CN.9/WG.IV/WP.101, annexe). Il s'est dans l'ensemble félicité des travaux entrepris par les organisations représentant le secteur privé, telles que la Chambre de commerce internationale, estimant qu'ils complétaient utilement ceux qu'il réalisait en vue d'élaborer une convention internationale. Il est rendu compte des décisions et des délibérations du Groupe de travail relatives au projet de convention dans le chapitre IV du rapport sur sa quarante et unième session (A/CN.9/528, par. 26 à 151).

14. Conformément à une décision prise à sa quarantième session (A/CN.9/527, par. 93), le Groupe de travail a également examiné à titre préliminaire la question de l'exclusion des droits de propriété intellectuelle du projet de convention (A/CN.9/528, par. 55 à 60). Il est convenu de prier le secrétariat de demander aux organisations internationales compétentes, telles que l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) et l'Organisation mondiale du commerce, de donner leur avis sur la question de savoir si le fait d'inclure dans le champ d'application du projet de convention des contrats autorisant l'utilisation de ce type de droits afin de reconnaître expressément l'utilisation de messages de données dans le contexte de ces contrats pourrait porter préjudice aux règles sur la protection des droits de propriété intellectuelle. Il a estimé que la réponse à la question de savoir si une telle exclusion était ou non nécessaire dépendrait en fin de compte du champ d'application matériel de la convention.

15. À sa trente-sixième session (Vienne, 30 juin-11 juillet 2003), la Commission a pris note des progrès réalisés par le secrétariat dans l'étude des obstacles juridiques éventuels au développement du commerce électronique dans les instruments internationaux relatifs au commerce. Elle s'est de nouveau déclarée convaincue de l'importance de ce projet et a réitéré son appui aux efforts qu'y consacraient le Groupe de travail et le secrétariat. Elle a noté que le Groupe de travail avait recommandé au secrétariat d'élargir le champ de l'étude en la faisant porter également sur les obstacles au commerce électronique qui pourraient découler d'autres instruments dont d'autres organisations avaient proposé l'inclusion, et d'examiner avec ces organisations les modalités d'exécution des études nécessaires, compte tenu des contraintes que pourrait imposer au secrétariat sa charge de travail actuelle. Elle a invité les États membres à aider le secrétariat dans cette tâche en recensant les experts compétents ou les sources d'informations pertinentes dans les

divers domaines de compétence correspondant aux instruments internationaux en question[7].

16. La Commission a en outre noté avec satisfaction que le Groupe de travail avait poursuivi l'examen d'un avant-projet de convention traitant de certaines questions touchant les contrats électroniques et a réaffirmé sa conviction qu'un tel instrument pourrait contribuer à faciliter l'utilisation de moyens modernes de communication dans le cadre d'opérations commerciales transfrontières. Elle a observé que, si le Groupe de travail avait jusque-là retenu l'hypothèse de travail selon laquelle l'instrument pourrait prendre la forme d'une convention internationale, cela n'excluait pas qu'il en choisisse une autre à un stade ultérieur de ses délibérations[8].

17. La Commission a été informée que le Groupe de travail avait procédé à un échange de vues sur les liens entre l'avant-projet de convention et les efforts qu'il déployait pour lever les éventuels obstacles juridiques au commerce électronique dans les instruments internationaux relatifs au commerce international (A/CN.9/528, par. 25). Elle a exprimé son appui aux efforts que déployait le Groupe de travail pour étudier les deux sujets en parallèle[9].

18. La Commission a été informée que le Groupe de travail avait examiné à titre préliminaire la question de l'exclusion des droits de propriété intellectuelle du projet de convention (A/CN.9/528, par. 55 à 60). Elle a noté que le Groupe de travail estimait que ses travaux ne devaient pas viser à élaborer des règles de droit matériel applicables aux opérations concernant des "biens virtuels", ni à savoir si et dans quelle mesure les "biens virtuels" étaient ou devraient être régis par la Convention des Nations Unies sur les ventes. La question qui occupait le Groupe de travail était celle de savoir si et dans quelle mesure les solutions concernant les contrats électroniques qui étaient envisagées dans le cadre de l'avant-projet de convention pouvaient également s'appliquer à des opérations supposant l'octroi de licences touchant la propriété intellectuelle et d'autres arrangements similaires. Le secrétariat a été prié de prendre l'avis d'autres organisations internationales, en particulier l'OMPI[10].

19. À sa quarante-deuxième session (Vienne, 17-21 novembre 2003), le Groupe de travail a commencé ses travaux par un échange de vues général sur le champ d'application de l'avant-projet de convention. Il a noté, entre autres, que la Chambre de commerce internationale avait chargé un groupe de travail d'élaborer des dispositions contractuelles et des principes directeurs concernant les questions juridiques liées au commerce électronique, intitulés provisoirement "E-terms 2004". Il a accueilli avec satisfaction la tâche entreprise par la Chambre de commerce internationale, estimant qu'elle complétait utilement sa propre tâche visant à élaborer une convention internationale. Il a été d'avis que les deux entreprises n'étaient pas incompatibles, du fait en particulier que le projet de convention traitait de questions normalement régies par des textes législatifs et que les obstacles juridiques, étant de nature légale, ne pouvaient pas être surmontés par des dispositions contractuelles ou des normes non contraignantes. Le Groupe de travail

---

[7] Ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 211.
[8] Ibid., par. 212.
[9] Ibid., par. 213.
[10] Ibid., par. 214.

a remercié la Chambre de commerce internationale d'avoir exprimé le souhait de mener ses travaux en coopération avec la CNUDCI et a confirmé qu'il était disposé à présenter ses commentaires concernant les projets de textes que celle-ci établirait (A/CN.9/546, par. 33 à 38).

20. Le Groupe de travail a ensuite examiné les articles 8 à 15 de la version révisée de l'avant-projet de convention figurant à l'annexe de la note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.103). Il est convenu d'apporter plusieurs modifications à ces dispositions et a prié le secrétariat d'établir une version révisée pour examen ultérieur (A/CN.9/546, par 39 à 135).

21. Le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur l'avant-projet de convention à sa quarante-troisième session (New York, 15-19 mars 2004) en se fondant sur une note du secrétariat contenant une version révisée de l'avant-projet (A/CN.9/WG.IV/WP.108). Il a débattu essentiellement des projets d'articles X, Y et 1er à 4 (A/CN.9/548, par. 13 à 123). Il est convenu qu'il devrait s'efforcer d'achever ses travaux relatifs au projet de convention afin que la Commission puisse examiner et approuver celui-ci en 2005.

22. À sa trente-septième session (New York, 14-25 juin 2004), la Commission a pris note des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses quarante-deuxième et quarante-troisième sessions (A/CN.9/546 et A/CN.9/548, respectivement). Elle a été informée que le Groupe de travail avait commencé à examiner les articles 8 à 15 du texte révisé de l'avant-projet de convention à sa quarante-deuxième session. Elle a noté qu'à sa quarante-troisième session, il avait examiné les articles X et Y ainsi que les articles 1er à 4 et avait débattu de manière générale des projets d'articles 5 à 7 *bis*. La Commission a exprimé son appui aux efforts que déployait le Groupe de travail pour incorporer dans le projet de convention des dispositions visant à lever les obstacles juridiques au commerce électronique pouvant découler des instruments internationaux relatifs au commerce international. Elle a été informée que le Groupe de travail avait convenu qu'il devrait s'efforcer d'achever ses travaux relatifs au projet de convention, afin qu'elle puisse examiner et approuver celui-ci en 2005. Elle s'est félicitée des efforts du Groupe de travail et a convenu que l'achèvement dans les délais prévus des délibérations de ce dernier sur le projet de convention devait être considéré comme une question importante, qui justifierait qu'elle approuve une durée de deux semaines pour la quarante-quatrième session du Groupe de travail, prévue en octobre 2004[11].

23. Le Groupe de travail a repris ses délibérations à sa quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004) sur la base d'une nouvelle version révisée de l'avant-projet de convention qui figurait dans l'annexe I de la note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.110). Il a examiné et adopté les projets d'articles 1er à 14, 18 et 19 du projet de convention. Il est rendu compte de ses décisions et délibérations à ce sujet dans son rapport sur les travaux de sa quarante-quatrième session (A/CN.9/571, par. 13 à 206). À cette session, il a également procédé à un échange de vues initial sur le préambule et les clauses finales du projet de convention, ainsi que sur des propositions relatives à de nouvelles dispositions à insérer dans le chapitre IV. Il a prié le secrétariat de modifier les projets de dispositions finales

[11] Ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 71.

(chap. IV) en tenant compte de ses délibérations sur les chapitres Ier, II et III et sur les articles 18 et 19 du projet de convention. Il lui a également demandé d'insérer entre crochets, dans le texte définitif à soumettre à la Commission, les projets de dispositions que l'on avait proposé d'ajouter au texte qu'il avait examiné (A/CN.9/WG.IV/WP.110). Il a prié le secrétariat de communiquer la version révisée du projet de convention aux gouvernements pour commentaires, en vue de l'examen et de l'adoption de ce projet par la Commission à sa trente-huitième session, en 2005.

III. Notes relatives aux principales dispositions du projet de convention

24. Le projet de convention vise à offrir des solutions pratiques aux problèmes liés à l'utilisation des moyens de communication électroniques en rapport avec des contrats internationaux.

25. Le projet de convention n'est pas censé établir des règles uniformes sur des questions de fond concernant les contrats qui ne sont pas spécifiquement liées à l'utilisation des communications électroniques. Toutefois, étant donné qu'il n'est pas toujours possible, voire souhaitable, d'opérer un cloisonnement étanche entre les questions techniques et les questions de fond dans le contexte du commerce électronique, le projet de convention contient un petit nombre de règles de fond allant au-delà de la simple réaffirmation du principe de l'équivalence fonctionnelle lorsque de telles règles sont nécessaires pour assurer l'efficacité des communications électroniques (A/CN.9/527, par. 81).

A. Champ d'application (projets d'articles 1er et 2)

26. Le projet de convention s'applique à "l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat entre des parties ayant leur établissement dans des États différents".

1. Champ d'application territorial

27. Le Groupe de travail s'est proposé de ne pas limiter le projet de convention à la formation des contrats, étant donné que les communications électroniques sont utilisées pour l'exercice de divers droits nés d'un contrat (par exemple pour les avis de réception des marchandises, les avis de réclamation en cas d'inexécution ou les avis de résiliation, ou même pour l'exécution de celui-ci, comme dans le cas des virements électroniques (A/CN.9/509, par. 35)).

28. À la différence d'autres instruments internationaux, comme la Convention des Nations Unies sur les ventes, le projet de convention n'exige pas que les deux parties soient situées dans des États contractants.

29. Dans la Convention des Nations Unies sur les ventes, on a inclus une disposition exigeant que les deux pays concernés soient des États contractants pour permettre aux parties de déterminer facilement si la Convention s'applique ou non à leur contrat, sans avoir à recourir au préalable aux règles du droit international privé pour vérifier quel est le droit applicable. Le champ d'application géographique plus

restreint qui pouvait résulter de cette option était compensé par la sécurité juridique accrue que celle-ci offrait (A/CN.9/548, par. 88).

30. Le Groupe de travail avait initialement envisagé une règle similaire à celle établie au paragraphe 1 a) de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les ventes afin d'assurer que les deux textes soient cohérents (A/CN.9/509). Toutefois, à mesure que les délibérations du Groupe de travail progressaient et que les effets du projet de convention se précisaient, on a mis en doute la nécessité d'un parallélisme entre le projet de convention et la Convention des Nations Unies sur les ventes car on a estimé que les champs d'application respectifs des deux instruments étaient indépendants (A/CN.9/548, par. 89).

31. On a fait valoir en outre qu'une règle similaire à celle établie au paragraphe 1 a) de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les ventes empêcherait automatiquement l'application du projet de convention dès que l'un des États concernés ne serait pas État contractant. Il a été estimé par ailleurs que comme plusieurs dispositions du projet de convention (par exemple les projets d'articles 8 et 9) visaient à faciliter l'application d'autres lois dans un contexte électronique, il se pourrait, du fait d'une règle analogue à celle énoncée au paragraphe 1 a) de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les ventes, qu'il soit demandé à un tribunal national d'interpréter les dispositions de la législation nationale (concernant par exemple les exigences de forme) de différentes façons selon que les deux parties à un contrat international se trouvaient dans des États parties au projet de convention, ce qui serait fâcheux. Le Groupe de travail a estimé que l'application du projet de convention serait facilitée et sa portée pratique considérablement augmentée si l'on disposait simplement qu'il s'applique aux contrats internationaux, c'est-à-dire aux contrats conclus entre des parties situées dans deux États différents, sans exiger en plus que ces deux États soient également parties au projet de convention (A/CN.9/548, par. 87, voir aussi A/CN.9/571, par. 17).

32. Le Groupe de travail est finalement convenu que le mieux était de définir au départ un champ d'application aussi vaste que possible, tout en autorisant les États qui pourraient juger peu souhaitable un champ d'application aussi étendu à faire des déclarations visant à le restreindre (A/CN.9/571, par. 39). Il a été admis que sous sa forme actuelle, le projet de convention s'applique lorsque la loi d'un État contractant est la loi applicable aux opérations entre les parties, celle-ci devant être déterminée selon les règles de l'État du for en matière de droit international privé, si les parties n'ont pas indiqué quelle était la loi applicable.

2. Matières exclues: opérations faisant intervenir des consommateurs

33. Le projet de convention ne s'applique pas aux communications électroniques échangées en rapport avec des contrats faisant intervenir des consommateurs. Toutefois, à la différence de la Convention des Nations Unies sur les ventes (art. 2 a)), le projet de convention prévoit une exclusion absolue, si bien que les contrats faisant intervenir des consommateurs seront toujours exclus même si l'autre partie ne sait pas que ces contrats ont été conclus à des fins personnelles, familiales ou domestiques.

34. Aux termes de son article 2 a), la Convention des Nations Unies sur les ventes ne s'applique pas aux ventes de marchandises achetées pour un usage personnel,

familial ou domestique, "à moins que le vendeur, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censé savoir que ces marchandises étaient achetées pour un tel usage." Cette restriction vise à accroître la sécurité juridique car sans elle, l'applicabilité de la Convention des Nations Unies sur les ventes dépendrait entièrement de la possibilité qu'avait le vendeur de déterminer l'usage auquel l'acheteur destinait les marchandises. Ainsi, le fait qu'un contrat de vente a été conclu à des fins de consommation ne pouvait pas être opposé au vendeur, aux fins d'exclure l'applicabilité de la Convention, si celui-ci ne savait pas, ou n'était pas censé savoir (par exemple, en raison du nombre ou de la nature des articles achetés) que les marchandises étaient destinées à un usage personnel, familial ou domestique. Les rédacteurs de la Convention des Nations Unies sur les ventes avaient présumé qu'il pourrait y avoir des cas où la Convention s'appliquerait à un contrat de vente en dépit du fait que celui-ci avait été conclu avec un consommateur. La sécurité juridique offerte par cette disposition semblait l'avoir emporté sur le risque de voir la Convention s'appliquer à des opérations que l'on souhaitait exclure de son champ d'application. On a fait observer en outre que, comme le secrétariat l'avait indiqué dans le commentaire du projet de convention sur les contrats de vente internationale de marchandises qu'il avait alors établi (A/CONF.97/5)[12], l'article 2 a) de la Convention des Nations Unies sur les ventes était fondé sur l'hypothèse que les opérations faisant intervenir des consommateurs n'étaient des opérations internationales que dans un nombre "relativement peu nombreux de cas" (A/CN.9/527, par. 86).

35. Le Groupe de travail a toutefois estimé que, dans le cas du projet de convention, le libellé de l'article 2 a) de la Convention des Nations Unies sur les ventes pourrait poser un problème, car la facilité d'accès offerte par les systèmes de communication ouverts, comme Internet, qui n'étaient pas disponibles à l'époque où la Convention a été élaborée, augmentaient considérablement la probabilité que des consommateurs achètent des marchandises à des vendeurs établis à l'étranger (A/CN.9/527, par. 87). Ayant admis que certaines règles du projet de convention pouvaient être inadaptées dans le contexte des opérations faisant intervenir des consommateurs, le Groupe de travail est convenu d'exclure complètement les consommateurs du champ d'application du projet (A/CN.9/548, par. 101 et 102).

3. Autres matières exclues

36. Le projet de convention ne s'applique pas aux opérations effectuées sur certains marchés financiers soumis à des normes sectorielles ou à des règles spécifiques. Le Groupe de travail a estimé que le secteur des services financiers était soumis à des mesures réglementaires de contrôle et à des normes sectorielles bien définies qui traitaient les questions liées au commerce électronique de façon efficace pour le fonctionnement mondial de ce secteur et qu'on ne gagnerait rien à l'inclure dans le projet de convention. On a également fait observer qu'étant donné le caractère unique de ce secteur, reléguer une telle exclusion à des déclarations

---

[12] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises: documents de la Conférence et comptes rendus des séances plénières et des séances de la Grande Commission* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.81.IV.3), p. 17.

faites par les pays conformément au projet d'article 18, ne serait pas adéquat pour refléter cette réalité (A/CN.9/548, par. 109).

37. Par ailleurs, le projet de convention ne s'applique pas aux instruments négociables, ni aux titres représentatifs, étant donné qu'il serait particulièrement difficile de créer un équivalent électronique pour les instruments papier négociables et que cela nécessiterait l'élaboration de règles spéciales (voir A/CN.9/527, par. 45, 55, 62 et 65). Le Groupe de travail a noté en particulier qu'en raison des conséquences que pouvait avoir la reproduction non autorisée de titres représentatifs et d'instruments négociables – et d'une manière générale de tout instrument transférable autorisant le porteur ou le bénéficiaire à demander la livraison de marchandises ou le paiement d'une somme d'argent – il était nécessaire d'élaborer des mécanismes pour en garantir le caractère unique ou original. 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 et éprouvées (A/CN.9/571, par. 136).

B. Lieu de situation des parties et obligations d'information (projets d'articles 6 et 7)

38. Le projet de convention contient un ensemble de règles traitant du lieu de situation des parties. Il n'impose pas aux parties l'obligation d'indiquer où se trouve leur établissement (voir par. 50) mais établit un certain nombre de présomptions et de règles supplétives destinées à faciliter la détermination de leur lieu de situation. Il attribue une importance primordiale – mais non absolue – à l'indication fournie par une partie quant à son établissement.

39. La présomption, sauf preuve contraire qu'établit le projet d'article 6 en ce qui concerne le lieu de situation, sert des objectifs essentiellement pratiques et n'entend pas s'écarter de la notion d'"établissement" telle qu'elle est utilisée dans le contexte des opérations non électroniques. Par exemple, dans le cas de ventes sur Internet, un fournisseur disposant de plusieurs entrepôts à différents endroits à partir desquels différentes marchandises peuvent être expédiées pour exécuter une seule commande passée par des moyens électroniques peut juger nécessaire d'indiquer qu'un de ces établissements constitue son établissement aux fins d'un contrat donné. Le texte actuel offre cette possibilité, ce qui a pour conséquence qu'une telle indication ne peut être contestée que si le fournisseur n'a pas d'établissement à l'endroit ainsi indiqué. Faute d'une telle possibilité, les parties pourraient être obligées de rechercher, pour chaque contrat, quel est parmi les divers établissements du fournisseur celui qui présente le lien le plus étroit avec le contrat considéré, afin de déterminer l'établissement à prendre en considération en l'espèce (A/CN.9/571, par. 98). Si une partie n'a qu'un seul établissement et n'a pas donné d'indication, son lieu de situation sera réputé être le lieu qui correspond à la définition du terme "établissement" qui figure à l'alinéa h) du projet d'article 5.

40. Les rédacteurs du projet de convention se sont montrés prudents en ce qui concerne les renseignements annexes associés aux messages électroniques tels que les adresses IP, les noms de domaine ou l'implantation géographique de systèmes d'information qui, malgré leur apparente objectivité, ne sont guère voire pas du tout utiles pour déterminer le lieu de situation exact des parties. Toutefois, aucune

disposition du projet de convention n'empêche un tribunal ou un arbitre de prendre en considération, le cas échéant, comme élément possible parmi d'autres pour déterminer le lieu de situation d'une partie, le nom de domaine qui lui a été attribué (A/CN.9/571, par. 113).

41. Le projet d'article 7 rappelle aux parties qu'elles doivent respecter les obligations d'information que peut leur imposer la loi nationale. Le Groupe de travail a examiné de manière approfondie différentes propositions qui visaient à obliger les parties à indiquer notamment leur établissement (A/CN.9/484, par. 103; A/CN.9/509, par. 61 à 65). Selon le consensus qui s'est finalement dégagé au sein du Groupe de travail, une obligation de ce genre n'avait pas sa place dans un instrument de droit commercial et pouvait porter atteinte à certaines pratiques commerciales existantes. Il a été estimé que les obligations d'information étaient habituellement énoncées dans des textes juridiques visant principalement à protéger le consommateur. Quoi qu'il en soit, pour être appliquées de manière efficace, les règles de ce type devaient s'appuyer sur un certain nombre de mesures administratives et autres qui ne pouvaient être prévues dans le projet de convention (A/CN.9/546, par. 92 et 93).

C. Traitement des contrats (articles 8, 11, 12 et 13)

42. Le projet de convention affirme dans son article 8 le principe contenu dans l'article 11 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique selon lequel la validité ou la force exécutoire des contrats ne devraient pas être déniées au seul motif qu'ils résultent de l'échange de communications électroniques. Il ne prétend pas déterminer le moment où les offres et leur acceptation prennent effet aux fins de la formation de contrats. Le Groupe de travail a reconnu que les contrats autres que les contrats de vente régis par les règles relatives à la formation des contrats contenues dans la Convention des Nations Unies sur les ventes n'étaient pas soumis dans la plupart des cas à un régime international uniforme. Différents systèmes juridiques prévoient divers critères pour établir le moment de la formation d'un contrat et le Groupe de travail a fini par accepter l'idée qu'il ne fallait pas chercher à poser, concernant le moment de la formation des contrats, une règle qui risquait d'être en contradiction avec les règles relatives à la formation des contrats énoncées par la loi applicable à un contrat donné (A/CN.9/528, par. 103; voir également A/CN.9/546, par. 118 à 121).

43. L'article 12 du projet de convention reconnaît que des contrats peuvent être formés à la suite d'actions exécutées par des systèmes de messagerie automatisés ("agents électroniques"), même si aucune personne physique n'a examiné chacune des actions exécutées par ces systèmes ni le contrat qui en résulte. Toutefois, l'article 11 précise que le simple fait qu'une partie propose des applications interactives permettant de passer des commandes – que son système soit entièrement automatisé ou non – n'établit pas la présomption qu'elle avait l'intention d'être liée par les commandes passées par l'intermédiaire de ce système. Cette règle, qui est inspirée de l'article 14-1 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, résulte d'une analogie établie entre les offres faites par des moyens électroniques et celles faites par des moyens plus traditionnels (A/CN.9/509, par. 76 à 85). Cette règle générale est fondée sur la crainte que le fait d'associer une présomption d'intention irrévocable à l'utilisation d'applications interactives pour la passation de contrats ne

soit préjudiciable au vendeur détenant un stock limité de marchandises données si celui-ci était tenu de satisfaire toutes les commandes reçues d'un nombre potentiellement illimité d'acheteurs (A/CN.9/546, par. 107).

44. Conformément à la décision du Groupe de travail d'éviter d'instituer deux régimes pour les opérations électroniques et les contrats papier, et compte tenu du caractère facilitant – et non réglementaire – du projet de convention, l'article 13 s'en remet au droit interne pour les questions telles que les obligations que pourraient avoir les parties de mettre à disposition les clauses contractuelles d'une manière particulière.

45. Cependant, le projet de convention traite de la question fondamentale des erreurs de saisie dans les communications électroniques car le risque que des opérations effectuées en temps réel ou quasi réel soient entachées d'erreur est potentiellement plus élevé (A/CN.9/509, par. 105; A/CN.9/548, par. 17). Le projet d'article 14 prévoit qu'un partie qui commet une erreur de saisie dans une communication peut retirer celle-ci dans certaines circonstances.

46. Il faut noter que le projet d'article 14 ne traite que des erreurs survenant dans les interactions entre des personnes et des systèmes d'information automatisés qui n'offrent pas à la personne la possibilité de revoir et de corriger les erreurs. Au lieu d'exiger d'une manière générale que la possibilité soit donnée de corriger les erreurs, le projet d'article se limite à indiquer ce qui se passerait si cette possibilité n'existait pas (A/CN.9/548, par. 19). Le mot "saisie", utilisé pour qualifier la notion d'"erreur", a pour objet d'énoncer clairement que la disposition vise uniquement à fournir un instrument pour rectifier les erreurs liées à la saisie de données erronées dans les communications échangées avec un système de messagerie automatisé. Le projet d'article ne traite pas d'autres types d'erreurs, qui devraient relever de la doctrine générale de l'erreur en droit interne (A/CN.9/571, par. 190).

D. Conditions de forme (projet d'article 9)

47. L'article 9 du projet de convention réaffirme les règles fondamentales des articles 6, 7 et 8 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique concernant les critères d'établissement de l'équivalence fonctionnelle entre d'une part, les communications électroniques et les documents papier – y compris les documents papier "originaux" – et d'autre part, les méthodes d'authentification électronique et les signatures manuscrites. Cependant, contrairement à la Loi type, le projet de convention ne traite pas de la conservation des enregistrements, car on a estimé que cette question se rapportait davantage aux règles de preuve et aux conditions administratives qu'à la formation et à l'exécution des contrats.

48. Il faut noter que le projet d'article 9 établit des normes minimales pour satisfaire les conditions de forme que peut imposer la loi applicable. Le principe de l'autonomie des parties énoncé dans le projet d'article 3, qui figure également dans d'autres instruments de la CNUDCI, notamment l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, ne devrait pas être interprété comme autorisant les parties à aller jusqu'à relâcher les conditions légales concernant la signature au profit de méthodes d'authentification moins fiables que la signature électronique. D'une façon générale, a-t-on dit, l'autonomie des parties ne signifiait pas que le

projet de convention habilitait celles-ci à écarter les conditions légales concernant la forme ou l'authentification des contrats et des opérations (A/CN.9/527, par. 108).

E. Moment et lieu de l'expédition et de la réception de communications électroniques (projet d'article 10)

49. Comme l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, le projet de convention contient une série de règles supplétives sur le moment et le lieu de l'expédition et de la réception des messages de données, qui visent à compléter les règles nationales relatives à l'expédition et à la réception en les transposant dans un environnement électronique. Les différences de formulation entre l'article 10 du projet de convention et l'article 15 de la Loi type ne visent pas à produire un effet différent dans la pratique, mais à faciliter l'application du projet de convention dans divers systèmes juridiques, en alignant la formulation des règles pertinentes sur des éléments généraux couramment utilisés pour définir l'expédition et la réception en droit interne.

1. "Expédition" de communications électroniques

50. Le projet de convention définit l'"expédition" comme étant le moment où une communication électronique quitte un système d'information dépendant de l'expéditeur (qui est distinct du moment où elle entre dans un autre système d'information), afin de traduire plus fidèlement la notion d'"expédition" utilisée dans un environnement non électronique (A/CN.9/571, par. 142), qui est interprétée dans la plupart des systèmes juridiques comme étant le moment où une communication quitte la sphère de contrôle de l'expéditeur. En pratique, le projet de convention devrait aboutir au même résultat que le paragraphe 1 de l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique étant donné que l'élément le plus facilement accessible pour prouver qu'une communication a quitté un système d'information dépendant de l'expéditeur est l'indication, dans le protocole de transmission pertinent, du moment où la communication a été reçue par le système d'information de destination ou par des systèmes de transmission intermédiaires.

2. "Réception" des communications électroniques

51. L'article 10 du projet de convention est conçu comme un ensemble de présomptions et non comme une règle ferme sur la réception des communications électroniques. Se fondant sur une notion qui est commune à de nombreux systèmes juridiques et qui figure dans les législations nationales incorporant la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, le projet d'article exige qu'une communication électronique, pour être réputée avoir été reçue par le destinataire, puisse être relevée. Cette condition ne figure pas dans la Loi type, qui porte essentiellement sur la détermination du moment et s'en remet à la législation nationale pour ce qui est de savoir si les messages de données doivent satisfaire à d'autres conditions (notamment "pouvoir être traités") pour être réputés avoir été reçus (voir, sur ce point particulier, une étude comparative menée par le secrétariat dans le document A/CN.9WG.IV/WP.104/Add.2, par. 10 à 31, disponible à l'adresse http://www.uncitral.org/fr-index.htm).

52. Bien que leur libellé soit différent, les règles sur la réception de communications électroniques du projet de convention sont compatibles pour ce qui est de l'effet, avec l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Comme l'article 15 de la Loi type, le projet de convention retient l'entrée de la communication dans un système d'information comme critère objectif pour déterminer le moment où une communication électronique est réputée "pouvoir être relevée" et par conséquent "reçue". La condition selon laquelle une communication devrait pouvoir être relevée, qui est réputée être satisfaite lorsque la communication parvient à l'adresse électronique du destinataire, ne devrait pas être interprétée comme ajoutant un élément subjectif non pertinent à la règle figurant à l'article 15 de la Loi type. En fait, on entend par "entrée" dans un système d'information à l'article 15 de la Loi type le moment où un message de données "peut être traité dans ce système d'information"[13], ce qui, dans un certain sens, est également le moment où ce message "peut être relevé" par le destinataire.

53. Comme dans un certain nombre de lois nationales, on utilise dans le projet de convention l'expression "adresse électronique" au lieu de "système d'information", qui est l'expression utilisée dans la Loi type. Dans la pratique, la nouvelle terminologie, qui apparaît dans d'autres instruments internationaux comme les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU 500) – supplément aux RUU pour les présentations électroniques[14], ne devrait entraîner aucune différence de fond. En effet, l'expression "adresse électronique" peut, selon la technologie utilisée, désigner un réseau de communication, et dans d'autres cas une boîte aux lettres électronique, un télécopieur ou une autre "partie spécifique d'un système d'information ou un emplacement spécifique dans ce système qu'une personne utilise pour recevoir des messages électroniques" (A/CN.9/571, par. 157).

54. Le projet de convention retient la distinction faite dans l'article 15 de la Loi type entre la transmission de messages à une adresse électronique spécialement désignée et leur transmission à une adresse électronique non désignée. Dans le premier cas, la règle concernant la réception est essentiellement la même que celle qui est énoncée à l'alinéa a) i) du paragraphe 2 de l'article 15 de la Loi type, à savoir qu'un message est reçu au moment où il parvient à l'adresse électronique du destinataire (ou, pour reprendre la terminologie de la Loi type, au moment où il "entre dans le système d'information" du destinataire). Les règles relatives à la réception de communications électroniques envoyées à une adresse non désignée présentent toutefois une différence notable. La Loi type fait une distinction entre les communications envoyées à un système d'information autre que le système désigné et celles envoyées à un système d'information du destinataire lorsque celui-ci n'a pas désigné de système d'information. Dans le premier cas, la Loi type considère que le message n'a pas été reçu tant qu'il n'a pas été effectivement relevé par le destinataire. La justification de cette règle est que si l'expéditeur ne tient pas compte des instructions du destinataire et envoie le message à un système d'information autre que le système désigné, il n'est pas raisonnable de considérer que le message a été reçu par le destinataire tant que celui-ci ne l'a pas effectivement relevé. En revanche, dans le deuxième cas, la Loi type part de

---

[13] Voir *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4), par. 103.

[14] Voir James E. Byrne et Dan Taylor, ICC *Guide to the eUCP*, ICC, Paris, 2002, p. 54.

l'hypothèse que, pour le destinataire, le système d'information auquel le message est envoyé importe peu et qu'il est donc raisonnable de présumer que le destinataire accepte les messages envoyés à l'un quelconque de ses systèmes d'information.

55. Le projet de convention suit l'approche adoptée dans un certain nombre de législations nationales incorporant la Loi type et réserve un traitement analogue aux deux cas. Ainsi, chaque fois que le message n'est pas délivré à une adresse électronique désignée, la réception au sens du projet de convention n'intervient qu'au moment a) où la communication électronique peut être relevée par le destinataire (en parvenant à son adresse électronique) et b) où le destinataire prend effectivement connaissance du fait que la communication a été envoyée à cette adresse. Dans les cas où le destinataire a désigné une adresse électronique, mais où la communication a été envoyée ailleurs, le résultat auquel aboutit la règle du projet de convention n'est pas différent de celui de l'alinéa a) ii) du paragraphe 2 de l'article 15 de la Loi type, qui exige qu'en pareil cas, le message soit relevé par le destinataire (ce qui constituera presque toujours la preuve directe que le destinataire a pris connaissance du fait que la communication électronique a été envoyée à cette adresse).

56. La seule différence de fond concerne donc la réception de communications lorsqu'aucune adresse n'a été désignée. Dans ce cas particulier, le Groupe de travail a estimé que l'évolution de la pratique depuis l'adoption de la Loi type justifiait une dérogation à la règle initiale. Il a été noté en particulier que les préoccupations concernant la sécurité de l'information et des communications dans le monde des affaires avaient entraîné l'utilisation accrue de mesures de sécurité, comme les filtres ou les pare-feu, qui pouvaient empêcher les communications électroniques de parvenir à leurs destinataires. Dans ces circonstances, on a estimé que toute règle relative à la réception de communications électroniques devrait nécessairement être liée au consentement d'utiliser une adresse électronique particulière et ne devrait pas s'imposer aux personnes qui n'avaient pas accepté le risque de la perte de communications envoyées à une autre adresse (A/CN.9/571, par. 150).

3. Lieu de l'expédition et de la réception

57. Les règles relatives au lieu de l'expédition et de la réception sont essentiellement les mêmes que celles énoncées aux paragraphes 3 et 4 de l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

F. Relation avec d'autres instruments internationaux (projet d'article 19)

58. Le Groupe de travail espère que les États jugeront le projet de convention utile pour faciliter l'application d'autres instruments internationaux, principalement ceux qui ont trait au commerce. Outre les instruments de la CNUDCI énumérés au paragraphe 1 de l'article 19, d'autres traités ou conventions pourraient être interprétés et appliqués à la lumière du projet de convention, pour autant que cette possibilité n'ait pas été exclue ou limitée par une déclaration de l'État concerné. Le projet d'article 19 vise à proposer pour certains des obstacles juridiques au commerce électronique recensés dans les instruments internationaux existants par une étude du secrétariat (voir A/CN.9/WG.IV/WP.94 et A/CN.9/527, par. 33 à 48)

une éventuelle solution commune qui évite d'avoir à réviser les instruments en question.

59. Le paragraphe 1 du projet d'article 19 a pour but de faciliter les opérations électroniques dans les domaines régis par les conventions qui y sont énumérées, mais non de modifier ces dernières. En ratifiant le projet de convention, un État acceptera automatiquement – à tout la moins – d'en appliquer les dispositions aux communications électroniques échangées en rapport avec l'une quelconque de ces conventions. On apportera ainsi à un problème découlant d'instruments internationaux une solution interne qui tient compte du fait que les tribunaux nationaux ont déjà le pouvoir d'interpréter des instruments internationaux de droit commercial. Ce paragraphe garantit qu'un État contractant incorporera dans son système juridique une disposition enjoignant à ses organes judiciaires d'appliquer les dispositions du projet de convention pour traiter des questions juridiques relatives à l'utilisation de messages de données dans le cadre de ces autres conventions internationales (A/CN.9/548, par. 49).

60. Les dispositions du projet de convention peuvent s'appliquer, non seulement aux instruments qui, pour éviter tout doute, sont énumérés au paragraphe 1 mais aussi, comme le prévoit le paragraphe 2, aux communications électroniques échangées en rapport avec des contrats régis par d'autres conventions, traités ou accords internationaux, sauf si cette application a été exclue par un État contractant. La possibilité de ne pas accepter cette application élargie du projet a été prévue pour tenir compte des préoccupations éventuelles des États qui souhaitent peut-être d'abord vérifier si ce dernier sera compatible avec leurs obligations internationales actuelles.

61. Les paragraphes 3 et 4 du projet d'article offrent une possibilité supplémentaire en permettant aux États d'ajouter à la liste des instruments internationaux des conventions auxquelles ils appliqueront les dispositions du projet de convention – même s'ils ont adressé une déclaration générale en application du paragraphe 2 – ou d'exclure certaines conventions mentionnées dans leur déclaration. Il est à noter que les déclarations faites conformément au paragraphe 4 excluront l'application du projet de convention à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec tous les contrats auxquels s'applique une autre convention internationale. Le projet d'article ne prévoit pas la possibilité pour un État contractant d'exclure seulement certains types ou catégories de contrats régis par une autre convention internationale (A/CN.9/571, par. 56).

G. Projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux: observations reçues des États Membres et des organisations internationales

(A/CN.9/578 et Add.1 à 17) [Original: anglais/arabe]

A/CN.9/578

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction

II. Observations reçues des États Membres et des organisations internationales

A. États Membres

Égypte

I. Introduction

1. À sa trente-septième session (New York, 14-25 juin 2004), la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a encouragé le Groupe de travail IV (Commerce électronique) à achever la préparation d'un avant-projet de convention traitant de certaines questions touchant les contrats électroniques afin qu'elle puisse l'examiner et l'approuver en 2005[1].

2. Le Groupe de travail a approuvé le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux à sa quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004). Par une note verbale en date du 29 décembre 2004 et par une lettre en date du 26 janvier 2005, le Secrétaire général a transmis le texte de ce projet (A/CN.9/577) et le rapport du Groupe de travail sur cette session (A/CN.9/571) aux États et aux organisations intergouvernementales ainsi qu'aux organisations non gouvernementales internationales invitées à assister aux sessions de la CNUDCI et de ses groupes de travail en qualité d'observateur. Un court récapitulatif des travaux du Groupe de même que des notes explicatives sur le projet de convention ont été publiés séparément (A/CN.9/577/Add.1).

3. Le présent document reproduit les premières observations que le Secrétariat a reçues concernant le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux. Celles qui seront reçues par la suite seront publiées sous forme d'additif dans l'ordre dans lequel elles auront été reçues.

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 71.

II. Observations reçues des États Membres et des organisations internationales

A. États Membres

Égypte

[Original: arabe]
[17 mars 2005]

1. Généralités

1. Le commerce électronique occupe une place prépondérante au regard des travaux de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). C'est ce qui explique qu'un groupe de travail ait été créé et chargé de traiter des aspects juridiques de la question.

2. Ce groupe, à sa quarante-quatrième session, s'est activement employé à présenter un certain nombre de documents relatifs au commerce électronique, y compris le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux. Ses travaux, qui avaient débuté en mars 2002, se sont poursuivis jusqu'en octobre 2004. Comme la CNUDCI souhaitait produire ce projet sous une forme exemplaire, elle en a communiqué le texte à toutes les autorités et à tous les pays concernés, l'objet étant de recevoir leurs observations afin d'en tirer parti lors de sa trente-huitième session, devant se tenir à Vienne en juillet 2005.

2. Remarques préliminaires

3. L'on ne peut que commencer par se féliciter des efforts que le Groupe de travail a faits pour que le projet atteigne sa forme actuelle. De fait, ceux qui se tiennent au courant des travaux de la CNUDCI auront immanquablement noté que les responsables du Groupe se sont employés non seulement à aborder chaque aspect nouveau du commerce international, mais aussi à mener des travaux scientifiques rapidement et rationnellement dans le but de fournir des procédures juridiques appropriées et des formules pour ce type de commerce.

4. Il est également à noter que des efforts considérables sont toujours faits en direction des circuits de la coopération internationale et de la facilitation du commerce international, et ce d'autant plus que la CNUDCI, depuis sa création, doit à juste titre être félicitée d'avoir fait sienne une doctrine établie dont l'idée sous-jacente est que l'un des principaux moyens de dynamiser le commerce international consiste à définir, au plan international, des règles de fond normalisées telles qu'elles constituent toujours le meilleur moyen d'assurer le flux et le développement du commerce international sur la base de l'égalité et de l'intérêt mutuel.

5. Nous souhaitons aussi préciser ici que si nous nous félicitons des travaux de la CNUDCI, c'est que nous sommes conscients des difficultés inhérentes à la définition de règles de fond normalisées concernant des questions de droit privé, relevant des tribunaux nationaux, difficultés qui tiennent à l'incompatibilité possible premièrement avec les règles normatives locales, deuxièmement avec des aspect d'ordre public et troisièmement avec les politiques générales.

6. Nous constatons donc que la CNUDCI a suivi une approche intelligente et judicieuse dans la mesure où cette convention ne vise pas les obligations internationales non contractuelles, qui donnent lieu à de très nombreuses différences d'opinion et suscitent des points de vue très divers. La CNUDCI s'est contentée de traiter des obligations internationales contractuelles, de sorte que la partie concernant les obligations contractuelles peut être achevée dans un premier temps. Ceci, à notre sens, est alors suivi de la partie la plus difficile, à savoir celle qui vise les obligations non contractuelles. Si ces deux parties des travaux sont menées à bien, nous disposerons d'une couverture juridique intégrale des relations commerciales par voie électronique.

7. Les problèmes que pose le commerce électronique sont au cœur des problèmes du commerce international. En effet, le commerce électronique ouvre de larges perspectives pour le commerce international, qui ne nous seraient pas accessibles sans les moyens de communication modernes. Nous en sommes au stade où de nouvelles parties et de nouveaux marchés ont la possibilité de s'intégrer aux échanges internationaux. De plus, le commerce électronique contribue à réduire les frais afférents aux activités commerciales internationales.

8. C'est la raison pour laquelle la CNUDCI s'est intéressée à la question, soucieuse, tout d'abord, de lever les obstacles juridiques qui entravent le lancement du commerce électronique, et, ensuite, de combler les lacunes des systèmes juridiques locaux, ainsi que d'éliminer les incertitudes auxquelles ces lacunes peuvent susciter chez les partenaires aux transactions au moment de décider des règles à retenir.

9. Nous notons par ailleurs que le projet s'efforce de donner aux parties contractantes la liberté d'utiliser un moyen technologique approprié, en constante évolution de par sa nature, pour autant qu'elles n'aillent pas à l'encontre des règles de droit applicables.

10. Pour conclure ces remarques préliminaires, nous mentionnerons les efforts de logique que ceux qui ont rédigé le projet de convention ont faits pour s'assurer que les règles normalisées qui y sont énoncées apportent des solutions juridiques appropriées aux problèmes que pose l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, en tenant dûment compte des divers systèmes juridiques et économiques des différents pays.

Chapitre premier. Sphère d'application

Article premier. Champ d'application

11. Pour ce qui est du champ d'application, le projet, de manière favorable, dispose que, lorsque les communications électroniques sont utilisées pour conclure ou exécuter un contrat ou un accord, d'une part, il n'est pas tenu compte du fait que les parties ont leur établissement dans des États différents lorsque ce fait ne ressort ni du contrat, ni de transactions effectuées entre les parties, et de l'autre, ni la nationalité des parties, ni le caractère civil ou commercial des parties ou du contrat ne sont pris en considération.

12. À propos de cet article, le Groupe de travail, s'est demandé s'il fallait dans des notes explicatives ou un commentaire relatifs au projet de convention, expliquer le sens donné au mot "contrat" dans le projet de convention. Il nous semble donc

approprié, compte tenu de la précision des termes “contrat” et “accord” et de la différence de sens entre les deux dans certains systèmes internationaux, d’ajouter cette explication.

Article 2. Exclusions

13. Selon le projet – et d’une façon à laquelle nous ne souscrivons pas – la convention ne s’applique pas aux communications électroniques qui ont un rapport avec:

a) Les contrats conclus à des fins personnelles, familiales ou domestiques;

b) Les opérations sur un marché boursier réglementé;

c) Les opérations de change, les systèmes de paiement interbancaire, les transfert de sûretés et les transferts d’actifs économiques;

d) Le transfert de sûretés sur des valeurs mobilières ou d’autres instruments ou actifs financiers détenus auprès d’intermédiaires ou vente, prêt, détention ou convention de rachat de ces valeurs, actifs ou instruments;

e) Certains outils commerciaux internationaux tels que lettres de change, billets à ordre, lettres de transport, connaissements, récépissés d’entrepôt ni aucun document ou instrument transférable donnant le droit au porteur ou au bénéficiaire de demander la livraison de marchandises ou le paiement d’une somme d’argent.

14. À ce sujet, il importe, pour nous, de faire état de la façon dont nous comprenons les raisons de l’exclusion d’activités économiques et financières du fait de leur nature particulière. Cette question devrait faire l’objet d’une convention spécifique. Toutefois, pour les raisons indiquées ci-après, il nous est difficile d’accepter que les contrats conclus à des fins personnelles et certains mécanismes du commerce international soient exclus de l’application de la convention. En ce qui concerne les contrats conclus à des fins personnelles, ils représentent une part du volume du commerce électronique, ou plutôt, on peut dire que les personnes naturelles sont celles qui ont le plus besoin d’être intégrées à un système international car elles représentent les parties qui sont le moins en mesure d’effectuer des mouvements internationaux, qui sont matériellement les plus faibles et qui sont les plus ignorantes des règles du commerce international. Leur connaissance des règles de fond qui régissent les opérations du système international les incitera à recourir au commerce électronique et cela aura des incidences favorables sur les échanges internationaux.

15. Toutefois, si la raison pour laquelle les rédacteurs de la convention ont retenu cette approche réside dans le fait que les contrats conclus à des fins personnelles peuvent supposer l’application de règles qui créent des obligations en droit local relativement à certaines questions telles que le droit des consommateurs, il peut être approprié de commencer à avoir des idées novatrices et des outils de type nouveau concernant ce type de contrats.

16. À cet égard, nous proposons qu’un projet de convention internationale soit rédigé, qui viserait expressément ces contrats, tout en tenant compte de manière appropriée des règles locales qui créent des obligations, et qu’un dispositif électronique non judiciaire – connu sous le nom d’arbitrage électronique – soit conçu pour régler les litiges à tous les stades: plainte, enquête, négociation et

règlement. Pour que ce dispositif porte ses fruits, il doit être physiquement administré et étayé par un organisme international qui veillera à ce qu'il soit impartial et à ce que les dispositions de la convention comportent des règles objectives et procédurales qui seront appliquées afin d'assurer la transparence et de répondre aux attentes, ce qui permettrait d'éviter les problèmes qui ressortent de l'expérience des organismes qui traitent aujourd'hui de l'arbitrage électronique.

17. En ce qui concerne certains mécanismes du commerce international, nous ne pensons pas que l'on puisse justifier l'exclusion de certains d'entre eux qui jouent un rôle fondamental dans le commerce international. Il nous paraît logique que ces mécanismes soient rapides et rentables et ceci est rendu possible par les communications électroniques, d'autant que la plupart de ces mécanismes sont particulièrement bien acceptés par les négociants sous divers supports électroniques et que le droit commercial international est toujours à l'avant-garde pour ce qui est d'accepter des formes de commerce novatrices ou non officielles.

Article 3. Autonomie des parties

18. Selon le projet de convention, les parties sont libres d'exclure l'application de l'une quelconque de ses dispositions ou d'y déroger, ce qui est logique et judicieux. Nous ne nous appesantirons pas plus longtemps sur cet article, dans la mesure où l'on ne saurait nier son importance, capitale au regard du commerce international.

Chapitre II. Dispositions générales

Article 4. Définitions

19. Comme il est d'usage dans les conventions modernes, et tout particulièrement dans celles qui visent le progrès technologique, cet article comporte la définition des termes suivants: "communication", "communication électronique", "message de données", "expéditeur", "destinataire", "système d'information", "système de messagerie automatisé" et "établissement".

20. Nous voudrions faire observer que tous les moyens modernes de communication, anciens et nouveaux, doivent être visés par la convention, avec la possibilité d'y inclure d'autres moyens de ce type qui viendraient à être utilisés dans l'avenir.

21. Il est une autre question importante: le fait d'exclure les intermédiaires pour la communication électronique lorsqu'il s'agit de déterminer qui est l'"expéditeur" et qui est le "destinataire". Il s'agit en effet de prévenir toute confusion ou toute interférence concernant la responsabilité.

22. Enfin, l'"établissement" est défini comme étant tout lieu où une partie dispose d'une installation non transitoire pour mener une activité économique autre que la fourniture temporaire de biens ou de services à partir d'un lieu déterminé.

Article 5. Interprétation

23. L'article 5 dispose que, pour l'interprétation de la convention, il est 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.

24. Cet article dispose aussi que, si la convention ne se prononce pas expressément sur une question donnée, celle-ci est réglée selon les principes généraux dont la convention s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé.

Article 6. Lieu de situation des parties

25. Aux termes du projet, 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.

26. À propos de cet article, le Groupe de travail s'est demandé dans quelle mesure il serait utile de préciser que la définition du terme "établissement" doit être conforme au paragraphe 1 de l'article 6. Nous ne pensons pas que cela soit opportun.

27. Cet article dispose que, s'il y a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat considéré, eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat.

28. L'article 6 dispose aussi que si une personne physique n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

29. De manière consistante avec l'approche retenue concernant la nature des communications modernes, la définition de l'établissement exclut l'endroit où le système d'information utilisé est situé et celui où il peut être installé.

30. Tenant compte encore de la nature des communications modernes, il est précisé que le seul fait qu'une partie détient un nom de domaine ou utilise une adresse électronique associée à un pays particulier ne constitue pas une présomption que son établissement est situé dans ce pays.

Article 7. Obligations d'information

31. L'article 7 dispose qu'aucune disposition de la convention n'a d'incidence sur l'application d'aucune règle de droit qui peut obliger les parties à communiquer leur identité, leur établissement ou toute autre information, ni n'exonère une partie des conséquences juridiques auxquelles elle s'exposerait en faisant des déclarations inexactes ou fausses à cet égard.

Chapitre III. Utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux

Article 8. Reconnaissance juridique des communications électroniques

32. L'article 8 dispose que la validité d'un contrat n'est pas déniée au seul motif que cette communication ou ce contrat est sous forme de communication électronique, tout en appelant l'attention sur le fait que les parties sont libres de décider d'utiliser ou d'accepter des communications électroniques.

33. À propos de cet article, le Groupe de travail s'est demandé si, en plus de préciser que le contrat est sous forme de communication électronique, il faudrait employer les mots "ou résulte de l'échange de communications électroniques" à la fin du paragraphe 1. Nous jugeons que cela serait utile.

Article 9. Conditions de forme

34. Conformément à l'approche retenue, à savoir ne pas s'en tenir à une technologie particulière, l'article 9 dispose que la convention n'exige aucunement qu'une communication ou un contrat soit établi ou constaté sous quelque forme particulière que ce soit, mais exige qu'une communication électronique soit aussi crédible qu'une communication sous forme écrite et dispose qu'une communication électronique satisfait à cette exigence si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement. Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit signé par une partie, ou qu'il soit présenté ou conservé sous sa forme originale, le projet dispose que la version électronique satisfait cette exigence sous réserve de certaines conditions et garanties énoncées dans l'article.

Article 10. Moment et lieu de l'expédition et de la réception de communications électroniques

35. Il est clair que l'approche retenue pour l'article 10 est judicieuse et logique et qu'elle tient compte de la nature des communications électroniques:

a) Aux termes du projet, le moment de l'expédition est le moment où la communication quitte un système d'information dépendant de l'expéditeur ou de la partie qui l'a envoyée au nom de l'expéditeur; sinon, c'est le moment où elle est reçue;

b) Toujours aux termes du projet, le moment de la réception est le moment où la communication peut être relevée par le destinataire à une adresse électronique que celui-ci a désignée (la communication électronique est présumée pouvoir être relevée par le destinataire lorsqu'elle parvient à l'adresse électronique de celui-ci). Si la communication est envoyée à une autre adresse électronique, le moment de la réception est le moment où celui-ci prend connaissance du fait qu'elle a été envoyée à cette adresse.

36. L'article 10 dispose qu'une communication électronique est réputée avoir été expédiée du lieu où l'expéditeur a son établissement et avoir été reçue au lieu où le destinataire a son établissement même si le système d'information est situé ailleurs. Cette disposition de contrôle vise à éviter des suppositions qui pourraient résulter de la possibilité d'accéder à un système d'information à partir de n'importe quel endroit de la planète si les moyens de communication électronique appropriés existent. Cette possibilité suscite des controverses concernant tant la loi applicable que l'autorité judiciaire compétente.

Article 11. Invitations à l'offre

37. La nature tout à fait particulière des transactions électroniques fait que les pages d'accueil des sites électroniques doivent comporter des annonces et des propositions de conclure un contrat. Un différend a surgi quant à la question de savoir si ces annonces sont des propositions de conclure un contrat ou simplement des invitations à l'offre. Si l'on considère qu'il s'agit de propositions de conclure un contrat, alors la responsabilité des sociétés et entreprises est illimitée, particulièrement lorsqu'il existe un certain nombre de restrictions concernant certains types de marchandises, ou encore l'âge de l'acheteur, sa nationalité ou son lieu de résidence (par exemple, lorsque les marchandises sont de valeur modique,

une société pourrait ne pas avoir d'objection à les livrer gratuitement dans une zone géographique donnée, alors que pour une autre zone plus lointaine, ceci représenterait une énorme perte pour la société en question).

38. Le projet évite donc ces problèmes et dispose que ces annonces et pages d'accueil de sites électroniques doivent être simplement considérées comme une invitation à l'offre.

Article 12. Utilisation de systèmes de messagerie automatisés pour la formation des contrats

39. Cet article est dans l'esprit du temps, puisqu'il confirme qu'il n'est pas possible de dénier la validité d'un contrat formé par l'interaction d'un système de messagerie automatisé et d'une personne physique ou par l'interaction de systèmes de messagerie automatisés au seul motif que le contrat est entre une personne physique et un système ou entre un système et un autre.

Article 13. Mise à disposition des clauses contractuelles

40. L'article 13 assure l'application de toute disposition juridique exigeant de mettre à la disposition de l'autre partie les clauses contractuelles, et n'exonère pas une partie des conséquences juridiques auxquelles elle s'exposerait en ne le faisant pas.

Article 14. Erreur dans les communications électroniques

41. Afin d'éviter toute erreur qui pourrait éventuellement surgir dans une communication électronique, l'article 14 dispose que la partie qui commet une erreur de saisie a la possibilité de la corriger si le système de messagerie automatisé ne lui donne pas cette possibilité. L'article impose donc comme condition que cette partie doit, dès qu'elle prend connaissance de l'erreur, tout d'abord aviser l'autre partie aussitôt que possible, puis rendre les biens ou services ou les détruire sans en tirer d'avantage matériel ou de contrepartie. Nous nous félicitons de cette approche et insistons sur un point, à savoir la destruction des biens ou services visée dans l'article. Nous sommes stupéfaits de voir que les communications électroniques aient abouti à ce saut et que la destruction d'un bien livré par voie électronique soit proposée comme alternative à son retrait.

Chapitre IV. Dispositions finales

42. Les article 15 à 23 du chapitre IV renferment des dispositions visant le dépositaire, la signature, ratification, acceptation ou approbation, la participation d'organisations régionales d'intégration économique, l'effet dans les unités territoriales nationales, les déclarations concernant le champ d'application, les communications échangées conformément à d'autres conventions internationales, la procédure et les effets des déclarations, les réserves, les amendements, l'entrée en vigueur, les règles transitoires et la dénonciation.

A/CN.9/578/Add.1 (Original: espagnol)

Projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux: compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

II. Compilation de commentaires

A. États

2. Espagne

II. Compilation de commentaires

A. États

2. Espagne

[Original: espagnol]
[9 mars 2005]

1. Article premier, paragraphe 1 (Champ d'application). Il convient d'accepter la proposition du secrétariat d'ajouter, dans la version espagnole, le mot "acuerdo" après "contrat".

2. Article 4, alinéa c) (définition du terme "message de données"). Si l'intention dans cet alinéa est de reprendre littéralement la définition contenue dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, le texte espagnol du projet de convention est fidèle à la version anglaise de ce projet mais non à la version espagnole de la Loi, où apparaît le mot "comunicada" qui n'a pas d'équivalent dans la version anglaise.

3. Article 6, paragraphe 2 (Lieu de situation des parties). Conformément aux indications données par le secrétariat, il conviendrait de supprimer le texte entre crochets, étant donné que l'hypothèse énoncée dans cette disposition (à savoir si une partie n'a pas indiqué d'établissement) exclut la possibilité prévue entre ces crochets.

4. Article 6, paragraphe 3 (Lieu de situation des parties). Cette disposition prévoit que si une personne physique n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu. Dans le texte espagnol, il serait peut-être plus juste, d'un point de vue technique et juridique, de dire, non pas "se tendrá en cuenta" ("il sera tenu compte") mais "se considerará como tal" ("sera considérée comme telle"). Il ne

s'agit pas tant de "tenir compte" de la résidence habituelle de la personne que de disposer que, dans ce cas, cette résidence est considérée comme un établissement.

5. Article 9, paragraphe 6. Cette disposition exclut l'application de la Convention aux originaux de lettres de crédit et de garanties bancaires. Cette exclusion particulière devrait être supprimée de l'article 9. Comme il est indiqué dans la note du secrétariat, si un État souhaite prévoir une telle exclusion, il peut le faire conformément à l'article 18, paragraphe 2. En ultime recours, dans le cas où l'État souhaiterait prévoir une exclusion générale, il devrait le faire dans l'article 2 (Exclusions), sur le modèle du paragraphe 2 de cet article qui exclut, entre autres, les lettres de change, les billets à ordre et les lettres de transport du champ d'application de la Convention.

Le paragraphe 6, qui figure entre crochets, est en contradiction avec l'approche générale adoptée par la Convention qui consiste à prévoir un champ d'application très large (article premier, paragraphe 1) en donnant cependant la possibilité aux États de prévoir des exclusions (article 18, paragraphe 2). Les exclusions générales déjà prévues dans la Convention elle-même (article 2) ont été limitées au minimum pour des raisons impérieuses dans chaque cas.

6. Article 19 *bis* (Procédure d'amendement du paragraphe 1 de l'article 19). Cette disposition est redondante et, partant, inutile. Son contenu figure déjà dans les paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 19 et à l'article 22 (Amendements).

7. Présentation d'instruments "par écrit" au dépositaire (article 20, paragraphes 2 et 4 et article 25, paragraphe 1). Il conviendrait peut-être d'indiquer expressément dans le commentaire que, si l'utilisation de supports électroniques en lieu et place de supports papier est admise pour satisfaire à l'exigence d'un "écrit" posée par la Convention, les déclarations "par écrit" au dépositaire doivent quant à elles se faire sur papier, le principe de l'équivalence fonctionnelle consacré à l'article 9, paragraphe 2 ne s'appliquant pas dans leur cas.

8. Article 22 (Amendements). La variante B est préférable car plus complète.

A/CN.9/578/Add.2

Projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux: compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

II. Compilation de commentaires

B. Organisations intergouvernementales

1. Conseil de l'Europe

II. Compilation de commentaires

B. Organisations intergouvernementales

1. Conseil de l'Europe

[Original: anglais]
[26 février 2005]

Le Conseil de l'Europe se félicite du travail réalisé par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international dans le domaine du commerce électronique, qui contribue pour beaucoup à "favoriser [le] progrès économique et social", objectif que prévoit également le Statut du Conseil.

Avec la révolution technologique, toutefois, les possibilités de commettre des infractions économiques telles que des fraudes, notamment à la carte bancaire, se sont multipliées. Les actifs représentés ou gérés par des systèmes informatiques (fonds électroniques, monnaie scripturale) sont devenus la cible de manipulations, tout comme les formes traditionnelles de biens. Ces manipulations interviennent essentiellement lors de la saisie des données – avec l'introduction de données incorrectes dans l'ordinateur – ou lors de leur traitement avec la manipulation des programmes et autres formes d'intrusions.

Le Conseil de l'Europe souhaiterait, en conséquence, signaler à l'attention de la Commission sa Convention sur la cybercriminalité (Série des traités européens n° 185), qui a été ouverte à la signature, à Budapest, en novembre 2001 et est entrée en vigueur en juillet 2004. À ce jour, cette convention a été ratifiée par 9 États et signée 32 États (européens et non européens). D'autres États devraient y devenir parties dans un proche avenir.

La Convention sur la cybercriminalité contient plus précisément une disposition (article 8) visant à ériger en infraction pénale toute manipulation

injustifiée, effectuée pendant le traitement des données dans l'intention de transférer des biens illégalement. Les fraudes informatiques sont considérées comme des infractions pénales si elles causent un préjudice économique ou patrimonial direct à autrui et si l'auteur de la manipulation a agi dans l'intention d'obtenir un bénéfice économique illicite pour soi-même ou pour autrui.

Le Conseil de l'Europe saurait donc gré à la Commission de bien vouloir tenir dûment compte, lors de la poursuite des négociations du projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, de cet important traité qui pourrait avoir une portée mondiale et auquel tous les pays du monde peuvent, en principe, devenir parties[1].

[1] Le texte de la Convention est disponible en anglais, français et russe à l'adresse http://conventions.coe.int/.

A/CN.9/578/Add.3 (Original: russe)

Projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux: compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

II. Compilation de commentaires

A. États

4. Bélarus

II. Compilation de commentaires

A. États

4. Bélarus

[Original: russe]
[14 avril 2005]

À l'article 4 ("Définitions"), dans un souci d'uniformisation des documents juridiques et techniques, il est proposé d'utiliser les termes et définitions établis dans les normes internationales ci-après:

- ISO/IEC 2382. Technologies de l'information – Vocabulaire – Partie 1: Termes fondamentaux. 01.01.02. **Donnée**: représentation réinterprétable d'une information sous une forme conventionnelle convenant à la communication, à l'interprétation ou au traitement;
- [GOST 24402-88. Message de données (message): données ayant un contenu sémantique et pouvant être traitées ou utilisées par l'utilisateur d'un système de télétraitement des données ou d'un réseau informatique];
- ISO/IEC 2382. Technologies de l'information – Vocabulaire – Partie 1: Termes fondamentaux. 01.01.22. Système d'information: Système de traitement de l'information accompagné des ressources organisationnelles associées telles que les ressources humaines, techniques et financières et qui fournit et répartit des informations.

[La traduction russe du titre du projet n'étant pas tout à fait correcte, il est proposé de remplacer les mots "accords internationaux" par "contrats internationaux".]

La formulation suivante est proposée pour le paragraphe 2 de l'article 10: "Le moment de la réception d'une communication électronique est le moment où cette communication peut être relevée sous une forme non modifiée par le destinataire à une adresse électronique."

Afin de mieux comprendre cette dernière proposition, on pourrait envisager l'hypothèse suivante. Une communication peut être matériellement reçue par le destinataire, c'est-à-dire arriver sur le serveur à l'adresse électronique indiquée. Cependant, la lecture de cette communication peut se révéler impossible pour un certain nombre de raisons, notamment parce que l'encodage est incompatible ou que le message est corrompu.

A/CN.9/578/Add.4 (Original: chinois)

Projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux: compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

II. Compilation de commentaires

A. États

3. Chine

II. Compilation de commentaires

A. États

3. Chine

[Original: chinois]
[14 avril 2005]

Commentaires du Gouvernement chinois concernant le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux

Le Gouvernement chinois,

Notant que la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (ci-après dénommée "la Commission"), créée en 1966, a reçu pour mandat de l'Assemblée générale d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international,

Se félicitant des efforts réalisés par la Commission au fil des ans pour lever les obstacles au commerce électronique dans les législations existantes, notamment en adoptant la Loi type sur le commerce électronique en 1996 et la Loi type sur les signatures électroniques en 2001,

Notant que, à compter de 2002, le Groupe de travail sur le commerce électronique (ci-après dénommé "le Groupe de travail"), à ses trente-neuvième, quarantième, quarante et unième, quarante-deuxième, quarante-troisième et quarante-quatrième sessions, a débattu longuement et en profondeur d'un projet de convention sur les contrats électroniques, en a examiné et adopté les articles 1er à 14, 18 et 19, et a procédé à des échanges de vues préliminaires sur d'autres articles,

Considérant qu'une convention régissant certains aspects juridiques du commerce électronique, tels que les communications électroniques, contribuera à accroître la

sécurité juridique des contrats internationaux et, partant, à promouvoir la croissance du commerce international dans l'intérêt des peuples de toutes les nations,

Soumet ci-après ses vues et suggestions concernant le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (ci-après dénommé "le projet de convention") (A/CN.9/577):

I. Nous pensons que, dans l'ensemble, le projet de convention est parvenu à maturité et mérite notre approbation pour les motifs suivants:

- Il régit exclusivement les communications électroniques entre des parties ayant leur établissement dans des États différents et évite ainsi, dans la mesure du possible, d'empiéter sur le droit interne d'un État partie (art. 1);
- Il reconnaît explicitement le principe de l'autonomie des parties dans le droit privé (art. 3);
- Il tient pleinement compte du fait que l'instrument de la Commission relève du droit privé, et évite par conséquent les dispositions contraignantes (art. 7 et 13);
- Il régit exclusivement la question particulière de l'utilisation de communications électroniques dans la formation et l'exécution d'un contrat, sans toucher à des questions de fond se posant dans le droit des contrats, telles que la validité d'un contrat et les droits et obligations des parties à un contrat, et évite ainsi, dans une large mesure, le risque de créer un double régime dans le droit des contrats;
- Il est généralement conforme à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (art. 2-1a) et 5) et suit les dispositions pertinentes de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, en particulier les principes de l'équivalence fonctionnelle et de la neutralité technologique (art. 8 et 9), et contient même des dispositions meilleures sous certains aspects (art. 10).

II. Après un examen attentif et des consultations étendues avec les experts chinois, nous souhaiterions formuler les suggestions suivantes concernant certains articles du projet de convention:

1. Préambule

Le Groupe de travail n'ayant pas eu à ce jour de débat approfondi et exhaustif sur le préambule du projet de convention, nous suggérons que la Commission examine et approuve le préambule alinéa par alinéa à sa prochaine session.

Il convient de noter, en particulier, qu'au vu des dispositions des articles premier et 19 relatives au champ d'application, le projet de convention a une large portée car il s'applique non seulement, de manière automatique, à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec un contrat international non régi par une convention internationale existante mais également, en vertu de l'article 19, à l'utilisation de telles communications en rapport avec un contrat régi par d'autres conventions internationales; or, **les mots "commerce", "commercial" ou "commerce international", qui apparaissent à plusieurs reprises dans le**

préambule, peuvent aisément donner l'impression que le projet de convention s'applique exclusivement aux contrats de commerce international ou aux contrats liés à ce commerce. Ainsi la Commission pourrait-elle examiner s'il est nécessaire de réviser ces mots.

2. Article premier relatif au champ d'application

i) Le Groupe de travail a reconnu avec raison que les communications électroniques ne sont pas utilisées uniquement pour la formation des contrats mais également pour l'exercice de divers droits nés d'un contrat (par exemple pour les avis de réception des marchandises, les avis de réclamation et les avis de résiliation du contrat) et même pour son exécution[1]. Il a été fait observer au Groupe de travail que le mot "formation" dans le paragraphe 1 était employé au sens large et couvrait toutes les étapes de la passation d'un contrat, y compris la négociation et les invitations à l'offre[2]. **Nous souhaiterions appeler l'attention de la Commission sur deux questions: le membre de phrase "en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat", dans le paragraphe 1, reflète-t-il bien l'intention du Groupe de travail et couvre-t-il, par exemple, le cas des "avis de réception des marchandises", des "avis de réclamation" et des "avis de résiliation du contrat". Les communications électroniques sont en outre susceptibles d'être utilisées en cas de modification et de transfert d'un contrat. Compte tenu de l'importance du champ d'application pour la Convention, nous proposons à la Commission de préciser de manière appropriée (par exemple en ajoutant des notes ou des commentaires au projet de convention) si le membre de phrase susmentionné couvre tous ces cas.**

ii) Pour ce qui est de la proposition du secrétariat de la Commission d'ajouter, dans la version anglaise, le mot "agreement" (accord) après le mot "contract" (contrat) dans le paragraphe 1, nous sommes d'avis que le libellé de ce paragraphe devrait être conservé tel quel car, dans certains pays, le mot "accord" est un concept large et polysémique, qui déborde parfois même le cadre juridique. Cela étant, la Commission pourrait expliquer, dans une note ou un commentaire sur le projet de convention, la signification du mot "contrat" tel qu'il est employé dans le projet.

3. Article 6 relatif au lieu de situation des parties

Bien que le Groupe de travail ait examiné le texte de cet article à ses trente-neuvième, quarante et unième et quarante-quatrième sessions, nous notons que jusqu'à présent le titre (Lieu de situation des parties) n'a fait l'objet d'aucun débat.

Étant donné que l'article 6 vise à établir certaines règles permettant aux parties de localiser l'**établissement** des unes et des autres afin de déterminer le caractère international ou interne d'une transaction ainsi que le lieu d'expédition et de réception d'une communication électronique, **la Commission pourrait envisager de modifier le titre comme suit: "Établissement des parties"**.

---

[1] Voir le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente-neuvième session (A/CN.9/509), par. 35.

[2] Voir le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa quarante-quatrième session (A/CN.9/571), par. 15.

4. Article 9 relatif aux conditions de forme

À notre connaissance, il existait deux variantes du paragraphe 3, l'une fondée sur la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et l'autre sur la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques. Après examen, le Groupe de travail a finalement adopté la première[3].

Nous sommes d'avis que, **par rapport à l'article 7 de la Loi type sur le commerce électronique, l'article 6 de la Loi type sur les signatures électroniques peut accroître notablement la sécurité juridique car il énonce des règles très détaillées pour déterminer la fiabilité d'une signature électronique. En outre, ces dernières années, la Loi type sur les signatures électroniques a déjà eu une influence importante sur bon nombre de pays qui ont élaboré des textes de loi relatifs au commerce électronique. Nous suggérons par conséquent que le paragraphe 3 soit reformulé sur la base de l'article 6 de la Loi type sur les signatures électroniques.**

5. Article 11 relatif aux invitations à l'offre

Nous rappelons que le Groupe de travail a donné des précisions concernant les significations de l'expression "applications interactives"[4]. **Nous suggérons que la Commission précise ces significations d'une manière appropriée (par exemple en ajoutant des notes ou des commentaires au projet de convention).**

6. Article 14 relatif à une erreur dans les communications électroniques

Le texte actuel a rencontré une forte opposition[5]. Nous aimerions attirer l'attention de la Commission sur le fait que ce texte, qui a déjà subi de nombreuses modifications, peut encore poser les problèmes ci-après, qui ont déjà été signalés[6].

i. En définissant des règles concernant des questions aussi complexes que celle des erreurs, il risque d'empiéter sur les principes établis du droit des contrats;

ii. Il est davantage adapté au besoin de protection du consommateur qu'aux besoins véritables des transactions commerciales;

iii. En autorisant le retrait de la communication en cas d'erreur de saisie, il créera de graves problèmes pour le tribunal appelé à se prononcer.

Nous rappelons également que, dans les deux variantes examinées par le Groupe de travail à sa quarante-troisième session, la conséquence d'une erreur dans une

---

[3] Voir le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente-neuvième session (A/CN.9/509), par. 118 à 121 et le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa quarante-deuxième session (A/CN.9/546), par. 54 à 57.

[4] Voir le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa quarante-deuxième session (A/CN.9/546), par. 114.

[5] Voir le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa quarante-troisième session (A/CN.9/548), par. 15 et 16, et le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa quarante-quatrième session (A/CN.9/571), par. 185.

[6] Voir le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa quarante-quatrième session (A/CN.9/571), par. 185.

communication électronique était décrite comme “un contrat … [qui] n’a pas d’effet juridique ni force exécutoire”[7]. À cet égard, il avait été estimé à cette session qu’une telle conséquence devrait seulement avoir pour objet de prévenir les effets d’une erreur contenue dans un message de données, sans avoir automatiquement d’incidence sur la validité du contrat[8]. Le texte modifié que le secrétariat a présenté au Groupe de travail à sa quarante-quatrième session prévoit “… le droit de retirer la communication électronique dans laquelle l’erreur a été commise”[9]. À cette session, le Groupe de travail s’est demandé s’il convenait de remplacer le mot “retirer” par “corriger” ou encore par “retirer en tout ou en partie” et a finalement décidé de le conserver.

Nous aimerions attirer l’attention de la Commission sur le fait que la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (art. 15 et 16) ainsi que les lois de bon nombre de pays établissent une différence entre “retirer” (la Convention sur les ventes emploie le mot “rétracter”) et “révoquer”. Dans le cas d’une offre, le “retrait” signifie que l’auteur revient sur son offre avant que celle-ci ne parvienne au destinataire de sorte qu’elle ne produise aucun effet juridique dès le départ, alors que la “révocation” signifie que l’auteur revient sur son offre après que celle-ci est parvenue au destinataire mais avant la formation d’un contrat, pour annuler rétroactivement l’offre qui a déjà pris effet. **La Commission pourrait juger nécessaire de remplacer le mot “retirer” par “révoquer” au paragraphe 1 de l’article 14 du projet de convention.**

---

[7] Voir le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa quarante-troisième session (A/CN.9/548), par. 14.

[8] Voir le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa quarante-troisième session (A/CN.9/548), par. 19.

[9] Voir le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa quarante-quatrième session (A/CN.9/571), par. 182.

A/CN.9/578/Add.5

Projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux: compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

II. Compilation de commentaires

B. Organisations intergouvernementales

1. Commission européenne

2. Organisation de coopération et de développement économiques

---

II. Compilation de commentaires

B. Organisations intergouvernementales

1. Commission européenne

[Original: anglais]
[14 avril 2005]

1. Ayant pris note de l'acquis communautaire, en particulier de la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (directive sur le commerce électronique), les services de la Commission souhaitent proposer l'insertion dans la Convention d'une disposition supplémentaire prévoyant une "clause de déconnexion" qui aurait pour objet de faire en sorte que les mesures prises au niveau national par des États membres de la CE dans leurs relations mutuelles ne puissent en aucun cas être en contradiction avec le droit communautaire existant ou futur.

Cette "clause de déconnexion", qui pourrait devenir l'article 1-4 du projet de Convention, pourrait être formulée comme suit:

> *"Dans leurs relations mutuelles, les Parties qui sont membres de l'Union européenne appliquent les règles de la Communauté européenne et de l'Union et n'appliquent donc les règles découlant de la présente Convention que dans la mesure où il n'existe aucune règle de la Communauté européenne et de l'Union régissant le sujet particulier concerné et applicable au cas d'espèce."*

2. Les services de la Commission souhaitent souligner l'importance de conserver l'article 16 *bis* sur la participation d'organisations régionales d'intégration économique afin de permettre une plus large adhésion à la Convention. Cette clause donnerait aussi au monde extérieur une indication positive de l'importance de cette Convention sur le commerce électronique.

3. Les services de la Commission souhaiteraient se réserver le droit de soumettre des commentaires plus détaillés sur la session de juillet.

2. Organisation de coopération et de développement économiques

[Original: anglais]
[5 avril 2005]

Le libellé de l'article 9-4 b) pourrait être modifié comme suit:

"b) Si cette information peut être conservée et montrée à la personne à laquelle elle doit être présentée."

Cette proposition vise à supprimer le segment de phrase redondant ainsi qu'à aborder la question de la conservation d'un contrat sous sa forme originale, mentionnée au paragraphe 4 en même temps que la question de la présentation, mais actuellement omise à l'alinéa b) du même paragraphe.

A/CN.9/578/Add.6

Projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux: compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

II. Compilation de commentaires

B. Organisations intergouvernementales

1. Conférence de La Haye de droit international privé

II. Compilation de commentaires

B. Organisations intergouvernementales

1. Conférence de La Haye de droit international privé

[Original: anglais]
[14 avril 2005]

I. Questions de droit international privé

À la lumière du mandat de la Conférence de La Haye, qui consiste à "travailler à l'unification progressive des règles de droit international privé", le Bureau permanent a examiné de près les références au droit international privé contenues dans le projet de Convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (ci-après la "Convention Contrats-e") et dans la Note du secrétariat (A/CN.9/577/Add.1; ci-après la "Note").

La Convention s'appliquera à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat entre des parties ayant leur établissement dans des États différents (article 1-1). Elle n'exige pas que les deux parties soient situées dans des États contractants. (Note, paragraphe 28).

Les commentaires qui suivent supposent l'existence d'un contrat qui relève du champ d'application de la Convention. Une action en justice est ensuite intentée par l'une des parties.

1. Le tribunal saisi est situé dans un État non contractant

L'une des parties saisit le tribunal d'un ***État non contractant***. Il semble que le Groupe de travail de la CNUDCI souhaitait que ce tribunal étudie les règles de droit

international privé de l'État dans lequel il est situé, et que la Convention Contrats-e soit appliquée si ces règles menaient à l'application du droit matériel de tout État partie à cette dernière (voir Note, paragraphe 32), bien que l'État du for n'y soit pas partie. Le droit matériel à appliquer comprendrait alors la Convention Contrats-e. En vertu de son article 1-1, cette convention sera appliquée à partir du moment où les parties ont leur établissement dans des États différents.

2. Le tribunal saisi est situé dans un État contractant

a) Si l'une des parties saisit le tribunal d'un ***État contractant***, une solution pouvant aboutir à l'application de la Convention serait que le tribunal étudie là encore les règles de droit international privé de l'État où il est situé. Si ces règles mènent à l'application du droit matériel de l'État du for ou de tout autre État partie à la Convention Contrats-e (voir Note, paragraphe 32), cette dernière sera appliquée.

b) Il semble cependant qu'une autre solution, en vue de l'application de la Convention par le tribunal d'un ***État contractant*** serait que la Convention prévoie une règle, semblable à celle figurant à l'article 1-1 a) de la Convention des Nations Unies sur les ventes, disposant qu'elle s'applique à tout litige international (c'est-à-dire entre des parties ayant leur établissement dans des États différents), même lorsque le droit applicable est celui d'un État non contractant. La Note précise que c'est le cas pour la Convention des Nations Unies sur les ventes, et explique pourquoi la disposition qui exigeait que les parties soient situées dans des États ***contractants*** a été supprimée (paragraphes 28 à 32). Il peut donc être supposé que le reste demeure valable. Cet ordre, prévu par la Convention, d'appliquer cette dernière quel que soit le droit (autrement) applicable ne peut être donné qu'au tribunal d'un État contractant. Lorsqu'un État contractant souhaite éviter d'avoir à appliquer la Convention même lorsque le droit applicable est celui d'un État non contractant, il doit, conformément à l'article18-1 b) de la Convention Contrats-e, déclarer "qu'il appliquera la présente Convention uniquement (...) lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant". Ainsi, sous réserve d'une telle déclaration en vertu de l'article 18-1 b), la Convention couvre tout litige international (au sens de l'article 1-[1]) sans qu'il soit nécessaire de fonder son application sur l'application du droit matériel d'un État contractant.

3. Conclusion

Les paragraphes 28 à 32, première phrase de la Note et la présence de l'article 18-1 b) semblent confirmer qu'à défaut d'une telle déclaration, la Convention Contrats-e s'applique soit: a) lorsque l'État du for est lui-même partie à la Convention Contrats-e, quelle que soit la *lex causae*; soit b) lorsque la loi désignée par les règles de droit international privé de l'État du for est celle d'un État contractant (ce qui est pertinent uniquement si le tribunal n'est pas situé dans un État contractant). Cependant, nous constatons que cette conclusion est incompatible avec le paragraphe 32 de la Note aux termes duquel: "Il a été admis que sous sa forme actuelle, le projet de Convention s'applique lorsque la loi d'un État contractant est la loi applicable aux opérations entre les parties, celle-ci devant être déterminée selon les règles de l'État du for en matière de droit international privé, si les parties n'ont pas indiqué quelle était la loi applicable."

Si le contenu du paragraphe 32 de la Note vaut pour le tribunal d'un État non contractant, à la lumière de l'article 18-1 b) et des explications dans la Note concernant la suppression de la disposition qui exigeait que les parties soient situées dans des États ***contractants***, il semble ne pas valoir pour le tribunal d'un État contractant. Ce dernier serait aussi tenu d'appliquer la Convention lorsque la loi d'un État non contractant s'applique, tant que les parties ont leur établissement dans des États différents.

II. Champ d'application du projet de Convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux et incidence possible sur les Conventions de La Haye

Le Bureau permanent a étudié toutes les Conventions de La Haye existantes en vue de recenser les dispositions écrites susceptibles d'être affectées par la Convention Contrats-e (voir note établie par Andrea Schulz et Nicola Timmins: "L'effet du projet de Convention de la CNUDCI sur les communications électroniques dans des contrats internationaux sur les Conventions de La Haye", Document préliminaire n° 31, mars 2005, consultable à l'adresse www.hcch.net sous "Travaux en cours", "Affaires générales"). Dans le cadre de cette étude, une des Conventions de La Haye a été identifiée comme étant susceptible d'être affectée par la Convention Contrats-e, car son esprit serait incompatible avec la règle d'"équivalence fonctionnelle" prévue aux paragraphes 2 et 3 de l'article 9. Il s'agit de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux en date du 14 mars 1978. Il n'est pas possible, cependant, de déterminer clairement si les contrats relatifs aux régimes matrimoniaux régis par cette convention seraient couverts par la Convention Contrats-e, ce qui est dû à une certaine ambiguïté qui tient aussi bien au champ d'application positif de la Convention Contrats-e qu'aux exclusions explicites qu'il prévoit.

1. Champ d'application positif de la Convention Contrats-e

La Convention s'appliquera à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat entre des parties ayant leur établissement dans des États différents (article 1-1). Si une personne physique n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu (article 6-3). Ni la nationalité des parties, ni le caractère civil ou commercial des parties ou du contrat ne sont pris en considération pour l'application de la Convention (article 1-3).

Cela laisse supposer qu'en vertu de son article premier, la Convention s'applique à toutes les formes de contrat quel que soit leur objet, sauf dans la mesure où certains objets sont exclus de son champ d'application par l'article 2. Partant, un contrat portant sur les régimes matrimoniaux relèverait en principe du champ d'application de la Convention. D'un autre côté, aux termes du paragraphe 10 de la Note, la "Commission a noté, en particulier, la proposition tendant à ce que les débats du Groupe de travail ne soient pas limités aux contrats électroniques, mais portent également sur les contrats commerciaux en général, quels que soient les moyens utilisés pour les négocier." Bien que cette déclaration soit axée sur les moyens de communication utilisés, elle semble être fondée sur la présomption que la Convention s'appliquerait uniquement aux contrats ***commerciaux***. Au paragraphe 58 de la Note, "Le Groupe de travail espère que les

États jugeront le projet de Convention utile pour faciliter l'application d'autres instruments internationaux, ***principalement ceux qui ont trait au commerce***". Cette modération semble logique à la lumière du mandat de la CNUDCI, qui consiste à "faire avancer l'harmonisation et l'unification progressives du droit du commerce international". Cependant, ni le texte du projet de Convention lui-même, ni le paragraphe 26 de la Note ne reflètent une telle modération. Afin d'éviter toute incertitude (et la confusion qui en résulterait quant à la nécessité de faire une déclaration en vertu de l'article 19), le Bureau permanent préférerait qu'une indication expresse figure dans le Rapport explicatif, précisant que la Convention ne couvre que les contrats commerciaux ou ayant trait au commerce.

2. Exclusions du champ d'application

Nous estimons qu'une telle précision constitue une alternative valable à l'ajout, à l'article 2, d'une exclusion portant sur les contrats relevant du droit de la famille ou du droit des successions. À défaut au moins d'une telle précision dans le Rapport explicatif, l'exclusion actuelle des "contrats conclus à des fins personnelles, familiales ou domestiques" à l'article 2-1 a), ne suffit pas à éviter toute confusion. Si le libellé tel quel pourrait en principe être utilisé pour exclure les contrats relatifs aux régimes matrimoniaux du champ d'application de la Convention Contrats-e, cette formule – initialement employée dans la Convention des Nations Unies sur les ventes – est généralement interprétée comme désignant les "contrats faisant intervenir des consommateurs" (voir paragraphe 33 de la Note). Le paragraphe 35 de la Note évoque ainsi l'achat de marchandises par des consommateurs et il indique que le Groupe de travail était convenu que ces cas devraient être complètement exclus du champ d'application du projet de Convention. En d'autres termes, le champ d'application positif étroit de la Convention des Nations Unies sur les ventes (vente de marchandises) a aussi restreint dans la conception commune[1] le sens de l'expression "contrats conclus à des fins personnelles, familiales ou domestiques".

3. Article 19

Le Bureau permanent estime à sa juste valeur le mécanisme élaboré permettant à un État de se soustraire aux dispositions de la Convention dans le cadre de tout contrat régi par une autre convention quelconque (article 19-2, fin), de s'y soustraire dans le cadre d'un contrat régi par une autre convention spécifiée (article 19-4) ou, après avoir invoqué le paragraphe 2 de l'article 19, de se déclarer à nouveau lié par les dispositions de la Convention dans le cadre de contrats régis par des conventions spécifiées (article 19-3). Cet article offre une certaine flexibilité aux États qui sont parties à des conventions relevant clairement du champ d'application de la Convention Contrats-e. S'agissant, toutefois, de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, il ne suffit pas à faire en sorte que la Convention Contrats-e ne s'y applique pas, et pourrait conduire à une incohérence dans l'application de cette Convention de La Haye, qui serait incompatible avec ses termes et son esprit.

---

[1] Y compris celle d'autres organisations internationales, telles que la Conférence de La Haye de droit international privé. Voir article 2, paragraphes 1 a) et 2 de l'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for.

A/CN.9/578/Add.7

Projet de convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux: compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

II. Compilation de commentaires

A. États

1. Lettonie

2. Maurice

II. Compilation de commentaires

A. États

1. Lettonie

[Original: anglais]
[19 avril 2005]

1. Certaines dispositions du projet de Convention pourraient se révéler difficiles à concilier avec les dispositions de la Directive 2003/31/CE:

– L'article 14 du projet de Convention et l'article 11 de la directive risquent d'aboutir à des incohérences entre les dispositions communautaires et la Convention. L'obligation de prévoir des moyens de corriger les erreurs de saisie lorsqu'elles sont commises est probablement plus conforme à l'objectif visant à donner aux contrats électroniques une plus grande sécurité juridique. Une clause de correction a posteriori pourrait compromettre la stabilité des contrats. Dans ce contexte, il y a lieu de souligner que la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles cherche à multiplier les possibilités de formation d'un contrat afin d'éviter les tactiques dilatoires de la part de parties contestant de manière frauduleuse la validité d'un contrat pour échapper à ses obligations de fond.

– L'article 5 de la directive rend obligatoire la fourniture de certaines informations, obligation qui est renforcée pour les professions réglementées. D'après le droit communautaire, l'article 7 de la Convention serait une simple clause de déconnexion. Elle permettrait aux dispositions de la directive de s'appliquer au commerce intracommunautaire. Les

parties extérieures à la Communauté ne seraient pas tenues de fournir des informations à leurs cocontractants communautaires.

– La définition de l'établissement est différente et le lieu d'établissement des parties repose sur l'hypothèse de la validité du lieu indiqué par une partie. En ce qui concerne le concept de prestataire établi, la directive indique qu'il faut tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne de Justice. D'autres termes, tels que "établissement" et "non transitoire", pourraient également créer des problèmes en droit communautaire.

– Le principe de l'autonomie des parties est formulé de telle manière qu'il permettrait de déroger à n'importe quelle clause de la Convention.

– L'exclusion de certains contrats ne couvre pas la liste figurant dans la directive et dépendra des réserves que fera chaque État.

2. Les variations considérables d'un État à l'autre du champ d'application de la Convention que permet le système des déclarations et des réserves pourrait porter atteinte à la sécurité juridique des contrats électroniques. La variabilité du champ d'application du projet de Convention pourrait être une source d'insécurité juridique pour le secteur.

2. Maurice

[Original: anglais]
[20 avril 2005]

a) À l'article 4, dans la définition du terme "système d'information", il est suggéré d'ajouter le verbe "montrer" après le verbe "conserver", d'autant que l'article 9-4 b) dispose qu'il faut que l'information puisse être montrée;

b) À l'article 4, dans la définition du terme "système de messagerie automatisé", l'emploi des mots "ou à des opérations" rend la définition obscure. Il n'apparaît pas clairement à quelles "opérations" il est fait référence;

c) À l'article 6-2, la référence au paragraphe 1 est inutile, car elle renvoie à l'**indication** donnée par une partie de son établissement, tandis que le paragraphe 2 traite des cas où il n'a pas été indiqué d'établissement;

d) À l'article 8-1, il faut indiquer clairement que **l'effet juridique** d'une communication ou d'un contrat sous forme électronique **n'est pas dénié**. Il est donc suggéré d'ajouter les mots "l'effet juridique" avant les mots "la validité";

e) i) À l'article 10-1, la Commission pourra peut-être envisager d'employer le mot "envoi" au lieu du mot "expédition";

ii) En outre, malgré le principe général énoncé au paragraphe 1, les parties peuvent convenir entre elles quels sont, aux fins de la conclusion par elles d'un accord par voie électronique, le moment et le lieu de l'envoi et de la réception de la communication électronique. Il est donc suggéré d'ajouter au paragraphe 1, immédiatement avant les mots "le moment de ...", le membre de phrase "À moins qu'il n'en soit convenu autrement entre l'expéditeur et le destinataire,";

f) À l'article 12, il est suggéré d'ajouter les mots "l'effet juridique" avant les mots "la validité".

A/CN.9/578/Add.8

Projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux: compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

ADDENDUM

TABLE DES MATIÈRES

II. Compilation de commentaires

A. États

6. Allemagne

II. Compilation de commentaires

A. États

6. Allemagne

[Original: anglais]
[25 avril 2005]

1. La délégation allemande s'inquiète de ce que le libellé actuel de l'article 3 du projet de Convention de la CNUDCI sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux peut permettre aux parties de se soustraire aux conditions de forme électronique imposées par l'article 9. Par ailleurs, l'article 3 ne devrait pas s'appliquer à l'article 18 et suivants de la Convention afin que certaines matières puissent être effectivement exclues du champ d'application de la Convention. La délégation allemande recommande donc de modifier comme suit le libellé de l'article 3 du projet de Convention:

"*Article 3. Autonomie des parties*

Les parties peuvent exclure l'application de la présente Convention ou déroger aux articles 10 à 14 ou en modifier les effets."

2. Nous appuyons pleinement la disposition de l'article 9, paragraphe 6 qui n'a pas fait l'objet d'un examen final, faute de temps. Afin de parvenir à l'uniformité maximale possible en matière de champ d'application. La délégation allemande préfère cette disposition à l'autre solution proposée qui consiste à exclure certaines matières au niveau national par une déclaration y relative faite conformément à l'article 18, paragraphe 2 du projet de Convention.

3. Nous proposons de remplacer à l'article 14, paragraphe 1 le terme "retirer" par le terme "annuler" qui présente l'avantage d'être plus facile à intégrer dans les

systèmes juridiques nationaux. Par ailleurs, la délégation allemande a des préoccupations quant aux dispositions de l'article 14, paragraphe 1, alinéas a) à c). Le Groupe de travail voudra peut-être laisser aux législateurs nationaux le soin de définir quant au fond les détails du droit d'annuler. Au cas où le Groupe de travail préfère maintenir dans le projet de convention des dispositions détaillées définissant les conditions d'exercice de ce droit d'annuler, la délégation allemande estime que les modifications et/ou ajouts suivants sont nécessaires:

a) À l'article 14, paragraphe 1, alinéa a) il faudrait remplacer l'expression juridique "aussitôt que possible", qui est trop peu précise, par l'expression "sans retard fautif".

b) De l'avis de la délégation allemande, il est aussi nécessaire d'insérer le texte suivant à l'article 14, paragraphe 1:

> "*x*) *Il peut être présumé que la personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, n'aurait pas émis la communication électronique en connaissance des faits et après une évaluation raisonnée des cas*."

Cette exigence supplémentaire vise en premier lieu à empêcher que la personne ayant effectué la saisie fasse un usage abusif d'une erreur de saisie mineure voire intentionnelle (par exemple, la saisie d'une somme de 100 000,10 euros au lieu de 100 000,00 euros) pour se dégager ultérieurement de déclarations par lesquelles elle aurait été autrement liée (par exemple, l'acceptation d'une proposition de contrat) parce qu'elle ne juge plus souhaitable, pour d'autres raisons (par exemple, la connaissance ultérieure d'une proposition plus intéressante), d'être liée par ces déclarations. La sécurité juridique du commerce pâtirait considérablement si le droit d'annuler était absolu.

c) Nous proposons aussi de supprimer l'article 14, paragraphe 1, alinéa b) du projet de Convention. La délégation allemande est d'avis que le droit d'annuler une communication électronique par suite d'une erreur de saisie ne devrait pas dépendre de ce que la personne ayant fait l'erreur de saisie prend ou non des mesures raisonnables pour rendre les biens ou services reçus ou pour les détruire. Comme il s'agit-là d'une conséquence plutôt que d'une condition de l'annulation, la question devrait être tranchée par les législateurs nationaux.

d) Par ailleurs, l'article 14 devrait être modifié comme suit:

> "*x*) *Le droit d'annuler est prescrit après une période de deux ans à compter de l'envoi de la communication électronique*."

Nous estimons que pour des raisons de sécurité juridique le droit d'annuler devrait être limité dans le temps.

e) Pour finir nous sommes favorables à ce que l'article 14 contienne une disposition qui laisse aux législateurs nationaux la possibilité de prévoir une action en dommages-intérêts en faveur du destinataire d'une communication électronique, qui s'en remet à la validité de la communication électronique, contre la personne qui en conteste la validité par suite d'une erreur de saisie.

A/CN.9/578/Add.9 (Original: espagnol)

Projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux: compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

II. Compilation de commentaires

A. États

7. Argentine

II. Compilation de commentaires

A. États

7. Argentine

[Original: espagnol]
[28 avril 2005]

I. Le terme "parties", qui, dans le projet de convention à l'étude est employé pour désigner les personnes obligées par un contrat, pourrait être confondu avec le concept de "Parties" qui, dans le droit des traités, désigne les sujets de droit international liés par un traité international. Il conviendrait donc de se référer aux "parties contractantes".

II. Comme indiqué à la section D (Conditions de forme) des notes explicatives sur le projet de convention "... l'autonomie des parties ne signifiait pas que le projet de convention habilitait celles-ci à écarter les conditions légales concernant la forme ou l'authentification des contrats et des opérations".

Il serait utile que le contenu de cette explication soit inséré dans le texte de la Convention, éventuellement à l'article 3 ou à l'article 9.

III. En ce qui concerne toujours l'autonomie de la volonté ou le principe du consensualisme, que consacre en particulier l'article 9 du projet, nous pensons qu'un tribunal pourrait mettre en doute la validité d'un contrat international si la méthode utilisée pour attester l'identité de son auteur et l'intégrité de son contenu et éviter son rejet n'est pas suffisante pour prouver l'acte juridique. Le contrat conclu au moyen de communications électroniques est un document numérique qui satisfait à l'exigence de la forme écrite et dont il pourrait en outre être nécessaire de prouver l'existence par une quelconque procédure d'authentification.

Cependant, on constate à la lecture des documents susmentionnés qu'il est recommandé de ne pas subordonner la validité d'une communication électronique à l'exigence de signature électronique. On peut en déduire que, à défaut d'exigence relative à la forme du contrat, une simple déclaration appropriée suffirait alors pour que l'acte produise des conséquences juridiques.

L'accord des parties sur ce point ne pourrait toutefois déroger aux conditions de forme imposées par la loi, ce qui signifie que les parties peuvent se soumettre au principe du consensualisme lorsque la loi est silencieuse à ce sujet ou quand elles décident de ne pas durcir ou accroître les prescriptions de forme, en leur en ajoutant d'autres, ce qui serait valable et les lierait obligatoirement.

De nombreuses opérations pourraient donc être considérées comme non valables car non signées par les parties et l'absence de signature ou le recours à des mécanismes insuffisants pour vérifier l'identité de l'auteur et l'intégrité du contenu pourrait dans bien des cas entraîner le rejet de la communication ou du contrat.

Dans ce cas, nous estimons que, s'agissant d'un contrat international, il importe d'établir une méthode fiable permettant d'identifier la personne qui envoie une communication électronique de sorte qu'il soit possible de déterminer avec certitude que ladite communication émane de l'expéditeur.

Or, le projet envisage seulement l'utilisateur d'une méthode "fiable" au regard de l'objet pour lequel la communication électronique a été créée, ce qui peut prêter à confusion, puisque, si chaque partie utilise la méthode fiable qui lui semble appropriée, cette disparité impliquera que l'autre partie contractante pourra être soumise à un régime juridique distinct, avec un niveau de protection qui pourrait être plus élevé ou moins élevé. Il pourrait s'ensuivre logiquement une augmentation de l'insécurité juridique entre les parties à un contrat et de l'imprévisibilité commerciale dans les contrats internationaux.

Nous estimons que la signature électronique est le moyen d'authentification le plus fiable et qu'il ne faudrait donc pas assouplir le régime en favorisant d'autres méthodes qui se révéleraient moins sûres.

Il est donc proposé de renforcer l'exigence concernant l'auteur et l'intégrité d'une communication électronique pour éviter le rejet de celle-ci en remplaçant le paragraphe 3 de l'article 9 par le texte suivant:

> "Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit signé par une partie, ou prévoit des conséquences en l'absence d'une signature, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique si une signature électronique fiable est utilisée pour garantir l'identité de l'auteur et l'intégrité de l'information contenue dans ladite communication électronique.
>
> Une signature électronique est considérée fiable si elle satisfait aux conditions suivantes:
>
> a) Si les données afférentes à la création de signature sont liées exclusivement au signataire;
>
> b) Si les données afférentes à la création de signature étaient, au moment de la signature, sous le contrôle absolu et exclusif du signataire;
>
> c) Si ladite signature peut être vérifiée; et

d) Si toute modification apportée au contenu de la communication électronique après le moment de la signature est décelable.”

A/CN.9/578/Add.10

Projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux: compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

II. Compilation de commentaires

A. États

8. Singapour

II. Compilation de commentaires

A. États

8. Singapour

[Original: anglais]
[16 mai 2005]

Commentaire sur le projet de convention de la CNUDCI sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux

1. Singapour remercie le Groupe de travail IV d'avoir achevé ses travaux à sa quarante-quatrième session et estime que la version révisée du projet de convention (document A/CN.9/577) constitue un texte solide à soumettre à la Commission pour examen et adoption.

2. À ce stade, nous voudrions simplement soulever quelques points particuliers qui, à notre avis, n'ont pas été pleinement examinés par le Groupe de travail durant ses délibérations. Nous proposons que la Commission envisage:

a) De modifier le paragraphe 3 a) de l'article 9 du projet de convention pour prendre en compte le fait que les signatures électroniques sont parfois exigées par la loi uniquement pour identifier la personne qui signe (le "signataire") et lui associer l'information communiquée, mais pas nécessairement pour indiquer que le signataire "approuve" l'information contenue dans la communication électronique; et

b) De supprimer le paragraphe 3 b) de l'article 9 du projet de convention afin d'assurer l'équivalence fonctionnelle entre les signatures manuscrites et les signatures électroniques et d'éviter les difficultés imprévues que pourrait créer l'"exigence générale de fiabilité" posée dans ce paragraphe.

Questions concernant le paragraphe 3 a) de l'article 9

3. Le paragraphe 3 a) de l'article 9 énonce les critères généraux d'équivalence fonctionnelle entre les signatures manuscrites et les signatures électroniques[1]. Il dispose que seule une signature électronique qui, à la fois, identifie la partie *et* indique que celle-ci approuve l'information contenue dans la communication électronique satisfait à l'exigence légale de signature dans le cas d'une communication électronique[2].

4. Or, la loi peut, dans certains cas, exiger une signature qui n'a pas pour fonction d'indiquer que le signataire approuve l'information contenue dans la communication électronique. Par exemple, dans de nombreux pays, la loi exige la légalisation d'un document par un notaire ou l'attestation d'une déclaration sous serment par un officier ministériel. En l'occurrence, l'intention n'est pas d'exiger du notaire ou de l'officier ministériel qu'ils expriment, par leur signature, leur approbation du contenu de la communication électronique. Cette signature sert simplement ici à les identifier et à les associer au contenu du document, mais n'indique pas qu'ils approuvent l'information figurant dans ce dernier. De même, certaines lois peuvent exiger qu'un document soit établi en présence d'un témoin, qui peut être tenu d'y apposer sa signature. Cette signature identifie simplement le témoin et l'associe au contenu du document établi en sa présence, mais n'indique pas qu'il approuve l'information figurant dans ledit document.

5. La double exigence énoncée au paragraphe 3 a) de l'article 9 empêcherait les signatures électroniques de satisfaire à l'exigence légale de signature dans les cas où celles-ci ne pourraient remplir la fonction d'approbation du contenu de la communication électronique.

6. Pour permettre aux signatures électroniques qui n'ont pas cette fonction d'approbation de satisfaire également à l'exigence légale de signature, nous proposons donc que le paragraphe 3 a) de l'article 9 soit modifié comme suit:

> "a) Si une méthode est utilisée pour identifier la partie et pour associer celle-ci à l'information contenue dans la communication électronique, et s'il y

---

[1] Il s'inspire du paragraphe 1 a) de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996), article qui dispose ce qui suit:

"*1) Lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données:*

a) Si une méthode est utilisée pour identifier la personne en question et pour indiquer qu'elle approuve l'information contenue dans le message de données; et

b) Si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout accord en la matière."

[2] Il convient de noter que d'après le paragraphe 3 de l'article 9, qui est tiré du paragraphe 1 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, la simple signature d'une communication électronique au moyen d'un équivalent fonctionnel d'une signature manuscrite n'est pas censée à elle seule conférer une validité juridique au message de données. Le point de savoir si une communication électronique qui satisfaisait à l'exigence de signature est juridiquement valable doit être réglé par la loi applicable en dehors du projet de convention. Voir le paragraphe 61 du Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996).

a lieu eu égard à cette exigence légale, pour indiquer que ladite partie approuve l'information contenue dans la communication électronique; et".

7. Le membre de phrase "*Si une méthode est utilisée pour identifier la partie et pour associer celle-ci à l'information contenue dans la communication électronique*" énonce les exigences fonctionnelles minimales auxquelles doit satisfaire une signature, manuscrite ou électronique. Il indique que les signatures électroniques qui remplissent uniquement ces fonctions minimales satisferont à l'exigence légale de signature. Le membre de phrase "*et s'il y a lieu eu égard à cette exigence légale*" reconnaît que la fonction assignée à la signature électronique dépendra de l'intention ou de l'objet de l'exigence légale considérée. La signature électronique devra donc avoir pour fonction d'indiquer que la partie signataire approuve l'information contenue dans la communication électronique, si cela est nécessaire, compte tenu de cette exigence. Par exemple, si la loi dispose qu'une partie doit signer une offre pour indiquer qu'elle en accepte les conditions, la signature électronique satisfera aux exigences du projet de paragraphe 3 a) si elle identifie la partie signataire, associe cette partie à l'information contenue dans le document **et** indique que ladite partie approuve cette information.

Questions concernant le paragraphe 3 b) de l'article 9

8. Le paragraphe 3 b) de l'article 9 dispose que la méthode de signature doit être d'une fiabilité "suffisante au regard de l'objet pour lequel la communication électronique a été créée ou adressée, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière" pour que la signature électronique soit juridiquement valable.

9. Cette "exigence de fiabilité" tire son origine du paragraphe 1 b) de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996).

10. Dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001), il était déjà noté que l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique était source d'insécurité car la question de savoir si la fiabilité était suffisante ne pouvait être tranchée *qu'après coup* par un tribunal ou un autre juge des faits. C'est pour offrir une plus grande sécurité *ex ante* que le paragraphe 3 de l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001) a été introduit. Le paragraphe 118 du Guide pour l'incorporation de cette Loi type indique ce qui suit:

> "… Cependant, seul un tribunal ou un autre juge des faits intervenant *ex post*, peut-être longtemps après que la signature électronique a été utilisée, peut déterminer ce qui constitue une technique fiable de signature compte tenu des circonstances en vertu de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. En revanche, la nouvelle Loi type [sur les signatures électroniques (2001)] est censée avantager certaines techniques reconnues comme étant particulièrement fiables indépendamment des circonstances dans lesquelles elles sont utilisées. C'est là l'objet du paragraphe 3, qui est censé garantir (soit par une présomption, soit par une règle de fond), qu'au moment de l'utilisation de cette technique de signature électronique ou avant (*ex ante*), elle entraînerait des effets juridiques équivalents à ceux d'une signature manuscrite. Le paragraphe 3 est donc indispensable si l'on veut que la Loi type atteigne son objectif, qui est *d'offrir davantage de sécurité que n'en offre*

actuellement la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique quant aux effets juridiques qu'on peut escompter de l'utilisation de types particulièrement fiables de signatures électroniques…" [italique ajouté]

11. À sa quarante-deuxième session, le Groupe de travail avait étudié deux variantes du paragraphe 3 de l'article 9. La variante A avait son origine dans l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, tandis que la variante B trouvait sa source dans le paragraphe 3 de l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques[3]. Le Groupe de travail a décidé de ne retenir que la variante A[4].

12. Il est possible que le Groupe de travail, en faisant ce choix, n'ait pas envisagé toutes les conséquences de maintien, dans le paragraphe 3 b) de l'article 9 de l'"exigence générale de fiabilité" issue de l'article 7 de la Loi type sur le commerce électronique.

13. Aux termes du paragraphe 3 b) de l'article 9, une signature électronique ne peut satisfaire à l'exigence légale de signature que si la méthode de signature est suffisamment fiable au regard de l'objet de la communication électronique compte tenu de toutes les circonstances, élément qui est apprécié a posteriori par un tribunal ou autre juge des faits. Cela signifie, d'une part, que les parties à une communication ou à un contrat électronique ne peuvent être certaines, à l'avance, que la signature électronique utilisée sera jugée "suffisamment fiable" et donc juridiquement valable par un tribunal ou autre juge des faits, tant qu'aucun litige n'est survenu, et d'autre part, que, même *en l'absence de litige* relatif à l'identité du signataire ou à l'acte de signature (c'est-à-dire en l'absence de litige relatif à l'authenticité de la signature électronique), un tribunal ou un juge des faits peut toujours décider que la signature électronique n'était pas suffisamment fiable et donc invalider l'ensemble du contrat.

14. Une telle disposition risque d'avoir, en pratique, de graves conséquences pour le commerce électronique:

a) Elle créera de l'incertitude dans les opérations électroniques car le caractère suffisamment fiable de la méthode de signature, et partant sa validité juridique, seront déterminés a posteriori par le tribunal ou le juge des faits, et non à l'avance par les parties. Bien que celles-ci puissent exercer leur liberté contractuelle en convenant d'une méthode de signature, il reste que la convention des parties n'est, dans le paragraphe 3 b) de l'article 9, qu'un des éléments pris en considération par le tribunal ou le juge des faits[5]. Même si les parties étaient, à l'origine, convaincues de la fiabilité de la méthode de signature, un tribunal ou un juge des faits peut en décider autrement;

---

[3] A/CN.9/546, par. 48.

[4] A/CN.9/546, par. 54 à 57.

[5] C'est ce que le paragraphe 60 du Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996), indique expressément comme suit: "Toutefois, le fait que l'expéditeur et le destinataire d'un message de données se soient entendus sur une méthode d'authentification donnée ne permet pas de conclure que cette méthode est fiable."

b) Elle risque d'être appliquée au détriment de la catégorie même de personnes que les exigences légales de signature entendent protéger. L'un des cocontractants pourrait, pour des raisons de commodité, essayer de contester la validité de sa propre signature électronique pour manque de fiabilité, afin de faire invalider un contrat, au détriment de l'autre cocontractant, qui s'était fié à la signature. Cette disposition est dès lors susceptible de constituer un piège pour les personnes non avisées ou une brèche pour celles qui sont peu scrupuleuses;

c) Elle risque de faire obstacle au commerce électronique. Elle entraînera des frais supplémentaires si les utilisateurs se sentent obligés d'utiliser des technologies plus sophistiquées et plus coûteuses pour satisfaire à l'exigence de fiabilité. Cette incertitude et ce surcoût risquent par voie de conséquence de décourager les parties de recourir aux opérations électroniques.

15. Il est à noter que l'exigence de fiabilité trouve sa source dans les lois relatives au domaine fermé et très réglementé du transfert de fonds[6]. Dans ce contexte, la question de savoir si la procédure d'authentification ou de sécurité, par exemple une signature, est appropriée est liée à la notion d'attribution de la signature à une personne donnée. Il était nécessaire à l'origine que la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique prévoie un critère de fiabilité, car elle posait, à l'article 13, une règle générale d'attribution[7]. Dans la Loi type sur le commerce électronique, les articles 7 et 13 affirmaient la validité d'une signature électronique et permettaient d'attribuer le message de données à un expéditeur pour autant que le destinataire utilise une méthode convenue avec ce dernier pour vérifier l'authenticité du message, sans qu'il soit besoin de démontrer l'authenticité de la signature elle-même[8]. La règle d'attribution de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique a finalement été limitée à la technologie convenue entre le signataire et la partie se fiant à la signature.

16. Le projet de convention ne traite pas de l'attribution des communications électroniques[9]. Le paragraphe 3 b) de son article 9, dans sa rédaction actuelle, impose donc une "exigence une exigence générale de fiabilité" sans prévoir, en corollaire, de disposition attributive. En l'absence de règle d'attribution acceptable,

---

[6] Voir A/CN.9/387, par. 81 à 87. À sa vingt-sixième session, le Groupe de travail sur les échanges de données informatisées a examiné les projets de dispositions des règles uniformes sur les aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) et les moyens connexes de communication des données commerciales (devenus, après révision, la Loi type sur le commerce électronique). Le projet d'article 7 contenait alors le segment de phrase suivant: "et le mode d'identification de l'expéditeur est dans les circonstances une méthode **[commercialement] raisonnable** de sécurité contre des messages non autorisés". Il a ensuite été suggéré de remplacer ce passage par le texte suivant: "une méthode d'authentification est suffisante si elle est aussi fiable qu'il est approprié dans toutes les circonstances aux fins desquelles la communication a été effectuée". L'expression "**commercialement raisonnable**" provenait de l'article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux et de l'article 4A du Code de Commerce uniforme (UCC).

[7] Si, juridiquement, une signature doit être attribuée à une personne donnée, il est dès lors nécessaire, par souci d'équité envers cette personne, de veiller à ce que les caractéristiques de cette signature soient techniquement fiables.

[8] A/CN.9/571, par. 127.

[9] A/CN.9/546, par. 127.

l'attribution d'une signature devra être prouvée. Il est inutile d'introduire une "exigence de fiabilité" pour compléter une règle d'attribution inexistante.

17. Il est à noter qu'aucune "exigence de fiabilité" de ce type n'est imposée pour la validité juridique des signatures manuscrites (ni d'aucun autre signe apposé sur papier pouvant légalement constituer une signature). Aucune exigence de forme n'est posée en *common law* pour les signatures. Une personne peut signer en apposant une croix ("X") sur un document, ou encore en se servant d'une machine pour dactylographier son nom sur ce document. La croix comme le nom dactylographié constituent des signatures juridiquement valables, bien que des problèmes de preuve puissent se poser. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de prouver que le signataire supposé a effectivement signé de cette manière et entendait par là signer le document. Afin d'établir que la signature a pour fonction d'associer le signataire au document signé, il faudra toujours démontrer le contexte dans lequel elle a eu lieu, qu'elle soit sur papier ou sous forme électronique.

18. Ce n'est pas la forme de la signature, mais la preuve du lien entre cette signature et le signataire supposé au vu du contexte, qui confère à la signature ses effets juridiques. De notre point de vue, les signatures électroniques ne sont qu'une forme de signature comme une autre, et devraient en principe être juridiquement valables sans être soumises à aucune exigence particulière de fiabilité. Les questions relatives à la preuve de l'acte de signature (qui se posent pour les signatures manuscrites comme pour les signatures électroniques) ne devraient pas altérer les règles de droit relatives à la validité des signatures. Si l'on admet qu'une signature produit des effets juridiques dès lors que le lien entre le document, la signature et le signataire supposé est prouvé, la question de savoir si la méthode de signature est suffisamment fiable ne se pose plus. Si l'on veut assurer l'équivalence fonctionnelle entre les signatures manuscrites et les signatures électroniques, il ne devrait pas y avoir d'exigence supplémentaire de fiabilité pour les signatures électroniques, telle que celle posée au paragraphe 3 b) de l'article 9.

19. Dans les opérations commerciales, la personne qui se fie à une signature court toujours le risque que cette signature ne soit pas authentique: elle évalue donc ce risque et s'en prémunit en conséquence[10] . L'analyse du risque tiendra compte, bien entendu, du coût des démarches à entreprendre pour rendre la signature plus fiable et de celui à supporter si la signature n'est pas authentique. Ainsi, des relations commerciales préexistantes avec le signataire supposé ou une opération portant sur de faibles montants peuvent convaincre un contractant de se fier à une signature qu'il n'aurait pas jugée satisfaisante si elle émanait d'un inconnu ou si l'opération avait porté sur un montant élevé. Ces précautions et ces évaluations ne relèvent pas du droit, mais de la prudence. En d'autres termes, un contractant peut hésiter à se fier à une signature sous forme de croix, mais ce jugement relève de la prudence et non du droit, car une signature sous cette forme est parfaitement valable du point de vue juridique. À notre avis, cette analyse s'applique également en ce qui concerne les opérations commerciales électroniques et les signatures électroniques.

---

[10] Par exemple en comparant la signature à des versions authentiques de celle dont elle a connaissance, ou en exigeant que la signature se fasse en présence d'un témoin, soit légalisée ou soit garantie par une banque, etc.

20. Nous reconnaissons que les gens sont habitués depuis de nombreuses années à évaluer la fiabilité des signatures manuscrites, et sont donc capables de déterminer facilement à quels types de signatures manuscrites il est prudent de se fier. Ils connaissent, pour l'instant, moins bien les possibilités et les lacunes des méthodes de signature électronique et peuvent dès lors avoir plus de mal à exercer un jugement prudent. Cependant, la loi ne comble pas ce manque de connaissance en introduisant une "exigence générale de fiabilité", telle que celle posée au paragraphe 3 b) de l'article 9. Cette exigence ne fait que transférer le soin d'exercer ce jugement du contractant qui se fie à la signature au juge ou autre personne chargée de rendre une décision, qui ne sont peut-être pas plus compétents pour s'acquitter de cette tâche, même s'ils peuvent bénéficier d'avis d'experts. Le contractant qui se fie à la signature peut également recourir à des experts, mais à un moment plus utile, à savoir avant de réaliser l'opération. Au fur et à mesure que les gens se familiariseront avec les signatures électroniques, ils s'habitueront à exercer ce type de jugement.

21. Nous notons qu'afin d'assurer l'harmonisation des lois relatives au commerce électronique, le projet de convention devrait soit contenir une norme uniforme concernant l'exigence de fiabilité des signatures électroniques (laquelle pourrait prendre la forme d'une "exigence générale de fiabilité", comme celle posée au paragraphe 3 b) de l'article 9), soit n'en contenir aucune (auquel cas le paragraphe 3 b) de l'article 9 serait supprimé). Comme il a déjà été signalé plus haut, ce paragraphe, dans sa version actuelle, crée une incertitude considérable qui ne favorise pas l'utilisation du commerce électronique, et nous sommes de l'avis qu'une telle exigence de fiabilité est inutile et inopportune dans ces circonstances. Il nous semble donc que la solution la meilleure et la plus indiquée est de ne poser aucune exigence de fiabilité pour les signatures électroniques, et de supprimer le paragraphe 3 b) de l'article 9.

22. Si le paragraphe 3 b) de l'article 9 (et donc l'exigence de fiabilité) est supprimé, l'article 9 prévoira que *toutes les signatures électroniques* remplissant les conditions posées à son paragraphe 3 a) satisfont à l'exigence légale de signature. Les cocontractants auront ainsi la certitude que la signature électronique qu'ils apposent ou à laquelle ils se fient satisfait effectivement à l'exigence légale de signature et qu'elle ne risque donc pas d'être privée de valeur juridique.

A/CN.9/578/Add.11

Projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux: compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

II. Compilation de commentaires

B. Organisations intergouvernementales

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

II. Compilation de commentaires

B. Organisations intergouvernementales

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

[Original: anglais]
[18 mai 2005]

Le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux de la CNUDCI traite un certain nombre de questions soulevées par l'utilisation des communications électroniques dans le cadre des conventions internationales. La plupart des conventions existantes ont été adoptées avant que les communications électroniques ne deviennent un moyen de communication reconnu, voire même avant l'apparition de ce type de communications. Les questions abordées ont trait à la satisfaction de l'exigence de signature, à celle de l'exigence de forme écrite, au moment de l'expédition et à celui de la réception.

La plupart du temps, les instruments adoptés par Unidroit ne traitent que de façon accessoire des exigences relatives à la forme des contrats, accords ou conventions (généralement pour exclure purement et simplement ce type d'exigences).

Ce n'est que depuis peu que les communications électroniques occupent le devant de la scène: elles n'ont donc pas été envisagées dans les instruments d'Unidroit adoptés avant 2001. Les définitions données dans les différentes conventions du terme "écrit" sont toutefois assez larges pour pouvoir s'appliquer également aux documents électroniques, comme l'illustre bien le tableau annexé au

présent document. Les textes pertinents y sont reproduits, accompagnés au besoin des commentaires nécessaires. Comme on peut le voir dans la formulation des dispositions citées, le projet de convention de la CNUDCI compléterait efficacement les instruments d'Unidroit en permettant d'utiliser des moyens électroniques de communication pour satisfaire, au besoin, à l'exigence de forme écrite. En l'absence d'une telle exigence, le projet permet également de reconnaître sans aucun doute la validité des communications électroniques.

Parmi les projets d'instruments actuellement examinés par Unidroit, les avant-projets de Protocole à la Convention du Cap (relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles) portant sur les questions spécifiques au matériel roulant ferroviaire et aux biens spatiaux prévoient expressément que les définitions de la Convention s'appliquent également à ces protocoles, en conséquence de quoi les communications électroniques sont couvertes par ces textes.

L'Avant-projet de Convention sur l'harmonisation des règles de droit matériel relatives aux titres détenus auprès d'un intermédiaire ne mentionne pas de "forme écrite" en tant que telle, même s'il fait référence à des types précis de conventions, à des instructions données par le titulaire d'un compte à l'intermédiaire, etc., tout en précisant qu'elles ne sont soumises à aucune condition de forme aux termes du projet de convention. Le projet portant sur les *Opérations sur les marchés financiers interconnectés et transnationaux* comprend plusieurs volets. L'un d'entre eux consiste à élaborer des règles matérielles harmonisées ou uniformes applicables à ce que l'on appelle les transactions "délocalisées". Une telle délocalisation peut être la conséquence de fusions entre marchés situés dans des États différents ou elle peut être provoquée sur le plan technologique lorsque les réseaux électroniques de communication (ECN) sont utilisés pour les transactions ou même l'introduction en bourse de valeurs mobilières. Lorsque les travaux sur ce sujet auront débuté, il apparaîtra clairement que ce qui prédomine, pour toutes sortes d'objectifs, c'est l'utilisation des technologies modernes.

Appendice

Instruments d'Unidroit et exigences de forme ou de forme écrite

A) Instruments déjà adoptés

Instrument	***Article***	*Texte de la disposition*	Commentaire
Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels (ULIS) (La Haye, 1er juillet 1964)	Art. 15	"Aucune forme n'est prescrite pour le contrat de vente. Il peut être prouvé notamment par témoins."	À la suite de l'adoption de la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM),* l'intérêt des deux lois uniformes sur les ventes revêt un caractère plutôt historique. Toutefois, si l'on examine les termes de l'ULIS, on voit que l'article 15 prévoit expressément qu'aucune forme n'est prescrite pour le contrat de vente. Les contrats électroniques devraient donc être couverts par la Convention. Cette disposition est à comparer à l'article 11 de la CVIM. Aucune disposition semblable à l'article 12 de la CVIM ne figure dans la loi uniforme.
Convention portant loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels (ULF) (La Haye, 1er juillet 1964)	Art. 3	"Aucune forme n'est prescrite pour l'offre et l'acceptation. Elles peuvent être prouvées notamment par témoins."	L'article 3 de l'ULF prévoit expressément qu'aucune forme n'est prescrite ni pour l'offre, ni pour l'acceptation. De plus, l'article 6-1 précise que "[l]'acceptation consiste en une déclaration qui parvient à l'auteur de l'offre par quelque moyen que ce soit." La formule "par quelque moyen que ce soit" semble être suffisamment large pour englober de nouveaux moyens de communication. Là encore, cette disposition peut être comparée à l'article 11 de la CVIM.
Convention portant loi uniforme sur la forme d'un testament international (Washington, D.C., 1973)	Art. 3	"1. Le testament doit être fait par écrit. 2. Il n'est pas nécessairement écrit par le testateur lui-même. 3. Il peut être écrit en une langue quelconque, à la main ou par un autre procédé."	La question de savoir si les instruments portant sur le droit de la famille ou les successions devraient ou non entrer dans le champ d'application du projet de Convention de la CNUDCI est discutable. Toutefois, si l'on part du principe que certains instruments au moins devraient en faire partie, on peut émettre, au sujet de la loi uniforme de 1973 sur la forme d'un testament international, les remarques suivantes.

Instrument	***Article***	*Texte de la disposition*	Commentaire
			Cette loi prévoit expressément que le testament doit être fait par écrit, sans définir l'expression "par écrit". Le Rapport explicatif relève que "La loi uniforme ne précise pas ce qu'il faut entendre par "écrit". Il s'agit d'un terme du langage courant qui, de l'avis des auteurs de la loi, ne nécessite pas de définition, mais qui recouvre toute expression par signes sur un support durable." (J. P. Plantard, *Rapport explicatif sur la Convention portant loi uniforme sur la forme d'un testament international*, Revue de droit uniforme, 1974 I, 120 – 122). Le Rapport explicatif, commentant l'alinéa 3, indique ce qui est naturel étant donné l'époque à laquelle il a été rédigé, que ce que les rédacteurs avaient à l'esprit lorsqu'ils ont parlé d'un "autre procédé" était la machine à écrire (*Ibid*.). Cette formule peut toutefois facilement s'appliquer également aux médias électroniques.
Convention sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises (Genève, 17 février 1983)	Art. 10	"L'habilitation n'a pas à être conférée ni constatée par écrit et n'est soumise à aucune condition de forme. Elle peut être prouvée par tous moyens, y compris par témoins."	Le Rapport explicatif indique qu'il a été décidé de ne pas définir plus précisément ce qui était entendu par "par écrit" afin de laisser aux commerçants le plus de liberté possible en la matière. Bien que la possibilité d'ajouter une disposition semblable à l'article 13 de la CVIM ait été envisagée, il a été décidé de ne pas le faire, "étant donné que le modèle de la Convention de Vienne n'a pas envisagé tous les moyens de communication plus modernes comme lorsque par exemple les informations apparaissent sur un écran et s'effacent ensuite." (M. Evans, *Convention sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises (Genève, 15 février 1983): Rapport explicatif*, Revue de droit uniforme 1984 I, 114).

Instrument	***Article***	*Texte de la disposition*	Commentaire
	Art. 11	"Les dispositions de l'article 10, de l'article 15 ou du Chapitre IV autorisant pour l'habilitation, la ratification ou l'extinction du pouvoir une forme autre que la forme écrite, ne s'appliquent pas lorsque le représenté ou l'intermédiaire a son établissement dans un État contractant qui a fait une déclaration conformément à l'article 27. Les parties ne peuvent déroger au présent paragraphe ni en modifier l'effet."	L'article 11 a été introduit principalement à la demande des États socialistes, qui exigeaient que tous les actes relatifs au commerce extérieur conclus par leurs organisations économiques soient passés par écrit. (M. Evans, *cit*. 114 – 116). L'article 27 prévoit que "Tout État contractant dont la législation exige que l'habilitation, la ratification ou l'extinction du pouvoir soit passée ou constatée par écrit dans tous les cas régis par la présente Convention peut à tout moment déclarer, conformément à l'article 11, que toute disposition de l'article 10, de l'article 15 ou du chapitre IV autorisant pour l'habilitation, la ratification ou l'extinction du pouvoir une forme autre que la forme écrite, ne s'applique pas lorsque le représenté ou l'intermédiaire a son établissement dans cet État".
Convention d'Unidroit sur l'affacturage international (Ottawa, 28 mai 1988)	Art. 1er, par. 4, al. a) à c)	"٤. – Aux fins de la présente Convention: a) une notification par écrit n'a pas besoin d'être signée, mais doit indiquer par qui ou au nom de qui elle est faite; b) une "notification par écrit" comprend également les télégrammes, les télex ainsi que tout autre moyen de télécommunication de nature à laisser une trace matérielle; c) une notification par écrit est donnée lorsqu'elle est reçue par le destinataire."	L'article premier, par. 4, alinéa b) prévoit expressément qu'une "notification par écrit" comprend "tout autre moyen de télécommunication de nature à laisser une trace matérielle", définition qui pourrait également s'appliquer aux médias électroniques. Le projet de convention de la CNUDCI envisage à la fois la question de l'identification de la partie (art. 9, par. 3, alinéa a)) et celle du moment de la réception (art. 10, par. 2)), ce qui semble compléter la Convention sur l'affacturage.
	Art. 3, par. 1, al. b)	"١. – L'application de la présente Convention peut être exclue: a) … b) par les parties au contrat de vente de marchandises à l'égard des créances nées soit au moment soit après que la notification par écrit de cette exclusion a été faite au cessionnaire."	

Instrument	***Article***	*Texte de la disposition*	Commentaire
	Art. 8, par. 1	"١. – Le débiteur est tenu de payer le cessionnaire s'il n'a pas eu connaissance d'un droit préférable et si la notification par écrit de la cession: a) a été donnée au débiteur par le fournisseur ou par le cessionnaire en vertu d'un pouvoir conféré par le fournisseur; b) précise de façon suffisante les créances cédées et le cessionnaire à qui ou pour le compte de qui le débiteur doit faire le paiement; et c) concerne des créances qui naissent d'un contrat de vente de marchandises qui a été conclu soit avant soit au moment où la notification est donnée."	
	Art. 9, par. 2	"٢. – Le débiteur peut aussi exercer contre le cessionnaire tout droit à compensation relatif à des droits ou actions existants contre le fournisseur en faveur duquel la créance est née, et qu'il peut invoquer à l'époque où la notification par écrit de la cession a été donnée conformément aux dispositions du paragraphe 1 de l'article 8."	
Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001)	Art. 1er, par. nn)	"'écrit' désigne une information (y compris communiquée par télétransmission) qui se présente sur un support matériel ou sous une autre forme de support, qui peut être reproduite ultérieurement sur un support matériel, ce support indiquant par un moyen raisonnable l'approbation de l'information par une personne."	La définition donnée dans cette disposition mentionne déjà la "télétransmission" et recouvre donc les moyens électroniques de communication, comme cela ressort clairement du Commentaire, qui mentionne les "formes de télétransmission électroniques et autres" (R. Goode, *Commentaire officiel sur la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et le Protocole y relatif portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques*, Rome 2002, 58).

Instrument	***Article***	*Texte de la disposition*	Commentaire
	Art. 7, al. a)	"Une garantie est constituée en tant que garantie internationale conformément à la présente Convention si le contrat qui la crée ou la prévoit: a) est conclu par écrit; …"	
	Art. 8, par. 4	"٤. Tout créancier garanti qui se propose de vendre ou de donner à bail un bien en vertu du paragraphe 1 doit en informer par écrit avec un préavis raisonnable: a) les personnes intéressées visées aux alinéas i) et ii) du paragraphe m) de l'article premier; et b) les personnes intéressées visées à l'alinéa iii) du paragraphe m) de l'article premier ayant informé le créancier garanti de leurs droits avec un préavis raisonnable avant la vente ou le bail."	
	Art. 11, par. 1	"١. Le créancier et le débiteur peuvent convenir à tout moment par écrit des circonstances qui constituent une inexécution, ou de toute autre circonstance de nature à permettre l'exercice des droits et la mise en œuvre des mesures énoncées aux articles 8 à 10 et 13."	
	Art. 15	"Dans leurs relations mutuelles, deux ou plusieurs des parties visées au présent Chapitre peuvent à tout moment, dans un accord écrit, déroger à l'une quelconque des dispositions précédentes du présent chapitre, ou en modifier les effets, à l'exception des paragraphes 3 à 6 de l'article 8, des paragraphes 3 et 4 de l'article 9, du paragraphe 2 de l'article 13 et de l'article 14."	

Instrument	***Article***	*Texte de la disposition*	Commentaire
	Art. 20, par. 1 à 3	"١. Une garantie internationale, une garantie internationale future, une cession ou une cession future d'une garantie internationale peut être inscrite, et cette inscription peut être modifiée ou prorogée avant son expiration, par l'une quelconque des deux parties avec le consentement écrit de l'autre. 2. La subordination d'une garantie internationale à une autre garantie internationale peut être inscrite par la personne dont la garantie a été subordonnée ou avec son consentement écrit donné à tout moment. 3. Une inscription peut faire l'objet d'une mainlevée par son bénéficiaire ou avec son consentement écrit."	
	Art. 31, par. 4	"٤. Le débiteur peut à tout moment renoncer par écrit à tout ou partie des exceptions ou des droits à compensation visés au paragraphe précédent, sauf aux exceptions qui ont trait aux manœuvres frauduleuses du cessionnaire."	
	Art. 32, par. 1, al. a)	"١. La cession des droits accessoires ne transfère la garantie internationale correspondante que si: a) elle est conclue par écrit; …"	
	Art. 33, par. 1, al. a)	"١. Lorsque des droits accessoires et la garantie internationale correspondante ont été transférés conformément aux articles 31 et 32 et dans la mesure de cette cession, le débiteur des droits accessoires et de l'obligation couverte par cette garantie n'est lié par la cession et n'est tenu de payer le cessionnaire ou d'exécuter toute autre obligation que si:	

Instrument	***Article***	*Texte de la disposition*	Commentaire
		a) le débiteur a été informé par un avis écrit de la cession par le cédant ou avec l'autorisation de celui-ci; …"	
	Art. 38, par. 2	"٢. Les titulaires d'un droit visé au paragraphe précédent et d'un droit concurrent peuvent convenir par écrit d'en modifier les rangs respectifs mais le cessionnaire d'une garantie subordonnée n'est pas lié par un accord de subordination, à moins que, lors de la cession, la subordination résultant dudit accord ait été inscrite."	
	Art. 42, par. 2	"٢. Cette convention attributive de juridiction est conclue par écrit ou dans les formes prescrites par la loi du for choisi."	
Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001)	Art. IV, par. 3	"٣. Dans leurs relations mutuelles, les parties peuvent, dans un accord écrit, déroger aux dispositions du présent Protocole ou en modifier les effets, à l'exception des paragraphes 2 à 4 de l'article IX. Les parties peuvent exclure, dans un accord écrit, l'application de l'article XI."	Le paragraphe 1 de l'article premier du Protocole prévoit expressément que, à moins que le contexte ne s'y oppose, les termes qui y figurent sont utilisés au sens donné dans la Convention. Le terme "écrit" englobe donc également les communications électroniques.
	Art. V, par. 1, al. a)	"١. Aux fins du présent Protocole, un contrat de vente est un contrat qui: a) est conclu par écrit; …	
	Art. IX, par. 2 et 6	"٢. Le créancier ne peut mettre en œuvre les mesures prévues au paragraphe précédent sans le consentement écrit et préalable du titulaire de toute garantie inscrite primant celle du créancier. …	

Instrument	***Article***	*Texte de la disposition*	Commentaire
		٦. Un créancier garanti proposant la radiation de l'immatriculation et l'exportation d'un aéronef en vertu du paragraphe 1 autrement qu'en exécution d'une décision du tribunal, doit informer par écrit avec un préavis raisonnable de la radiation de l'immatriculation et de l'exportation proposée: a) les personnes intéressées visées aux alinéas i) et ii) du paragraphe m) de l'article premier de la Convention; et b) les personnes intéressées visées à l'alinéa (iii) du paragraphe m) de l'article premier de la Convention qui ont informé le créancier garanti de leurs droits avec un préavis raisonnable avant la radiation de l'immatriculation et l'exportation."	
	Art. X, par. 5	"5. Le créancier et le débiteur ou toute autre personne intéressée peuvent convenir par écrit d'exclure l'application du paragraphe 2 de l'article 13 de la Convention."	
	Art. XIII, par. 3	"٣. Le bénéficiaire de l'autorisation (la "partie autorisée") ou la personne qu'elle certifie être désignée à cet effet est la seule personne habilitée à mettre en œuvre les mesures prévues au paragraphe 1 de l'article IX; il ne peut mettre en œuvre ces mesures qu'en conformité avec l'autorisation et les lois et réglementations applicables en matière de sécurité aérienne. Le débiteur ne peut révoquer cette autorisation sans le consentement écrit de la partie autorisée. L'autorité du registre radie une autorisation inscrite dans le registre à la demande de la partie autorisée."	

Instrument	***Article***	*Texte de la disposition*	Commentaire
	Art. XV	"Le paragraphe 1 de l'article 33 de la Convention s'applique en ajoutant la disposition suivante immédiatement après l'alinéa b): 'et c) le débiteur a consenti par écrit, que le consentement ait ou non été donné avant que la cession n'ait eu lieu ou qu'il identifie ou non le cessionnaire."	
	Art. XXII, par. 2	"٢. Une renonciation faite en vertu du paragraphe précédent doit être faite dans un écrit contenant une description du bien aéronautique."	
Loi type sur la divulgation des informations en matière de franchise (2002)	Article 4, par. 1	"L'information doit être fournie par écrit."	Le Rapport explicatif de la Loi type sur la divulgation des informations en matière de franchise explique pourquoi il est souhaitable que l'information soit fournie par écrit. Il précise également que la divulgation ne doit pas nécessairement être rédigée sur papier, et renvoie à la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*. Étant donné la nature de ce texte, qui est d'être un modèle, il est naturellement ajouté une réserve selon laquelle c'est à l'État concerné de décider si la divulgation par voie électronique est admissible (voir *Loi type sur la divulgation des informations en matière de franchise*, Rome 2002, p. 37 et 38).
Principes relatifs aux contrats du commerce international 2004	Art. 1.2	"Ces Principes n'imposent pas que le contrat, la déclaration ou tout autre acte soit conclu ou constaté sous une forme particulière. Il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins."	Dans les Principes 2004, un certain nombre de dispositions ont été légèrement modifiées afin de répondre aux besoins du commerce électronique. Ces dispositions parlent donc de "forme" plutôt que d'"écrit".

Instrument	***Article***	*Texte de la disposition*	Commentaire
	Art. 2.1.18	"Le contrat écrit qui contient une clause stipulant que toute modification ou révocation amiable doit être faite sous une forme particulière ne peut être modifié ou révoqué sous une autre forme. Toutefois, une partie peut être privée du bénéfice de cette disposition si son comportement a incité l'autre partie à agir raisonnablement en conséquence."	
	Art. 2.1.8	"Le délai d'acceptation fixé par l'auteur de l'offre commence à courir au moment où l'offre est expédiée. La date indiquée dans l'offre est présumée être celle de l'expédition, à moins que les circonstances n'indiquent le contraire."	

B) Conventions en cours d'élaboration

Convention	*Article*	*Texte de la proposition*	*Commentaire*
Avant-projet de protocole portant sur les questions spécifiques au matériel roulant ferroviaire	III	"Dans leurs relations mutuelles, les parties peuvent, dans un accord écrit, déroger aux dispositions du présent Protocole ou en modifier les effets, à l'exception de l'article VII 2)."	Le paragraphe 1 de l'article premier de l'avant-projet de protocole établit expressément que, à moins que le contexte ne s'y oppose, les termes qui y figurent sont utilisés au sens des définitions données dans la Convention. Le terme "écrit" englobe donc également les communications électroniques.
	XI	"Le paragraphe 1 de l'article 33 de la Convention s'applique en ajoutant la disposition suivante immédiatement après l'alinéa b): 'c) le débiteur n'a pas été préalablement informé d'une cession en faveur d'une autre personne.'"	
	XIX, par. 2	"٢. Une renonciation en vertu du paragraphe précédent doit être faite dans un écrit contenant une description du matériel roulant ferroviaire telle que précisée à l'article V du présent Protocole."	

Convention	*Article*	*Texte de la proposition*	*Commentaire*
Avant-projet de protocole portant sur les questions spécifiques aux biens spatiaux	IV	"Les parties peuvent, par le biais d'un accord écrit, exclure l'application de l'article XI et, dans leurs relations mutuelles, déroger aux dispositions du présent Protocole ou en modifier les effets à l'exception de l'article IX 2) à 3)."	Le paragraphe 1 de l'article premier de l'avant-projet de protocole établit expressément que, à moins que le contexte ne s'y oppose, les termes qui y figurent sont utilisés au sens donné dans la Convention. Le terme "écrit" englobe donc également les communications électroniques.
	V, par. 1, al. a)	"١. – Aux fins du présent Protocole, un contrat de vente est un contrat qui: a) est conclu par écrit; …"	
	X, par. 5	"[٥. – Le créancier et le débiteur ou toute autre personne intéressée peuvent convenir par écrit d'exclure l'application du paragraphe 2 de l'article 13 de la Convention.]"	
	XIV	"Le paragraphe 1 de l'article 33 de la Convention s'applique en ajoutant la disposition suivante immédiatement après l'alinéa b): 'et c) le débiteur a consenti par écrit, que le consentement ait ou non été donné avant que la cession n'ait eu lieu ou qu'il identifie ou non le cessionnaire.'"	
	XX, par. 2	"٢. – Une renonciation faite en vertu du paragraphe précédent doit être faite dans un écrit contenant une description, conformément à l'article VII, du bien spatial."	
Avant-projet de Convention sur l'harmonisation des règles de droit matériel relatives aux titres détenus auprès d'un intermédiaire			Un certain nombre de dispositions mentionnent des "conventions", mais aucune condition de forme écrite n'est jamais posée. Les Notes explicatives précisent même que la future Convention ne pose aucune condition de forme à l'égard des conventions de compte (voir la note à l'article premier, par. 1, alinéa e), Étude LXXVIII – Doc. 19 p. 25).

A/CN.9/578/Add.12 (Original: français)

Projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux: compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

II. Compilation de commentaires

A. États

Belgique

II. Compilation de commentaires

A. États

Belgique

[Original: français]
[19 mai 2005]

La présente contribution se concentre sur les paragraphes 4 à 6 de l'article 9 du projet de convention, qui définissent l'équivalent électronique d'un original et qui constituent, aux yeux de la délégation belge, la principale difficulté que soulève encore le projet.

La délégation belge estime que ces trois paragraphes, qui n'ont pas pu faire l'objet d'un examen approfondi par le Groupe de travail, ne devraient pas être repris dans le projet de convention.

La délégation belge estime, en effet, qu'il serait inopportun d'inclure dans le projet de convention des dispositions consacrant légalement l'équivalent électronique d'un original alors même que ces dispositions n'apportent pas de réponse à la question de l'équivalent électronique du transfert de droits au moyen de documents formant titres ou d'instruments négociables (qui sont exclus par l'article 2-2 du projet), lequel transfert dépend pourtant précisément de la possession d'un titre original.

Comme l'indique la dernière étude du secrétariat sur cette question (A/CN.9/WG.IV/WP.90), le problème particulier auquel se heurte la création d'un équivalent électronique du transfert d'un titre original sur papier est celle de savoir comment offrir une garantie d'unicité équivalente à la possession de l'original d'un document formant titre ou d'un instrument négociable. Cette étude de même que la note du secrétariat accompagnant le présent projet de convention précisent

qu'aucune solution entièrement satisfaisante n'a pu, jusqu'à présent, être mise au point pour garantir ce "caractère unique ou original" (document A/CN.9/577/Add.1, n° 37).

Dans ces conditions, il apparaît étonnant que l'article 9-4 et 5, prétende définir l'équivalent électronique d'un original alors même qu'il ne subordonne pas cette équivalence à la condition d'unicité de l'original, laquelle est pourtant intrinsèquement liée à la nature et à la fonction même d'un original, et qu'il ne pourra donc pas apporter de réponse à la question du transfert d'un titre négociable.

Afin de prévenir toute incohérence en ce domaine, la délégation belge estime donc préférable de traiter simultanément, dans une seule approche globale, la question de l'équivalent électronique d'un original et celle de l'équivalent électronique du transfert de droits au moyen de documents formant titres négociables. Dans ce contexte, les travaux actuels du Groupe de travail sur le droit des transports visant à définir un équivalent électronique du document de transport négociable devraient bien entendu être pris en considération.

La délégation belge constate, en outre, que le paragraphe 6 de l'article 9 exclut l'application des paragraphes 4 et 5 lorsqu'il est exigé qu'une partie *présente* certains documents originaux pour demander un paiement, alors que le paragraphe 4 mentionne spécifiquement la possibilité de *présenter* une information comme une des conditions pour reconnaître à une communication électronique la valeur d'un original.

La délégation belge y voit un indice supplémentaire du fait que les paragraphes 4 et 5 de l'article 9 ne peuvent, en l'état, être considérés comme fournissant une solution satisfaisante à la question de l'équivalent électronique d'un original.

A/CN.9/578/Add.13

Projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux: compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

II. Compilation de commentaires

A. États

10. États-Unis d'Amérique

II. Compilation de commentaires

A. États

10. États-Unis d'Amérique

[Original: anglais]
[1er juin 2005]

1. Nous appuyons dans l'ensemble le texte révisé du projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (A/CN.9/577), sous réserve des recommandations ci-dessous et des recommandations rédactionnelles et autres qui pourront être faites à la plénière. Nous considérons que le Groupe de travail IV sur le commerce électronique de la Commission a fait œuvre utile en suscitant parmi les États un large appui pour le projet de convention, qui établira des règles de base communes en vue de faciliter et de valider le commerce électronique entre des marchés très éloignés aux régimes juridiques différents, et favorisera ainsi le commerce mondial et le développement interne. Le système de la convention n'imposerait à personne d'utiliser ou d'accepter les messages électroniques et reconnaît l'autonomie des parties en protégeant le droit de ces dernières de modifier les dispositions de fond du traité, et en protégeant le besoin pour les organismes publics de déterminer les méthodes appropriées de conduite des affaires publiques.

2. La convention faciliterait également l'application des traités et autres instruments internationaux existants dans la mesure où les États le souhaiteraient. Bien que le commerce électronique soit devenu partie intégrante de nombreuses économies nationales, son développement n'est pas encore assez avancé pour que des règles soient appliquées sans que l'on autorise les États à adapter cette application dans différents secteurs ou à des opérations ou pratiques particulières ou

bien à satisfaire autrement leurs besoins économiques. Ainsi, en plus des exclusions prévues à l'article 2, les États pourraient exclure d'autres matières en vertu des articles 18 et 19.

3. Nos commentaires se répartissent en deux groupes. Le premier concerne les chapitres I à III et les articles 18 et 19 du chapitre IV du projet de convention, qui ont été largement revus par le Groupe de travail, aussi nous sommes-nous limités à des questions qui, moyennant de plus amples consultations, devraient selon nous être clarifiées dans le commentaire ou modifiées. Le deuxième groupe a trait aux dispositions du chapitre IV sur lequel le Groupe de travail n'a pas conclu ses travaux.

Articles 1er et 19 (champ d'application)

4. Nous appuyons le large champ d'application promu par les deux articles, que les États peuvent limiter le cas échéant par des déclarations.

Article 3 (autonomie des parties)

5. Nous sommes en faveur de la reconnaissance de l'autonomie des parties, y compris de l'interprétation selon laquelle l'article tel qu'il est rédigé comprend tacitement la modification des conditions, par exemple par des clauses contractuelles différant des dispositions de la convention relatives aux opérations. Bien que certains aient estimé que cet aspect important devrait être énoncé noir sur blanc, d'autres ont été d'avis que les termes employés ne devraient pas s'écarter de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises et ont considéré que le résultat souhaité découle nécessairement de cette formulation. Nous pensons qu'une déclaration claire reflétant cette interprétation est nécessaire dans le commentaire afin d'assurer la sécurité juridique requise pour les transactions, ou bien que les mots "explicitement ou implicitement" soient insérés après le verbe "déroger" si l'on préfère une clarification dans le texte.

Article 6, paragraphe 2 ("lieu de situation")

6. Le paragraphe 1 donne une règle pour le lieu de l'établissement lorsqu'une partie a indiqué quel était ce lieu; le paragraphe 2 vise les cas où une partie n'a pas indiqué de lieu. Tels qu'ils sont rédigés, ni l'un ni l'autre paragraphe ne couvrirait les cas dans lesquels aucun lieu n'est indiqué, mais où une partie a seulement un établissement tel que défini à l'article 4. La suppression des termes "et a plus d'un établissement", au paragraphe 2, ainsi que des termes entre crochets, qui suivent, règlerait le problème.

Article 9, paragraphes 4 et 6 (original)

7. L'application des conditions de la Convention aux lettres de crédits, aux garanties à première demande et engagements similaires doit être modifiée. Le remplacement, dans le chapeau et à l'alinéa b, du mot "présenté", qui peut avoir un sens particulier dans ces types de pratiques, par "fourni", évitera de déduire que les documents électroniques peuvent être présentés à l'appui d'un paiement lorsque cela n'est pas autorisé par les conditions de la lettre de crédit, de la garantie à première demande ou autre engagement indépendant. Cette modification, accompagnée d'une déclaration claire dans le commentaire quant à l'effet recherché, pourra rendre

inutile le maintien du paragraphe 6, qui est actuellement entre crochets parce que le Groupe de travail n'a pas eu le temps d'en terminer l'examen à sa dernière réunion.

8. Pour être sûrs que les résultats attendus seront obtenus, les termes employés au paragraphe 2 de l'article 2 devraient être précisés dans le commentaire pour indiquer que les engagements tels que lettres de crédits, garanties stand by et garanties à première demande, contrairement aux documents à présenter pour le paiement, ne sont pas exclus par l'article 2.

Article 10, paragraphe 2, règles relatives à la réception

9. Le paragraphe 2 est un texte de compromis ayant pour but de faire en sorte que la règle selon laquelle une communication "peut être relevée" en vertu de la première phrase soit soumise à une présomption réfragable en vertu de la dernière phrase du même paragraphe, et qu'une protection raisonnable de la sécurité soit en place pour réfuter la conclusion qu'il y a eu réception. Nombre d'États qui étaient d'accord sur le texte de compromis ont estimé que ce résultat découlait nécessairement des dispositions de ce paragraphe tel qu'il était rédigé. Les États-Unis, pour leur part, ainsi que quelques autres États, avaient préféré une confirmation dans le texte.

10. Étant donné l'importance de cette règle, en un temps où les systèmes de messagerie électronique sont de plus en plus équipés de mécanismes de sécurité qui contrôlent le flux des messages électroniques entrants en raison des préoccupations croissantes suscitées dans le monde entier par les virus, pourriels et autres contenus indésirables incorporés dans les données, le résultat visé devra être confirmé par un commentaire clair.

Article 14 (correction des erreurs impliquant certaines opérations automatisées)

11. Nous pensons que le droit d'éviter ou de retirer une erreur de saisie devait être limité à cette erreur et non appliqué au message dans sa totalité. Ce changement n'affectera pas les parties d'un message qui ne sont pas soumises à une obligation de corriger des erreurs et dont un expéditeur ne devrait donc pas avoir la possibilité de se retirer.

Dispositions du chapitre IV

Article 16 (délai pour la signature)

12. Nous recommandons que le délai soit de trois (3) années de manière à laisser suffisamment de temps aux États pour prendre cette décision et promouvoir ainsi la convention.

Article 19 (application à d'autres traités)

13. Nous appuyons l'objectif de cet article et les dispositions connexes qui prévoient un mécanisme pour que les États renforcent l'application des accords internationaux existants en appliquant les règles modernes du commerce électronique lorsque celles-ci sont compatibles avec l'intention et les résultats attendus de ces traités. En vertu de cet article tel qu'il est rédigé, aucun État n'est tenu d'appliquer ces règles à d'autres traités, mais peut le faire par des techniques

d'acceptation expresse ou d'exclusion expresse, et peut faire également d'autres ajustements par déclaration en vertu de l'article 18-4.

Article 20 (procédure et effet des déclarations)

14. Nous appuyons l'article dans son ensemble. Les conventions de droit international privé font usage depuis les années 1970 de déclarations autorisées par les traités, qui adaptent des dispositions particulières à tel ou tel État seulement. Il n'y a pas de réserve dans le sens où ce terme est employé dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, mais des ajustements autorisés par les traités qui ne donnent pas lieu à des actions réciproques. La notification de déclarations formelles et de règles sur les situations dans lesquelles les conditions s'appliquent est importante pour la prévisibilité commerciale.

Paragraphe 1)

15. La référence à l'article 17 devrait être compatible avec cet article, c'est-à-dire qu'une déclaration en vertu de ce dernier ne peut être faite qu'au moment de la ratification, de l'adhésion, etc., mais ne peut être modifiée qu'après. Toutes les autres déclarations doivent pouvoir être faites et modifiées à tout moment.

Paragraphe 3)

16. Nous n'avons pas d'objection au délai usuel de six mois. La Commission voudra peut-être noter que pour assurer l'application en temps voulu de la convention des opérations commerciales, la réception des déclarations et leur contenu peuvent être faites par notification électronique soit par le dépositaire ou un autre service tel que le Bureau des affaires juridiques.

Article 22 (amendements et fonctions de la Commission)

17. Dans la pratique du droit privé international, les modifications apportées à des textes conclus sont généralement effectuées par les organes multilatéraux qui les ont élaborés, par l'intermédiaire de l'ensemble de leurs membres, et non par les seuls États parties à un traité particulier (encore que les États parties puissent aussi convenir entre eux d'amendements). La CNUDCI, par exemple, a modifié sa première Convention (la Convention de 1974 sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises), non par l'action des États parties, mais en élaborant elle-même en 1980 un protocole la modifiant, qui s'applique à tous les États qui l'adoptent par ratification.

18. L'article 22 est donc inutile. Si toutefois il est conservé, il faudrait que la variante B soit compatible avec les pratiques de la Commission (le paragraphe 3 de cette variante devrait faire référence à l'approbation par l'Assemblée générale sur recommandation de la Commission). La variante A est en tout état de cause inutile, car les États parties pourraient dans tous les cas modifier les dispositions entre elles. Elle ajoute un niveau de complexité non incorporé précédemment dans des conventions de droit privé, et en l'absence de problèmes réels importants dans le domaine du droit international privé, qui selon nous n'existent pas, et ne devrait pas être incluse.

Article 23 (entrée en vigueur)

19. Nous pensons que la convention devrait entrer en vigueur dès la ratification des trois (3) premiers États. Ainsi, conformément à la tendance moderne des conventions de droit commercial, qui encourage leur application dès que possible aux États qui souhaitent appliquer de telles règles à leur commerce. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit adoptée par tous avant d'être appliquée, de sorte que la mettre en vigueur à la première occasion encouragera son utilisation.

Article 24 (règles transitoires)

20. Nous pensons que cet article est très important, car la pratique des opérations commerciales demande un niveau important de prévisibilité pour ce qui est des règles qui s'appliqueraient. Sans l'addition des paragraphes 2) à 5), il y aurait une incertitude importante sur les modalités d'application du paragraphe 1). Bien qu'aucune règle transitoire ne puisse clarifier les cas possibles, les règles proposées, élaborées en consultation avec d'autres États et parties intéressées aux opérations, donneront des orientations au moins pour les cas généralement attendus.

Article 25 (dénonciation)

21. Nous pensons que la disposition courante de douze (12) mois pour la dénonciation est appropriée ici comme il l'a été dans d'autres instruments de droit international privé.

Disposition finale, signature

22. Il faudra peut-être reformuler cette disposition selon que l'approbation est attendue par option de l'Assemblée générale sur recommandation de la Commission ou par une conférence diplomatique.

A/CN.9/578/Add.14

Projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux: compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

II. Compilation de commentaires

A. États

11. Macédoine

II. Compilation de commentaires

A. États

11. Macédoine

[Original: anglais]
[8 juin 2005]

Nous considérons que cette question devrait être réglée au niveau international. Compte tenu de l'expansion du commerce international, cette convention permettrait principalement d'améliorer l'efficacité des activités commerciales entre les ressortissants de différents pays. Nous soulignons que cette convention comprend des accords commerciaux qui sont conclus entre des entités économiques ayant leur siège dans des pays différents.

En ce qui concerne les questions restant à harmoniser au niveau du Groupe de travail, nos commentaires sont les suivants:

1. Article premier: proposition d'ajouter, dans la version anglaise, "or agreement". Il serait préférable que la Commission explique, dans ses commentaires sur le projet de convention, le sens du mot "contract"; en effet, si l'on fait figurer les termes "contract or agreement" à l'article premier, il faudrait ajouter "or agreement" au mot "contract" dans tout le texte, à commencer par le titre.

2. Article 16 *bis*: cette proposition est acceptable, car c'est une disposition usuelle dans les accords multilatéraux.

3. Article 19 *bis*: en ce qui concerne le paragraphe 1, nous considérons qu'il est préférable d'employer la formulation "de conventions, de traités ou d'accords pertinents", afin de ne pas se limiter aux seules conventions de la CNUDCI.

4. Article 24: règles transitoires. Nous considérons que le texte proposé par les États-Unis est approprié car les nouveaux paragraphes régissent de façon plus détaillée les différentes situations possibles concernant les obligations des États.

A/CN.9/578/Add.15 (Original: anglais/français)

Projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux: compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

II. Compilation de commentaires

A. États

12. Canada

II. Compilation de commentaires

A. États

12. Canada

[Original: anglais/français]
[9 juin 2005]

Préambule de la Convention

1. Il importe d'adjoindre au projet de convention le préambule présenté dans le document de travail A/CN.9/WG.IV/WP.110, car il exprime ce qui est véritablement recherché par la communauté internationale, à savoir assurer la liberté de choix et l'interchangeabilité des supports et des technologies appropriées dans la mesure où les moyens choisis permettent d'atteindre les objectifs visés par les règles de droit applicables en la matière.

2. Le préambule, particulièrement au cinquième alinéa, manifeste la volonté internationale de libéraliser l'utilisation des technologies de l'information tout en ne créant pas de régimes juridiques parallèles en fonction des technologies employées. De plus, il s'inscrit dans le prolongement logique des principes de neutralité technologique et d'équivalence fonctionnelle mis de l'avant par la CNUDCI. Il met en évidence les conséquences de ces principes, à savoir que si des moyens différents peuvent produire des résultats fonctionnellement équivalents, les mêmes règles de droit doivent s'appliquer à tous ces moyens. Des moyens différents sont alors interchangeables, dans la mesure où ils permettent d'atteindre le résultat indiqué par la loi.

3. En somme, cette partie de préambule montre que les technologies de l'information doivent être considérées comme étant des moyens d'effectuer des

communications et que leur utilisation ne change pas ni ne doit changer les valeurs fondamentales du droit. Ainsi, les technologies pourront être perçues comme étant au service du droit et de la justice.

Fiabilité des signatures électroniques

4. Ce commentaire porte sur l'alinéa 9-3 b) qui exige que la fiabilité de la méthode utilisée pour la signature électronique soit "suffisante au regard de l'objet pour lequel la communication électronique a été créée ou adressée, compte tenu de toutes les circonstances". Nous croyons que ce critère de fiabilité fera plus de mal que de bien. Il ne crée pas de certitude; au contraire, il ébranle celle-ci et, en conséquence, il va à l'encontre de l'objet de la Convention.

5. Le Groupe de travail sur le commerce électronique a envisagé lors de sa quarante-quatrième session de supprimer la condition concernant la fiabilité. Il a toutefois décidé de conserver cette disposition (A/CN.9/571), paragraphes 127 et 128).

a) Principes

6. Les principes fondamentaux de la CNUDCI relatifs au commerce électronique sont la neutralité technologique et l'équivalence fonctionnelle. Selon ces principes, on n'essaie pas de créer un régime juridique parallèle mais de recevoir dans le régime existant les communications faites par voie technologique. Des normes sont créées selon lesquelles de telles communications seront reçues dans notre droit. Ainsi, il est souhaitable de ne pas instaurer de règles différentes pour les communications par voies différentes.

7. Le texte proposé à l'article 9 contrevient à ces principes. Il crée précisément un double régime juridique pour les signatures. Tant dans les pays de *common law* que dans les pays de droit civil, la notion de signature ne comporte pas de critère de fiabilité. La signature est simplement le signe distinctif qu'une personne utilise régulièrement pour signifier son intention. Traditionnellement, cette notion ne comporte pas de critère de fiabilité. On ne devrait pas introduire un tel critère parce qu'on a recours à des moyens électroniques pour apposer une telle marque car l'on créerait ainsi un double régime juridique pour les signatures, ce qui aurait uniquement pour effet de semer la confusion dans le droit et de dresser un nouvel obstacle à l'utilisation des communications électroniques. Nous ne croyons pas qu'un tel résultat est souhaitable.

b) La question: le critère de fiabilité n'est pas suffisamment flexible

8. On dit parfois que "la signature doit être fiable". La question qui se pose est qui décide de sa fiabilité: la personne qui choisit de s'y fier ou un tiers à la transaction dans le cadre de laquelle elle a été utilisée. Le projet de convention se limite aux contrats entre entreprises. Les consommateurs ne sont pas en cause. Les partenaires commerciaux devraient pouvoir choisir ce à quoi ils accepteront de se fier tout comme ils décident avec qui ils font affaires – une décision encore plus importante. La partie qui se fie à une signature, qu'elle soit manuscrite ou électronique, court le risque qu'elle ne soit pas valide ou qu'elle soit contrefaite. C'est à la partie qui se fonde sur la signature de décider quelles sont les preuves qui la convaincront de s'y fier. Dans certains cas, il s'agit d'une technologie

particulière; dans d'autres, c'est la présence d'un notaire ou d'un témoin de confiance; dans d'autres cas encore, c'est la teneur du contrat lui-même qui démontre de façon convaincante (fiable) que la signature est celle de la partie qui était censée signer.

9. Aucun facteur unique ne s'applique dans tous les cas et c'est ce que le projet de convention semble reconnaître puisqu'on y utilise l'expression "toutes les circonstances". Le problème est que l'appréciation de ces circonstances, et donc la décision quant à savoir ce qui suffit pour garantir la fiabilité, est laissée à un tribunal et non aux parties. L'accord des parties est pertinent, mais un tribunal peut passer outre à celui-ci selon les circonstances. Qui mieux que les parties connaît les circonstances d'une transaction? Qui est le mieux placé pour évaluer le risque commercial et juridique qu'entraîne le fait de se fier à la méthode utilisée?

c) Difficultés pratiques dans l'application du critère de fiabilité

10. Deux situations nous préoccupent. Dans la première, l'une des parties à une transaction pour laquelle une signature est requise tente de se soustraire à ses obligations en niant que sa signature (ou celle de l'autre partie) est valide – elle ne soutient pas que le signataire présumé n'a pas signé, ou que le document qu'il a signé a été modifié, mais simplement que la fiabilité de la méthode employée pour signer le document n'était pas suffisante dans les circonstances. En d'autres mots, le libellé du projet de convention permet que la mauvaise foi vienne compromettre le contrat.

11. Certains peuvent prétendre que la situation décrite ci-dessus est peu susceptible de se produire étant donné la difficulté pour une personne de prouver une intention ou des faits contraires à ses propres actes. Quoi qu'il en soit, la conclusion serait différente dans les cas où des tiers sont en cause. Dans de nombreux cas, un tiers, qui ne participe pas à une transaction commerciale, a intérêt à ce que la transaction soit jugée invalide. On peut penser aux créanciers qui ont des créances à l'égard des biens de l'une des parties, à un syndic de faillite ou à un organisme de réglementation gouvernemental. Le projet de convention permettrait à un tribunal d'annuler une transaction au gré d'un tiers pour le simple motif que la fiabilité de la signature est insuffisante, même si les parties ont prouvé qu'il y a bel et bien eu signature. Le fait de signer pourrait devenir non pertinent en vertu de la loi. À notre avis, la création d'un critère de fiabilité indépendant de la volonté des parties ainsi que de l'acte de signer le document entraîne une incertitude au sujet de la validité d'une signature électronique. On ne gagne rien en retour de cette incertitude. Dans la plupart des transactions entre entreprises, les seules parties dont l'avis sur la fiabilité devrait compter sont celles qui participent à la transaction.

d) Perspective historique sur le projet d'article 9

12. L'alinéa 9-3 b) du projet de convention est la reproduction quasi textuelle de l'alinéa 7-1 b) de la Loi type sur le commerce électronique. Il est toutefois important de souligner que, lorsque cette disposition a été rédigée à l'origine, la Loi type contenait une règle qui prévoyait une présomption d'attribution de la signature électronique à la personne qui était supposée avoir signé le message. Si la loi est censée présumer l'attribution, celle-ci doit reposer sur une norme de fiabilité. Toutefois, le texte final de la Loi type est un peu différent. L'actuel article 13 de la Loi type sur le commerce électronique ne confère aucun effet particulier à une

signature. Le critère de fiabilité n'est donc pas nécessaire. Plusieurs lois nationales mettant en application la Loi type sur le commerce électronique n'ont pas incorporé de critère de fiabilité, notamment les lois américaine et canadienne. Il semble que, dans les pays où elle a été adoptée, les tribunaux n'ont pas interprété son fonctionnement.

13. Il convient de souligner que la Directive de 1999 de l'Union européenne sur les signatures électroniques ne comporte pas de critère de fiabilité. Au contraire, elle interdit aux États membres de faire une distinction entre les méthodes de signature pour le simple motif qu'il s'agit d'une signature sous forme électronique. La Directive confère un statut juridique spécial – l'équivalent d'une signature manuscrite – à ce qu'elle appelle une "signature électronique avancée", mais elle permet aussi que d'autres signatures aient un effet juridique. Ce sont les parties qui doivent prouver qui a signé un document, mais une fois qu'elles l'ont fait, elles n'ont pas à prouver quoi que ce soit au sujet de la méthode de signature utilisée.

14. Le Groupe de travail a tenté en 1997 et en 1998 de mettre au point une règle d'attribution accompagnant la prescription d'une norme de fiabilité. Il a décidé, après de nombreux efforts, d'y renoncer. Il y avait trop de pratiques et de technologies commerciales différentes, sans mentionner les effets juridiques voulus.

15. C'est une chose que d'instaurer dans une loi type un critère fondé sur la technologie, comme le critère de fiabilité, que les pays peuvent décider d'adopter ou non et qu'ils peuvent modifier assez facilement s'il ne fonctionne pas ou si la technique évolue. Il est beaucoup moins souhaitable d'inscrire un tel critère dans une convention que les États adoptent ou non, sans modification, et qu'il est extrêmement difficile de modifier une fois qu'elle a été adoptée.

e) La nécessité d'une signature fiable

16. On pourrait penser que la loi exige une signature pour garantir l'identification des parties ou l'expression du consentement ou pour protéger une partie ou un intérêt public. À notre avis, le simple critère de fiabilité prévu dans le projet de convention ne permet pas d'atteindre cet objectif. Il est trop souple, il dépend trop des circonstances de l'espèce. Si l'intérêt public exige la fiabilité à une certaine fin, une norme de fiabilité plus précise devrait être prévue.

17. En résumé, le critère de fiabilité prévu à l'alinéa 9-2 b) du projet de convention est trop strict à des fins commerciales et trop souple à des fins de réglementation. Il entraîne toutefois un risque potentiel et imprévisible pour les transactions commerciales de nature consensuelle. Cela va à l'encontre de l'objet du projet de convention et pourrait même constituer un obstacle à son acceptation. Nous croyons qu'il devrait être supprimé.

Présomption concernant le moment de l'expédition d'une communication électronique

18. Le libellé proposé pour le paragraphe 10-3 du projet de convention indique que la communication "est réputée avoir été reçue" dans certaines circonstances. À notre avis, la présomption dont il est question devrait être réfragable par toute preuve appropriée. Nous proposons donc que le mot "réputés" soit changé par "présumés" dans ce paragraphe. L'utilisation de ce mot, selon les standards de la CNUDCI, indique une présomption réfragable. En cas de doute, la nature de la

présomption réfragable pourrait aussi être indiquée dans le texte ou le Commentaire, mais devrait néanmoins apparaître dans le projet de convention. Un changement du même ordre devrait être effectué au paragraphe 10-4.

Dispositions finales

f) Disposition concernant les unités territoriales

19. Le document de travail A/CN.9/WG.IV/WP.110 propose également une disposition concernant l'application aux unités territoriales. Au départ, le libellé de la disposition renvoyait aux unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquaient en vertu de la constitution de l'État. Il est entendu que cette disposition repose sur un libellé qui a été élaboré il y a plusieurs décennies et que les nouvelles dispositions portant sur ce point, telles la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international et la Convention du Cap d'Unidroit, ne font aucun renvoi à la constitution de l'État. Compte tenu de nouvelles pratiques, nous estimons que les mots "selon sa constitution" ne devraient pas figurer dans la disposition concernant l'application aux unités territoriales.

g) Procédure d'amendement

20. Le Gouvernement du Canada est d'avis que la procédure d'amendement de la Convention, prévue à l'article 21 du document de travail A/CN.9/WG.IV/WP.110, n'est pas souhaitable car elle aurait concrètement pour effet d'imposer de nouvelles obligations aux États qui ne sont pas nécessairement d'accord avec les amendements. De plus, cette procédure pourrait causer des problèmes aux États qui doivent incorporer des textes internationaux dans leur législation interne. Nous croyons donc que tout amendement à la Convention devrait lier les États qui acceptent d'être liés par convention.

A/CN.9/578/Add.16 (Original: français)

Projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux: compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

II. Compilation de commentaires

A. États

13. France

II. Compilation de commentaires

A. États

13. France

[Original: français]
[10 juin 2005]

1. Le projet de convention vise en premier lieu à "éliminer les obstacles juridiques au commerce électronique" pouvant résulter des exigences de forme, afférentes aux contrats commerciaux, qui ont été prescrites avant que ne se développent les communications électroniques. Le projet adopte à cet effet les solutions élaborées par la CNUDCI dans la Loi type sur le commerce électronique. La démarche suivie consiste à reconnaître l'équivalence fonctionnelle des documents électroniques avec les "documents papier" dès lors que des garanties sont assurées pour leur conservation et leur intégrité. *L'apport utile de la Convention sera sous ce rapport d'étendre l'application de ces solutions au commerce international*, notamment en permettant aux pays qui ne sont pas dotés d'une législation en la matière de les mettre en œuvre dans leurs échanges. Aussi cet aspect du projet ne soulève-t-il pas de difficultés autres que ponctuelles.

2. Néanmoins transposer des règles conçues pour un cadre national ne suffit pas. En effet le droit international ne connaît pas le jeu complet et homogène de normes qui caractérise les ordres juridiques internes. En outre, le commerce électronique international présente des risques particuliers pour les cocontractants. Et enfin, cette activité peut constituer le vecteur de phénomènes qui sont un grave sujet de préoccupation, tels la fraude commerciale sous diverses formes, le blanchiment et le financement du terrorisme. Pour toutes ces raisons, il apparaît indispensable d'élaborer des dispositions complémentaires de nature à favoriser, selon la formule aujourd'hui en usage, "*la confiance dans les communications électroniques*". En

matière de lieu d'établissement, qui constitue une notion essentielle à la sécurité juridique des cocontractants "électroniques", ou encore dans le domaine des *obligations d'information*, les dispositions qui ont été retenues restent partielles et bien en retrait sur les règles utiles introduites par d'autres législations.

3. Enfin le projet de convention, en son état actuel, posséderait un vaste champ d'application spatial et matériel. L'ambition fixée initialement au groupe de travail était de rechercher les moyens d'éliminer les obstacles à l'utilisation des communications électroniques dans l'ensemble des conventions ayant trait au commerce international. Cet axe de travail n'ayant pas été concluant, cette ambition s'est reportée sur le projet de convention. Ainsi, *ratione materiae*, la Convention serait-elle applicable aux instruments internationaux qui l'ont précédée dans le temps. De même la Convention serait appliquée, *ratione loci*, aux contrats internationaux conclus entre des opérateurs situés dans des États différents. Ces dispositions combinées avec celles qui portent sur l'autonomie des parties aboutiraient à rendre applicable la convention même à des États ne l'ayant ni signée ni ratifiée. *Il importe donc de limiter le champ d'application de la convention*.

L'élimination des obstacles juridiques au commerce électronique: une transposition utile dans l'ordre international des règles de la Loi type de la CNUDCI

4. En matière de validité des contrats électroniques, le projet de convention pose en son article 8, qui porte sur la "reconnaissance juridique des communications électroniques", le principe aujourd'hui admis[1] suivant lequel un contrat ne peut se voir dénier valeur juridique pour le seul motif qu'il est conclu sous forme électronique.

5. S'agissant de la *forme du contrat* électronique, la conclusion du contrat électronique n'est soumise à aucune condition de forme. Il s'agit d'un rappel des principes du consensualisme et de liberté des formes qui sont de règle en droit des obligations et figurent dans la Convention sur la vente internationale de marchandises[2].

6. Le commerce international impose néanmoins la nécessité de contrats écrits et souvent très détaillés dans la majeure partie des situations. Il convient par conséquent d'assurer *une équivalence en termes de fiabilité* des messages échangés sous forme électronique avec les documents papier.

7. Les dispositions envisagées sont issues pour l'essentiel de la Loi type de la CNUDCI, qui visent à reconnaître l'équivalence fonctionnelle des documents électroniques avec les différentes catégories de documents papier. Elles seront, par conséquent, très utiles au développement du commerce électronique.

---

[1] Cf. loi uniforme sur les transactions électroniques des États-Unis; loi uniforme sur le commerce électronique du Canada; directive européenne 2000/31/CE; articles 1108-1, 1316-1 et suivants du Code civil français.

[2] Article 11 de la CVIM: "Le contrat de vente n'a pas à être constaté ni conclu par écrit et n'est soumis à aucune condition de forme. Il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins."

8. Toutefois, ces conditions de forme seraient requises uniquement "lorsque la loi exige qu'un contrat soit sous forme écrite" (projet d'article 9, par. 2), ou bien "lorsque la loi exige qu'un contrat soit signé" (par. 3). Compte tenu du fait que les opérateurs, souvent, se réfèrent non à une loi mais à une convention ou à des usages admis, ceci reviendrait à réduire de façon considérable la portée de cette disposition. Il serait donc souhaitable de la formuler ainsi: "lorsque les conventions internationales applicables, les règles et usages du commerce international ou la loi prescrivent [...][3]".

9. En ce qui concerne la question importante, compte tenu des risques particuliers présentés par ces transactions, des *erreurs dans les communications électroniques*, le groupe de travail a élaboré des dispositions qui présentent l'inconvénient d'ouvrir aux parties la possibilité de mettre en question les contrats déjà conclus.

10. Ces dispositions fragiliseraient les contrats conclus par voie électronique, ce qui serait de nature à freiner le développement du commerce électronique.

11. Il doit être évité que le contrat une fois conclu se voie dénier ses effets. La possibilité devrait être donnée aux acheteurs des biens et services de corriger les erreurs de saisie commises *dans une phase préalable à la confirmation de l'acceptation (double clic)*. Le fait de prévoir une obligation pour les fournisseurs de service – ce qui est techniquement tout à fait réalisable – permettrait de rester dans le cadre de l'équivalence fonctionnelle.

12. Il convient également de rappeler que le Groupe de travail s'était fixé pour règle *de ne pas affecter le droit commun des obligations*, différent dans chacun des États, en posant des règles spécifiques pour le commerce électronique.

La confiance dans les communications électroniques: un contenu normatif imparfait

13. Les dispositions envisagées revêtent une portée aléatoire en matière de lieu d'établissement, notion essentielle en vue d'instaurer la confiance dans les communications électroniques.

14. L'influence de certaines thèses selon lesquelles les opérateurs possèderaient un "domicile virtuel" qui serait leur site Internet ou leur boîte aux lettres électronique, ne semble pas avoir été sans incidence sur les travaux du Groupe de travail sur le commerce électronique[4]. De telles notions présentent néanmoins de grands risques en ce qu'elles rendraient aléatoire l'identification du domicile de l'opérateur international. Ce dernier pourrait artificiellement localiser son "domicile virtuel", plaçant le cocontractant dans l'ignorance du pays d'implantation du site ou du serveur et pouvant le conduire à diligenter une procédure dans un pays, dans une langue ou suivant des règles imprévues.

---

[3] Ou bien encore "lorsque les règles de droit applicables l'exigent".

[4] Lors de la dernière session du Groupe de travail, celui-ci est revenu sur son orientation initiale en décidant notamment de ne pas faire figurer dans le projet une disposition relative aux "sociétés virtuelles". Il conviendrait de tirer toutes les conclusions de ce changement de perspective en reconsidérant les dispositions portant sur l'établissement.

15. Le projet de convention est donc susceptible de susciter des obstacles de procédure inopportuns. Il pourrait créer un terrain propice aux fraudes commerciales, dont le développement rapide provoque à juste titre l'inquiétude des États membres de la CNUDCI. À cet égard il convient de rappeler que, lors de la dernière session de la Commission, les États membres étaient convenus de *veiller à intégrer cette préoccupation dans l'activité de chacun des groupes de travail*.

16. En dehors des aspects proprement commerciaux, la CNUDCI ne peut pas ne pas prendre en compte les nécessités de *la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme*, qui font actuellement l'objet de négociations internationales. Il convient de se référer à cet égard aux recommandations du GAFI relatives au financement du terrorisme. À ce titre, il peut sembler aller de soi que les opérateurs soient tenus de faire connaître leur *lieu d'établissement*.

17. Il serait utile de prendre appui à cet égard sur quelques règles essentielles dont le projet de convention, en son état actuel, tend à s'éloigner. Ainsi le texte pose *une présomption selon laquelle le lieu d'établissement des parties serait celui qu'elles ont elles-mêmes déclaré* (projet d'article 4).

18. Le projet est toujours minimaliste lorsqu'il se borne à renvoyer à la loi nationale en matière d'*obligations d'information* des parties au contrat (projet d'article 7). Cette dernière disposition aura au demeurant une portée aléatoire en raison de la place accordée par ailleurs dans le projet de convention à la liberté contractuelle (article 3 sur l'autonomie des parties).

19. *Compte tenu également du champ d'application dans l'espace extensif qui est envisagé, ces dispositions pourraient être utilisées par les parties afin de se soustraire aux obligations prévues par la loi nationale. De l'avis de la délégation française, cinq éléments fondamentaux devraient figurer dans la Convention*:

a) Le lieu de situation des parties doit être constitué par leur établissement. Cette affirmation fondamentale devrait être introduite à l'article 6;

b) L'établissement doit faire l'objet d'une déclaration ou d'une information obligatoire. Le projet d'article 6 le prévoit sous la forme d'une déclaration facultative, avec l'inconvénient majeur d'établir en faveur du déclarant la présomption que son établissement est situé au lieu qu'il indique. Ceci aboutirait paradoxalement à protéger d'emblée le vendeur et non le cocontractant. Il conviendrait de prescrire que la déclaration indique le lieu d'établissement, l'identité, le numéro d'immatriculation au registre du commerce. Il est nécessaire, sous peine de les vider de leur portée, de soustraire ces obligations minimales, tout comme celles relatives à la notion d'établissement, des dispositions auxquelles les parties peuvent déroger en exerçant leur liberté contractuelle (projet d'article 3);

c) Il est utile – comme le fait à juste raison le projet – d'affirmer que l'établissement ne s'identifie pas à l'installation technologique à l'aide de laquelle est effectué le commerce électronique;

d) Enfin, il y a lieu d'établir des règles claires, afin d'éviter les incertitudes juridiques, notamment en cas de litige, permettant de déterminer le lieu de situation des parties. L'imprécision de la CVIM à cet égard a engendré un important contentieux. L'on devrait à cet effet recourir à la notion communément admise d'établissement. À cet égard, il ne semble pas indiqué de proposer une définition spécifique dans le texte: cette technique présente l'inconvénient de donner lieu à

une interprétation différente de la même notion dans chaque convention internationale, d'où une fragmentation du droit qui n'est pas souhaitable. Ainsi, concernant l'établissement, celui-ci se caractérise par une combinaison de plusieurs éléments: installation caractérisée par un local; fixité de l'installation qui doit avoir un certain degré de permanence apprécié suivant l'activité en cause; exercice de tout ou partie de l'activité sociale au lieu de l'installation. Le degré de permanence de l'installation peut être apprécié en fonction de l'activité dont il s'agit en l'espèce. Il est également utile de préciser, ce que fait à juste titre le projet, que lorsqu'une entreprise possède plusieurs établissements, il importe de prendre en considération l'établissement qui présente les liens les plus étroits avec le contrat considéré.

Le champ d'application de la convention: une trop large extension

20. *S'agissant du champ d'application dans l'espace*, le projet de convention s'applique aux contrats "*entre des parties ayant leur établissement dans des États différents*" (projet d'article 1). À la différence d'autres instruments internationaux, il ne serait donc pas exigé que les parties soient situées dans un État qui a adhéré à la convention. Cette disposition aboutirait à rendre la convention applicable même aux États non parties à la convention, qui ne l'auraient pas négociée ni adoptée. Il suffirait, pour que ce texte soit rendu applicable universellement, qu'il ait été ratifié par un petit nombre de pays, selon ce qui serait prévu quant aux conditions d'entrée en vigueur de la Convention.

21. Cette disposition excède clairement la portée habituellement reconnue aux règles internationales. Ainsi, par exemple, la Convention sur les ventes internationales de marchandises de 1980 (CVIM), l'instrument de droit uniforme le plus proche par la matière traitée du projet de convention, est applicable lorsque les parties sont établies dans des États contractants ou bien si les règles de droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant.

22. L'ensemble des conventions de la CNUDCI exigent qu'au moins l'une des parties concernées appartiennent à un État contractant. Outre la CVIM, c'est le cas des Conventions sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises[5], sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by[6], sur la cession de créances dans le commerce international[7]. Il en est de même de la Convention, non entrée en vigueur, sur la responsabilité des terminaux de transport dans le commerce international.

La limitation du champ d'application spatial paraît donc s'imposer.

23. Concernant le champ d'application *ratione materiae*, le projet contient des dispositions additionnelles prévoyant que les États signataires feront une déclaration

---

[5] "La présente Convention ne s'applique que a) si, au moment de la conclusion du contrat de vente internationale d'objets mobiliers corporels les parties ont leur établissement dans des États contractants; ou b) si les règles du droit international privé rendent applicable au contrat de vente la loi d'un État contractant."

[6] "La présente Convention s'applique à tout engagement international [...] si l'établissement du garant/émetteur dans lequel l'engagement a été émis est situé dans un État contractant."

[7] "La présente Convention s'applique aux cessions de créances internationales [...] si, à la date de la conclusion du contrat de cession, le cédant est situé dans un État contractant."

par laquelle ils s'engageront à appliquer la nouvelle convention aux instruments relatifs au commerce international qui l'ont précédée dans le temps.

24. Parmi les six instruments qui ont paru justiciables de cette démarche générale, deux ne sont pas encore entrés en vigueur[8] et un troisième[9], entré en vigueur, ne compte qu'un petit nombre d'États parties. La Convention relative à la prescription en matière de ventes porte sur un sujet particulier non traité par la CVIM. En pratique, cette liste se résume donc à la CVIM et à la Convention de New York de 1958 sur les sentences arbitrales étrangères. Il est loisible de se demander s'il ne serait pas plus avantageux, *du point de vue de la promotion au plan international de la future convention*, de se limiter à afficher dans le préambule du texte un lien avec la CVIM, instrument de droit uniforme aujourd'hui largement reconnu et appliqué dans le monde.

25. Enfin, le système complexe des réserves de l'article 18 et du champ d'application variable de l'article 19 est contestable en ce qu'il créera des modalités de mise en œuvre variables suivant chaque État ayant adopté la convention. Un tel régime serait source d'insécurité juridique.

26. Les principales *propositions d'amendement* de la France sont les suivantes (soulignées dans le texte):

Préambule

27. *Désireux de lever les obstacles juridiques à l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux, et notamment ceux susceptibles d'être régis par la Convention des Nations Unies sur la vente internationale de marchandises.*

28. Le préambule semble pouvoir être sensiblement allégé. L'on pourrait se limiter à indiquer les deux buts poursuivis: encourager l'emploi des communications électroniques dans le commerce international; créer les conditions de la confiance dans les communications électroniques.

Article premier. Champ d'application – alinéa 1

> "La présente Convention s'applique [...] dans des États contractants différents."

Article 3. Autonomie des parties

> "*Les parties peuvent exclure [...], à l'exception des dispositions portant sur le lieu de situation des parties, les obligations d'information, la reconnaissance juridique des communications électroniques et les conditions de forme.*"

Article 6. Lieu de situation des parties

> 1. *Le lieu de situation des parties est constitué par leur établissement.*

---

[8] Conventions sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport et sur la cession de créances.

[9] Convention sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by.

2. *Les parties s'informent mutuellement du lieu de leur établissement.*

3. L'alinéa 2 devient l'alinéa 3. Suppression des mots "n'a pas indiqué d'établissement et". Nouvelle numérotation des alinéas 3, 4 et 5 qui restent inchangés.

Article 7. Obligations d'information

Les parties déclarent leur identité, leur lieu d'établissement et leur numéro d'immatriculation au registre du commerce.

Article 9. Conditions de forme

Substitution de la formule "*lorsque les conventions internationales applicables, les usages du commerce international ou la loi*" au terme "la loi" (al. 2, 3 et 4).

Article 14. Erreur dans les communications électroniques

Chaque partie doit avoir la possibilité de corriger les erreurs de saisie avant la confirmation de son engagement.

A/CN.9/578/Add.17

Projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux: compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

II. Compilation de commentaires

A. États

14. Azerbaïdjan

II. Compilation de commentaires

A. États

14. Azerbaïdjan

[Original: anglais]
[1er juillet 2005]

1. À l'article 2, incorporer le nouveau paragraphe ci-après:

"La présente Convention ne s'applique pas aux contrats exigeant en vertu de la loi l'intervention de tribunaux, d'autorités publiques ou de professions exerçant l'autorité publique; de notaires ou professions équivalentes dans la mesure où elles impliquent un lien direct et spécifique avec l'exercice de l'autorité publique; la représentation d'un client et la défense de ses intérêts devant les tribunaux."

2. À l'article 4, supprimer la définition de "communication" et incorporer les nouvelles définitions ci-après:

"Le terme 'communication commerciale' désigne toute forme de communication visant à promouvoir, directement ou indirectement, les biens, les services ou l'image de parties exerçant une activité commerciale, industrielle ou artisanale ou une profession libérale. Les éléments ci-après ne constituent pas en eux-mêmes des communications commerciales: informations permettant d'accéder directement à l'activité des parties, en particulier un nom de domaine ou une adresse électronique; communications relatives aux biens, aux services ou à l'image des parties compilées de manière indépendante, en particulier lorsqu'il n'y a pas de contrepartie financière.

Le terme ‘intermédiaire’, pour un message de données particulier, désigne une personne qui, au nom d’une autre personne, envoie, reçoit ou conserve ce message de données ou fournit d’autres services concernant ce message de données.”

3. À l’article 10, modifier le paragraphe 2 comme suit:

“Sauf convention contraire entre l’expéditeur et le destinataire, le moment de la réception d’une communication électronique est le moment où cette communication entre dans le système d’information désigné si le destinataire a désigné un système d’information aux fins de la réception d’une communication commerciale. Si le destinataire n’a pas désigné de système d’information, le moment de la réception d’une communication électronique est le moment où la communication commerciale est relevée par le destinataire ou celui où elle entre dans un système d’information du destinataire. Une communication électronique est présumée pouvoir être relevée par le destinataire lorsqu’elle parvient au destinataire.”

4. Incorporer le nouveau paragraphe ci-après dans l’article 11:

“Les parties qui permettent les communications commerciales spontanées par courrier électronique veillent à ce que ces communications par un intermédiaire établi sur leur territoire soient identifiables comme telles de façon claire et non ambiguë dès qu’elles sont reçues par le destinataire. Les parties prennent des mesures pour faire en sorte qu’un intermédiaire effectuant des communications commerciales spontanées par courrier électronique consulte régulièrement et respecte les registres sur lesquels peuvent s’inscrire les personnes physiques ou morales qui ne souhaitent pas recevoir de telles communications commerciales.”

II. PASSATION DE MARCHÉS

A. Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004)

(A/CN.9/568) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-2
II.	Organisation de la session	3-8
III.	Délibérations et décisions	9-11
IV.	Examen de thèmes pouvant faire l'objet de travaux futurs	12-128
	A. Faits nouveaux dans la passation des marchés publics – utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la passation de marchés	12-54
	1. Remarques générales	12-18
	2. Domaines de la passation électronique des marchés pouvant faire l'objet de travaux	19-54
	a) Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés	20-29
	b) Utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés	30-40
	c) Conditions d'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés	41-45
	d) Enchères électroniques inversées	46-54
	B. Domaines pouvant être examinés dans la Loi type	55-128
	1. Utilisation de listes de fournisseurs	55-67
	2. Accords-cadres	68-78
	3. Passation de marchés de services	79-93
	4. Évaluation et comparaison des offres et utilisation de la passation de marchés pour promouvoir des politiques industrielles, sociales et environnementales	94-101
	5. Voies de droit et exécution	102-113
	6. Autres questions	114-128
	a) Autres méthodes de passation des marchés	114-118
	b) Participation des usagers à la passation des marchés	119-122
	c) Simplification et normalisation de la Loi type	123-126
	d) Authentification des pièces produites	127-128

I. Introduction

1. À sa trente-septième session, en 2004, la Commission a décidé que la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services[1] (1994) (la "Loi type") gagnerait à être actualisée pour tenir compte de nouvelles pratiques, en particulier celles résultant du recours aux communications électroniques dans la passation des marchés publics, et de l'expérience acquise dans son utilisation comme base des réformes législatives. Il a toutefois été souligné que, lors de cette actualisation, il faudrait veiller à ne pas s'écarter des principes fondamentaux sur lesquels elle reposait et à ne pas modifier les dispositions dont l'utilité avait été prouvée[2].

2. La Commission a décidé de charger son Groupe de travail I (Passation de marchés) d'élaborer des propositions en vue de réviser la Loi type. Elle lui a donné une certaine latitude pour déterminer les sujets à aborder lors de ses travaux et a prié le secrétariat de présenter au Groupe de travail, pour faciliter ses débats, des notes approfondissant les questions traitées dans le document A/CN.9/553[3].

II. Organisation de la session

3. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa sixième session à Vienne du 30 août au 3 septembre 2004. Ont assisté à cette session des représentants de ses États membres ci-après: Algérie, Allemagne, Argentine, Bélarus, Belgique, Brésil, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Japon, Lituanie, Maroc, Mexique, Nigéria, Ouganda, Pologne, Qatar, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Rwanda, Singapour, Sri Lanka, Suède, Thaïlande, Tunisie, Turquie et Venezuela.

4. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Afghanistan, Arabie saoudite, Mali, Pérou, Philippines, Ukraine et Yémen.

5. Y ont en outre assisté des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) *Système des Nations Unies*: Secrétariat de l'ONU (Bureau des affaires juridiques (Division des questions juridiques générales) et Bureau des Nations Unies pour les services d'appui aux projets (UNOPS)), Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI) et Banque mondiale;

b) *Organisations intergouvernementales*: Banque ouest-africaine de développement (BOAD), Commission européenne et Organisation internationale de droit du développement (IDLO);

c) *Organisations internationales non gouvernementales invitées par la Commission*: Association internationale du barreau, Center for International Legal

---

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

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

[3] Ibid., par. 82.

Studies (CILS), Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC) et Institut arabe de planification.

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

Président: M. Stephen R. Karangizi (Ouganda)

Rapporteur: M. Marek Slegl (République tchèque)

7. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.I/WP.30); note du secrétariat exposant les questions découlant de l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la passation des marchés (A/CN.9/WG.I/WP.31); et note du secrétariat présentant les points supplémentaires pouvant être examinés dans la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.32).

8. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Travaux futurs dans le domaine de la passation des marchés.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport du Groupe de travail.

III. Délibérations et décisions

9. À sa sixième session, le Groupe de travail a commencé à élaborer des propositions en vue de la révision de la Loi type, conformément à une décision que la Commission avait prise à sa trente-septième session (voir ci-dessus, par. 2). Il a fondé ses délibérations sur les notes du secrétariat mentionnées au paragraphe 7 ci-dessus (A/CN.9/WG.I/WP.31 et 32).

10. Le Groupe de travail a décidé de charger le secrétariat de préparer des projets de textes et des études tenant compte de ses délibérations pour examen à sa prochaine session. Il a en outre décidé de continuer à cette prochaine session d'examiner en détail, les uns après les autres, les thèmes abordés dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.31 et 32.

11. Après ses débats de fond, le Groupe de travail a écouté deux exposés, l'un présenté par la Banque mondiale et l'autre par la FIDIC, sur la prévention de la fraude et de la corruption dans la passation des marchés publics, exposés qui ont été suivis d'une séance de questions-réponses. La Banque mondiale a informé le Groupe de travail qu'elle avait récemment revu ses procédures en vue de traiter les allégations de fraude et de corruption pour s'attaquer plus efficacement au problème. La FIDIC a quant à elle indiqué qu'elle avait mis au point un système de gestion de l'intégrité, dont l'objectif était de prévenir la corruption notamment en encourageant l'intégrité au sein d'une organisation. Le Groupe de travail a accueilli les exposés avec intérêt et a noté que, dans le cadre de ses travaux, la prévention de

la fraude et de la corruption serait un aspect à prendre en considération lors de la révision de la Loi type.

IV. Examen de thèmes pouvant faire l'objet de travaux futurs

A. Faits nouveaux dans la passation des marchés publics – utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la passation de marchés

1. Remarques générales

12. Il a été noté que deux avancées technologiques majeures de ces 10 dernières années avaient changé les modalités de la passation des marchés: premièrement, l'utilisation des moyens de communication électroniques avait pris une ampleur considérable et, deuxièmement, certains États effectuaient désormais une partie de leurs opérations de passation de marchés par voie électronique. Cette utilisation, a-t-on souligné, se développait rapidement et était envisagée par diverses législations internes ainsi que par des organisations internationales et régionales. Il a en outre été indiqué que le recours à la passation électronique des marchés comportait de nombreux avantages potentiels, parmi lesquels un meilleur rapport qualité-prix et une plus grande transparence du processus de passation.

13. Le Groupe de travail a rappelé que la Loi type avait servi de modèle à de nombreux États pour mettre sur pied des systèmes modernes de passation des marchés publics et que, dans ses délibérations à venir, il devrait s'attacher à en promouvoir une utilisation accrue et une application efficace. Aussi fallait-il, a-t-on ajouté, éviter que la Loi type ne devienne trop directive dans son approche et maintenir la souplesse qui en caractérisait le texte lorsque celui-ci avait été adopté en 1994. Le Groupe de travail a en outre insisté sur le fait que la Loi type devait demeurer un instrument valable pour tous les systèmes et ne pas être destinée à un type de système en particulier. Il a également été indiqué que toute révision de la Loi type devrait avoir pour objet de lever les obstacles à l'utilisation des méthodes modernes de passation des marchés.

14. Le Groupe de travail a noté que les avantages potentiels de la passation électronique des marchés résumés ci-dessus correspondaient aux principaux buts et objectifs de la Loi type. Il a ensuite examiné dans quelle mesure il faudrait éventuellement modifier cette dernière pour permettre aux États adoptants de tirer pleinement parti de ces avantages.

15. Il a été souligné que l'utilisation de la passation électronique des marchés dépendrait de l'existence d'une infrastructure appropriée et d'autres ressources. Par exemple, les lois régissant l'utilisation des communications écrites, les signatures électroniques, la définition de "document original" et la recevabilité des moyens de preuve devant un tribunal pouvaient faire obstacle à l'utilisation de ce mode de passation. Le Groupe de travail a noté que ces questions avaient été traitées dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996) et la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001) et faisaient actuellement l'objet de travaux au sein de la Commission. On a cependant exprimé l'avis que le Guide pour

l'incorporation pourrait utilement renvoyer les législateurs à ces instruments et aux travaux actuels de la Commission dans ce domaine.

16. Le Groupe de travail a jugé dans l'ensemble que, à des fins de cohérence, ces questions devraient être traitées par des mesures autres que les lois sur la passation dans les États adoptants et qu'elles devraient l'être de façon à promouvoir l'accès aux possibilités de marchés. Toutefois, on a également estimé que le Guide pour l'incorporation pourrait utilement donner des orientations sur ces questions.

17. Le Groupe de travail s'est dit très favorable à la proposition tendant à ce que, en raison des avancées technologiques rapides et des degrés différents de sophistication des techniques employées dans les États membres, les dispositions de la Loi type soient formulées en termes technologiquement neutres.

18. En résumé, le Groupe de travail a dégagé trois grands principes sur lesquels se fonder pour traiter l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la Loi type. Premièrement, la Loi type devrait, dans la mesure du possible, encourager une telle utilisation dans la passation des marchés. Deuxièmement, elle devrait énoncer des dispositions appropriées en termes techniquement neutres. Troisièmement, le Guide pour l'incorporation pourrait, si nécessaire, fournir des indications supplémentaires plus détaillées. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait couvrir tous les moyens de communication et donner des orientations sur les conditions auxquelles devrait être soumise leur utilisation.

2. Domaines de la passation électronique des marchés pouvant faire l'objet de travaux

19. Il a été constaté que les principaux problèmes de fond concernant la passation électronique des marchés se posaient dans les domaines suivants: publicité des informations relatives à la passation des marchés (notamment publication des lois et règlements régissant les marchés), des dossiers de sollicitation et des renseignements connexes ainsi que des avis d'attribution des marchés, utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés et utilisation des enchères électroniques (inversées). Le Groupe de travail a entrepris d'examiner la portée des travaux futurs dans chacun de ces domaines.

a) Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés

20. La publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés, a-t-on dit, pouvait assurer à ces informations une diffusion plus large que les méthodes traditionnelles sur support papier, en les rendant plus accessibles à un plus grand nombre de fournisseurs et, a-t-on souligné, avait pour objectif d'améliorer l'accès du public aux possibilités de marchés.

21. Le Groupe de travail a été d'avis que la Loi type devrait encourager la publication par voie électronique des informations qu'elle faisait actuellement obligation aux États de publier. On a en outre estimé qu'il serait peut-être souhaitable de fournir dans le Guide pour l'incorporation des orientations sur l'utilité de la publication électronique.

22. Il a également été noté que l'article 5 de la Loi type énonçait un principe général de publication accessible selon lequel le texte de la loi elle-même ainsi que

des règlements en matière de passation des marchés et de toutes les décisions et directives administratives d'application générale relatives à la passation des marchés régis par la présente Loi devait être "promptement mis à la disposition du public et systématiquement tenu à jour". Le Groupe de travail a constaté que cet article 5 semblait avoir une portée suffisamment large pour englober toute forme de publication – électronique ou sur support papier – puisqu'il traitait la question du point de vue de l'accessibilité.

23. Le Groupe de travail a cependant noté que les dispositions de l'article 24 de la Loi type laissaient entendre que la publication se ferait sur papier. Compte tenu des avantages potentiels de la diffusion par voie électronique d'informations sur les possibilités de marchés, il est convenu d'envisager différentes solutions pour apporter les modifications appropriées à cet article afin de lever les obstacles à la publication électronique des informations mentionnées dans ce dernier.

24. L'objectif étant de promouvoir l'utilisation et l'application de la Loi type, il a été convenu de préserver la souplesse et de trouver un équilibre entre les dispositions de la Loi type, qui traiteraient les questions sur le plan des principes, et le Guide pour l'incorporation, qui les aborderait plus en détail, si nécessaire, et donnerait également des orientations aux législateurs. Le Groupe de travail a donc estimé que la Loi type devrait essentiellement se limiter à formuler les principes directeurs de manière appropriée mais que de plus amples indications pourraient utilement être fournies dans le Guide pour l'incorporation. Par exemple, la nécessité et les moyens d'assurer un accès suffisant du public aux informations concernées pourraient être examinés.

25. Le Groupe de travail a noté qu'une question importante était de savoir dans quelle mesure la publication électronique devait être obligatoire ou facultative, autrement dit dans quelle mesure les informations devraient être publiées par des moyens électroniques uniquement ou par des moyens électroniques en plus des méthodes traditionnelles sur support papier.

26. Selon un avis fermement appuyé, la publication électronique devrait être autorisée mais à titre facultatif, notamment pour préserver le principe de souplesse et pour tenir compte des différences de situation entre États adoptants. Le Groupe de travail a noté en outre qu'il faudrait veiller à ce que la communication se fasse de manière cohérente de sorte que le public puisse localiser toutes les informations pertinentes sur un marché particulier.

27. Le Groupe de travail a également examiné la question du recours obligatoire à la publication électronique. Il a estimé que l'utilisation de cette forme de publication devrait demeurer facultative dans le cadre de la Loi type. Il est néanmoins convenu que le Guide pour l'incorporation pourrait donner des indications afin d'aider les législateurs à établir des seuils de maturité technique et d'accès aux marchés à partir desquels ils pourraient envisager d'imposer l'obligation de publier les informations sous forme électronique.

28. En ce qui concerne le contenu des informations à publier, le Groupe de travail a noté qu'il devrait examiner plus avant si des informations supplémentaires intéressant des fournisseurs potentiels, dont la Loi type n'exigeait pas actuellement la publication, pourraient faire l'objet d'une nouvelle disposition ou orientation. Ces informations, a-t-on fait remarquer, pouvaient être notamment des politiques ou directives internes ainsi que des renseignements d'ordre général, tels que les

possibilités de marchés à venir. On a constaté que la Loi type ne traitait pas actuellement ce type d'informations. Par exemple, l'article 24 se référait à la publication d'invitations à participer à une procédure de passation future, telles qu'une invitation à soumettre une offre ou à présenter une demande de présélection, mais aucune disposition équivalente n'était prévue pour les étapes antérieures du processus de passation. Il a été indiqué que toute information supplémentaire à envisager devrait probablement être définie dans la Loi type ou que des orientations appropriées plus détaillées pourraient être nécessaires dans le Guide pour l'incorporation. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de lui présenter, pour examen à sa prochaine session, une nouvelle note abordant ces questions.

29. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de préparer des projets de textes tenant compte de ses délibérations, sous la forme de projets de dispositions types ou d'orientations, selon qu'il convenait, pour examen à un stade ultérieur.

b) Utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés

30. En ce qui concerne l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés, il a été noté que les principales questions de fond étaient notamment les suivantes: a) la loi devrait-elle autoriser ou obliger les entités adjudicatrices à utiliser les communications électroniques en accord avec les fournisseurs ou autoriser l'une ou l'autre partie à exiger des communications électroniques? et b) les règles devraient-elles soumettre l'utilisation des moyens électroniques à certaines conditions pour sauvegarder les objectifs de la loi sur la passation des marchés, de manière à empêcher les moyens électroniques choisis d'empêcher l'accès aux marchés, à garantir la confidentialité et à assurer l'authenticité et la sécurité des opérations, ainsi que l'intégrité des données?

31. Il a été observé que l'article 9-1 de la Loi type, qui traitait de la forme requise des communications dans le processus de passation des marchés, disposait que, sous réserve de toute condition de forme spécifiée par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle sollicitait pour la première fois une participation, toutes les communications devaient être présentées sous une forme qui atteste leur teneur. Le Groupe de travail est généralement convenu que la Loi type donnait à l'entité adjudicatrice une grande latitude pour établir toute "condition de forme" pour les communications lorsqu'elle sollicitait au départ la participation de fournisseurs.

32. Il a été noté, cependant, que plusieurs dispositions de la Loi type, telles qu'actuellement rédigées, laissaient entendre que les fournisseurs ne pouvaient être tenus de soumettre des offres par voie électronique. L'alinéa a) du paragraphe 5 de l'article 30, par exemple, prévoyait que les offres "sont soumises par écrit, sont signées, et sont placées dans une enveloppe scellée" ou "sous toute autre forme, spécifiée dans le dossier de sollicitation", sous réserve de certaines conditions. L'alinéa b) énonçait expressément le droit pour un fournisseur de soumettre une offre suivant la méthode "usuelle" décrite à l'alinéa a), à savoir par écrit, signée et dans une enveloppe scellée. D'après le Guide pour l'incorporation, c'était là une "garantie importante contre la discrimination eu égard au fait que les méthodes de communication non classiques telles que l'EDI [échange de données informatisées] ne sont pas à la disposition de tous". La Loi type ne devrait pas empêcher ou être considérée comme empêchant l'utilisation la plus efficace des communications électroniques, ni être en retard sur l'évolution de la pratique dans sa manière

d'aborder cette utilisation. Il faudrait peut-être revoir les alinéas en question ainsi que les dispositions connexes pour faire en sorte qu'ils ne créent pas d'obstacles à l'utilisation des communications électroniques.

33. En ce qui concerne la mesure dans laquelle l'utilisation des communications électroniques (notamment la soumission des offres par voie électronique) pouvait être exigée ou rendue obligatoire, le Groupe de travail est généralement convenu qu'il était souhaitable de traiter cette question avec souplesse. De l'avis général, ses délibérations devaient préserver la situation et ne pas viser, par exemple, à permettre à un fournisseur d'imposer un moyen de communication particulier à l'entité adjudicatrice. En ce qui concerne le droit de l'entité adjudicatrice d'exiger l'utilisation de communications électroniques, il a été généralement estimé qu'il serait inopportun d'élaborer une règle envisageant cette possibilité pour tous les cas et dans toutes les circonstances.

34. Il a été souligné que, dans certaines situations, l'imposition de l'obligation d'utiliser des communications électroniques pouvait en fait donner lieu à une discrimination entre fournisseurs. Or, l'article 9-3 de la Loi type disposait que l'entité adjudicatrice ne faisait pas de discrimination à l'encontre de fournisseurs en raison de la forme sous laquelle ils communiquaient ou recevaient les communications. Par conséquent, l'obligation de recourir à des communications électroniques risquait de ne pas être acceptable si les fournisseurs potentiels n'avaient pas raisonnablement accès aux moyens utilisés pour ce type de communications.

35. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si, même lorsque les délais prévus pour soumettre des demandes de présélection ou des offres étaient les mêmes pour tous les fournisseurs, il pourrait être à première vue discriminatoire, en vertu de l'article 9-3 de la Loi type, de fixer ces délais en fonction du temps suffisant à ceux qui communiquaient par voie électronique uniquement. Il a été noté que le fait que deux fournisseurs utilisent des moyens de communication différents ne signifiait pas en soi qu'il y avait discrimination. De l'avis général, la règle énoncée à l'article 9-3 n'exigeait pas nécessairement que tous les fournisseurs utilisent les mêmes méthodes pour communiquer avec l'entité adjudicatrice. Après un débat, il a été convenu que l'élément essentiel à préserver était l'équivalence effective des moyens de communication utilisés pour éviter toute discrimination.

36. Il a en outre été observé, à l'appui d'une approche souple de cette question, qu'il pouvait y avoir, dans la pratique, des situations dans lesquelles les communications électroniques ne fonctionnaient pas correctement, du fait, notamment, d'une capacité limitée des systèmes utilisés, due par exemple à une largeur de la bande insuffisante pour la transmission de gros fichiers électroniques, d'une défaillance technique ou d'autres facteurs externes, tels qu'une coupure de courant ou une catastrophe naturelle.

37. En conséquence, il a été suggéré que le Groupe de travail propose, dans la Loi type, des solutions appropriées concernant l'utilisation des communications électroniques. Une solution possible, a-t-il été dit, pourrait être de prévoir que l'obligation d'utiliser des communications électroniques ne devrait pas être imposée de manière générale.

38. En réponse à ces propositions, il a été dit que le Groupe de travail ne devrait pas entreprendre d'élaborer des dispositions détaillées sur les cas dans lesquels

l'utilisation de communications électroniques était permise ou sur les types et conditions d'approbation ou de justification appropriées de cette utilisation. Les marchés publics différaient considérablement par leur taille et leurs exigences commerciales et techniques, et il n'était pas souhaitable, compte tenu de ces différences, de tenter de formuler des règles qui conviennent à tous les systèmes juridiques. Il suffirait peut-être de mettre en lumière, dans le Guide pour l'incorporation, les questions que les législateurs des différents États pourraient souhaiter prendre en considération lorsqu'ils introduiraient ou autoriseraient les communications électroniques dans la passation des marchés publics.

39. Le Groupe de travail a pris note de ces vues. Néanmoins, il a été généralement convenu qu'il serait utile de formuler des dispositions qui autorisaient expressément et, dans des circonstances appropriées, encourageaient l'utilisation des communications électroniques, sous réserve éventuellement d'une exigence générale selon laquelle les moyens de communication imposés par l'entité adjudicatrice ne devraient pas restreindre déraisonnablement l'accès au marché. Il faudrait insérer dans le Guide pour l'incorporation des orientations et explications supplémentaires sur les diverses options possibles concernant le type de moyens disponibles et les conditions éventuellement nécessaires.

40. Le Groupe de travail a pris note de ces différentes propositions et décidé qu'il faudrait en tenir compte dans tout projet de dispositions types que le secrétariat pourrait élaborer pour examen ultérieur. Il est convenu que, indépendamment de la décision finale, le Guide pour l'incorporation pourrait utilement donner des orientations détaillées sur cette question.

c) Conditions d'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés

41. Le Groupe de travail a reconnu que, pour être efficaces et fiables, les systèmes de passation électronique des marchés devaient satisfaire à des conditions appropriées concernant la sécurité, la confidentialité et l'authenticité des soumissions, ainsi que l'intégrité des données, pour lesquelles il faudrait peut-être formuler des règles et des normes spéciales. En particulier, il a été noté que les principes directeurs suivants pourraient constituer une base utile pour toutes règles ou orientations futures sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés:

a) Les moyens de communication imposés ne devraient pas constituer un obstacle déraisonnable à la participation à la procédure de passation des marchés (principe qui permettrait d'exiger soit des communications sur papier, soit des communications électroniques dans des circonstances appropriées);

b) Des procédures et systèmes appropriés devraient être prévus pour établir l'origine des communications (authenticité);

c) Les moyens et mécanismes utilisés devraient être de nature à préserver l'intégrité des données;

d) Les moyens utilisés devraient permettre d'établir la date de réception des documents lorsque cette date est importante pour appliquer les règles de la procédure de passation des marchés (à savoir pour la soumission des demandes de participation et des offres/propositions);

e) Les moyens et mécanismes utilisés devraient garantir que l'entité adjudicatrice ou d'autres personnes n'auront pas accès aux offres et autres documents importants avant l'expiration d'un certain délai, de manière que les entités adjudicatrices ne puissent transmettre des informations sur les autres offres à des fournisseurs favorisés, et que les concurrents ne puissent accéder eux-mêmes à ces informations (sécurité);

f) La confidentialité des informations soumises par d'autres fournisseurs ou relatives à d'autres fournisseurs devrait être préservée.

42. Le Groupe de travail est généralement convenu que les principes ci-dessus constituaient une bonne base pour la formulation de règles, normes ou orientations spécifiques sur la question. Les avis ont divergé, néanmoins, sur la forme et le degré de détail souhaitable que devraient revêtir ces principes.

43. Selon un avis, la plupart de ces principes s'appliquaient déjà aux procédures de passation des marchés sur papier – par exemple, celui selon lequel les offres devaient être authentiques ou rester confidentielles pendant la procédure d'appel d'offres. Le Groupe de travail devrait donc examiner soigneusement la nécessité de normes ou règles supplémentaires et prendre en compte la mesure dans laquelle les lois de base pertinentes, telles que les lois générales sur le commerce électronique et les signatures électroniques, traitaient déjà les questions auxquelles touchaient les principes proposés. Il devrait s'abstenir d'entreprendre de nouveau les travaux que la Commission avait déjà réalisés, notamment dans le cadre de la Loi type sur le commerce électronique.

44. Selon un autre avis, si le Groupe de travail avait l'intention de formuler des orientations législatives qui permettaient, sans la rendre obligatoire, l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés, il serait utile d'énoncer dans la Loi type elle-même les conditions dans lesquelles ces communications devaient être utilisées.

45. Le Groupe de travail est convenu d'examiner plus avant la question de la forme exacte sous laquelle il pourrait énoncer ses orientations. De l'avis général, cependant, celles-ci devraient être formulées de sorte à englober tous les moyens de communication, en donnant une idée générale des conditions à imposer, et ne devraient pas être trop directives.

d) Enchères électroniques inversées

46. Le Groupe de travail a noté que les enchères électroniques inversées, sous leurs diverses variantes, pourraient, même si elles en étaient encore à leurs débuts, devenir une procédure de passation des marchés plus largement utilisée. Ce type d'enchères était structuré comme une procédure d'appel d'offres dans laquelle les fournisseurs disposaient d'informations sur les autres offres et pouvaient en permanence modifier les leurs par rapport à celles des autres concurrents, dont ils ne connaissaient en principe pas l'identité. Les fournisseurs faisaient leurs offres par voie électronique sur un site spécialisé, en utilisant les informations dont ils disposaient sur les classements ou les montants nécessaires pour l'emporter sur les autres candidats. Ils pouvaient suivre par voie électronique l'évolution des offres à mesure que les enchères progressaient et modifier les leurs en conséquence. L'enchère pouvait se dérouler sur une période déterminée, ou bien jusqu'à ce qu'un certain temps s'écoule sans qu'intervienne une nouvelle offre. Les enchères

inversées, a-t-il été observé, étaient surtout utilisées pour des produits et services standardisés pour lesquels le prix était l'unique – ou du moins le principal – critère d'attribution puisque c'était le seul généralement mentionné pendant la procédure. D'autres critères pouvaient cependant être retenus et intégrés dans la phase d'enchères, ou évalués dans le cadre d'une phase distincte de la procédure.

47. Le Groupe de travail a noté que la Loi type ne traitait pas des enchères. La méthode d'appel d'offres utilisée pour les marchés de biens et de travaux ne prévoyait qu'une seule étape et interdisait toute modification des offres quant au fond – notamment une modification du prix – après la soumission (art. 34-1 a)). Elle interdisait également aux entités adjudicatrices de révéler des informations relatives aux offres (art. 34-8), ce qui empêchait les enchères par accord entre l'entité et les fournisseurs. La disposition donnant le droit de soumettre une offre par écrit dans une enveloppe scellée empêchait également une enchère en l'absence de l'accord des fournisseurs (art. 30-5 a) et b)). Les mêmes règles s'appliquaient à l'appel d'offres restreint (art. 47-3). Il a été proposé de supprimer de la Loi type les obstacles à l'utilisation des enchères inversées et d'autres procédures faisant appel à des moyens électroniques.

48. Il a été demandé si le Groupe de travail devrait aussi examiner la question de savoir si d'autres types d'enchères, non régis actuellement par la Loi type, devraient également être soumis à ses dispositions. En réponse, il a été noté que l'une des principales objections de fond qui avaient conduit la CNUDCI à décider initialement de ne pas mentionner les enchères inversées dans la Loi type était le risque de collusion entre fournisseurs. Ce risque ne pouvant être suffisamment maîtrisé que dans les enchères électroniques inversées, dans lesquelles l'identité des enchérisseurs n'était pas révélée, seules celles-ci devraient être prises en compte dans une version révisée de la Loi type.

49. La proposition selon laquelle le Groupe de travail devrait formuler des orientations législatives sur les enchères électroniques inversées a recueilli un fort soutien. Il a été dit que, d'après l'expérience de certains pays, les enchères électroniques inversées pouvaient générer des économies importantes, car elles incitaient les fournisseurs à proposer leur meilleur prix possible. Elles étaient aussi réputées favoriser la transparence, car elles encourageaient l'entité adjudicatrice à indiquer précisément les critères d'attribution autres que le prix. La technologie moderne avait permis de réfuter les objections traditionnelles à l'utilisation des enchères inversées, qui existaient au moment où la Loi type avait été élaborée. En effet, grâce à l'informatique, les enchères inversées pouvaient être menées de manière transparente (en ce que les informations sur les autres offres étaient accessibles et l'issue de la procédure était visible pour tous les participants), tout en préservant la confidentialité, ce qui était essentiel pour diminuer le risque de collusion entre fournisseurs. Les technologies électroniques, en réduisant considérablement le coût des opérations, avaient facilité l'utilisation de ces enchères.

50. En ce qui concerne la façon dont des dispositions sur les enchères électroniques inversées pourraient être incorporées dans le régime de la Loi type, il a été suggéré que ce type d'enchères soit traité comme une méthode de passation distincte, en raison de ses caractéristiques particulières, telles que la publication des prix pendant le processus de soumission (normalement interdite) et l'évaluation des offres en deux étapes, qui s'écartait des procédures traditionnelles d'appel d'offres

et exigeait des dispositions spécifiques. Une autre proposition était de traiter les enchères électroniques comme une variante des méthodes traditionnelles de passation des marchés et non comme une méthode entièrement nouvelle appelant des règles distinctes.

51. Toutefois, la prudence a aussi été vivement recommandée compte tenu des difficultés que pouvaient poser les enchères électroniques inversées. Par exemple, celles-ci risquaient d'encourager à accorder une importance excessive au prix et d'inciter les fournisseurs à proposer des prix anormalement bas (phénomène appelé "fièvre des enchères"), ce qui entraînait de graves problèmes pendant la phase d'administration si le fournisseur sélectionné n'était pas en mesure de remplir ses obligations. En outre, a-t-on indiqué, les entités adjudicatrices avaient du mal à déterminer si les fournisseurs utilisaient les enchères électroniques inversées pour s'entendre entre eux, situation particulièrement dangereuse sur les marchés oligopolistiques, où les participants pouvaient se servir des enchères pour se communiquer les prix. Une meilleure solution, du moins pour certains marchés, pouvait consister à recourir à d'autres méthodes, telles que les "acquisitions dynamiques", dans lesquelles les prix du marché étaient établis à l'aide de catalogues électroniques (voir par. 58) et qui avaient également l'avantage d'être plus souples que les enchères électroniques inversées.

52. Selon l'avis contraire, les enchères électroniques inversées, si elles étaient correctement conçues et réalisées, comportaient plus d'avantages que d'inconvénients potentiels. Étant donné leur utilisation de plus en plus répandue, il serait souhaitable de prévoir dans la Loi type des dispositions les concernant et d'essayer de fournir des orientations sur la façon de supprimer ou de réduire les risques qu'elles pouvaient présenter. Par exemple, en ce qui concerne les types de marchés pouvant se prêter à une procédure d'enchère électronique inversée, on a généralement estimé qu'il faudrait indiquer aux États adoptants que cette méthode ne serait avantageuse que dans la mesure où un cahier des charges initial commun servant de base aux offres soumises pouvait être rédigé et si des critères autres que le prix pouvaient être effectivement quantifiés. Le risque de prix anormalement bas, a-t-on dit, pouvait être évité grâce à des dispositions semblables à celles qui étaient prévues dans certains systèmes régionaux, lesquelles permettaient à une entité adjudicatrice ayant des raisons de soupçonner que les prix indiqués par un fournisseur n'étaient pas réalistes d'exiger de ce dernier qu'il communique des informations supplémentaires pour justifier ses prix.

53. Il a été signalé, à cet égard, que le problème des prix anormalement bas était plus général et ne se limitait pas au phénomène de la "fièvre des enchères" parfois constaté dans les enchères électroniques inversées. En fait, le risque de prix bas attrayants mais irréalistes pouvait fort bien se poser dans le cadre de tout type de procédure de passation des marchés. Ce problème général, a-t-on également fait observer, n'avait pas été expressément traité dans la Loi type, compte tenu apparemment de la difficulté à trouver des solutions appropriées. Des dispositions destinées à le prévenir en fixant des prix minima risquaient de ne pas être pleinement conformes au principe de la concurrence sur lequel se fondait la Loi type. D'autres solutions telles que des dispositions autorisant une entité adjudicatrice à rejeter une offre donnée au motif qu'elle contenait des prix anormalement bas risquaient quant à elles de donner lieu à des abus et nécessiteraient un examen attentif.

54. Le Groupe de travail a conclu son examen de la question en reconnaissant la réalité des enchères électroniques inversées et en confirmant son intention d'étudier s'il convenait de prévoir dans la Loi type des dispositions permettant de recourir à cette méthode à titre facultatif. Toutefois, avant de trancher définitivement la question, il est convenu qu'il serait utile d'avoir de plus amples informations sur l'utilisation pratique de cette méthode dans les pays qui l'avaient instaurée. Il a prié le secrétariat de lui fournir ces informations sous la forme d'une étude comparative d'expériences concrètes, notamment des solutions adoptées pour parer au risque de prix anormalement bas. Outre cette analyse de la pratique actuelle concernant les enchères électroniques inversées, le secrétariat a été prié de réaliser une étude comparative de la façon dont les entités adjudicatrices traitaient le problème des prix anormalement bas. Il a été convenu que cette étude devrait également porter sur la relation entre la pratique des prix anormalement bas et le droit de la concurrence.

B. Domaines pouvant être examinés dans la Loi type

1. Utilisation de listes de fournisseurs

55. Il a été noté que les listes de fournisseurs (également appelées listes de qualification, systèmes de qualification ou listes approuvées) recensaient des fournisseurs sélectionnés pour des marchés futurs et pouvaient être obligatoires ou facultatives. Lorsqu'elles étaient obligatoires, le fournisseur devait s'y inscrire pour pouvoir prendre part à la procédure de passation. Lorsqu'elles étaient facultatives, le fait de ne pas s'y inscrire ne le privait pas du droit de participer à une procédure particulière. Pour être admis sur une liste, il pouvait avoir à se soumettre à une évaluation complète ou partielle de son aptitude à exécuter certains marchés. Il pouvait aussi n'être soumis à aucune évaluation. En principe, cependant, certaines de ses qualifications faisaient l'objet d'une évaluation initiale, les autres étant évaluées lorsqu'il était pris en considération pour des marchés particuliers.

56. On a aussi observé qu'outre les "listes de fournisseurs", il existait des arrangements analogues, notamment des "registres d'entreprises agréées" et autres catalogues de fournisseurs. Il a été convenu que les discussions porteraient sur toute forme d'inscription fonctionnant de fait comme une liste de fournisseurs, quelle que soit son appellation et que le fournisseur doive s'inscrire auprès de l'entité adjudicatrice ou d'un tiers.

57. Le Groupe de travail a noté que la Loi type n'abordait pas la question des listes de fournisseurs. Elle n'empêchait toutefois pas les entités adjudicatrices d'utiliser des listes facultatives pour choisir des fournisseurs dans des procédures de passation qui n'exigeaient pas de publicité, comme les appels d'offres restreints, la négociation avec appel à la concurrence, les sollicitations de propositions ou de prix et la sollicitation d'une source unique. Il a été indiqué qu'au moment de l'élaboration de la Loi type, la Commission ne souhaitait pas promouvoir le développement des listes de fournisseurs, parce que leur utilisation, outre qu'elle était alors en baisse, donnait aux entités adjudicatrices la possibilité de restreindre la concurrence et de faire du protectionnisme. Ce choix correspondait à la politique de nombreuses institutions internationales de prêt, qui ne voyaient pas dans l'utilisation de ces listes une bonne pratique. Il a également été noté que l'élaboration de dispositions sur les listes de fournisseurs aurait soulevé des questions que la

Commission n'estimait pas alors opportun de traiter, notamment la question de savoir s'il fallait réglementer les listes obligatoires ou les listes facultatives, ou les deux, et le nombre de conditions qu'il serait nécessaire de prévoir dans la Loi type. En même temps, cependant, la Commission n'avait pas souhaité aller jusqu'à formuler une recommandation contre leur utilisation.

58. Il a été observé que l'utilisation et la fréquence des listes de fournisseurs augmentaient dans de nombreux États, en particulier pour les achats en gros de produits standard. Cette utilisation résultait aussi de l'usage croissant des catalogues électroniques – catalogues de produits proposés par un ou plusieurs fournisseurs. À la suite d'un appel d'offres, les fournisseurs étaient sélectionnés pour établir un catalogue électronique dans lequel l'entité adjudicatrice pouvait choisir des biens et des services et les commander, procédure qui pouvait aussi se traduire par un accroissement du nombre de marchés passés d'une façon revenant à utiliser de facto des listes de fournisseurs.

59. Les avantages et les inconvénients de l'utilisation des listes de fournisseurs ont été notés. Il a été affirmé que celles-ci aidaient à rationaliser le processus de passation des marchés, en permettant tant à l'entité adjudicatrice qu'aux fournisseurs de réduire leurs coûts, et en favorisant ainsi l'efficacité et l'économie, ce à quoi visait la Loi type. En particulier, on a fait remarquer que les listes pouvaient permettre de gagner du temps et de réduire les coûts du fait qu'il devenait inutile de fournir et d'évaluer des informations sur les qualifications distinctes pour chaque marché et de diminuer pour les fournisseurs les coûts liés à la recherche d'informations sur les marchés. Il a cependant été noté que l'utilisation de ces listes ne s'était pas toujours traduite par les réductions de coûts escomptés et que, dans certains cas, elle avait eu pour effet dans la pratique de restreindre la concurrence voire de favoriser la collusion et la corruption. De même, on avait constaté que les listes fonctionnaient comme des listes obligatoires même lorsqu'elles étaient déclarées facultatives. En outre, on a estimé que les plus grands risques pesaient lorsque ces listes fonctionnaient de manière occulte.

60. Il a été souligné que les régimes qui réglementaient l'utilisation des listes limitaient dans certains cas les entités autorisées à les employer et édictaient des conditions d'utilisation afin que ces listes fonctionnent de manière raisonnable et transparente. En général, les conditions prévues étaient notamment les suivantes: les fournisseurs devaient pouvoir s'inscrire à tout moment, le délai d'inscription devait être le plus court possible et l'inscription par courrier et, lorsque cela était possible, par Internet devait être autorisée.

61. En conséquence, étant donné que les listes de fournisseurs, qu'elles soient ou non considérées comme conformes aux buts et objectifs de la Loi type, étaient utilisées dans divers États, le Groupe de travail est convenu qu'il serait approprié de prendre acte de leur existence et de leur utilisation, faute de quoi on saperait les principes de la Loi type car l'utilisation de ces listes ne serait pas soumise à des normes de transparence minimales. Par ailleurs, il a été convenu que la réglementation des listes de fournisseurs pouvait permettre d'obtenir un moyen de sélection transparent et non discriminatoire dans les procédures restreintes, pour lesquelles les modalités de sélection ne faisaient l'objet d'aucune disposition dans la Loi type, et de prendre en compte les catalogues officieux de fournisseurs (y compris les inscriptions auprès de tiers). L'objectif serait d'assurer aux fournisseurs un accès plus équitable et plus transparent aux listes. En outre, les listes de

fournisseurs étant admises dans d'autres régimes internationaux de passation des marchés auxquels étaient soumis certains États membres, il serait à la fois nécessaire et souhaitable de parvenir à une certaine harmonisation.

62. En vue de renforcer la transparence et de prévenir la discrimination dans l'utilisation des listes de fournisseurs, le Groupe de travail a ensuite examiné la manière dont celles-ci pouvaient être réglementées. À cet égard, l'avis a été exprimé que l'utilisation de listes devrait être traitée avec prudence, compte tenu des risques inhérents qu'elles présentaient pour la concurrence et la transparence. Le Groupe de travail a noté qu'il fallait parvenir à un équilibre entre les dispositions de la Loi type et les orientations données dans le Guide pour l'incorporation et a rappelé que, d'une manière générale, aucun de ces textes ne devait en aucun cas être trop directif.

63. Le Groupe de travail s'est dit très favorable à l'utilisation de listes facultatives plutôt qu'obligatoires. Il a été rappelé que la méthode principale de passation des marchés prévue par la Loi type, à savoir l'appel d'offres, excluait nécessairement l'utilisation de listes obligatoires puisqu'elle supposait une sollicitation pleinement ouverte des offres ou l'équivalent. Il a été dit que le fait d'autoriser l'utilisation de listes obligatoires dans les appels d'offres, qui reviendrait à remplacer une procédure de présélection pleine et ouverte par la sélection, à partir d'une liste, des fournisseurs invités à soumettre une offre, constituerait une mesure rétrograde qui séparait les fondements de la principale méthode de passation des marchés prévue dans la Loi type.

64. Il a aussi été noté que le Groupe de travail pourrait décider de restreindre d'une manière générale l'usage des listes à des cas ou à des fins définis. Il a été proposé en particulier de limiter l'utilisation des listes obligatoires aux marchés non soumis à une procédure d'appel d'offres et à certains catalogues de fournisseurs (tels que les registres d'entreprises agréées). Les avis ont divergé quant à la question de savoir si ces restrictions étaient souhaitables, car l'utilisation de certaines listes serait nécessairement limitée.

65. Il a été estimé que l'obligation de publier un avis signalant l'existence de listes serait un autre moyen efficace de contrôler leur utilisation. Il a été convenu qu'un avis signalant l'existence des listes devait être publié avec une fréquence raisonnable et de manière régulière. Il a été noté à cet égard que la Loi type n'autorisait pas la publication d'un avis de constitution d'une liste en lieu et place d'un avis de marché, afin d'améliorer l'efficacité. Le Groupe de travail est convenu de réexaminer ultérieurement si la version révisée de la Loi type devrait autoriser la publication d'un tel avis signalant l'existence d'une liste en lieu et place d'un avis de marché.

66. Le Groupe de travail est convenu en outre que la possibilité devrait être donnée à tous les fournisseurs de prendre connaissance des listes pour pouvoir s'y inscrire et demander leur qualification à tout moment, d'être inscrits dans un délai raisonnablement court (de manière que des retards injustifiés n'aient pas pour effet de limiter la concurrence) et d'être avisés de toute décision d'annuler une liste ou de les exclure d'une liste. Une autre condition pouvant être envisagée dans le même ordre d'idées était que les fournisseurs non encore inscrits – leur inscription ayant été retardée du fait qu'ils n'avaient pas encore reçu d'attestation administrative concernant la fiscalité ou des questions similaires – soient pris en considération s'il y avait suffisamment de temps pour accomplir les formalités d'inscription.

67. Quant à la question de savoir si des dispositions sur la question devraient être insérées dans la Loi type elle-même ou dans le Guide pour l'incorporation (le soin pouvant aussi dans certains cas être laissé à chaque État de les inclure dans leurs règlements d'application), le Groupe de travail est convenu qu'il ne pourrait prendre de décision à cet égard que lorsqu'il serait saisi des projets de dispositions pour examen. Les questions qui ne faisaient encore l'objet d'aucun consensus pourraient aussi être réexaminées à ce moment.

2. Accords-cadres

68. Il a été noté que les accords-cadres étaient des arrangements qui visaient à assurer la fourniture réitérée d'un produit ou d'un service pendant une période donnée et comportaient un appel d'offres initiales devant satisfaire aux conditions fixées, la sélection d'un ou de plusieurs fournisseurs sur la base des offres et la passation ultérieure de commandes ou de marchés périodiques auprès du ou des fournisseurs choisis lorsque survenaient des besoins particuliers. Ces accords étaient principalement utilisés lorsque les entités adjudicatrices avaient besoin de produits ou de services particuliers au cours d'une certaine période mais ne connaissaient pas exactement la quantité de ces besoins, leur nature ou le moment où ils surviendraient. Ils pouvaient être conclus avec un seul ou plusieurs fournisseurs et étaient, a-t-on dit, fréquemment utilisés. Dans certains pays, ils étaient régis par la législation nationale. Leur utilisation était également admise par certains organismes régionaux ou par les institutions internationales de prêt.

69. Il a été dit que le fait de recourir à des accords-cadres, plutôt que d'engager une nouvelle procédure de passation pour chaque besoin, permettrait, entre autres avantages potentiels, de réduire les coûts de procédure et de gagner du temps. En particulier, ce type d'arrangement évitait d'avoir à publier chaque marché et à évaluer les qualifications des fournisseurs pour chaque commande passée, cette phase du processus n'intervenant qu'une seule fois lors de la conclusion de l'accord-cadre. Les accords-cadres, a-t-on indiqué, pouvaient également améliorer le rapport qualité-prix et faciliter la réalisation d'autres objectifs de la passation en offrant une procédure plus transparente que cela ne serait autrement le cas pour les petits achats. Il a été observé en particulier que le montant total des marchés passés dans le cadre de tels accords pouvait justifier les dépenses de publicité et que les fournisseurs choisis avaient intérêt à suivre le déroulement des achats réalisés dans ce cadre.

70. Il a été déclaré que la Loi type ne contenait pas de dispositions spécifiques sur les accords-cadres. Les accords conclus avec un fournisseur unique et certains accords conclus avec plusieurs fournisseurs pouvaient dans une certaine mesure être exécutés conformément aux procédures existantes, par exemple, s'ils étaient traités comme des appels d'offres par lots. Toutefois, la Loi type exigeait que le dossier de sollicitation indique la quantité de biens requis (encore que la réglementation accompagnant la législation puisse autoriser une simple estimation), alors que dans un accord-cadre la quantité était normalement inconnue. La procédure d'appel d'offres prévue par la Loi type, a-t-on ajouté, n'envisageait pas non plus d'arrangements dans lesquels la conclusion d'un marché liant les parties intervenait, par exemple, lorsque des commandes étaient passées. En particulier, l'article 36-4 disposait qu'un marché entrait en vigueur lorsqu'une offre était acceptée et ne prévoyait pas la possibilité pour les marchés d'entrer en vigueur seulement lorsque

l'entité adjudicatrice décidait par la suite d'effectuer des achats. Il a été estimé que l'obligation faite à l'article 14 de publier un avis d'"attribution de marché", qui s'appliquait à toutes les procédures, ne semblait pas convenir pour la publicité des accords-cadres. D'un autre côté, il n'y avait aucune obligation de publier les résultats d'une mise en concurrence pour choisir des fournisseurs en vue d'un accord-cadre ni, apparemment, de publier les détails des marchés attribués aux divers fournisseurs.

71. Selon un avis, le Groupe de travail devrait aborder la question des accords-cadres avec prudence. Il a été déclaré que certains pays rompus à la pratique des accords-cadres avaient entrepris de revoir en profondeur la façon dont ceux-ci fonctionnaient. Il avait été admis que ce type d'accord avait permis dans ces pays de réduire considérablement les dépenses globales de passation des marchés. Toutefois, les accords-cadres avaient également entraîné des coûts moins aisément quantifiables et cependant non négligeables, par exemple des occasions manquées pour les entités adjudicatrices et les fournisseurs qui n'avaient pas accès auxdits accords, un manque de transparence et une diminution de la concurrence.

72. Il a été indiqué en outre qu'une bonne gestion des accords-cadres exigeait des efforts constants pour assurer un maximum de transparence et de concurrence à chaque étape du processus de passation, ce qui obligeait l'entité adjudicatrice à faire connaître ses besoins dès qu'ils survenaient et à publier des avis d'attribution afin d'inciter le marché à répondre directement lorsque la solution envisagée dans l'accord-cadre n'était pas optimale. Faute d'une transparence et d'une concurrence suffisantes, les accords-cadres créaient généralement une place de marché fondée sur les relations entre fournisseurs et acheteurs et non sur une compétition entre fournisseurs, situation indésirable qu'il ne fallait pas promouvoir. D'autres mesures consistaient à s'orienter vers des formes non contraignantes d'accords-cadres, suite aux coûteuses procédures judiciaires engagées par des fournisseurs contestant l'attribution de marchés à des fournisseurs qui ne participaient pas initialement à un accord-cadre. On s'est également préoccupé de la durée d'un accord-cadre, lequel en général ne devait pas se prolonger au-delà de la durée de vie de la technologie concernée ou devait cesser d'exister dès que les besoins de l'entité adjudicatrice changeaient.

73. En réponse, il a été expliqué au Groupe de travail que l'utilisation des accords-cadres avait donné de bons résultats dans d'autres régions. Des accords conclus avec un fournisseur unique avaient été utilisés dans certains pays pour de petits achats répétés de certains produits lorsque les quantités requises étaient censées varier dans une fourchette donnée mais que l'on ignorait quand ces produits seraient nécessaires et en quelle quantité à chaque étape. Pour ne pas avoir à passer toute une série de marchés qui ne seraient pas intéressants pour les fournisseurs, les entités adjudicatrices avaient conclu pour une ou plusieurs années des accords-cadres prévoyant une quantité estimative, l'objectif étant d'éviter des mises en concurrence successives plus coûteuses. Il a été admis que les accords-cadres posaient également certains problèmes, qui n'étaient toutefois pas considérés comme insurmontables. Par exemple, le risque de perte d'argent résultant de l'achat à prix fixe à des moments où les prix diminuaient sur le marché – ce qui était fréquemment le cas pour les produits informatiques – pouvait être écarté par l'instauration d'une deuxième étape de mise en concurrence, sous la forme d'un mini-appel d'offres, chaque fois qu'un besoin survenait. D'autres mesures courantes consistaient à

limiter la durée des accords, qui ne pouvaient être prorogés que sur justification. De plus, des procédures de recours pouvaient permettre de parer au risque de prix excessifs s'il apparaissait que les fournisseurs ne se conformaient pas aux règles.

74. De l'avis général, la Commission devrait reconnaître que les accords-cadres, même s'ils n'étaient pas mentionnés actuellement dans la Loi type, étaient utilisés dans la pratique. Les vues ont toutefois divergé sur la façon de les aborder.

75. Selon un avis fermement appuyé, des recommandations sur la question ne devaient pas se limiter à une simple reconnaissance de l'existence d'une pratique. En effet, les États adoptants s'attendaient plutôt à ce que la Commission leur donne des indications sur la façon de tirer le meilleur parti des accords-cadres. Ces indications devraient contenir des conseils sur certaines mesures de protection minimales à adopter pour éviter les abus et assurer l'efficacité dans les dépenses publiques. Plusieurs questions ont été proposées pour examen par le Groupe de travail, à savoir: a) quel degré de concurrence était souhaitable dans un accord signé avec plusieurs fournisseurs; b) si les accords-cadres devaient être exclusifs; c) quels étaient les critères appropriés pour fixer la durée des accords-cadres; d) quels types de marchés se prêtaient à la conclusion d'accords-cadres; e) quelles procédures appliquer pour sélectionner les participants à un accord-cadre et pour attribuer les commandes. Toutefois, même certains des partisans d'un traitement plus détaillé des accords-cadres ont mis en garde le Groupe de travail contre le risque de limiter l'utilité de ce type d'accords en énonçant trop de conditions pour leur utilisation. Le soin, a-t-on dit, de trancher certaines questions devait être laissé à l'entité adjudicatrice.

76. Selon un autre point de vue, toutefois, qui a bénéficié d'un certain soutien, aucune disposition de la Loi type ne semblait empêcher un État adoptant d'utiliser des accords-cadres. Il suffirait, au besoin, de reconnaître l'existence de ces accords dans le Guide pour l'incorporation et de fournir des informations sur les questions relatives à leur application. Il a été proposé que le Groupe de travail adopte une approche souple et pragmatique et évite de donner des indications trop directives sur la question. Par exemple, des facteurs externes objectifs, tels que le type de technologie ou les conditions du marché, et non des délais arbitraires, devraient régir la durée d'un accord-cadre. De même, il ne serait pas souhaitable d'essayer de dresser une liste des cas où il serait bon de recourir à un accord-cadre, les conditions variant considérablement d'un État à l'autre, et vu que la Loi type devait pouvoir s'appliquer partout de manière adéquate.

77. Il a été fait observer en réponse que le Guide pour l'incorporation ne pouvait formuler des recommandations sur la façon de mettre les accords-cadres en conformité avec la Loi type que dans la mesure où cette dernière pouvait être considérée comme autorisant de tels accords. La Loi type n'abordait pas les accords-cadres et, dans quelques cas, semblait faire obstacle à leur utilisation. Par conséquent, la formulation d'orientations générales sur les accords-cadres dans le Guide pour l'incorporation ne constituerait pas une solution suffisante pour traiter la question et le Guide ne serait pas le lieu indiqué pour traiter des accords-cadres si le Groupe de travail concluait que la Loi type n'en approuvait pas l'utilisation.

78. Afin de faciliter ses délibérations à venir sur l'approche générale à adopter pour les accords-cadres et déterminer en particulier avec quel degré de détail et de quelle façon les traiter (à savoir par des dispositions types, des orientations

législatives ou les deux), le Groupe de travail est convenu d'examiner d'abord si et dans quelle mesure la Loi type, dans sa rédaction actuelle, faisait obstacle à l'utilisation de ces accords. Il est convenu de prier le secrétariat d'élaborer une note à ce sujet, contenant éventuellement des projets d'orientations, pour examen à une prochaine session.

3. Passation de marchés de services

79. Le Groupe de travail a débattu de la question de savoir s'il fallait revoir la Loi type pour réduire la gamme de services pour lesquels la "méthode principale" prévue aux articles 37 à 45 pouvait être utilisée. Il a été fait observer que cette méthode avait donné dans la pratique des résultats satisfaisants pour certains types de marchés, comme les marchés de services intellectuels qui ne débouchaient pas sur des produits physiques mesurables, tels les services de consultant ou d'autre professionnel hautement qualifié. Des questions ont toutefois été soulevées quant à l'adéquation de cette méthode, par exemple, dans le cas de services pour lesquels l'entité adjudicatrice pouvait donner des spécifications qualitatives et quantitatives avant la passation. On a fait observer que le fait d'avoir traité dans la Loi type les services séparément des autres marchés avait conduit à mettre l'accent sur les caractéristiques particulières de certains marchés de services, plutôt que sur les traits qui étaient communs à de nombreux marchés de biens et de travaux et aux marchés de services.

80. Le Groupe de travail a pris note des informations générales fournies aux paragraphes 41 à 44 de la note du secrétariat A/CN.9/WG.I/WP.32 sur les dispositions de la Loi type régissant la "méthode principale pour la passation des marchés de services". Il a également examiné l'expérience des organisations nationales et régionales dans ce domaine. Il a été constaté à cet égard que les procédures de passation des marchés de services avaient ceci de commun qu'elles étaient soumises à des dispositions plus souples que la passation des marchés de biens et de travaux.

81. Les règles d'une organisation régionale autorisaient l'utilisation d'une forme souple de procédures négociées avec mise en concurrence, après publication d'un avis de marché, comme principale méthode de passation dans les cas où il n'était pas possible de formuler des spécifications avec précision. Ce type de procédure s'appliquait en particulier aux services financiers et aux "services intellectuels", définis comme des services qui ne débouchaient pas sur un produit physique (mais se caractérisaient principalement par un élément intellectuel), l'aspect déterminant étant toutefois la qualité – la valeur technique – des propositions. Son utilisation ne se limitait cependant pas à ces services. Les réponses initiales des fournisseurs permettaient d'arrêter définitivement les spécifications en question. Dans un souci de transparence et pour préserver la souplesse, les modifications de fond apportées aux spécifications durant le processus, et le moment auquel ces dernières avaient été finalisées, étaient communiqués. La meilleure offre définitive de chaque fournisseur était enregistrée par sécurité.

82. Une approche différente avait été adoptée par une institution multilatérale de prêt. Constatant que les banques de développement ne participaient pas à certains types de marchés de services moins complexes (tels que les services de nettoyage), elle avait séparé les "services intellectuels", tels que décrits plus haut de tous les autres types de services. Après une sollicitation ouverte de manifestations d'intérêt,

un nombre restreint de fournisseurs sélectionnés étaient invités à soumettre une proposition, probablement après une procédure formelle de présélection. La valeur qualitative des propositions était prise en compte dans l'évaluation en même temps que le prix, d'une façon qui variait selon le type de services, et l'adjudicataire était ainsi sélectionné. Le coût relatif de la préparation d'une bonne proposition étant élevé compte tenu de la valeur du projet, on a estimé qu'il n'était pas souhaitable d'inviter de nombreux fournisseurs à supporter ce coût s'ils avaient peu de chances d'être sélectionnés, car celui-ci les dissuaderait de participer et le coût de la participation serait finalement supporté par le processus de passation tout entier. Il a également été observé que ce coût relatif élevé risquait de décourager les petites et moyennes entreprises de participer à la passation, ce qui pouvait aller à l'encontre des politiques industrielles générales de certains États.

83. Les régimes nationaux, a-t-on indiqué, traitaient la question de manières très diverses mais même les systèmes les plus souples, a-t-on fait remarquer, n'autorisaient pas la libre utilisation de toutes les procédures de sélection prévues dans la méthode principale de la Loi type pour la passation de tous les types de marchés de services. Les entités étaient tenues au contraire de recourir aux méthodes ordinaires de passation de marchés de biens lorsqu'elles achetaient des services, sauf exceptions spécifiques. Le Groupe de travail est convenu que la Loi type devrait prendre acte des pratiques actuelles et expériences pertinentes.

84. L'avis a été exprimé que l'utilisation de la méthode principale de passation des marchés de services prévue dans la Loi type devrait être traitée avec prudence en raison des risques inhérents d'opacité et d'abus découlant de la souplesse et de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire sur des questions subjectives.

85. Il a été noté que les objectifs et procédures de la passation des marchés prévus dans la Loi type étaient les mêmes quel que soit le type de marché (services ou autres), de sorte que même si les critères d'évaluation étaient différents, il faudrait s'efforcer d'avoir une approche cohérente dans le choix de la méthode de passation.

86. Il a été rappelé que l'objectif d'obtention d'un bon rapport qualité-prix dans la passation des marchés tendait à faire conclure que si une spécification détaillée pouvait être formulée au départ, la procédure d'appel d'offres serait la méthode optimale de passation. Il a été noté que la question se posant au Groupe de travail était celle de savoir comment traiter la situation dans laquelle on ne pouvait formuler de spécification détaillée et où l'appel d'offres n'était pas approprié. Il a été convenu que les quatre méthodes, autres que l'appel d'offres, devraient être proposées aux entités adjudicatrices mais que le Groupe de travail devrait examiner la question du choix de l'une ou l'autre méthode. Il a également été reconnu que ni la Loi type, ni le Guide sur l'incorporation, tels qu'actuellement rédigés, ne donnaient beaucoup d'orientations sur ce choix.

87. Le Groupe de travail a examiné trois principaux aspects de cette question. Premièrement, il s'est demandé si la Loi type devrait préciser quand autoriser l'utilisation de méthodes particulières de passation, en mentionnant éventuellement des types de services particuliers, et notamment si elle devrait restreindre la méthode principale de passation à certains types de services. Dans l'affirmative, il conviendrait de déterminer si ces services devraient être définis, par exemple par référence à leur nature ou à des situations générales. Deuxièmement, le Groupe de travail s'est demandé s'il était possible de définir clairement les services, par

exemple les services intellectuels. Troisièmement, étant donné qu'il souhaitait éviter une approche trop directive et compte tenu de l'expérience des États et des organisations exposée plus haut, il s'est demandé quel devrait être le degré de précision des éventuelles nouvelles dispositions et où elles devraient figurer.

88. Un exemple de l'interdépendance possible des questions soulevées ci-dessus était le fait que certains projets pouvaient comporter plusieurs étapes, chacune donnant lieu à la passation d'un marché distinct avec des caractéristiques différentes. Ainsi, un projet de construction pouvait comprendre une phase de conception architecturale et une phase de construction. Il importait de reconnaître la nécessité de prendre en compte les coûts de la phase de construction, lors de l'évaluation de l'intérêt relatif des propositions architecturales (qui pouvaient elles-mêmes être présentées dans le cadre d'un concours), afin de parvenir au meilleur rapport qualité-prix pour l'ensemble du projet.

89. Le Groupe de travail a examiné la proposition visant à limiter l'utilisation de la méthode principale de passation des marchés de services. Une solution possible était de faire de l'appel d'offres la méthode principale ou de faire de l'appel d'offres et de la sollicitation de propositions les deuxième et troisième méthodes préconisées (ou vice versa). En réponse à ces suggestions, cependant, un fort soutien s'est exprimé en faveur de l'avis selon lequel il ne faudrait pas modifier la Loi type telle qu'actuellement rédigée.

90. En ce qui concerne la notion de services, le Groupe de travail est convenu que la question de savoir si les services intellectuels se prêtaient à une définition précise était essentielle pour ses délibérations. Il a été observé que les définitions devraient, dans la mesure du possible, être cohérentes avec celles établies dans d'autres systèmes. Il a également été noté qu'il serait plus difficile d'élaborer une définition si un projet comportait à la fois des biens et des services dont le coût respectif ne reflétait peut-être pas leur importance relative dans le projet. Par exemple, dans le cadre d'un projet d'informatisation, le matériel informatique initial pouvait représenter la dépense la plus importante, mais les services fournis en continu pouvaient déterminer le succès ou l'échec du projet. La question était de savoir si un tel projet devrait être défini comme portant sur des services intellectuels. De même, certains types de services pouvaient exiger des connaissances spécialisées dans certains cas, et pas dans d'autres, de sorte que l'approche consistant à les considérer comme des services intellectuels pouvait n'être appropriée que dans certains cas.

91. En outre, il a été fait remarquer que si la méthode principale de passation des marchés de services était utilisable uniquement pour les services intellectuels, définis comme étant des services non matériellement quantifiables, de trop nombreux marchés risquaient d'être passés par l'intermédiaire d'un appel d'offres. Il a été observé qu'il était de plus en plus fréquent de structurer les marchés de services, y compris ceux comportant une composante intellectuelle très importante, en fonction des résultats, de sorte qu'ils étaient en fait quantifiables matériellement. Ce seul fait, néanmoins, n'était pas une raison suffisante pour les soumettre à une procédure d'appel d'offres (qui n'était pas appropriée pour la passation de marchés complexes).

92. Enfin, il a été ajouté que certains systèmes traitaient de plus en plus tous les projets complexes comme des passations de marchés de services. Par exemple, une

usine hydroélectrique pouvait être considérée comme un service de fourniture d'énergie et l'entité adjudicatrice n'avait pas besoin d'acheter l'usine elle-même.

93. En conclusion, après de longs débats reflétant les difficultés que posait la définition des services intellectuels, le Groupe de travail est convenu que les diverses méthodes de passation des marchés de services actuellement prévues devaient être conservées dans la Loi type et qu'il n'était donc pas nécessaire de réviser cette dernière sur ce point. Cependant, il est aussi convenu de la nécessité de formuler dans le Guide pour l'incorporation des orientations sur l'utilisation de chaque méthode, en fonction du type de services en question et des circonstances de l'espèce. Ces orientations devraient être expressément liées aux principaux buts et objectifs de la Loi type.

4. Évaluation et comparaison des offres et utilisation de la passation de marchés pour promouvoir des politiques industrielles, sociales et environnementales

94. Le Groupe de travail a noté qu'il avait été admis, au moment de la rédaction de la Loi type, que les États pouvaient utiliser la passation de marchés pour promouvoir la réalisation d'autres grands objectifs, pouvant revêtir un caractère économique ou non, tels que des objectifs industriels, sociaux ou environnementaux. Cette possibilité était reflétée à l'article 34-4 de la Loi type et examinée dans le Guide pour l'incorporation. Il a été noté que la Loi type ne prescrivait pas l'utilisation de la passation de marchés à ces fins, mais proposait des moyens de le faire d'une manière transparente. Le Groupe de travail a été invité à examiner si la Loi type établissait un juste équilibre entre les objectifs d'économie et d'efficacité maximales dans la passation de marchés et d'autres objectifs et, dans la négative, quelles mesures prendre pour les équilibrer davantage, soit en modifiant la Loi type, soit en donnant les orientations nécessaires dans le Guide pour l'incorporation.

95. Lors de l'examen de ces questions, l'attention du Groupe de travail a été appelée sur deux alinéas de l'article 34-4 de la Loi type: l'alinéa c) iii), qui traitait des facteurs non objectifs pouvant être pris en compte pour déterminer l'offre la plus basse selon l'évaluation; et l'alinéa d) qui traitait de l'octroi d'une marge de préférence pour les besoins nationaux. Il a été dit que ces dispositions se chevauchaient d'une certaine façon puisqu'elles visaient toutes deux à promouvoir l'économie nationale.

96. Il a été noté qu'en dépit d'éventuelles objections de principe contre l'utilisation de la passation de marchés publics pour promouvoir la réalisation d'objectifs autres que la seule recherche du meilleur rapport "qualité-prix", il a été admis que, dans la pratique, les États se servaient souvent des marchés publics pour atteindre ces autres objectifs. De plus, il a été estimé que, dans certains cas, il était approprié et important de mettre la passation de marchés au service de la réalisation de ces objectifs, à condition que cette pratique ne soit pas contraire aux principaux buts de la procédure de passation, comme l'économie, l'efficience, la transparence, la concurrence et le traitement équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs. De l'avis général, toutefois, la préoccupation de la Loi type devrait demeurer la passation de marchés et non la promotion d'autres objectifs.

97. Deux moyens de limiter les risques d'abus en cas d'utilisation de la passation de marchés à ces autres fins ont été examinés: a) faire figurer la promotion de ces

autres objectifs dans les spécifications; ou b) faire de ces objectifs des critères d'évaluation quantifiables et les faire connaître au stade de la sollicitation des offres, comme le prévoyait déjà l'article 34-4 b) ii) de la Loi type. D'autres mesures de limitation pourraient consister à exiger notamment: que les autres objectifs soient liés à l'objet de la passation de marchés; que leur évaluation ne soit pas laissée à la seule discrétion de l'entité adjudicatrice; et que leur utilisation comme critères d'évaluation respecte les principes fondamentaux de la bonne pratique de passation de marchés, tels que le traitement égal des fournisseurs et la nécessité de promouvoir la concurrence. Un autre moyen de renforcer la transparence, a-t-on dit, était d'utiliser les critères d'évaluation de sorte que tout abus puisse être contesté par l'intermédiaire des mécanismes de recours.

98. Le Groupe de travail a examiné longuement ces propositions. D'une manière générale, il a été estimé que la Loi type était suffisamment équilibrée et qu'il n'était pas nécessaire de la modifier. Si, toutefois, le Groupe de travail décidait de la modifier, il devrait le faire sans porter préjudice aux principes de la passation de marchés exposés dans son préambule. Une meilleure solution cependant serait probablement de ne pas toucher à la Loi type et de fournir dans le Guide des explications supplémentaires sur les situations dans lesquelles la passation de marchés pourrait être utilisée pour promouvoir d'autres objectifs et sur la manière de faire en sorte que cette utilisation soit transparente.

99. On s'est inquiété du maintien des taux de change virtuels et des arrangements d'échanges compensés parmi les facteurs à prendre en compte pour déterminer l'offre la plus basse (art. 34-4 d) de la Loi type). Le Groupe de travail n'a pas exclu la possibilité de réexaminer, en temps utile, si ces facteurs étaient appropriés dans la Loi type.

100. Le Groupe de travail a également noté que la capacité des États adoptants à recourir à des critères non économiques pour évaluer et comparer les offres pouvait être limitée par des traités ou accords internationaux ou régionaux liant ces États. Il a été toutefois convenu que l'article 34-4 de la Loi type ne prescrivait pas l'utilisation de préférences nationales et que son article 3 traitait cette question d'une manière adéquate en affirmant que les obligations conventionnelles l'emportaient sur les dispositions de la Loi type.

101. Le Groupe de travail a conclu en reconnaissant que les dispositions existantes de la Loi type établissaient un équilibre suffisant entre la nécessité d'économie et d'efficacité et la possibilité pour un État adoptant de réaliser d'autres objectifs grâce à la passation de marchés. Cependant, certains de ces autres objectifs énumérés dans la Loi type semblaient dépassés et le Groupe de travail pourrait examiner à un stade ultérieur s'il était souhaitable ou non de les maintenir. Le Groupe de travail n'a pas pris de décision finale à ce stade sur la nécessité ou l'opportunité de définir dans le texte de la Loi type des mécanismes de contrôle supplémentaires visant à garantir la transparence dans l'utilisation de la passation de marchés pour favoriser d'autres objectifs. Il a été toutefois convenu que le Groupe de travail pourrait envisager de formuler des orientations supplémentaires sur les moyens d'accroître la transparence et l'objectivité dans l'utilisation de ces autres objectifs comme critères d'évaluation.

5. Voies de droit et exécution

102. Le Groupe de travail a noté que la question des voies de droit et de l'exécution touchait à la légalité des actes de l'administration et à la séparation des pouvoirs entre les branches exécutive et judiciaire d'un État. Ces sujets pouvant faire l'objet d'une grande diversité d'approches dans les différents systèmes juridiques, il était important de traiter la question du recours d'une manière mesurée. En effet, les États appliquaient des politiques très différentes pour faire respecter les règles de passation et autorisaient à des degrés très variables le fournisseur à engager un recours. Dans certains pays, il existait depuis longtemps un mécanisme de recours devant des autorités et des tribunaux spécialisés, alors que dans d'autres, aucune disposition législative générale n'était prévue dans ce domaine (sauf dans la mesure exigée par les obligations internationales et sous réserve des procédures de recours judiciaires). Certains systèmes juridiques prévoyaient des sanctions administratives pour contravention à la législation sur la passation des marchés par des organes de l'État, les procédures étant engagées devant un tribunal administratif. D'autres encore prévoyaient à la fois un recours administratif, qui permettait notamment de suspendre la procédure de passation, un contrôle judiciaire des décisions d'attribution des marchés par les tribunaux ordinaires et une procédure pénale spéciale pour violation des lois sur la passation des marchés par les entités adjudicatrices.

103. Pour tenir compte de ces éléments, les dispositions du chapitre VI de la Loi type se limitaient à des orientations générales et il était indiqué en note que les États adoptants avaient la possibilité de n'incorporer que certains des articles, voire aucun, ce qui leur laissait une grande latitude pour appliquer la Loi type. En outre, la Loi type ne réglementait pas certains domaines, tels que l'indépendance de l'organe administratif de recours et la forme des mesures réparatrices (qui pouvaient comprendre des ordonnances ou des recommandations) et ne prévoyait pas de procédure judiciaire ou quasi judiciaire. Elle ne créait pas non plus de droit à un recours judiciaire, même si l'article 57 autorisait les États adoptants qui en prévoyaient un à habiliter les tribunaux compétents à connaître des contestations relatives à la passation des marchés.

104. Reconnaissant qu'il fallait faire preuve de prudence dans toute tentative d'élargir les dispositions de la Loi type relatives aux recours et à l'exécution, le Groupe de travail a examiné les questions suivantes:

a) Faudrait-il recommander plus clairement l'insertion, dans la législation nationale, et l'application de dispositions relatives aux recours et donner des orientations plus détaillées, notamment sous la forme de projets de dispositions types, dans le Guide pour l'incorporation?

b) Faudrait-il renforcer les dispositions concernant les recours administratifs, en exigeant par exemple une procédure de recours devant un organe indépendant?

c) Faudrait-il donner des conseils et des orientations plus détaillés sur la procédure de recours judiciaire, notamment sur les pouvoirs des tribunaux et les délais de présentation et d'examen des recours, la possibilité d'infirmer des décisions incorrectes d'attribution des marchés et les mesures de réparation pouvant être appliquées? et

d) Le champ d'application des dispositions concernant les exceptions au droit de recours (art. 52-2) devrait-il être revu?

105. S'agissant de la question a) ci-dessus, un doute a été exprimé quant à savoir s'il était possible de proposer pour les recours et l'exécution un modèle qui soit acceptable dans divers pays. Il a été jugé préférable de ne pas tenter d'insérer des dispositions détaillées dans la Loi type elle-même, car le Guide pour l'incorporation convenait mieux pour expliquer les diverses approches et options possibles, notamment leurs incidences pratiques et leurs avantages et inconvénients possibles. Par exemple, le Guide pourrait expliquer que les procédures de recours inciteraient les administrations à un contrôle interne plus strict et protégeraient les droits des entrepreneurs potentiels.

106. Les avis ont divergé en ce qui concerne la question b). La nécessité d'un mécanisme administratif indépendant d'examen des recours a été soulignée car il n'était sans doute pas réaliste d'espérer que l'entité adjudicatrice examinerait toujours ses propres actes et décisions de manière impartiale et efficace. Il a été proposé que le Guide pour l'incorporation donne des indications pour la création d'un organe administratif indépendant (en précisant, par exemple, si ce dernier devait siéger en permanence ou être constitué pour chaque affaire). Il a été noté qu'il existait déjà, dans certains États, un examen indépendant des recours par l'intermédiaire du système judiciaire et que les États en question n'auraient donc pas intérêt à se doter de mécanismes supplémentaires sous peine d'en altérer la structure et le fonctionnement.

107. Il a été convenu que l'identité de l'organe chargé d'examiner les recours importait moins que son efficacité et que le fait qu'il soit indépendant de l'entité adjudicatrice et à l'abri de toute pression politique pour rendre ses décisions. L'organe d'examen des recours devrait notamment être habilité: à intervenir sans délai et à suspendre ou annuler la procédure de passation; à prendre d'autres mesures provisoires, telles que des ordonnances de ne pas faire et des sanctions pécuniaires pour non-respect des règles; à allouer des dommages-intérêts si l'intervention était trop tardive (par exemple après l'attribution du marché); à agir rapidement dans un délai raisonnablement court (4 à 5 semaines, a-t-on suggéré, constitueraient un délai optimal). Le Groupe de travail a alors été renvoyé aux débats sur l'indépendance et les pouvoirs des organismes de réglementation auxquels avait donné lieu l'élaboration de recommandations sur le cadre réglementaire pour les services d'utilité publique lors de la préparation du Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé. On s'est également référé aux dispositions pertinentes de l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'Organisation mondiale du commerce, en particulier à son article 20, aux termes duquel les contestations étaient soumises à un tribunal ou à un organe d'examen impartial et indépendant n'ayant aucun intérêt dans le résultat de l'adjudication. Selon un avis, les dispositions de l'AMP pourraient servir de base pour déterminer les domaines dans lesquels améliorer les mécanismes de recours et d'exécution prévus dans la Loi type.

108. S'agissant de la question posée à l'alinéa c) ci-dessus, à savoir s'il fallait donner des conseils et des orientations plus détaillés sur la procédure de recours judiciaire, il a été estimé que ces conseils et orientations seraient utiles en particulier s'ils encourageaient le règlement rapide par les tribunaux des litiges relatifs à la passation des marchés. Il a été cependant dit qu'un recours excessif à la

procédure judiciaire n'était peut-être pas toujours la meilleure solution, car dans de nombreux pays les procédures judiciaires étaient longues et les tribunaux n'avaient pas de connaissances spécialisées dans la passation des marchés. Cette situation, a-t-on dit, laissait à désirer. En effet, la rapidité d'intervention était un facteur essentiel dans toute procédure de recours efficace car les parties lésées ne pouvaient espérer obtenir des résultats significatifs que si elles pouvaient se prévaloir de voies de droit efficaces pendant les étapes précédant l'attribution des marchés. À cet égard, il a été noté que certaines réglementations nationales et régionales prévoyaient une période entre l'attribution et la formation définitive du contrat de marché pendant laquelle les parties lésées pouvaient formuler leurs contestations. Il importait par conséquent d'informer les tribunaux que la possibilité de suspendre une procédure de passation était une solution qui méritait d'être envisagée. Le Groupe de travail a pris note de ces vues et a convenu que les États adoptants pourraient tirer parti de conseils sur la manière d'améliorer l'efficacité des recours judiciaires. Ces conseils, qui pourraient également aider à harmoniser la législation et la pratique dans ce domaine, devraient néanmoins respecter les diverses traditions juridiques dans les différents États et ne devraient pas être trop directifs.

109. En ce qui concerne la modification proposée à l'alinéa d) ci-dessus du champ d'application des dispositions énonçant les exceptions au droit de recours (art. 52-2), il a été suggéré de supprimer certaines, si ce n'est la totalité, de ces exceptions. En particulier, l'exception concernant le choix de la méthode de passation des marchés mentionnée à l'article 52-2 a) a suscité des critiques, car le fait que le choix des méthodes de passation n'ait pas à être justifié était un des aspects à l'origine de la plupart des abus dans la pratique. Il a été estimé que, dans leur ensemble, les exceptions prévues à l'article 52-2 compromettaient l'intégrité du système de passation des marchés et devaient être supprimées. Il a également été noté que l'AMP ne prévoyait pas d'exceptions au droit de recours.

110. À cela il a été répondu qu'en autorisant l'exercice de voies de recours, y compris judiciaire, pour toutes les questions mentionnées à l'article 52-2, on risquait de créer des difficultés dans certains systèmes juridiques. Par exemple, la branche judiciaire de certains pays avait des pouvoirs limités pour remettre en question les décisions des organes exécutifs supposément prises dans l'intérêt général. De plus, dans certains systèmes juridiques, un fournisseur potentiel n'avait peut-être pas qualité pour contester des décisions telles que le choix d'une méthode de passation des marchés, qui étaient habituellement prises par l'entité adjudicatrice avant l'engagement de la procédure de passation. Le Groupe de travail a été invité à reconnaître que différents systèmes juridiques prévoyaient diverses manières de contrôler les actes des entités adjudicatrices, qui ne reposaient pas toutes sur la contestation des soumissionnaires. Il a par ailleurs été souligné que, indépendamment de la décision que le Groupe de travail prendrait sur la question, les recours sur les points énumérés à l'article 52-2 resteraient possibles dans certains cas en vertu des dispositions d'autres lois, par exemple, si la décision de l'entité adjudicatrice était fondée sur un motif illégitime.

111. Le Groupe de travail a également examiné si les modes alternatifs de règlement des litiges étaient appropriés dans les procédures de passation. Selon un avis, si ces modes de règlement pouvaient être utiles après l'attribution des marchés, leur utilité n'était pas certaine dans les étapes précédant l'attribution. En outre, dans certains pays, il avait été constaté que le recours à l'arbitrage et à d'autres méthodes

extrajudiciaires de règlement des litiges ne contribuait peut-être pas toujours au développement du droit, car dans de nombreux systèmes juridiques les sentences arbitrales ou les accords issus de conciliations n'aboutissaient pas à l'établissement d'un précédent ayant un caractère obligatoire. S'il convenait d'admettre l'utilisation des modes alternatifs de règlement des litiges dans les procédures de passation, il a été souligné qu'il ne fallait pas donner l'impression que ces modes de règlement pouvaient toujours se substituer aux recours judiciaires.

112. Le Groupe de travail a conclu ses délibérations en convenant de ce qui suit:

a) Il serait utile de donner des orientations plus détaillées, probablement dans le Guide pour l'incorporation, sur les dispositions relatives aux recours qui pourraient être insérées dans les législations nationales;

b) Reconnaissant qu'il existait différents systèmes, dont certains privilégiaient les recours judiciaires et d'autres les recours devant un organe administratif indépendant, le Groupe de travail devrait laisser aux États plusieurs possibilités, compte tenu du fait que la Loi type était suffisamment souple à cet égard et de l'importance capitale que revêtait l'indépendance de l'organe chargé d'examiner les recours. Si des commentaires supplémentaires sur la question étaient nécessaires, ils pourraient être insérés dans le Guide;

c) Le soin d'élaborer des dispositions relatives aux recours judiciaires devrait être laissé aux États adoptants; et

d) La liste d'exceptions figurant à l'article 52-2 devrait être supprimée. Le Guide pour l'incorporation devrait cependant indiquer que les États adoptants auraient la possibilité d'exclure certaines questions, entre autres celles actuellement énumérées dans l'article, de la procédure de recours. Le Guide devrait indiquer les motifs de ces exclusions et en expliquer les conséquences, par exemple le risque qu'elles empêchent d'examiner et de contrôler effectivement si la procédure de passation est bien gérée.

113. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de préparer des projets de textes tenant compte des délibérations ci-dessus, pour qu'il les examine en temps utile.

6. Autres questions

a) Autres méthodes de passation des marchés

114. On a estimé qu'il pourrait être utile d'examiner la nécessité et les conditions de l'utilisation de certaines des "autres méthodes de passation des marchés" indiquées au chapitre V de la Loi type, afin de répondre aux préoccupations exprimées par certaines institutions multilatérales de prêt et d'autres organismes considérant que ces méthodes étaient trop nombreuses. Bien qu'il soit indiqué dans la Loi type qu'un État adoptant n'avait pas besoin d'incorporer dans sa législation toutes ces méthodes et qu'il ne devrait peut-être pas le faire, le Groupe de travail a été invité à déterminer si les dispositions relatives à certaines d'entre elles devraient être revues.

115. Les suggestions suivantes en particulier ont été faites: l'"appel d'offres en deux étapes" (art. 46), au lieu d'être classé parmi les "autres méthodes", pourrait être considéré comme une forme d'appel d'offres ouvert, dont la première étape aurait pour objet de préciser les spécifications, afin de garantir une sélection

transparente au cours de la deuxième étape. D'autre part, étant donné que les méthodes autres que les procédures d'appel d'offres ouvertes avaient peut-être été utilisées dans la pratique plus largement qu'on ne l'avait prévu, il faudrait limiter les motifs d'y recourir. Par exemple, parmi les motifs justifiant le recours à l'"appel d'offres restreint" (art. 20 et 47), à savoir le coût "disproportionné" d'autres procédures et "le nombre limité de fournisseurs", on pourrait envisager de ne conserver que le dernier, et les motifs justifiant le recours à la "sollicitation d'une source unique" devraient être limités de manière à ne pas inclure de considérations extrinsèques telles que le transfert de technologie, les prix virtuels ou les échanges compensés (comme c'était actuellement le cas à l'article 22-2 de la Loi type). Il a aussi été suggéré de supprimer purement et simplement les procédures de "sollicitation de propositions" et de "négociation avec appel à la concurrence" (art. 48 et 49).

116. Le Groupe de travail est généralement convenu qu'il devrait en temps utile déterminer s'il était nécessaire et souhaitable de circonscrire plus clairement les conditions d'utilisation des "autres" méthodes de passation des marchés, en vue de réduire les risques d'abus dans ce domaine. Il est aussi convenu qu'il pourrait en outre envisager ultérieurement de supprimer certaines de ces méthodes et de les présenter d'une manière qui fasse bien ressortir qu'elles constituaient une exception plutôt qu'une alternative dans le régime de la Loi type.

117. Le Groupe de travail a pris note de la crainte que l'assimilation de la procédure d'"appel d'offres en deux étapes" (art. 46) à une forme d'appel d'offres ouvert ne compromette l'objectivité de la méthode d'appel d'offres prévue dans la Loi type. Il est donc convenu d'examiner soigneusement cette question en temps utile. Il est par ailleurs convenu de la nécessité de revoir l'article 22 (en particulier supprimer le paragraphe 2) afin d'améliorer la transparence et, de manière générale, de renforcer l'obligation de justifier le recours à toutes les "autres méthodes" évoquée à l'article 18.

118. Enfin, le Groupe de travail est convenu de revenir sur la proposition de suppression de l'alinéa b) de l'article 20 – qui autorisait l'utilisation d'appels d'offres restreints 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 des biens, des travaux ou des services requis –, une fois qu'il aurait eu la possibilité d'examiner comment cette disposition s'articulerait avec d'autres méthodes de passation des marchés, telles que les accords-cadres, qu'il avait provisoirement convenu d'examiner (voir par. 78).

b) Participation des usagers à la passation des marchés

119. On a fait remarquer que le moyen le plus efficace de réaliser un projet pouvait parfois être d'y associer les usagers, qui avaient avantage à assurer la qualité de l'exécution des travaux les concernant directement. Par exemple, cette participation pouvait conduire à la fourniture durable de services dans des secteurs dépourvus d'intérêt pour de grandes entreprises, comme la santé, les services de vulgarisation agricole et l'éducation informelle. Elle pouvait présenter divers avantages, comme l'amélioration de la qualité du produit final, en ce que: a) la population locale était soucieuse de voir atteints des niveaux satisfaisants et les travaux achevés à temps; b) le risque de litiges sur place pouvait être réduit; c) le nombre de formalités pourrait également être réduit grâce à l'utilisation de procédures moins formelles. Il

pouvait y avoir d'autres avantages comme la création d'emplois locaux utilisant des technologies à forte intensité de main-d'œuvre, le recours au savoir-faire et à des matériaux locaux, l'encouragement de l'entrepreneuriat local et l'amélioration de la transparence municipale, qui pouvaient être des objectifs sociaux de l'État adoptant. Dans la pratique, toutefois, de nombreux pays se trouvaient dans l'impossibilité de faire participer les usagers à l'exécution d'un projet car leur législation sur la passation des marchés ne prévoyait pas une telle possibilité. Le Groupe de travail a donc été invité à examiner des moyens de reconnaître la participation des usagers dans la Loi type.

120. Le Groupe de travail a reconnu que la participation des usagers à la phase d'exécution d'un projet pouvait être utile en permettant à ces derniers de mieux contrôler les dépenses publiques. L'expérience avait montré qu'un tel contrôle pouvait être efficace si les usagers concernés connaissaient suffisamment bien le projet, ce qui était généralement le cas lorsque celui-ci était de petite envergure. Pour les projets plus importants, en revanche, la nécessité d'informer dûment les usagers des éléments essentiels du projet pouvait représenter une tâche déraisonnablement lourde pour l'entité adjudicatrice. On a en outre déclaré que la participation des usagers se justifiait généralement lorsqu'elle améliorait la transparence et l'efficacité globales du processus de passation d'un marché, mais devait être envisagée avec prudence lorsqu'elle opacifiait la prise de décisions ou entraînait une augmentation des coûts ou une diminution de la concurrence. On a aussi fait valoir, à ce propos, qu'une telle participation ne constituait pas en soi une méthode de passation des marchés, mais plutôt une modalité d'exécution des projets financés par l'État et que le droit de réaliser des projets avec la participation des usagers ne découlait normalement pas de la législation d'un pays sur la passation des marchés mais d'autres règles et règlements régissant les dépenses publiques.

121. À cet argument, il a été répondu que, dans la pratique, la participation des usagers locaux pouvait être l'un des critères retenus pour la sélection de la méthode de passation des marchés ou pour l'attribution d'un marché, mais d'autres formules étaient possibles: les soumissionnaires pouvaient proposer leurs meilleures solutions – y compris la participation des usagers si tel était leur choix –, qui pourraient alors être comparées; les conditions d'exécution pouvaient prévoir l'emploi d'une main-d'œuvre ou de matériaux locaux; une partie du budget du projet pouvait être réservée pour la participation des usagers.

122. Le Groupe de travail a estimé que la plupart des questions que soulevait la participation des usagers avaient surtout trait à la planification et à l'exécution d'un projet plutôt qu'à la phase de passation du marché. Cette participation en tant que telle n'était pas une question facile à traiter dans la Loi type. Conscient toutefois de son importance croissante et de l'éventuelle nécessité de prévoir une législation l'autorisant dans de nombreux pays, il est convenu de revoir les dispositions de la Loi type afin de veiller à ce qu'elles ne fassent pas obstacle à l'imposition de cette participation dans une passation de marché pour un projet. Le Guide pour l'incorporation, a-t-il en outre été convenu, pourrait fournir des orientations supplémentaires sur la question.

c) Simplification et normalisation de la Loi type

123. On a fait observer que certains États adoptants avaient choisi de ne pas incorporer certaines des parties les plus détaillées de la Loi type, estimant qu'elles

ne s'étaient pas révélées nécessaires pour leur législation. On a dit aussi qu'il pourrait être utile d'apporter quelques modifications à la présentation de la Loi type, pour aider les États adoptants à formuler leur législation interne.

124. On a déclaré, en particulier, que certaines dispositions figurant actuellement dans le texte de la Loi type pourraient être déplacées dans une annexe ou prendre la forme de dispositions types dans le Guide pour l'incorporation. Il s'agirait par exemple de l'article 7-3, qui décrivait la teneur de la documentation de présélection, de l'article 11, qui énumérait les informations devant figurer dans le procès-verbal de la procédure, de l'article 25, qui détaillait la teneur des invitations à soumettre des offres et à présenter des demandes de présélection dans les procédures d'appel d'offres, de l'article 27, qui décrivait la teneur du dossier de sollicitation, de l'article 38, qui concernait la teneur des sollicitations de propositions relatives à des services dans le cadre de la méthode principale de passation des marchés de services, et de l'article 48-4, qui avait trait à la teneur d'une sollicitation de propositions quand cette méthode était choisie pour d'autres marchés.

125. Des doutes ont été émis quant à la nécessité de raccourcir la Loi type. On a expliqué que certains États préféreraient disposer d'un instrument plus détaillé et qu'en tout état de cause, ils auraient la liberté de choisir le degré de détail et la structure qu'ils jugeaient appropriés à leurs conditions locales, y compris à leurs techniques et traditions de rédaction.

126. Le Groupe de travail est convenu qu'il était possible d'améliorer la structure de la Loi type et d'en simplifier le contenu, en réorganisant ses dispositions ou en supprimant celles qui étaient inutilement détaillées ou en les déplaçant dans le Guide pour l'incorporation. De l'avis général, l'objectif visé devrait être une loi type plus facile à utiliser où tous les éléments essentiels seraient préservés tout en étant mieux structurés et présentés plus simplement. Les mêmes principes devraient être appliqués pour la révision du Guide. Reconnaissant que l'introduction de nouveaux sujets dans la Loi type obligerait inévitablement à modifier la structure de cette dernière, le Groupe de travail a estimé qu'il serait préférable de revenir ultérieurement sur les propositions de simplification du texte.

d) Authentification des pièces produites

127. Il a été noté que l'article 10 de la Loi type disposait que, si l'entité adjudicatrice exigeait l'authentification des pièces produites, elle ne devait imposer aucune autre condition que celles prévues dans la législation générale pour l'authentification des pièces en question. Toutefois, cet article n'imposait pas de restriction au pouvoir des entités adjudicatrices de demander une telle authentification. Dans la pratique, a-t-on dit, les entités adjudicatrices exigeaient parfois que les pièces produites soient authentifiées par tous ceux qui devaient démontrer qu'ils avaient les qualifications requises pour participer à une procédure de passation de marchés, ce qui pouvait être long et coûteux pour les fournisseurs. À ce facteur dissuasif s'ajoutait le fait que tout ou partie des frais généraux supplémentaires engagés par les fournisseurs pouvaient être répercutés sur les entités adjudicatrices.

128. Le Groupe de travail est généralement convenu qu'il serait souhaitable de limiter le pouvoir des entités adjudicatrices de sorte que seul le fournisseur ayant remporté le marché soit tenu d'authentifier les pièces produites. Ce faisant, il a

convenu qu'il pourrait déterminer, en temps voulu, si l'article 10 pouvait être fusionné avec l'article 6-5.

B. Note du Secrétariat concernant les faits nouveaux dans le domaine de la passation des marchés publics – questions découlant de l'utilisation accrue des communications électroniques dans la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa sixième session

(A/CN.9/WG.I/WP.31) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-5
II.	Faits nouveaux dans la passation des marchés publics – utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la passation de marchés	6-92
	1. Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés	16-47
	A. Contexte	16-20
	B. Possibilités de marchés	21-35
	C. Publication des lois et règlements régissant les marchés publics	36-42
	D. Publication des avis d'attribution de marchés	43-47
	2. Utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés	48-78
	3. Enchères électroniques (inversées)	79-92
III.	Recommandations	93

I. Introduction

1. La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (la "Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés" ou la "Loi type") et le Guide pour son incorporation dans le droit interne qui l'accompagne, ont pour objet de servir de modèle aux États pour l'élaboration d'une législation sur la passation des marchés et de promouvoir des procédures visant à garantir la concurrence, la transparence, l'équité, l'économie et l'efficacité du processus de passation des marchés. Des législations fondées sur cette Loi type ou largement inspirées par elle ont été adoptées ou ont subi son influence dans de nombreux pays, et l'utilisation de cette loi a entraîné une harmonisation considérable des règles et procédures relatives aux marchés publics.

2. Dans son Rapport sur les travaux de sa trente-sixième session, la Commission s'est déclarée très favorable à l'inclusion du droit des marchés publics dans son programme de travail, afin notamment de pouvoir examiner les nouvelles questions et pratiques qui sont nées depuis l'adoption en 1994 de la Loi type de la CNUDCI

sur la passation des marchés (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (document A/58/17), par. 229). Elle a en outre indiqué que le Groupe de travail devrait axer ses travaux sur deux grands domaines dans lesquels la Loi type gagnerait peut-être à être revue: premièrement, les questions que soulève la passation des marchés par voie électronique, et deuxièmement, les questions qui se sont posées lors de l'application de la Loi type elle-même.

3. Dans la présente note, qui est le premier de deux documents qu'il a élaborés en prévision des travaux futurs de la Commission sur la passation des marchés publics, le secrétariat examine les questions découlant de l'utilisation croissante des communications électroniques et de l'informatique dans la passation des marchés publics, notamment les méthodes reposant sur Internet. Le second document est intitulé "Faits nouveaux dans le domaine de la passation des marchés publics – questions découlant de l'expérience récente en matière d'application de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services" (document A/CN.9/WG.I/WP.32). Afin de faciliter la lecture, l'expression "passation électronique des marchés" est employée dans la présente note pour désigner l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la passation des marchés publics.

4. La présente note expose également diverses options que le Groupe de travail voudra peut-être examiner afin de traiter les questions que pose le recours à la passation électronique des marchés dans le cadre de la Loi type. Le Groupe de travail estimera peut-être que certaines de ces questions peuvent être réglées dans le cadre des dispositions existantes de la Loi type (ou par l'interprétation des lois et règles existantes, notamment comme cela est fait dans le Guide pour l'incorporation). Dans certains cas cependant, il faudra peut-être insérer une nouvelle disposition dans la Loi type. Le secrétariat s'étant concentré sur des questions de principe plutôt que sur la façon dont des dispositions pertinentes pourraient être rédigées à ce stade, la présente note ne cherche pas à formuler de propositions d'ordre rédactionnel.

5. Les travaux du secrétariat ont été menés en étroite coopération avec des organisations ayant de l'expérience et de l'expertise dans ce domaine, comme la Banque mondiale, et ont tiré parti de consultations avec des spécialistes.

II. Faits nouveaux dans la passation des marchés publics – utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la passation de marchés

6. Ces dix dernières années, deux avancées technologiques majeures ont changé les modalités de la passation des marchés: premièrement, l'utilisation des moyens de communication électroniques, qui a pris une ampleur considérable, et deuxièmement le fait que des États effectuent désormais certaines de leurs opérations de passation de marchés par voie électronique (les appels d'offres ou autres modes d'attribution de marchés se font en ligne, en général par Internet). Cette utilisation se développe rapidement et est envisagée par diverses législations nationales ainsi que par des organismes et accords internationaux comme l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), l'Accord sur les Marchés Publics

(AMP) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), l'Association de coopération économique Asie-Pacifique, l'Organisation des États américains (OEA), l'Union européenne (UE) et le projet d'accord de la Zone de libre-échange des Amériques (ZLEA).

Avantages potentiels et difficultés possibles de l'utilisation de la passation électronique des marchés

7. Parmi les nombreux avantages potentiels de l'utilisation du commerce électronique, on citera une rentabilité accrue résultant d'une concurrence renforcée sur un marché de fournisseurs plus large, une meilleure information des fournisseurs et des techniques plus compétitives, des économies de temps et d'argent, une meilleure administration des marchés attribués, et, grâce à la possibilité d'un suivi plus efficace et d'un contact moins direct entre fournisseurs et entités adjudicatrices, une meilleure application des règles et politiques et un recul de la corruption et des abus. En outre, la passation électronique des marchés offre d'excellentes occasions de renforcer la confiance du public et la transparence du processus.

8. Il est clair aussi que la voie électronique peut être utilisée tout au long du cycle de passation des marchés, et que ses avantages potentiels peuvent s'étendre au-delà de ce seul domaine, dans la mesure où elle peut créer de précieuses synergies avec d'autres politiques nationales. Par exemple, la passation électronique des marchés peut stimuler une plus grande concurrence des fournisseurs locaux en accélérant l'adoption par le secteur privé des pratiques modernes de passation des marchés publics et en promouvant la normalisation. Pour une discussion générale sur ce thème, voir le document du Centre du commerce international intitulé "*Public Procurement Training System*", Module 5, *E-procurement*, paragraphe 3.2, Talero, *Electronic Government Procurement: Concepts and Country Experiences*, Document de synthèse de la Banque mondiale (sept. 2001), section B et Office of Government Commerce du Royaume-Uni, *A Guide to eProcurement for the Public Sector* (consultable sur le site http://www.ogc.gov.uk), chapitre 2.

9. Cela étant, les avantages potentiels exposés ci-dessus peuvent aller à l'encontre d'autres objectifs socioéconomiques des États adoptants: par exemple, l'amélioration de l'efficacité résultant de l'utilisation de contrats plus importants et d'accords-cadres peut avoir tendance à favoriser les grandes, plutôt que les petites et moyennes entreprises, dont la promotion comme moteur de la croissance économique est un élément de nombreuses politiques nationales.

10. En outre, la relative nouveauté des communications électroniques et les craintes concernant la confidentialité et l'authenticité risquent de dissuader des fournisseurs de participer à des opérations pour lesquelles les communications électroniques sont obligatoires.

Objectifs possibles de la Loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services en ce qui concerne la passation électronique des marchés

11. Les avantages potentiels de la passation électronique des marchés résumés ci-dessus sont dans la ligne des principaux buts et objectifs de la Loi type, énoncés dans son préambule, mais il a été dit qu'il fallait peut-être revoir cette loi pour que les États adoptants puissent tirer pleinement parti de ces avantages.

12. La mesure dans laquelle ils pourront le faire dépendra de l'existence d'une infrastructure appropriée et d'autres ressources, de l'adéquation de la loi sur le commerce électronique applicable et de l'étendue de la normalisation dans l'État concerné. Le cadre juridique général d'un État (par opposition aux mesures concernant spécifiquement la passation des marchés publics) peut ou non offrir un appui adéquat pour la passation électronique des marchés. Par exemple, les lois régissant l'utilisation des communications écrites, les signatures électroniques, ce qui doit être considéré comme un document original et la recevabilité des moyens de preuve peuvent faire obstacle à l'utilisation de la passation électronique des marchés. Ces questions sont traitées par la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996) et la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001). Le Groupe de travail estimera donc peut-être que ces questions devraient être traitées par des mesures autres que des lois sur la passation des marchés dans les États adoptants. Par exemple, les Lois types mentionnées ci-dessus posent le principe de l'équivalence fonctionnelle des messages électroniques et des messages sur papier. Cependant, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le Guide pour l'incorporation devrait recommander que les États adoptants promulguent des lois appropriées pour traiter ces questions.

13. Dans le même ordre d'idées, en raison de la rapidité du progrès technologique et du niveau variable de sophistication technique des États Membres, le Groupe de travail jugera peut-être que toute disposition supplémentaire ajoutée à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés devrait être neutre sur le plan technique, c'est-à-dire que toute disposition régissant le recours à la passation électronique des marchés devrait porter sur les principes et non sur les mécanismes des communications et technologies en question. En conséquence, la présente note n'examine les technologies en jeu que dans la mesure où elles ont une incidence sur les considérations générales.

14. Les principales questions de fond recensées à ce jour en ce qui concerne la passation des marchés par voie électronique se posent dans les deux domaines suivants:

a) La publication d'informations relatives à la passation des marchés, notamment la publication des lois et règlements régissant les marchés, du dossier de sollicitation et des renseignements connexes, et des avis d'attribution de marché; et

b) L'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés, notamment l'utilisation d'enchères électroniques (inversées).

15. Chacune de ces questions sera traitée comme suit: résumé des avantages potentiels et des difficultés possibles, résumé de l'étendue de l'utilisation actuelle, examen rapide des dispositions pertinentes d'autres régimes internationaux (lorsqu'ils existent) et de certains systèmes nationaux, renvoi aux dispositions pertinentes de la Loi type de la CNUCDI telle qu'elle est actuellement rédigée et, enfin, exposé de quelques options que le Groupe de travail pourra souhaiter examiner. Seront pris en considération: les dispositions de l'Association de coopération économique Asie-Pacifique et de l'OMC; les accords commerciaux de l'Union européenne (UE) et de la Zone de libre-échange des Amériques ainsi que l'Accord sur les Marchés Publics et l'ALENA; et les principales dispositions internes du Brésil, des États-Unis d'Amérique, de la France, du Royaume-Uni et de Singapour, et (dans une moindre mesure), du Canada et de Hong Kong, choisis en

raison de leurs traditions différentes en matière de réglementation et de leur expérience importante de la pratique ou de la réglementation de la passation électronique des marchés.

1. Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés

A. Contexte

16. L'article 5 de la Loi type de la CNUCDI sur la passation des marchés énonce le principe général selon lequel le texte de ladite loi et de "toutes les décisions et directives administratives d'application générale relatives à la passation des marchés régis par la présente Loi …", doit être promptement mis à la disposition du public et systématiquement tenu à jour". Lorsqu'il examinera les questions de la publication d'informations relatives à la passation des marchés dans leur ensemble, le Groupe de travail estimera peut-être qu'il serait approprié d'étendre ce principe à toutes les informations relatives à la passation des marchés publiées sur tous supports.

Avantages potentiels et difficultés possibles

17. L'utilisation de la voie électronique, pour la publication d'informations relatives à la passation des marchés peut assurer à ces dernières une diffusion plus large que les méthodes traditionnelles sur support papier, en les rendant plus accessibles à un plus grand nombre de fournisseurs. Les entités adjudicatrices peuvent fournir des informations plus nombreuses et de meilleure qualité en utilisant Internet qu'en utilisant le support papier, et peuvent aussi, par ce moyen, atteindre un plus grand nombre de fournisseurs. Cependant, ces avantages potentiels supposent l'existence d'outils de recherche efficaces sur Internet et/ou l'envoi d'une notification appropriée lorsque de nouvelles informations sont ajoutées. La notification exigerait quant à elle que les fournisseurs soient inscrits sous une forme ou une autre. (Les questions liées entre elles de l'inscription et des listes de fournisseurs, et des catalogues électroniques, sont traitées dans le document A/CN.9/WP.32, à la section II A intitulée "Utilisation de listes de fournisseurs").

18. La publication et les annonces électroniques sont souvent moins coûteuses que les formulaires traditionnels sur papier, mais les coûts engendrés par l'obligation de passer une annonce sur support papier, et facultativement par voie électronique, peuvent jouer contre cette dernière. En effet, à partir du moment où une augmentation des coûts, en particulier au cours des phases initiales de l'application des systèmes électroniques peut réduire à néant les avantages de la publication électronique, et où il faut mettre sous forme électronique des informations qui ne l'étaient pas jusqu'alors, on risque de se heurter à des réticences.

19. Selon un avis répandu, c'est lorsqu'elles ont un caractère obligatoire que les publications électroniques sont les plus efficaces (c'est-à-dire lorsque l'on n'autorise pas de publications sur support papier en complément). Toutefois, les avantages peuvent être appréciables même lorsque les moyens électroniques sont facultatifs et l'obligation de publication électronique peut ne pas convenir dans tous les cas.

20. Par exemple, cette obligation peut limiter l'accès aux informations sur les marchés si l'infrastructure est inadéquate, s'il est techniquement difficile d'y accéder, si la publicité électronique se substitue à des moyens plus accessibles sur support papier et s'il faut payer un droit d'accès. Bien que ces problèmes puissent être considérés comme un phénomène temporaire et géographiquement limité, le Groupe de travail estimera peut-être qu'ils représentent actuellement un important sujet de préoccupation. Dans le même ordre d'idées, il devient plus difficile de garantir l'équivalence des informations disponibles par voie électronique et des supports papier existants si les premières peuvent être mises à jour plus ou moins instantanément, alors que les seconds supposent que des documents soient envoyés aux fournisseurs (ce qui peut aussi coûter cher et prendre du temps).

B. Possibilités de marchés

Étendue de l'utilisation actuelle et dispositions pertinentes de régimes internationaux et nationaux

21. Les États qui ont recours à la publication électronique informent souvent à l'avance des projets à venir ou fournissent des informations générales sur les possibilités de marchés avec des entités particulières.

22. Ces informations peuvent figurer sur les sites Web des entités adjudicatrices ou dans des systèmes électroniques centralisés couvrant de nombreuses entités, ou bien les deux. Dans les États où ces procédures de passation des marchés sont réglementées, les entités adjudicatrices sont normalement tenues d'utiliser un système électronique centralisé pour publier les informations qui doivent être publiées en vertu de la loi applicable (telles que les invitations à participer). Cependant, le secrétariat n'a pas constaté que l'obligation de publier les possibilités de marchés était une caractéristique habituelle des systèmes nationaux.

23. La publication électronique des marchés à venir, en revanche, a été constatée dans la quasi-totalité des systèmes nationaux examinés. Les régimes de passation des marchés prévoient différentes modalités de publication: un organisme régional, par exemple, publie des informations sur les possibilités uniquement sous forme électronique, tandis que d'autres autorisent tout support satisfaisant aux exigences d'accessibilité.

24. Le régime de l'Union européenne comporte un système centralisé de publication et de traduction pour tous les États Membres qui doit être utilisé pour tous les marchés réglementés, dont les avis sont publiés au *Journal officiel des Communautés européennes*, disponible sous forme électronique uniquement (sur Internet et sur CD-ROM). Cependant, des entités peuvent publier des avis supplémentaires dans d'autres publications et elles le font généralement (souvent sur support papier et/ou d'autres supports électroniques). Le régime de l'Union européenne exige des entités qu'elles publient des avis généraux de possibilités de marchés lorsque leurs achats de certains biens ou services dépassent un montant spécifié, et des préavis des principaux projets de travaux, bien que les nouvelles directives de l'UE prévoient que cette publication sera optionnelle. (Les entités qui publient de telles informations peuvent raccourcir les délais pour certaines procédures d'appel d'offres. Selon les nouvelles directives de l'UE, elles ne devront publier ces préavis que si elles souhaitent bénéficier de ces délais plus courts, et

elles pourront aussi les publier sur leur propre page Web au lieu de passer par le Journal officiel.) Un autre instrument international, l'Accord sur les Marchés Publics (AMP), ne prévoit aucune obligation de fournir d'autres informations, que ce soit sous forme électronique ou sous une autre forme (bien que, dans la pratique, de nombreuses parties à l'Accord le fassent).

Position de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés

25. L'article 24 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés comporte deux paragraphes, qui portent sur la publication des invitations à participer à un marché prochain. Le premier paragraphe énonce que ces invitations doivent être publiées. Il n'est pas précisé où cette publication doit être faite, mais il est suggéré entre parenthèses que ce soit dans une publication officielle spécifiée par l'État adoptant au moment où celui-ci applique la Loi type (par exemple dans un journal officiel).

26. Le second paragraphe traite de la passation de marchés internationaux, et peut être considéré comme complémentaire du premier. Il dispose qu'une invitation à participer doit être publiée dans un "journal de grande diffusion internationale" ou dans "une publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle" de grande diffusion internationale.

27. Ces dispositions supposent dans les deux cas une publication sur support papier.

28. Par ailleurs, l'article 27 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés porte sur les renseignements à inclure dans le dossier de sollicitation. Il ne fait pas expressément référence aux informations relatives à l'utilisation de moyens électroniques, mais aux termes de son alinéa z), l'entité adjudicatrice peut inclure toutes autres règles arrêtées par elle en matière de procédure de passation des marchés, disposition qui peut-être interprétée comme prévoyant l'insertion d'informations sur l'utilisation de moyens électroniques de communication et l'appel d'offres. Il est dit dans le Guide pour l'incorporation que les États peuvent souhaiter édicter d'autres règlements sur ces questions.

Options possibles

29. Le Groupe de travail estimera peut-être qu'une disposition spécifique dans la Loi type portant sur la question de l'utilisation obligatoire ou facultative de la publication électronique en ce qui concerne les possibilités de marchés peut être appropriée, l'objectif étant de parvenir à une diffusion plus large à un moindre coût.

30. Il estimera peut-être cependant que le fait d'exiger la publication électronique risque de porter atteinte au principe général de l'accessibilité tant que certains États ne disposent pas d'une infrastructure adéquate. Une disposition pourrait alors traiter la question de la publication uniquement en termes d'accessibilité, sans préciser les moyens techniques à utiliser, comme c'est le cas dans l'exemple décrit ci-dessus, et des indications appropriées pourraient être données dans des règlements et le Guide pour l'incorporation. Une telle approche a pour avantage d'être neutre sur le plan technique, de sorte que l'évolution future des techniques ne nécessitera pas de nouvelle révision des dispositions, et de préserver le principe de la souplesse en ce qui concerne le support de publication. Elle a cependant un inconvénient, à savoir que l'exigence d'accessibilité peut être difficile à faire respecter dans de nombreux

systèmes, ce qui risque de compromettre la transparence et la confiance du public. Cet inconvénient pourrait être pallié dans une certaine mesure par des conseils et des éclaircissements dans le Guide pour l'incorporation.

31. Néanmoins, comme le texte actuel de la Loi type suppose la publication sur support papier uniquement, il se peut que l'énoncé, dans le Guide pour l'incorporation, des avantages, de l'opportunité et des méthodes possibles de publication électronique, sans disposition à cette fin dans la Loi type elle-même, ne suffise pas pour promouvoir l'utilisation de la passation électronique des marchés. S'il est de cet avis, le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il convient d'insérer une disposition appropriée dans le texte de la Loi type.

32. Si le Groupe de travail estime qu'une telle disposition expresse est justifiée:

a) En ce qui concerne le premier paragraphe, il pourra décider de redéfinir le terme "publication" de manière à inclure la publication électronique (facultative) ou la publication à effectuer (obligatoirement) par voie électronique sur des supports électroniques accessibles. Une autre solution, consistant à indiquer entre parenthèses dans le texte que les États adoptants devraient, lorsque c'est possible, insérer une référence à un moyen électronique (spécifié), peut aussi être envisagée;

b) Si le Groupe de travail préfère le principe d'une publication électronique facultative, mais souhaite promouvoir la publication électronique obligatoire à terme, la publication électronique pourrait être *exigée* si elle est ou devient possible dans l'État concerné, ou si un seuil d'utilisation des communications électroniques a été atteint. Un tel seuil peut être fixé par des règlements (plus faciles à modifier, dans une période de changement, que la loi de base) ou débattu dans le Guide pour l'incorporation. Une autre solution, si le Groupe de travail estime possible de parvenir à un consensus sur un seuil, et afin de préserver la transparence, pourrait être d'insérer ce seuil dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés elle-même;

c) S'agissant du second paragraphe, le Groupe de travail voudra peut-être de la même façon redéfinir les termes "journal" ou "une publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle" pour qu'ils signifient "publication électronique" ou pour y inclure celle-ci, ou adopter une approche équivalente à la deuxième solution proposée à l'alinéa b) ci-dessus. Il convient de noter que l'utilisation d'Internet pour la publication électronique internationale suppose une accessibilité quasi-universelle des informations en question, mais (comme il est indiqué au paragraphe 17 ci-dessus) les entités, en particulier celles qui se trouvent à l'étranger, peuvent ignorer où trouver ces informations faute de moteurs de recherche efficaces, et ne pas être informées de leur mise à jour.

33. En ce qui concerne l'étendue des informations à fournir, une plus grande quantité d'informations peut être exigée dans les cas de publication électronique. Cependant, le Groupe de travail estimera peut-être qu'il serait trop onéreux d'exiger que soient publiées, en sus de l'avis annonçant un marché futur, des informations substantielles sur les marchés à venir si ces informations n'ont jusque là existé que sur support papier. En conséquence, et étant donné que les autres informations à publier diffèreront selon les cas et les États, il jugera peut-être qu'il faudrait fournir des orientations à ce sujet dans le Guide pour l'incorporation et dans des recommandations concernant les règlements des États adoptants plutôt que dans la Loi type elle-même.

34. En outre, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la nécessité de donner, soit dans la Loi type ou dans le Guide pour son incorporation, des orientations détaillées portant (entre autres) sur des questions comme la souplesse en ce qui concerne l'utilisation d'un support de publication, qui doit décider du support de publication, la justification du recours aux seuls moyens électroniques ou de la non-utilisation de ces moyens, le fondement des décisions en la matière, la possibilité ou non de réexaminer ces décisions (voir également la section II E du document A/CN.9/WG.I/WP.32) et les responsabilités en cas d'omission. Enfin, il faudrait examiner la question de la garantie de l'équivalence entre la publication électronique et la publication sur support papier.

35. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi se demander si la portée actuelle des dispositions de l'article 27 z) est suffisamment large ou s'il faudrait réviser la Loi type pour qu'elle fasse expressément référence à l'utilisation des communications électroniques dans de telles circonstances.

C. Publication des lois et règlements régissant les marchés publics

Étendue de l'utilisation actuelle et dispositions d'autres régimes internationaux

36. De nombreux États fournissent sous forme électronique des informations détaillées sur les règles juridiques régissant les marchés, les décisions interprétant ces règles et sur les politiques et procédures relatives aux marchés d'entités adjudicatrices particulières – dans certains cas sur des sites Web centralisés, dans d'autres sur les sites Web de ces entités.

37. L'article XIX de l'AMP dispose que certaines mesures relatives aux marchés publics doivent être publiées, sans toutefois spécifier sur quel support. (À l'Organisation mondiale du commerce (OMC), les marchés publics sont largement exclus des principales obligations de non-discrimination des accords multilatéraux, mais non des obligations de transparence prévues à l'article X.I de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce et à l'article III.1 de l'Accord général sur le commerce des services. Néanmoins, le secrétariat de l'OMC s'est efforcé de diffuser certaines informations essentielles sur les systèmes nationaux par l'intermédiaire de ses propres pages d'accueil. L'article 10 du projet d'Accord de la ZLEA dispose que ces informations doivent être publiées sous une forme imprimée ou électronique, sur un support "à grande diffusion et facilement accessible au public, tel que le prévoit l'annexe XX" dudit accord. Il prévoit en outre que les États "s'efforceront de mettre en place un système d'information électronique" qui donne accès à ces informations. Les Principes non contraignants sur les marchés publics de l'Association de coopération économique Asie-Pacifique (par. 5 des Principes non contraignants sur les marchés publics du Groupe d'experts des marchés publics de l'Association de coopération économique Asie-Pacifique, disponible sur le site http://www.apecsec.org.sg/content/apec/apec_groups/committees/committee_on_trade/government_procurement) suggèrent que les informations mentionnées ci-dessus devraient être diffusées sur un support d'information accessible, et l'Association de coopération économique Asie-Pacifique s'efforce de promouvoir un accès facile à ces informations par voie électronique via son propre site Web.

Position de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés

38. Aux termes de l'article 5 de la Loi type, le texte des règlements en matière de passation des marchés et de toutes les décisions et directives administratives d'application générale relatives à la passation des marchés, "est promptement mis à la disposition du public et systématiquement tenu à jour".

Options possibles

39. L'article 5 semble être d'une portée suffisamment large pour englober toute forme de publication – électronique ou sur support papier, et traite la question du point de vue de l'accessibilité.

40. Cependant, le Groupe de travail voudra peut-être insérer des dispositions plus détaillées sur ce thème, par exemple une disposition autorisant ou exigeant expressément la publication électronique de toutes les informations que les États sont actuellement tenus de publier conformément à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés. Les mêmes considérations que celles qui sont exposées aux paragraphes 29 à 31 ci-dessus s'appliqueraient en ce qui concerne les questions du caractère facultatif ou obligatoire de la publication, de l'accessibilité et des seuils.

41. Il peut aussi être souhaitable de fournir dans le Guide pour l'incorporation des orientations sur l'intérêt de la publication électronique, et d'insister sur la relative facilité de la maintenance et de la mise à jour des informations par voie électronique.

42. En outre, des informations pertinentes utiles pour les fournisseurs potentiels (politiques ou orientations internes, par exemple), dont la Loi type n'exige pas actuellement la publication, peuvent faire l'objet de toute nouvelle disposition ou orientation donnée.

D. Publication des avis d'attribution de marchés

Étendue de l'utilisation actuelle et dispositions d'autres régimes internationaux

43. De nombreux États utilisent des moyens électroniques pour publier des informations détaillées sur les procédures d'attribution de marchés qui sont en cours ou qui ont eu lieu. Ainsi, Singapour donne des informations sur toutes les offres soumises après l'ouverture des plis (consultables sur http://www.gebiz.gov.sg sous les rubriques Business Opportunity-> More opportunities -> Tender Schedules) et au Brésil, un avant-projet de loi actuel prévoit que les entités seront tenues de publier sur Internet des informations portant à la fois sur les marchés en cours et sur les marchés attribués, y compris les fournisseurs adjudicataires et leurs ultimes entités de contrôle (texte du Sénat remplaçant l'avant-projet de loi n° 75 de la Chambre basse, de 2000).

44. La plupart des régimes internationaux exigent des entités adjudicatrices qu'elles publient des avis d'attribution de marchés donnant certaines informations de base sur l'attribution de marchés, sous réserve des dispositions relatives à la confidentialité. L'article XVIII de l'AMP, l'article 1015.7 de l'ALENA et le projet d'article 24.3 du chapitre XVIII du projet d'accord de la ZLEA disposent que les entités doivent faire paraître des avis d'attribution de marchés, sans préciser un support particulier (bien que le projet d'article 24.3 laisse entendre que la seule

diffusion sous forme électronique peut être acceptable). Les directives de l'Union européenne prévoient que les entités adjudicatrices publient des avis d'attribution de marchés sous forme électronique uniquement.

Position de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés

45. L'article 14 de la Loi type exige que l'entité adjudicatrice publie les avis d'attribution des marchés d'une valeur dépassant un seuil spécifié par l'État adoptant. Il prévoit en outre que les règlements peuvent indiquer les modalités de publication. Une fois encore, l'article est d'une portée suffisamment large pour englober toute forme de publication – électronique ou autre.

Options possibles

46. Les problèmes qui se posent sont analogues à ceux concernant la publication des lois et règlements régissant les marchés.

47. Le Groupe de travail voudra donc peut-être examiner la question de savoir si la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés devrait comporter une disposition relative à la publication sous forme électronique des informations que les États ont actuellement à publier et de celles qu'ils n'ont pas à publier, ou faire référence à l'intérêt de cette publication dans le Guide pour l'incorporation. (Comme il est noté plus haut, les États n'ont pas à publier les politiques ou orientations internes des entités, qui ne constituent pas des "directives" au sens de la Loi type.)

2. Utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés

Généralités

48. Outre les questions juridiques exposées au paragraphe 12 ci-dessus, les États adoptants peuvent souhaiter faire en sorte que les marchés conclus électroniquement dans leurs systèmes internes soient pleinement exécutoires, et protéger les intérêts correspondants de leurs fournisseurs. Dans la mesure où elles se prêtent à une réglementation, ces dernières questions relèvent plus, dans ces systèmes, de dispositions spécifiques de la loi sur la passation des marchés publics que d'une autre législation.

49. De ce point de vue, quatre grandes questions se posent en ce qui concerne la réglementation:

a) Les règles juridiques relatives aux marchés publics devraient-elles autoriser ou obliger les entités adjudicatrices à utiliser les communications électroniques en accord avec les fournisseurs?

b) Devraient-elles autoriser ou obliger les entités adjudicatrices à exiger des fournisseurs qu'ils utilisent les communications électroniques?

c) Devraient-elles disposer que les fournisseurs peuvent exiger des entités adjudicatrices qu'elles utilisent les communications électroniques? et

d) Devraient-elles attacher des conditions à l'utilisation des moyens électroniques pour sauvegarder les objectifs de la loi sur la passation des marchés,

afin d'empêcher les moyens électroniques choisis de constituer un obstacle à l'accès, garantir la confidentialité, assurer l'authenticité et la sécurité des opérations, ainsi que l'intégrité des données.

50. Ces questions sont examinées tour à tour dans les sections qui suivent.

51. Une autre question concerne le traitement de l'obligation de faire les offres "par écrit". Il est noté que des mesures visant à définir "écrit" ou communication "écrite" pour y inclure des moyens électroniques ont fait leur apparition (parfois comme dans la Loi type sur le commerce électronique) dans la législation générale ou dans la loi sur les marchés publics. Le Groupe de travail souhaitera peut-être recommander, par exemple dans le Guide pour l'incorporation, que les États adoptants traitent ces questions dans leur système interne.

Étendue de l'utilisation actuelle et dispositions d'autres régimes internationaux

52. De nombreux régimes internationaux comportent ou proposent des dispositions reconnaissant la réalité de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés, y compris leur utilisation obligatoire.

53. Des propositions visent à modifier le cas échéant les régimes de l'UE et de l'AMP, qui comportent actuellement des dispositions limitées concernant l'utilisation des communications électroniques, pour permettre une telle utilisation par accord, pour autoriser les entités adjudicatrices à insister sur ces communications, et pour introduire des contrôles tels que les moyens électroniques utilisés soient accessibles, et pour assurer l'authenticité, la confidentialité et l'intégrité.

54. L'article 1015-1 de l'ALENA dit que tout mode de transmission électronique est autorisé, mais ne mentionne pas l'utilisation obligatoire des communications électroniques. L'avant-projet d'accord de la ZLEA part du principe que les entités adjudicatrices peuvent utiliser des moyens électroniques et semble aussi envisager qu'elles puissent obliger les fournisseurs à traiter électroniquement. Les principes non contraignants sur les marchés publics du Groupe d'experts des marchés publics ne traitent pas expressément des communications électroniques dans la passation des marchés, si ce n'est pour mentionner l'intérêt d'Internet comme moyen transparent et non discriminatoire de fournir des informations et de faire connaître les règles de passation des marchés. La promotion des systèmes de passation électronique des marchés auprès de ses membres a toutefois été l'un des objectifs récents du Groupe.

55. En France, les entités adjudicatrices peuvent utiliser la voie électronique pour transmettre divers documents, sans l'accord des fournisseurs, mais l'inverse ne sera vrai qu'à partir de janvier 2005. Les contrôles portent sur la certitude de la date de réception, l'authenticité et la confidentialité. À Hong Kong, les appels d'offres par voie électronique sont également utilisés maintenant, mais les fournisseurs ont la possibilité de soumettre une copie papier. À Singapour, il est largement fait usage de la voie électronique, qui est parfois obligatoire, y compris pour la soumission des offres. Au Brésil également, les entités adjudicatrices exigent dans la pratique que les fournisseurs utilisent la voie électronique. Au Royaume-Uni, le recours obligatoire à la voie électronique (à la discrétion des entités adjudicatrices elles-mêmes) est courant. Les contrôles portent sur les normes d'authentification et de confidentialité, dans les activités du secteur public en général. De même, aux

États-Unis, au niveau fédéral, les moyens de communication avec les fournisseurs sont à la discrétion des entités adjudicatrices, dont certaines ont imposé aux soumissionnaires de traiter par voie électronique.

Position de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés

a) Utilisation de la passation électronique par consentement

56. L'article 9 de la Loi type traite de la forme requise des communications dans la procédure de passation des marchés. Il dispose que les communications doivent être présentées sous une forme qui atteste leur teneur (par. 1) ou bien, comme alternative pour la plupart des communications, que confirmation soit donnée sous une forme attestant la teneur de ladite confirmation (par. 2), disposition qui pourrait inclure les moyens électroniques de communication. Autrement dit, l'utilisation par accord de moyens électroniques de communication est autorisée.

b) Utilisation obligatoire des moyens de communication électroniques

57. Aux termes de l'article 9-1, la règle générale sur la forme des communications est "sous réserve ... de toute condition de forme spécifiée par l'entité adjudicatrice" lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation. Bien que l'on puisse interpréter cet article comme autorisant à imposer le recours aux moyens électroniques, les documents de base des sessions du Groupe de travail au cours desquelles a été examiné ce qui était alors le projet de Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés indiquent que l'intention était à ce moment-là d'autoriser l'utilisation des communications électroniques par accord uniquement. (Voir, par exemple, les vues des délégations australienne et canadienne sur l'article 9 du projet de Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, reproduites dans l'Annuaire de 1993 de la CNUDCI, vol. XXIV (qui peut être consulté à l'adresse http://www.uncitral.org/, sous "CNUDCI Annuaire, Volume XXIV, Point I, D. Loi type sur la passation des marchés: compilation des observations des gouvernements" (documents A/CN.9/376 et Add.1 et 2), et paragraphes 82 à 90 du "Rapport du Groupe de travail du nouvel ordre économique international sur les travaux de sa quinzième session (New York, 22 juin-2 juillet 1992)" (document A/CN.9/371), sur le même site).

58. Aux termes de l'article 9-3, "l'entité adjudicatrice ne fait pas de discrimination à l'encontre de fournisseurs" ... "en raison de la forme sous laquelle ils communiquent ou reçoivent les communications", et il est clair que l'on pourrait considérer que l'obligation de recourir aux moyens électroniques enfreint cet article. Par exemple, même si les délais prévus pour soumettre des demandes de présélection ou des offres sont les mêmes pour tous les fournisseurs, il est à première vue discriminatoire, en vertu de l'article 9-3, que ces délais soient fixés en fonction du temps qui suffit à ceux qui communiquent par les moyens électroniques uniquement. D'un autre côté, un traitement différent dans la forme peut en fait assurer l'égalité de traitement dans la pratique.

59. Outre les questions liées au traitement équitable et non discriminatoire des fournisseurs, il faut examiner l'utilisation obligatoire des communications électroniques du point de vue des exigences de forme de la Loi type de la CNUDCI. Un écrit est imposé uniquement dans le cas des offres qui, aux termes de l'article 30-5, "sont soumises par écrit, sont signées, et sont placées dans une

enveloppe scellée", ou "peuvent également être soumises sous toute autre forme, spécifiée dans le dossier de sollicitation", sous réserve de certaines conditions. Ainsi, la soumission électronique des offres est autorisée quand les deux parties l'acceptent, mais il n'est pas dit expressément si l'"autre forme", à l'alinéa b) de l'article 30-5 peut comprendre une soumission obligatoire par voie électronique. L'alinéa b) énonce spécifiquement le droit pour un fournisseur de soumettre une offre par la méthode "usuelle" visée à l'alinéa a), à savoir par écrit, signée et placée dans une enveloppe scellée. D'après le Guide pour l'incorporation, c'est une "garantie importante contre la discrimination eu égard au fait que les méthodes de communication non classiques telles que l'EDI [Échange de données informatisées] ne sont pas à la disposition de tous". En conséquence, il semble que l'on ne puisse exiger des fournisseurs qu'ils soumettent une offre par voie électronique en vertu de la Loi telle qu'elle est actuellement rédigée.

c) Contrôle de l'utilisation des moyens électroniques

60. En dehors des règles concernant l'exigence d'un enregistrement, à l'article 9-1, et des dispositions relatives à la transparence, la Loi type de la CNUDCI ne prévoit pas de contrôles explicites sur l'utilisation de moyens électroniques, autres que le cas de la soumission électronique des offres.

Options possibles

61. Le Groupe de travail jugera peut-être souhaitable d'appliquer les mêmes normes et principes dans les procédures électroniques que dans les procédures sur papier – par exemple, faire en sorte que les offres restent confidentielles pendant la procédure d'appel d'offres – et également de prendre des mesures pour que les fournisseurs et le public aient le même degré de confiance dans les deux types de procédures. Les dispositions spécifiques qui seront incluses à ce sujet dans la loi d'un État sur la passation des marchés dépendront dans une certaine mesure de la loi de base pertinente, tels le traitement et le cadre juridique des signatures électroniques dans un pays particulier.

62. Les domaines spécifiques que le Groupe de travail souhaitera peut-être aborder sont les suivants:

a) Possibilité pour l'entité adjudicatrice d'exiger des fournisseurs qu'ils utilisent des moyens de communication électroniques

63. Cette question comporte deux aspects: il s'agit de savoir si les entités adjudicatrices devraient être en mesure d'exiger, d'une part, l'utilisation des moyens de communication électroniques en général, et d'autre part, la soumission électronique des offres. En rappelant que les conditions du marché ont changé depuis que l'interdiction de rendre les appels d'offres électroniques obligatoires a été adoptée et que les systèmes d'EDI exclusifs ont été remplacés par Internet, on pourrait faire valoir que pour certains États, dans certaines circonstances, l'obligation d'utiliser la voie électronique pour les appels d'offres et d'autres communications est une exigence commerciale raisonnable qui promeut également les objectifs de la Loi type de la CNUDCI. Le Groupe de travail estimera peut-être aussi qu'il est important que la Loi type ne constitue pas ou ne soit pas considérée comme un obstacle à l'utilisation la plus efficace des communications électroniques,

et qu'elle ne soit pas non plus en retard sur l'évolution des choses dans son approche de l'utilisation obligatoire des communications électroniques.

64. Le Groupe de travail voudra peut-être toutefois reconnaître aussi que les circonstances actuelles, dans certains États, sont telles qu'il ne serait pas souhaitable de rendre obligatoire l'utilisation des communications électroniques.

65. Le Groupe de travail voudra donc peut-être reconnaître qu'il peut y avoir des approches différentes selon les pays et les circonstances, que les circonstances peuvent continuer à changer, et envisager d'autoriser des options appropriées concernant le recours obligatoire aux communications électroniques dans la Loi type.

66. Une option pourrait être d'indiquer qu'il ne peut être fait obligation de manière générale d'utiliser les communications électroniques, sauf dans la mesure autorisée dans les règlements relatifs à la passation des marchés. Le Guide pour l'incorporation pourrait alors traiter les questions à examiner lors de la rédaction des règlements pertinents, par exemple la question du moment (c'est-à-dire quand ou dans quelles circonstances l'interdiction devrait être levée, encore qu'il puisse être opportun d'encourager les communications électroniques dans l'intérim en précisant qu'elles sont autorisées et peuvent être exigées dans certaines circonstances (spécifiées)). Un autre avantage de cette approche est que les règlements pourraient être adaptés pour que les questions soient traitées de la manière qui conviendrait le mieux à chaque État, en ayant à l'esprit ce qui à été dit dans les paragraphes qui précèdent. Par exemple, il pourrait être indiqué quelles entités adjudicatrices pourraient exiger la soumission électronique des offres, dans quelles circonstances et dans quelles conditions, sous réserve éventuellement qu'une justification et/ou une approbation soit requise.

67. D'autres possibilités sont envisageables, par exemple autoriser l'utilisation obligatoire des communications électroniques dans la Loi type elle-même, sous réserve de conditions appropriées (telles qu'une exigence de justification), l'autoriser à la discrétion des entités adjudicatrices (avec ou sans exigence de justification), ou l'autoriser seulement dans des cas définis et limités – par exemple pour des types ou des modes particuliers de passation des marchés.

68. Le Groupe de travail sera peut-être d'avis que le fait de définir et limiter les cas d'utilisation obligatoire des communications électroniques, en particulier dans la Loi type elle-même, risque d'être considéré comme une option rigide et difficile à adapter à l'évolution du marché. Il estimera peut-être alors que la Loi type devrait continuer de laisser aux États qui souhaitent toujours donner aux fournisseurs le droit de communiquer sous forme non électronique la possibilité de le faire, mais autoriser que cette attitude puisse être modifiée par un règlement. De plus, il souhaitera peut-être autoriser les États à exiger des fournisseurs l'utilisation des communications électroniques dans les appels d'offres formels, la décision de le faire ou non pouvant peut-être être abordée dans des règlements, ou être prise par l'entité adjudicatrice pour chaque marché.

69. Dans tous les cas, le Guide pour l'incorporation pourra utilement donner des orientations détaillées sur le sujet.

b) Possibilité pour les fournisseurs d'exiger que l'entité adjudicatrice utilise des moyens électroniques

70. Le Groupe de travail sera peut-être d'avis que le fait d'autoriser les fournisseurs à exiger l'utilisation de moyens électroniques a les avantages potentiels de l'efficacité, mais risque aussi de comporter les difficultés indiquées au paragraphe 20 ci-dessus.

71. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager d'indiquer que le fait d'autoriser les fournisseurs à rendre obligatoire le recours à la voie électronique n'a pas d'incidence sur le droit des entités adjudicatrices d'insister sur l'utilisation de moyens de communication particuliers. L'objet d'une telle disposition serait de préserver la primauté de la position de l'entité adjudicatrice. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi traiter dans le Guide pour l'incorporation de l'intention probable des États de donner aux fournisseurs le droit d'utiliser les communications électroniques dans certains cas, à énoncer peut-être dans des règlements sur ce sujet.

72. En outre, le Groupe de travail considérera peut-être que les différences d'utilisation des communications électroniques selon les États signifient qu'il faudrait limiter tout droit de cette nature aux cas dans lesquels l'entité adjudicatrice a un accès raisonnable aux moyens électroniques choisis. Comme pour les entités adjudicatrices, une formule appropriée pourrait être de prévoir plusieurs options dans la Loi type.

73. Le Groupe de travail pourra aussi envisager, comme autre possibilité, d'inclure ou non une disposition générale selon laquelle les moyens de communication imposés par l'entité adjudicatrice ne devraient pas limiter déraisonnablement l'accès à la passation des marchés, et d'énoncer dans le Guide pour l'incorporation des règles plus détaillées sur différents moyens pouvant être utilisés et les contrôles devant exister.

c) Discrimination

74. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi, pour les raisons exposées au paragraphe 58 ci-dessus, donner des éclaircissements sur les dispositions de l'article 9-3.

d) Contrôle de l'utilisation des moyens électroniques

75. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il serait souhaitable de mettre en place des contrôles concernant la sécurité, la confidentialité et l'authenticité des soumissions, ainsi que l'intégrité des données. Dans son commentaire sur l'article 30, le Guide indique que lorsque la possibilité d'utiliser la soumission électronique des offres existe, des "règles et techniques" supplémentaires peuvent être nécessaires pour certaines de ces questions, ainsi que pour traiter d'autres questions telles que la forme que prendra la garantie de soumission.

76. Le Groupe de travail souhaitera peut-être toutefois examiner si les principes généraux applicables à tous les moyens de communication devraient être énoncés dans la Loi type.

77. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si les considérations ci-après constitueraient des principes directeurs appropriés:

a) Les moyens de communication imposés ne devraient pas constituer un obstacle déraisonnable à la participation à la procédure de passation des marchés (principe qui permettrait d'exiger soit des communications sur papier, soit des communications électroniques dans des circonstances appropriées);

b) Il devrait être possible d'établir l'origine des communications (authenticité);

c) Les moyens et mécanismes utilisés devraient être tels que l'intégrité des données soit préservée;

d) Les moyens utilisés devraient permettre d'établir la date de réception des documents lorsque cette date est importante pour appliquer les règles de la procédure de passation des marchés (par exemple pour la soumission des demandes de participer et les offres/propositions);

e) Les moyens et mécanismes utilisés garantissent que l'entité adjudicatrice ou d'autres personnes n'auront pas accès aux offres et autres documents importants avant une certaine date limite, de manière que les entités adjudicatrices ne puissent transmettre des informations sur les autres offres à des fournisseurs favorisés, et que les concurrents ne puissent accéder eux-mêmes à ces informations (sécurité);

f) La confidentialité des informations transmises par d'autres fournisseurs ou relatives à d'autres fournisseurs est préservée.

78. Le Groupe de travail souhaitera peut-être adopter une formulation qui englobe tous les moyens de communication, en utilisant peut-être la notion d'équivalence fonctionnelle des communications électroniques (de manière à satisfaire, par exemple, à l'exigence selon laquelle les offres sur support papier doivent être signées et scellées) et examiner les questions du stockage et de la manipulation des données électroniques. Une telle formulation pourrait trouver sa place dans la Loi type, ou bien dans le Guide pour son incorporation, où elle indiquerait les règles appropriées à publier conformément à ladite Loi.

3. Enchères électroniques (inversées)

Généralités

79. L'enchère électronique inversée, dont il existe plusieurs variantes, est une procédure d'appel d'offres de plus en plus prisée, dans laquelle les soumissionnaires disposent d'informations sur les autres offres et peuvent en permanence modifier les leurs en conséquence, en principe sans connaître l'identité des autres fournisseurs. Ils font ensuite leurs offres par voie électronique sur un site spécialisé, généralement par Internet (dont l'utilisation a largement supplanté les systèmes exclusifs), en utilisant les informations dont ils disposent sur les classements ou les montants nécessaires pour l'emporter sur les autres candidats. Ils peuvent suivre par voie électronique l'évolution des offres à mesure que les enchères progressent et modifier les leurs en conséquence. L'enchère peut se dérouler sur une période déterminée, ou bien jusqu'à ce qu'un certain temps s'écoule sans qu'intervienne une nouvelle offre.

80. Les enchères inversées sont surtout utilisées pour des produits et services standardisés pour lesquels le prix est l'unique – ou du moins le principal – critère d'attribution puisque c'est le seul généralement mentionné pendant la procédure.

D'autres critères peuvent cependant être retenus et intégrés dans la phase d'enchères, ou évalués dans le cadre d'une phase distincte de la procédure.

Avantages potentiels et difficultés possibles

81. Les enchères électroniques incitent les fournisseurs à proposer leur meilleur prix possible et l'entité adjudicatrice à spécifier des critères d'attribution autres que le prix avec précision. Elles sont transparentes (les informations sur les autres offres sont disponibles et l'issue de la procédure est visible pour tous les participants, ce qui décourage également les abus et la corruption), elles peuvent accélérer le processus de soumission et réduire les coûts liés aux opérations. Les technologies électroniques, en réduisant considérablement ces coûts, ont facilité leur utilisation.

82. Mais, il peut aussi y avoir des difficultés, la plus souvent mentionnée étant que cette formule encourage à privilégier exagérément le prix. En outre, les enchères électroniques sont si rapides qu'elles peuvent donner lieu à une "fièvre des enchères", certains pouvant être tentés de proposer un prix qui n'est pas réaliste. Il peut en résulter des problèmes importants pendant la phase d'administration si c'est un tel fournisseur qui emporte le marché. Une solution possible à ce problème pourrait être de choisir avec soin les types de marchés qui se prêtent à cette méthode.

Étendue de l'utilisation actuelle et dispositions dans d'autres régimes internationaux

83. Certains États et organismes internationaux ont commencé à édicter des règles ou des directives concernant les enchères électroniques inversées. Ces directives portent à la fois sur le mécanisme de l'organisation de telles enchères et sur des questions juridiques telles que la faculté de modifier les offres quant au fond – y compris en matière de prix – une fois la soumission effectuée.

84. Au niveau international, il n'est actuellement fait mention des enchères électroniques inversées ni dans l'AMP, ni dans les directives de l'UE, ni dans l'ALENA, ni dans le projet d'Accord de la ZLEA ou du Groupe d'experts des marchés publics (ce qui ne devrait pas surprendre, puisque ce dernier régime énonce des principes généraux et non des règles détaillées). Une disposition expresse sur les enchères électroniques inversées est toutefois prévue dans le projet de révision actuel de l'AMP (art. XI.3 *bis* du projet de texte à la date du 4 novembre 2003) selon laquelle cette méthode de passation des marchés peut être utilisée et elle réglemente son fonctionnement. Les nouvelles directives de l'UE sur la passation de marchés comportent une disposition spécifique pour les enchères électroniques, qui vise à supprimer l'incertitude juridique antérieure et à appliquer les contrôles nécessaires (voir en particulier la nouvelle directive concernant le secteur public, art. 54, et la nouvelle directive concernant les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, art. 56).

85. Au niveau national, le Brésil et la France, par exemple, ont promulgué des dispositions légalement contraignantes (au Brésil: loi fédérale n° 10.520/2002 du 17 juillet 2002, art. 2-1, autorisant la conduite d'enchères électroniques conformément à des règles à spécifier et décret n° 3697 du 21 décembre 2000, énonçant des règles précises; en France, art. 56-3 du Code des marchés publics et décret n° 2001-846 du 18 septembre 2001). Aux États-Unis, en revanche, les

organismes de réglementation n'ont pas adopté de règles juridiques spécifiques ni de directives générales. Au Royaume-Uni, les règles relatives à la passation des marchés publics se limitent pour l'essentiel à celles du droit communautaire, celui-ci ne régit pas, actuellement, les enchères électroniques inversées, mais le Gouvernement britannique considère lorsqu'il en laisse la possibilité, et il a approuvé leur utilisation et publié des directives ("eAuctions" à l'adresse: http:/www.ogc.gov.uk/index.asp?docid=1001034). Les données empiriques donnent à penser que l'absence de réglementation, au Royaume-Uni et aux États-Unis d'Amérique, dissuade certaines entités adjudicatrices de recourir à de telles enchères.

Position de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés

86. La Loi type de la CNUDCI ne traite pas des enchères. La méthode de l'appel d'offres pour les marchés de biens et de travaux ne prévoit qu'une seule étape et interdit toute modification quant au fond – notamment une modification du prix – après la soumission (art. 34-1 a)). Elle interdit également aux entités adjudicatrices de révéler des informations relatives aux offres (art. 34-8), ce qui empêche les enchères par accord entre l'entité et les fournisseurs. La disposition donnant le droit de soumettre une offre par écrit dans une enveloppe scellée empêche également une enchère en l'absence de l'accord des fournisseurs (art. 30-5 a) et b)). La même règle s'applique à l'appel d'offres restreint (art. 47-3).

87. Les raisons de recourir à d'autres procédures que l'appel d'offres pour la passation de marchés de biens et de travaux seront rarement valables pour les marchés pour lesquels une enchère est appropriée, même s'il est techniquement possible d'intégrer une phase d'enchères dans les paramètres juridiques de certaines de ces procédures. Les mêmes observations peuvent être faites à propos de la Loi type pour ce qui est des services ne pouvant être considérés essentiellement comme une marchandise, et que l'on appelle parfois services intellectuels, dont les critères autres que les prix sont proportionnellement importants et généralement considérés comme difficiles à quantifier.

Options possibles

88. Comme il a été noté au paragraphe 82 ci-dessus, les enchères électroniques inversées ne sont pas considérées universellement comme un procédé applicable à tous les types de marchés. Néanmoins, et comme elles sont de plus en plus fréquentes, le Groupe de travail jugera peut-être souhaitable de les traiter dans la Loi type. Peut-être souhaitera-t-il aussi examiner dans quelle mesure d'autres types d'enchères, non régis actuellement par la Loi type, devraient également être soumis à ses dispositions.

89. Le Groupe de travail souhaitera donc peut-être traiter, dans un premier temps, des types de marchés qui peuvent se prêter à une procédure d'enchères électroniques inversées et de ceux qui ne le peuvent pas. Par exemple, il souhaitera peut-être reconnaître qu'une telle procédure n'est susceptible d'être avantageuse que dans la mesure où une spécification initiale commune par rapport à laquelle les offres sont soumises peut être formulée et pour les marchés pour lesquels d'autres critères que les prix peuvent être effectivement quantifiés. Il souhaitera donc peut-être envisager de donner des indications quant aux types de services qui se prêteraient à des

procédures d'enchères dans le Guide pour l'incorporation, en même temps peut-être que des dispositions facultatives dans la Loi type elle-même.

90. Si le Groupe de travail estime qu'il faudrait des dispositions pour les enchères électroniques inversées dans la Loi type elle-même, il faudra se demander si celles-ci devraient être présentées comme une variante des méthodes traditionnelles de passation des marchés ou comme une méthode distincte. On a fait observer que la première option obligerait à introduire des règles supplémentaires pour prendre en compte les caractéristiques particulières des enchères, à savoir la publication des prix pendant le processus de soumission (autrement interdit) et l'évaluation des offres en deux étapes. En réponse à cet argument, on peut faire valoir qu'il est peut-être plus approprié d'adopter cette approche que de traiter des enchères électroniques comme une méthode d'appel d'offres distincte exigeant de nouvelles dispositions spécifiques.

91. Si cette option est retenue, le Groupe de travail souhaitera peut-être veiller à la cohérence, sur le plan de la procédure et sur le fond, entre la méthode des enchères et les autres modes de passation des marchés prévus par la Loi type, tel l'appel d'offres, qui est la méthode générale de passation des marchés de biens et de travaux. Le Groupe de travail souhaitera peut-être alors disposer, par exemple, qu'une procédure d'enchères devrait s'inspirer des méthodes de l'appel d'offres "ouvert" ou de l'appel d'offres "restreint", mais être adaptée pour inclure une phase d'enchères (dans les cas appropriés, celle-ci pourrait également s'inspirer des caractéristiques d'une procédure d'appel d'offres en deux étapes).

92. Le Groupe de travail souhaitera peut-être ensuite inclure dans la Loi type des dispositions relatives à la conduite de la phase des enchères, ou bien donner des indications dans le Guide pour l'incorporation quant au contenu des règlements à publier conformément à la Loi type. Il souhaitera peut-être examiner aussi la question dans le contexte de la "neutralité technique" de la Loi, comme cela est expliqué dans la discussion portant sur la publication électronique au paragraphe 13 ci-dessus.

III. Recommandations

93. Cette première note sur la passation électronique des marchés, soumise au Groupe de travail à sa sixième session, expose les principales questions identifiées jusqu'ici dans ce domaine. Il est recommandé au Groupe de travail d'indiquer celles qu'il souhaite traiter et de donner des orientations quant aux objectifs qui devaient figurer dans des projets de dispositions qu'il pourrait demander au secrétariat d'élaborer et qu'il examinerait ultérieurement.

C. Note du secrétariat concernant les faits nouveaux dans le domaine de la passation des marchés publics – questions découlant de l'expérience récente en matière d'application de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa sixième session

(A/CN.9/WG.I/WP.32) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-3

II. Domaines pouvant être examinés dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés 4-73

A. Utilisation de listes de fournisseurs 5-22

B. Accords-cadres 23-40

C. Passation de marchés de services 41-51

D. Évaluation et comparaison des offres, et utilisation de la passation de marchés pour promouvoir des politiques industrielles, sociales et environnementales 52-54

E. Voies de droit et exécution 55-59

F. Autres questions 60-73

I. Introduction

1. En prévision des travaux futurs de la Commission sur la passation des marchés publics, le secrétariat a établi deux documents qui abordent des questions concernant la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (la "Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés" ou la "Loi type"). La présente note, qui est le second de ces deux documents, examine les activités et l'expérience récentes d'organisations internationales et d'institutions de prêt, dont certaines revoient actuellement leurs règles dans le domaine de la passation des marchés publics. Le premier des deux documents, intitulé "Faits nouveaux dans le domaine de la passation des marchés publics – questions découlant de l'utilisation accrue des communications électroniques dans la passation des marchés publics" (A/CN.9/WG.I/WP.31), explique pourquoi il a été proposé d'inscrire le droit de la passation des marchés au programme de travail de la Commission. Le secrétariat s'y est concentré sur les questions de principe et non sur la façon dont des dispositions sur le sujet pourraient être rédigées à ce stade. De même, la présente note ne cherche pas à présenter des propositions d'ordre rédactionnel.

2. Les activités et l'expérience des organisations et institutions précitées en matière d'application de la Loi type montrent la nécessité d'une coordination entre

les organismes internationaux œuvrant dans le domaine de la passation des marchés. À cet égard, la Commission a indiqué que la Loi type gagnerait probablement à être revue (A/58/17, par. 229). Un rapprochement avec d'autres régimes internationaux et régionaux utilisés en matière de passation des marchés publics devrait, tout en respectant les principes fondamentaux sur lesquels repose la Loi type, tendre à accroître l'utilisation de cette dernière et concourir ainsi à l'objectif d'harmonisation.

3. Le secrétariat a mené ses travaux en coopération étroite avec des organisations ayant de l'expérience et de l'expertise dans ce domaine, comme la Banque mondiale, et a bénéficié de l'avis de spécialistes qu'il a consultés. Il a examiné la pratique suivie par des organismes internationaux, tels que l'Association de coopération économique Asie-Pacifique (APEC), l'Union européenne (UE) et l'Organisation des États américains (OEA), ou dans le cadre d'accords internationaux comme l'Avant-projet d'accord de la Zone de libre-échange des Amériques (ZLEA), l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) et l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Il a également étudié les principales dispositions internes du Brésil, des États-Unis, de la France, du Royaume-Uni, de Singapour et (dans une moindre mesure) du Canada et de Hong Kong, choisis de manière à représenter différentes traditions réglementaires mais aussi en raison de leur vaste expérience de la pratique et de la réglementation de la passation électronique des marchés.

II. Domaines pouvant être examinés dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés

4. Le Groupe de travail se reportera à la note A/CN.9/553 du secrétariat ainsi qu'aux deux notes A/CN.9/539 et A/CN.9/539/Add.1 présentées à la Commission à sa trente-sixième session, qui contiennent de plus amples informations sur les domaines pouvant être étudiés. Seront examinés ici les points suivants, qui ont été brièvement évoqués dans les notes en question:

a) Utilisation de listes de fournisseurs;

b) Accords-cadres;

c) Passation de marchés de services;

d) Évaluation et comparaison des offres;

e) Voies de droit et exécution; et

f) Autres questions (authentification des pièces produites, autres méthodes de passation des marchés, participation des usagers à la passation des marchés et simplification et uniformisation de la Loi type).

A. Utilisation de listes de fournisseurs

Généralités

5. Les listes de fournisseurs (également appelées listes de qualification, systèmes de qualification ou listes approuvées) recensent des fournisseurs sélectionnés pour

des marchés futurs et peuvent être obligatoires ou facultatives. Lorsqu'elles sont obligatoires, le fournisseur doit s'y inscrire pour pouvoir prendre part à la procédure de passation. Lorsqu'elles sont facultatives, le fait de ne pas s'y inscrire ne le prive pas du droit de participer à une procédure particulière. Pour être admis sur une liste, il peut avoir à se soumettre à une évaluation complète ou partielle de son aptitude à exécuter certains marchés. Il peut aussi n'être soumis à aucune évaluation. En principe, cependant, certaines de ses qualifications feront l'objet d'une évaluation initiale, les autres étant évaluées lorsqu'il sera pris en considération pour des marchés particuliers.

Position de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés

6. La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés n'aborde pas la question des listes de fournisseurs. Elle n'empêche toutefois pas les entités adjudicatrices d'utiliser des listes facultatives pour choisir des fournisseurs dans des procédures de passation qui n'exigent pas de publicité, comme les appels d'offres restreints, les marchés négociés avec mise en concurrence, les sollicitations de propositions ou de prix et la sollicitation d'une source unique. Le paragraphe 3 de l'article 6 de la Loi type interdit aux entités adjudicatrices d'imposer des "critères, conditions ou procédures" autres que ceux prévus audit article. Ce même article ne fait pas mention de l'inscription sur une liste. En tout état de cause, l'utilisation de listes facultatives peut, dans la pratique, entraîner l'exclusion de fournisseurs non inscrits, par exemple en cas de recours à la procédure relativement informelle de sollicitation de prix, et produire le même effet que les listes obligatoires.

7. La Loi type n'autorise pas la publication d'un avis de constitution d'une liste en lieu et place d'un avis de marché. En ce qui concerne les appels d'offres (ouverts) et les appels d'offres en deux étapes, par exemple, l'article 24 fait obligation aux entités adjudicatrices de publier une invitation à "soumettre une offre" ou à "présenter une demande de présélection", montrant qu'une publicité est nécessaire pour chaque marché (bien que celui-ci puisse être divisé en lots).

8. Au moment de l'adoption de la Loi type, on a estimé que l'emploi de listes de fournisseurs était peu souhaitable et de moins en moins fréquent. Avec le développement des communications électroniques, cependant, l'utilisation (et l'intérêt) de ces listes a augmenté et leur coût a diminué. Il a également été fait observer qu'avec l'usage croissant des catalogues électroniques – catalogues de produits proposés par un ou plusieurs fournisseurs, qui sont obtenus suivant une procédure d'appel d'offres traditionnelle consistant à sélectionner les fournisseurs chargés d'établir un catalogue électronique dans lequel l'entité adjudicatrice pourra choisir des biens et des services et les commander –, de plus en plus de marchés seront probablement passés d'une façon qui revient à utiliser de facto des listes de fournisseurs.

Avantages potentiels et difficultés possibles

9. Dans les pays qui utilisent des listes de fournisseurs, on a constaté que celles-ci aident à rationaliser la procédure de passation des marchés, car elles permettent de réaliser des économies, d'élargir la concurrence et de gérer plus efficacement les informations, ce dont profitent tant les acheteurs (en ce qui concerne par exemple l'administration des marchés déjà attribués) que les fournisseurs. L'application de critères cohérents pour la sélection des fournisseurs

peut être un autre avantage. Les coûts d'inscription sur les listes (notamment les coûts d'évaluation des qualifications, dont certains peuvent être inutiles si des fournisseurs qui ne remplissent pas les conditions requises cherchent à s'inscrire) doivent toutefois être pris en compte. L'analyse coûts-avantages variera probablement d'un État adoptant à l'autre.

10. Les listes peuvent aussi permettre de gagner du temps en supprimant ou en réduisant la période de publicité, d'attente des manifestations d'intérêt et d'évaluation des qualifications, ce qui est particulièrement important dans les procédures de passation qui ne sont soumises ni à publicité ni à concurrence, comme les procédures d'urgence, souvent engagées d'une manière ad hoc qui favorise les fournisseurs connus de l'entité adjudicatrice. Les avantages spécifiques des listes facultatives sont les suivants: réduction des coûts, du fait qu'il devient inutile de fournir et d'évaluer des informations sur les qualifications distinctes pour chaque marché, accès aux informations si des procédures d'urgence doivent être ouvertes, coût réduit de la recherche d'informations sur les marchés (elles peuvent être données automatiquement aux fournisseurs inscrits) et possibilité d'élargissement de la concurrence si les dépenses réduites des fournisseurs incitent un plus grand nombre d'entre eux à manifester leur intérêt.

11. Les listes obligatoires sont susceptibles d'accroître les avantages ci-dessus. Elles peuvent, par exemple, faire gagner davantage de temps à l'entité adjudicatrice en lui évitant d'avoir à examiner l'offre de tout nouveau fournisseur dans les délais fixés pour une procédure particulière. Elles peuvent aussi faciliter l'établissement de relations étroites – du fait par exemple qu'elles offrent un moyen de collaborer avec les quelques meilleurs fournisseurs pour améliorer la qualité – et permettre aux entités d'évaluer les qualifications plus complètement que cela n'est possible dans le délai fixé pour la passation d'un marché particulier. Elles présentent toutefois aussi d'importants risques, car elles peuvent restreindre la concurrence en excluant certains fournisseurs de marchés futurs. Les fournisseurs nouveaux ou étrangers qui ne vendent que rarement à telle ou telle administration, par exemple, ne seront peut-être pas inscrits. Les listes obligatoires risquent de compromettre la confiance dans la procédure de passation des marchés publics, du fait qu'elles peuvent réduire la transparence et que les relations étroites entre fournisseurs et entités adjudicatrices peuvent être vues d'un mauvais œil. Leur utilisation peut également entraîner des frais administratifs importants.

12. La publication d'un avis de constitution d'une liste, en lieu et place d'un avis de possibilité de marchés, peut également être un moyen pour une entité de faire connaître ses exigences de sorte que les fournisseurs puissent y répondre, ce qui réduit les frais et les délais de publicité. Toutefois, les entités devraient être dispensées de s'acquitter des obligations normales de publicité pour la passation de chaque marché futur.

Étendue de l'utilisation actuelle et dispositions pertinentes de régimes internationaux et internes

13. Les listes de fournisseurs sont utilisées dans de nombreux États et dans certains régimes internationaux de passation des marchés et elles sont parfois obligatoires dans le cas de marchés importants. Les régimes internationaux réglementent cependant leur utilisation: d'une part, en limitant dans certains cas les entités autorisées à y recourir et, d'autre part, en édictant des conditions pour que

leur utilisation soit raisonnable et transparente. C'est ce que fait par exemple l'AMP, qui autorise le recours à des listes obligatoires ou facultatives sous certaines conditions, sauf dans le cas de petits marchés, de procédures d'appel d'offres limitées, ou de procédures urgentes de passation de marchés sans mise en concurrence. L'ALENA autorise l'utilisation de listes, y compris de listes obligatoires, suivant des règles et des conditions très analogues à celles de l'AMP. (voir, en particulier, l'article 1011-2 de l'ALENA, qui autorise l'utilisation de listes pour sélectionner des fournisseurs dans des procédures d'appel d'offres sélectives, et l'article 1009-2, qui énonce des conditions d'utilisation de ces listes). Les directives de l'Union européenne relatives à la passation des marchés interdisent normalement les listes obligatoires pour les procédures avec mise en concurrence (sauf dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, où les entités adjudicatrices publiques, notamment, peuvent y recourir dans des conditions analogues à celles prévues dans l'AMP). Les directives ne contiennent pas de règles pour l'utilisation de listes facultatives. (Pour une analyse détaillée, voir "Framework Purchasing and Qualification Lists under the European Procurement Directives" (1999) 8 Public Procurement Law Review 115 à 146 et 168 à 186.)

14. Les conditions édictées par les régimes susmentionnés sont généralement les suivantes: les fournisseurs doivent pouvoir s'inscrire à tout moment, le délai d'inscription doit être raisonnable, et l'inscription par courrier et, lorsque cela est possible, par Internet doit être autorisée.

15. La Banque mondiale et d'autres institutions multilatérales de prêt n'autorisent pas l'utilisation de listes obligatoires dans les procédures d'appel à la concurrence internationales; mais acceptent que des fournisseurs nationaux puissent le faire dans certains cas (sous réserve de conditions analogues à celles prévues dans l'AMP). L'Association de coopération économique Asie-Pacifique, dans ses principes non contraignants sur les marchés publics, autorise ses membres à tenir des listes obligatoires sous réserve qu'ils appliquent ses principes généraux de concurrence effective (pour en savoir plus, voir les principes non contraignants sur les marchés publics du Groupe d'experts des marchés publics de l'APEC, à l'adresse http://www.apecsec.org.sg/content/apec/apec_groups/committees/committee_on_trade/government_procurement.)

16. L'Union européenne, l'AMP et l'ALENA autorisent dans une certaine mesure la publication d'un avis de constitution d'une liste en lieu et place d'un avis de marché, mais pas les banques de développement.

Options possibles

17. Le fait que la Loi type ne traite pas expressément des listes de fournisseurs signifie, qu'au moment de son élaboration, la Commission ne souhaitait pas promouvoir leur développement, observant qu'elles pouvaient fonctionner dans la pratique comme des listes obligatoires même lorsqu'elles étaient déclarées facultatives. Cette attitude correspondait à la politique de nombreuses institutions internationales de prêt, qui ne voyaient pas dans l'utilisation de listes obligatoires une bonne pratique pour les appels d'offres ouverts. En même temps, cependant, la Commission ne souhaitait pas aller jusqu'à formuler une recommandation contre leur utilisation. Or, l'expérience a montré que de nombreux États continuent à utiliser les listes obligatoires pour diverses raisons. Le Groupe de travail voudra

donc peut être examiner s'il serait souhaitable de faire figurer des dispositions particulières concernant ces listes dans la Loi type ou de donner des indications sur leur fonctionnement dans le Guide pour l'incorporation, afin de contribuer à une plus grande transparence dans leur utilisation.

18. Le Groupe de travail souhaitera peut-être en outre examiner si les listes de fournisseurs pourraient constituer un moyen de sélection plus transparent et non discriminatoire dans les procédures restreintes pour lesquelles les modalités de sélection ne font l'objet d'aucune disposition dans la Loi type. L'objectif serait d'assurer aux fournisseurs un accès plus équitable et plus transparent aux listes, par exemple par l'imposition d'une obligation de publier un avis faisant état de l'existence d'une liste conformément aux règles de publication régissant les possibilités de marchés futurs.

19. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi admettre la possibilité pour les entités adjudicatrices de tenir des registres officieux de fournisseurs susceptibles de faire l'affaire. Si la notion de liste n'est pas définie de façon suffisamment large, ces entités pourront alors se soustraire aux conditions prévues en tenant des listes officieuses, ces conditions risquant de ce fait de ne pas s'appliquer universellement, ce qui peut porter atteinte à la confiance des usagers dans le processus de passation des marchés.

20. Si le Groupe de travail estime que l'utilisation de listes obligatoires devrait également être autorisée (dans le but d'améliorer l'efficacité), il pourra décider d'ajouter de nouveaux articles comportant des dispositions visant à garantir la concurrence et la transparence. Il souhaitera peut-être prévoir, par exemple, que des listes obligatoires peuvent être utilisées pour la passation de marchés non soumise à une procédure d'appel d'offres, que les fournisseurs non encore inscrits doivent être pris en considération s'il y a suffisamment de temps pour accomplir les formalités d'inscription et qu'un avis signalant l'existence des listes doit être publié avec une fréquence raisonnable là où le pays publie normalement ses avis de marchés. Il peut également envisager d'insérer une disposition expresse prévoyant que la possibilité est donnée à tous les fournisseurs de prendre connaissance des listes pour pouvoir s'y inscrire, de demander leur qualification à tout moment, d'être inscrits dans un délai raisonnable (de manière que des retards injustifiés n'aient pas pour effet de limiter la concurrence) et d'être avisés de toute décision d'annuler une liste ou de les exclure d'une liste. Enfin, le Groupe de travail jugera peut-être souhaitable de prévoir que l'inscription ne doit pas être utilisée dans le but d'exclure d'une liste des fournisseurs d'autres parties.

21. Les listes de fournisseurs étant utilisées à des degrés très divers, le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer si les dispositions devraient être insérées dans la Loi type elle-même ou s'il faudrait laisser à chaque État le soin de les inclure dans leurs règlements d'application (auquel cas des dispositions types appropriées, accompagnées de commentaires, pourraient éventuellement être proposées dans le Guide pour l'incorporation). Il pourrait également examiner si la Loi type devrait autoriser la publication d'avis sur l'existence d'une liste en lieu et place des avis sur les marchés futurs et, si tel est le cas, dans quelles circonstances.

22. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi donner dans le Guide pour l'incorporation des orientations sur les considérations de principe liées à l'utilisation de tous les types de listes et sur leur fonctionnement dans la pratique afin d'insister

sur la nécessité de faire en sorte qu'elles ne soient pas utilisées pour faire obstacle à une concurrence pleine et ouverte, qui est la norme en matière de passation des marchés.

B. Accords-cadres

Généralités

23. Les accords-cadres (également appelés arrangements en matière d'approvisionnement et contrats à prestations indéterminées/quantités indéterminées) peuvent être définis comme des accords portant sur la fourniture réitérée d'un produit ou d'un service pendant une certaine période, et comportant un appel d'offres initial fixant certaines conditions, la sélection d'un ou de plusieurs fournisseurs sur la base des offres, et la passation ultérieure de commandes périodiques auprès du (des) fournisseur(s) choisi(s) lorsque surviennent des besoins particuliers. Ils sont donc principalement utilisés lorsque des entités adjudicatrices ont besoin de produits ou de services particuliers au cours d'une certaine période, mais ne connaissent pas la quantité exacte de leurs besoins, leur nature, ou le moment où ils surviendront.

24. Les accords-cadres sont largement utilisés, et ils sont parfois régis par le droit interne. Ils sont également soumis aux règles de certains organismes régionaux ou institutions internationales de prêt.

25. Des accords-cadres peuvent être conclus avec un seul ou plusieurs fournisseurs. Ceux qui sont conclus avec un fournisseur unique peuvent contraindre l'entité adjudicatrice à acheter, contraindre le fournisseur à fournir, contraindre les deux parties, ou n'en lier aucune, mais fixer les conditions des marchés à attribuer dans l'avenir, un engagement juridique n'intervenant que lorsqu'une commande a été signée. Un accord-cadre non contraignant est commun si des arrangements sont conclus au profit de plusieurs entités adjudicatrices – par exemple par une centrale d'achat – et que chacune d'entre elles peut se réserver le droit de conclure ses propres arrangements.

26. Dans les accords-cadres conclus avec plusieurs fournisseurs, il y a d'abord sélection de plusieurs fournisseurs potentiels capables de fournir les produits ou services aux conditions fixées par l'entité adjudicatrice (première étape). Lorsque le besoin du produit ou du service survient, l'entité adjudicatrice choisit un de ces fournisseurs pour l'exécution de la commande correspondante (deuxième étape). Les méthodes de sélection appliquées lors de cette deuxième étape varient considérablement selon les entités, notamment en ce qui concerne le degré de mise en concurrence. Par exemple, il peut y avoir une nouvelle série d'offres, ou le fournisseur retenu est celui qui propose le meilleur rapport qualité/prix pour le besoin particulier, ou bien il y a roulement des fournisseurs. Lorsqu'il y a une deuxième série d'offres, celle-ci peut se limiter à la soumission d'un prix pour les spécifications préexistantes, les qualifications des fournisseurs ayant été évaluées préalablement, et l'on peut alors parler de "mini appel d'offres". Une autre possibilité est que les fournisseurs soient autorisés à revoir leurs prix à tout moment, l'entité adjudicatrice choisissant alors celui qui propose le meilleur rapport qualité/prix lorsque survient chaque besoin, processus souvent appelé "modification permanente des offres". Ces variations s'expliquent par le souci d'atteindre un

équilibre entre les objectifs de mise en concurrence (pour obtenir le meilleur rapport qualité-prix), d'ouverture et de transparence des méthodes retenues, d'une part, et le coût de mise en œuvre de ces méthodes, d'autre part.

Position de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés

27. La Loi type de la CNUDCI ne comporte pas de dispositions spécifiques sur les accords-cadres. Néanmoins, les accords conclus avec un fournisseur unique et certains des accords conclus avec plusieurs fournisseurs (ceux par lesquels les fournisseurs qui proposent le meilleur rapport qualité/prix pour chaque besoin sont sélectionnés dans la seconde phase) pourraient sans doute être mis en œuvre en vertu des procédures existantes, par exemple s'ils étaient traités comme des passations de marchés par appels d'offres divisés en lots. Toutefois, aux termes de la Loi type, le dossier de sollicitation doit indiquer la quantité de biens requis, encore que les règlements d'accompagnement puissent autoriser une estimation seule, et dans le cas d'un accord-cadre, la quantité est normalement inconnue.

28. La procédure d'appel d'offres de la Loi type ne traite pas non plus des arrangements comportant la conclusion d'un marché contraignant seulement lorsque les commandes sont passées. En particulier, le paragraphe 4 de l'article 36 dispose qu'un marché entre en vigueur lorsqu'une offre est acceptée et ne prévoit pas de marchés qui entreront en vigueur seulement lorsque l'entité adjudicatrice décidera plus tard d'effectuer des achats particuliers.

29. Il semblerait aussi que l'obligation de publier un avis d'"attribution de marché" en vertu de l'article 14, qui s'applique à toutes les procédures, ne convient pas pour la publicité des accords-cadres. D'un autre côté, il n'y a aucune obligation de publier les résultats d'une mise en concurrence pour choisir des fournisseurs (du fait qu'il n'y a pas attribution de marchés) ni, sans doute, de publier les détails des marchés attribués aux divers fournisseurs. En fait, de nombreuses commandes peuvent échapper complètement à la publicité car elles n'atteindraient pas les seuils applicables.

Avantages potentiels et difficultés possibles

30. Les accords-cadres présentent notamment comme avantages potentiels, par rapport à l'engagement d'une nouvelle procédure de passation de marché pour chaque besoin, une économie des coûts de procédure et le moment de la passation du marché. En particulier, ils évitent d'avoir à publier les marchés individuels et à évaluer les qualifications des fournisseurs pour chaque commande passée, cette phase de la procédure n'intervenant qu'une seule fois, lors de la conclusion de l'accord-cadre.

31. Les accords conclus avec plusieurs fournisseurs au lieu d'un seul ont comme avantages potentiels la souplesse dans la sélection d'un fournisseur pour une commande particulière, l'économie d'une nouvelle procédure pour chaque besoin, la sécurité d'approvisionnement, les avantages des achats centralisés et un meilleur accès des petits fournisseurs aux marchés publics. Ils peuvent aussi améliorer le rapport qualité/prix et faciliter la réalisation des autres objectifs en instituant une procédure plus transparente que cela ne serait autrement le cas pour les petits achats. En particulier, l'agrégation des montants en vertu d'un accord-cadre peut justifier les dépenses de publicité, et les signataires d'un accord-cadre englobant

plusieurs fournisseurs ont intérêt à suivre le déroulement des achats (contrairement au fournisseur signataire d'un accord-cadre n'engageant que lui).

Étendue de l'utilisation actuelle et dispositions pertinentes des régimes internationaux et nationaux

32. L'un des principaux objectifs de la réglementation des accords-cadres est de limiter leur durée, de manière que le prix obtenu reste actuel et compétitif.

33. Les méthodes de passation des marchés permettant de mettre en œuvre des accords-cadres peuvent dépendre des règles générales relatives aux seuils financiers (seuils en dessous desquels on peut recourir à d'autres procédures que l'appel d'offres, comme la procédure informelle de sollicitation de prix) et de la mesure dans laquelle ces règles sont adaptées, le cas échéant, aux accords-cadres. Ces seuils peuvent dépendre simplement de la valeur de chaque marché ou comporter un certain degré d'agrégation (par exemple, les entités adjudicatrices peuvent être tenues de regrouper leurs achats sur une période donnée, qu'ils soient ou non effectués en vertu d'un accord-cadre).

34. Les règles actuelles de l'UE, de l'AMP et de l'ALENA ne comportent pas de dispositions expresses pour les accords-cadres, mais on estime qu'elles pourraient s'appliquer telles quelles à la plupart d'entre eux, à l'exception de ceux, par exemple, dans lesquels il y a modification des prix des offres après la première étape ou un simple roulement des fournisseurs. Les directives de l'UE adoptées récemment traitent spécifiquement des accords-cadres et appliquent des contrôles, limitant notamment leur durée à quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels et dûment justifiés. L'UE applique également des règles strictes exigeant le regroupement d'achats similaires effectués au cours d'une certaine période, de manière que de nombreux achats d'articles normalisés soient soumis aux procédures formelles d'appel d'offres des directives, et il n'est pas possible de faire des achats réitérés en vertu de procédures informelles du type sollicitation de prix.

35. De nombreux systèmes nationaux utilisent souvent aussi, dans la pratique, la forme non contraignante de l'accord-cadre conclu avec un fournisseur unique pour garantir que l'entité adjudicatrice peut changer de fournisseurs si le prix du marché évolue. Par exemple, au Canada, à Hong Kong, à Singapour et au Royaume-Uni, les accords-cadres ne font pas l'objet d'une réglementation spécifique, et il est courant de ne sélectionner qu'un nombre limité de fournisseurs lors de la première phase, sur la base des offres initiales. Aux États-Unis, plusieurs types d'accords-cadres sont utilisés; leurs principales caractéristiques sont que les négociations peuvent faire partie d'un mini appel d'offres lors de la deuxième phase, que le processus de commande est largement à l'abri d'un recours en contestation des offres, et que les attributions n'ont pas besoin d'être publiées. En France, les accords-cadres sont expressément réglementés: pour l'essentiel, ils sont autorisés lorsque le calendrier ou la portée des travaux ne peuvent être entièrement réglementés dans le contrat. Au Brésil, il y a une préférence marquée pour les accords conclus avec un fournisseur unique, le recours aux accords-cadres avec des fournisseurs multiples est limité, leur durée est limitée à un an pour les biens et à un an, avec possibilité de prolongation d'un an au maximum, pour les services.

36. Il y a aussi dans divers systèmes des dispositions concernant la limitation du nombre de fournisseurs s'il doit y avoir un mini appel d'offres dans la deuxième phase, les diverses possibilités étant les suivantes: ne pas limiter le nombre de

fournisseurs, ni dans la première, ni dans la deuxième phase, limiter le nombre admis à faire partie de l'accord-cadre, mais les accepter tous dans la deuxième phase, en admettre beaucoup dans l'accord-cadre mais n'en retenir que quelques-uns dans la deuxième phase, et limiter leur nombre dans les deux phases.

Options possibles

37. Étant donné l'utilisation accrue des accords-cadres, et notant que les organismes internationaux en traitent ou vont en traiter expressément, le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il serait souhaitable de prévoir des dispositions spécifiques les concernant dans la Loi type.

38. Dans ce contexte, le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il est souhaitable d'aborder les questions ci-après: moment à partir duquel un marché contraignant peut entrer en vigueur dans un arrangement-cadre; seuils et regroupement des achats (sachant que dans la Loi type, actuellement, c'est aux règlements d'application des différents États adoptants qu'il appartient de déterminer les seuils), durée des accords-cadres, estimation des quantités et dépassement des quantités estimées, et changements de prix. La question de la publicité, dans l'une ou l'autre phase ou bien dans les deux, pourrait également être traitée à l'article 14 de la Loi type. En outre, le Groupe de travail souhaitera peut-être inclure des dispositions types et donner des orientations dans le Guide pour l'incorporation, par exemple des dispositions types concernant l'application pour certaines ou la totalité de ces questions.

39. En ce qui concerne les accords-cadres conclus avec plusieurs fournisseurs en particulier, d'autres dispositions seraient nécessaires si le Groupe de travail souhaitait disposer que la deuxième étape de la passation des marchés doit comporter des mini appels d'offres, la modification permanente des offres ou des propositions, ou l'attribution des marchés par d'autres moyens que la mise en concurrence dans la deuxième phase (par exemple par roulement, ce qui peut être indiqué si la sécurité de l'approvisionnement est une contrainte importante). Peut-être voudra-t-il aussi examiner comment limiter, le cas échéant, le nombre de fournisseurs dans l'une ou l'autre phase.

40. Le Groupe voudra peut-être examiner aussi s'il serait plus approprié d'aborder ces questions dans les règlements de l'État adoptant, et de donner alors des orientations sous forme de dispositions types dans le Guide pour l'incorporation. Par exemple, le Guide pourrait exposer brièvement dans quels cas des contrats-cadres avec plusieurs fournisseurs sont utiles, notamment dans le contexte d'achats centralisés, indiquer les questions fondamentales qu'une entité adjudicatrice (pouvant agir en qualité de centrale d'achat pour des administrations ou pour son propre compte) doit se poser à la fois pour les accords-cadres avec un fournisseur unique et avec plusieurs fournisseurs, et il voudra peut-être les inclure dans ses règlements (par exemple la relation entre une centrale d'achat et les entités utilisatrices, la procédure de placement des commandes, les mesures nécessaires pour qu'un marché devienne contraignant et le moment auquel les décisions concernant la passation du marché devraient être publiées).

C. Passation de marchés de services

Généralités – les dispositions de la Loi type de la CNUDCI régissant la "principale méthode de passation des marchés de services"

41. La Loi type de la CNUDCI part du principe que la passation de marchés de services s'effectuera selon d'autres méthodes que la passation de marchés de biens et de travaux. Elle prévoit le recours à l'appel d'offres lorsqu'il est possible de formuler des spécifications détaillées et qu'une procédure d'appel d'offres est considérée "appropriée", ainsi que l'utilisation des autres méthodes de passation des marchés de biens et de travaux si cela est jugé plus approprié, pour autant que les conditions à remplir pour l'utilisation de ces méthodes soient satisfaites (par. 3 de l'article 18 de la Loi type).

42. Si c'est la méthode de l'appel d'offres qui est utilisée, il y a le choix entre les procédures de sélection suivantes: l'entité adjudicatrice soumet tous les soumissionnaires qui obtiennent une note technique supérieure à un seuil fixé concernant la qualité ou des critères autres que le prix à une simple concurrence par les prix (art. 42); elle négocie avec les fournisseurs, après quoi ceux-ci soumettent leur meilleure offre définitive (art. 43); ou bien elle engage des négociations uniquement sur le prix avec le fournisseur qui a obtenu la meilleure note technique (art. 44). Dans ce dernier cas, elle peut négocier ensuite avec les autres fournisseurs, en suivant l'ordre des notes qu'ils ont obtenues, mais seulement après avoir mis fin aux négociations avec le fournisseur précédent mieux placé.

43. Cette approche a pu être influencée par le fait qu'une Loi type portant uniquement sur la passation des marchés de biens et de travaux a été adoptée en 1993. La Loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, qui a été adoptée l'année suivante, contient des dispositions supplémentaires sur la passation de marchés de services autres que les travaux, présentée alors comme une méthode distincte de passation des marchés.

44. L'article 42 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés prévoit, pour les services, la sélection des fournisseurs en fonction d'un seuil concernant la qualité et d'autres critères autres que le prix et constitue ainsi la base d'une méthode de sélection fondée sur la qualité, utile dans la fourniture de services intellectuels. Il a été noté que cette approche de l'évaluation, qui a l'avantage de la souplesse et applique des méthodes qualitatives et négociées, a donné dans la pratique des résultats satisfaisants pour certains types de marchés, comme les marchés de services intellectuels (c'est-à-dire des services qui ne débouchent pas sur des produits physiques mesurables, comme les services de consultation et autres services professionnels). Des questions ont toutefois été soulevées quant à l'adéquation de cette méthode pour des services où l'entité adjudicatrice peut donner des spécifications qualitatives et quantitatives avant la passation du marché. On a fait observer que le fait de considérer à part les services conduisait à mettre l'accent sur les caractéristiques spéciales de la passation de certains marchés de services, plutôt que sur les traits qui étaient communs à la passation de nombreux marchés de biens et de travaux et aux marchés de services.

Étendue de l'utilisation actuelle et dispositions pertinentes de régimes internationaux et nationaux

45. Les directives de l'UE prévoient des procédures plus souples pour la passation des marchés des services que pour celle des biens et des travaux en ce sens qu'elles autorisent l'utilisation d'une forme souple de procédures compétitives (appelées "procédures négociées") dans des cas exceptionnels, et les exceptions sont plus fréquentes pour les services que pour les biens et les travaux – par exemple lorsqu'il n'est pas possible de formuler des spécifications avec précision. Cette situation s'applique en particulier aux services intellectuels et aux services financiers, mais ne se limite pas à eux. Les dispositions de l'AMP et de l'ALENA donnent aux entités le libre choix des formes de procédures compétitives disponibles quelle que soit la nature de la passation du marché.

46. Les régimes nationaux abordent cette question de manières très diverses. Dans l'optique de la Loi type, une des caractéristiques les plus notables est que même les systèmes les plus souples n'autorisent pas à utiliser librement, pour tous les types de services, toutes les méthodes d'évaluation prévues par sa méthode principale de passation de marchés. Les entités sont tenues au contraire de recourir aux méthodes ordinaires de passation de marchés de biens lorsqu'elles achètent des services, sauf exceptions spécifiques.

Options possibles

47. En raison des risques d'opacité et d'abus découlant de la souplesse même de la principale méthode de passation des marchés de services, il a été proposé d'en restreindre l'utilisation. Aussi le Groupe de travail souhaitera-t-il peut-être examiner si l'appel d'offres devrait être la méthode normale de passation pour les services qui sont matériellement quantifiables (à savoir les services autres qu'intellectuels). Les autres méthodes de passation des marchés de biens et de travaux pourraient également être utilisées lorsque cela est justifié. Une conséquence possible de cette approche est qu'il faudra peut être rebaptiser la méthode principale de passation des marchés de services pour montrer la nouvelle place qu'elle occupe dans la Loi type, et définir alors les services intellectuels dans la Loi type ou dans le Guide pour l'incorporation.

48. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi examiner si la Loi type elle-même pourrait en outre spécifier quand la méthode principale devrait être applicable, en se référant soit à des cas généraux (comme pour les autres méthodes de passation) soit à des types particuliers de services (tels que les services intellectuels). Une autre solution serait que la Loi type exige des États adoptants qu'ils précisent, dans la loi pertinente ou dans un règlement, les services ou les cas pour lesquels cette procédure devrait être applicable. Le Groupe de travail jugera peut-être la première solution préférable car le fait de ne pas réglementer du tout le choix de la méthode de passation risque fort de donner lieu à des abus.

49. En ce qui concerne la méthode de passation des marchés de services intellectuels, le Groupe de travail considérera peut-être qu'il faudrait préserver la souplesse qu'offre la possibilité de mener des négociations simultanées ou consécutives pour sélectionner des propositions. Cette souplesse, qui est conférée par les articles 43 et 44 de la Loi type, intéresse les services pour lesquels les besoins de l'entité adjudicatrice ne sont pas bien définis où la qualité et les

compétences techniques sont des critères dominants. Bien que certains observateurs aient émis l'avis qu'il serait bénéfique pour la transparence de restreindre ces dispositions, le Groupe de travail estimera peut-être que la souplesse qu'elles confèrent est conforme aux objectifs d'économie et d'efficacité de la Loi type et que la transparence pourrait être améliorée par la publication et la diffusion d'informations pertinentes durant les négociations; ces questions pourraient être traitées soit dans la Loi type elle-même, soit dans le Guide pour l'incorporation, sous la forme d'orientations ou de dispositions types.

50. Le Groupe de travail souhaitera peut-être également examiner si une méthode de sélection fondée sur des critères budgétaires, pour des services biens définis se prêtant à la conclusion de contrats forfaitaires pourrait être ajoutée à la méthode prévue à l'article 42, dont l'objectif est de limiter la souplesse pour la passation de marchés de services non complexes (c'est-à-dire de services pour lesquels la qualité et les compétences techniques sont prises en compte mais ne sont pas des critères dominants).

51. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter, cependant, que ces questions ont été longuement examinées lors de la préparation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés et tenir compte de cet examen avant de décider de rouvrir ou non le débat.

D. Évaluation et comparaison des offres, et utilisation de la passation de marchés pour promouvoir des politiques industrielles, sociales et environnementales

52. Les critères d'évaluation des offres sont énoncés au paragraphe 4 de l'article 34 de la Loi type. Les critères prévus pour déterminer l'offre la plus basse permettent d'utiliser la passation de marchés dans le but de faciliter la réalisation d'objectifs industriels, sociaux ou environnementaux, tels que la promotion du développement industriel national (par l'exclusion des fournisseurs étrangers, l'octroi de préférences et la sollicitation d'une source unique dans certains cas précis). Ces critères permettent également de prendre en compte les incidences en matière de change. Des mécanismes de contrôle sont expressément prévus pour que les critères d'attribution soient objectifs, quantifiables et communiqués à l'avance aux fournisseurs.

53. Certains observateurs ont estimé que ces pratiques pouvaient avoir un effet négatif à la fois sur l'efficacité et sur l'économie dans la passation des marchés, mais qu'elles jouaient un rôle important dans les politiques intérieures des États adoptants. Il a en outre été noté que la notion d'objectifs régionaux et nationaux faisait actuellement l'objet de discussions. Il a donc été proposé que la Loi type soit améliorée de manière à assurer un meilleur équilibre entre l'objectif d'économie et d'efficacité maximales dans la passation des marchés et les autres grands objectifs.

54. Des doutes ayant été émis quant à l'efficacité des préférences et leur impact sur la transparence, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner, en général, si le traitement de la question des préférences pourrait se justifier et, en particulier, si la Loi type devrait prévoir une préférence maximale (exprimée en termes monétaires, sous forme de critères d'admission ou de rejet ou d'une autre manière) ou si le Guide pour l'incorporation devrait donner des orientations sur ce point. Si le

Groupe de travail décide de se pencher sur le rôle des objectifs sociaux et économiques dans la passation des marchés publics, il souhaitera peut-être déterminer s'il conviendrait, afin d'accroître la transparence, de limiter le recours à certaines pratiques, telles que la fixation de taux de change de référence et la prise en compte des arrangements d'échanges compensés (toutes deux autorisées par le paragraphe 4 d) de l'article 34 de la Loi type). Il souhaitera peut-être en outre déterminer si les dispositions de l'article 34 de la Loi type qui autorisent l'octroi de préférences aux fournisseurs locaux (nationaux) devraient être étendues aux fournisseurs régionaux. Enfin, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner, dans ce contexte, si le Guide pour l'incorporation, qui traite des critères permettant d'évaluer et de comparer les offres compte tenu d'autres objectifs de politique générale et indique que les États adoptants peuvent aussi être moins libres d'accorder un traitement préférentiel du fait de leur appartenance à des organisations internationales ou régionales, devrait être actualisé et donner des orientations plus détaillées sur des critères supplémentaires concernant les préférences que les États adoptants pourraient prévoir.

E. Voies de droit et exécution

Étendue de l'utilisation actuelle et dispositions pertinentes de régimes internationaux et internes

55. On considère qu'un système efficace permettant de contrôler le respect des règles de passation et de les faire appliquer est un élément important de la transparence d'un régime des marchés, et que les recours engagés par un fournisseur peuvent y contribuer. Les directives de l'Union européenne, l'AMP, l'ALENA et l'Avant-projet d'accord de la ZLEA prévoient à cet égard des dispositions qui ont en commun d'exiger l'examen des recours par un organe indépendant. Les principes non contraignants de l'APEC sur les marchés publics contiennent également des dispositions sur un mécanisme de contestation des fournisseurs, mais celui-ci est souple et facultatif. Les directives communes convenues par les banques multilatérales de développement pour évaluer l'efficacité des systèmes de passation des emprunteurs prévoient également un mécanisme de recours devant un organe indépendant, mécanisme que la Banque mondiale a recommandé à ceux qui utilisent la Loi type de la CNUDCI.

56. Les États, de leur côté, appliquent des politiques très diverses pour faire respecter les règles de passation et, en particulier, autorisent à des degrés variables le fournisseur à engager un recours. Par exemple, les États-Unis ont depuis longtemps un mécanisme de recours devant des autorités et des tribunaux spécialisés. En revanche, au Royaume-Uni et dans les pays qui suivent le modèle britannique, aucune disposition législative générale n'est prévue dans ce domaine (sauf dans la mesure exigée par les obligations internationales et sous réserve des procédures de recours judiciaires). En France, des sanctions administratives sont prévues pour contravention à la législation sur la passation des marchés par des organes de l'État, les procédures étant engagées devant un tribunal administratif. D'autres pays de droit romano-germanique, comme le Brésil, prévoient à la fois un recours administratif, qui permet notamment de suspendre la procédure de passation, un contrôle judiciaire des décisions d'attribution des marchés par les

tribunaux ordinaires, et une procédure pénale spéciale pour violation des lois sur la passation des marchés par les entités adjudicatrices.

Position de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés et portée possible du recours

57. Les dispositions actuelles relatives aux recours se trouvent dans les articles 52 à 57 de la Loi type. Elles sont de portée limitée, et il est indiqué dans une note les accompagnant que les États adoptants ont la possibilité de n'en incorporer que certaines voire aucune. Les solutions qu'elles proposent ne sont que des orientations générales et laissent à l'État adoptant une grande latitude pour appliquer la Loi type. Par exemple, cette dernière ne traite pas la question de l'indépendance de l'organe administratif de recours, ni la forme des mesures réparatrices (qui peuvent comprendre des ordonnances ou des recommandations) et ne prévoit pas de procédure judiciaire ou quasi judiciaire. Elle ne crée pas non plus de droit à un recours judiciaire, bien que l'article 57 autorise les États adoptants qui en prévoient un à habiliter les tribunaux compétents à connaître des contestations relatives à la passation des marchés.

Options possibles

58. Plusieurs questions se posent à propos de l'élargissement des dispositions relatives aux recours, par exemple:

a) Faudrait-il recommander plus clairement l'insertion, dans la législation nationale, et l'application de dispositions relatives aux recours et donner des orientations plus détaillées, notamment sous la forme de projets de dispositions types, dans le Guide pour l'incorporation?

b) Faudrait-il renforcer les dispositions concernant les recours administratifs, en prévoyant par exemple une procédure de recours devant un organe indépendant? et

c) Faudrait-il donner des conseils et des orientations plus détaillés sur la procédure de recours judiciaire, notamment sur les pouvoirs des tribunaux et les délais de présentation et d'examen des recours, la possibilité d'infirmer des décisions incorrectes d'attribution des marchés et les mesures de réparation pouvant être appliquées?

59. Outre ces questions, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le champ d'application des dispositions concernant les exceptions au droit de recours (art. 52-2) devrait être revu.

F. Autres questions

Autres méthodes de passation des marchés

60. On a estimé qu'il serait peut-être utile d'examiner la nécessité et les conditions d'utilisation de certaines des "autres méthodes de passation des marchés" indiquées au chapitre V de la Loi type, afin de répondre aux préoccupations exprimées par certaines institutions multilatérales de prêt et d'autres organes considérant que ces méthodes étaient trop nombreuses. Bien qu'il soit noté dans la Loi type qu'un État

adoptant n'avait peut-être pas besoin d'incorporer toutes ces méthodes et qu'il ne devrait peut-être pas le faire, le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si les dispositions relatives à certaines d'entre elles devraient être examinées.

61. Les suggestions suivantes ont été faites à propos de certaines de ces méthodes: "l'appel d'offres en deux étapes" (art. 46), au lieu d'être classé parmi les "autres méthodes", pourrait être considéré comme une forme d'appel d'offres ouverte, dont la première étape aurait pour objet de préciser les spécifications, afin de garantir une sélection transparente au cours de la deuxième étape. Il a été fait observer d'autre part que les méthodes autres que les procédures d'appel d'offres ouvertes avaient peut-être été utilisées dans la pratique plus largement qu'on ne l'avait prévu, et que, par conséquent, il faudrait peut-être limiter les motifs d'y recourir ou exiger des justifications, ou bien encore réduire leur champ d'application. Par exemple, parmi les motifs justifiant le recours à "l'appel d'offres restreint" (art. 20 et 47) à savoir "le coût disproportionné d'autres procédures" et "le nombre limité de fournisseurs", on pourrait envisager de ne conserver que le premier, et les motifs justifiant le recours à la "sollicitation de source unique" pourraient être limités de manière à ne pas inclure de considérations extrinsèques telles que le transfert de technologie, les prix de référence ou les échanges compensés (comme c'est actuellement le cas en vertu de l'article 22 de la Loi type de la CNUDCI). En outre, la Loi type pourrait exiger que la "sollicitation de propositions" et la "négociation avec appel à la concurrence" (art. 48 et 49) soient justifiées.

Participation des usagers à la passation des marchés

Généralités – la participation des usagers et les dispositions de Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés

62. La Loi type n'aborde pas la phase d'exécution d'un projet à la suite d'une passation de marché. Il a été dit que le moyen le plus efficace de réaliser un projet était parfois d'y faire participer les usagers, qui sont motivés pour assurer la qualité de l'exécution des travaux les concernant directement. Par exemple, cette participation peut conduire à la fourniture durable de services dans des secteurs dépourvus d'intérêt pour de grandes entreprises, comme la santé, les services de vulgarisation agricoles et l'éducation informelle. Elle peut présenter divers avantages – amélioration de la qualité du produit final, la population locale étant soucieuse de voir atteints des niveaux satisfaisants et les travaux achevés à temps; diminution possible des risques de litiges sur place; réduction du nombre de formalités grâce à l'utilisation de procédures moins formelles; mais aussi fourniture d'emplois locaux utilisant des technologies à forte intensité de main-d'œuvre, recours au savoir-faire et à des matériaux locaux; encouragement des entreprises locales et amélioration de la transparence municipale, qui peuvent être des objectifs sociaux de l'État adoptant.

63. Il a été constaté que la participation des usagers était efficace dans le cas des petits projets locaux de construction (installation de fosses septiques dans les communes rurales), pour la distribution de denrées de base et pour la fourniture de services de santé (par exemple pour la mère et le nourrisson).

64. La participation des usagers peut toutefois poser des problèmes (indépendamment du fait qu'elle comporte un degré inacceptable de subjectivité, ce qui peut donner lieu à des abus). Premièrement, elle peut être très efficace si les

projets sont gérés par des entités qui n'ont peut-être pas la capacité de conclure des contrats dans l'État concerné. Deuxièmement, il se peut que l'échelle des projets dépasse les moyens de la collectivité intéressée, que des recherches soient nécessaires pour garantir que les méthodes et les matériaux conviennent à l'usage local, qu'il y ait des problèmes de trésorerie, de tenue des comptes et de transparence, et qu'il soit difficile d'éviter les abus. Il peut donc être indiqué de fournir une assistance technique et de faire appel à un gestionnaire de projets pour y faire face, mais cela peut entraîner des frais élevés.

Étendue de l'utilisation actuelle et dispositions pertinentes des régimes internationaux et nationaux

65. On a fait observer que les modalités de la participation des usagers étaient variables selon les systèmes de passation des marchés.

66. L'exigence de la participation des usagers peut être l'un des critères retenus pour la sélection de la méthode de passation des marchés ou pour l'attribution d'un marché, mais d'autres formules sont possibles: les soumissionnaires peuvent proposer leurs meilleures solutions – y compris la participation des usagers si c'est leur choix –, qui pourront alors être comparées; les conditions d'exécution peuvent prévoir l'emploi d'une main-d'œuvre ou de matériaux locaux; une partie du budget du projet peut être réservée pour la participation des usagers; ou bien encore; des subventions peuvent être mises à la disposition des collectivités, par exemple pour les aider à chercher des contrats de passation de marchés. On a toutefois fait observer aussi que les collectivités que les États adoptants souhaitaient peut-être faire bénéficier le plus de projets de cette nature pouvaient être incapables (légalement ou financièrement) de conclure des contrats ou de soumettre des offres, ou ne voulaient pas le faire.

67. Du fait que la participation des usagers peut entraîner des dépenses supplémentaires, on a également fait observer que la sollicitation d'une seule source était peut-être le seul moyen d'atteindre les objectifs recherchés.

Options possibles

68. La Loi type de la CNUDCI n'aborde pas expressément la question de la participation des usagers, mais ses dispositions sont suffisamment souples pour permettre la mise en place de certains des arrangements ci-dessus. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander toutefois s'il faudrait traiter directement dans la Loi type et son Guide pour l'incorporation les questions qui viennent d'être évoquées. Il souhaitera peut-être aussi se demander s'il ne serait pas préférable de traiter dans des dispositions ou des règlements types, plutôt que dans le texte de la loi elle-même, des questions telles que la proportion des fonds pouvant être réservés, les marges préférentielles, la mesure dans laquelle il peut être nécessaire de faire appel à la main-d'œuvre locale, sans emploi ou appartenant à des minorités, et la législation qui peut être requise pour autoriser des associations ou des groupes non dotés de la personnalité morale à passer des contrats.

Simplification et normalisation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés

69. Il a été noté que certains États adoptants avaient choisi de ne pas incorporer certaines des parties les plus détaillées de la Loi type, estimant qu'elles ne s'étaient

pas révélées nécessaires pour leur législation. On a dit aussi qu'il pourrait être utile d'apporter quelques modifications à la présentation de la Loi type, pour aider les États adoptants à formuler leur législation interne.

70. Le Groupe de travail souhaitera donc peut-être examiner, en tenant compte des modifications, les questions identifiées au début de la présente note et dans le document A/CN.9/WG.1/WP.31, s'il serait possible d'améliorer la structure de la Loi type et de simplifier son contenu, par exemple en déplaçant ou en supprimant des dispositions inutilement détaillées. Selon une suggestion, par exemple, certaines dispositions figurant actuellement dans le texte de la Loi type pourraient trouver leur place dans une annexe de cette dernière ou dans des dispositions types que pourrait comporter le Guide pour l'incorporation. Cela pourrait s'appliquer au paragraphe 3 de l'article 7, qui détaille la teneur de la documentation de présélection, à l'article 25, qui détaille la teneur des invitations à soumettre une offre et à présenter des demandes de présélection dans les procédures d'appel d'offres, à l'article 27, qui détaille la teneur du dossier de sollicitation, à l'article 38, qui détaille la teneur des sollicitations de propositions relatives à des services dans le cadre de la méthode principale de passation des marchés de services, et au paragraphe 4 de l'article 48, qui détaille la teneur d'une sollicitation de proposition quand cette méthode est choisie.

Authentification des pièces produites

Généralités

71. Les entités adjudicatrices exigent parfois l'authentification des pièces produites par tous ceux qui ont besoin d'apporter la preuve de leur qualification pour participer à une procédure de passation de marchés (par exemple une procédure d'appel d'offres avec présélection), ce qui peut demander du temps et coûter beaucoup d'argent aux fournisseurs. Outre l'effet de dissuasion, il se peut que la totalité ou une partie des frais généraux supplémentaires supportés par les fournisseurs soit répercutée sur les entités adjudicatrices.

Position de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés

72. L'article 10 de la Loi type dispose que si l'entité adjudicatrice exige l'authentification des pièces produites, elle n'impose aucune autre condition quant à l'authentification que celles prévues dans la législation générale pour les documents en question. Toutefois, il n'impose pas de restriction au pouvoir des entités adjudicatrices de demander l'authentification des pièces produites.

Options possibles

73. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il faudrait modifier l'article 10 de la Loi type pour limiter le pouvoir des entités adjudicatrices d'exiger l'authentification des pièces produites par le seul fournisseur qui aura été retenu. Dans ce cas, il voudra peut-être examiner les changements qui en résulteraient quant aux règles relatives à l'entrée en vigueur du marché, pour tenir compte de la possibilité qu'un marché ne puisse entrer en vigueur parce que le fournisseur ne se conforme pas à cette exigence.

D. Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa septième session (New York, 4-8 avril 2005) (A/CN.9/575) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1

II. Organisation de la session 2-7

III. Délibérations et décisions 8-9

IV. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services 10-82

A. Publication et communication électroniques d'informations relatives à la passation des marchés 10-33

1. Remarques générales 10-14

2. Notion d'"électronique" et autres termes apparentés (A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 17 à 22, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, *article 2. Définitions*) 15-23

3. Publication électronique des textes juridiques et d'autres renseignements (A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 24 à 30 et 42 à 47, A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, par. 8 à 17, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, *article 5. Accès du public à la réglementation des marchés, article 14. Publication des avis d'attribution de marché, article 24. Procédures de sollicitations des offres pour des demandes de présélection, article 37. Avis de sollicitation de propositions, article 47. Appel d'offres restreint, et article 48. Sollicitation de propositions*) . . 24-28

4. Publication des possibilités de marché à venir (A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 31 à 41, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2*, article 5* bis. *Avis de possibilités de marchés*) 29-31

5. Forme des communications (A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, par. 18 à 43, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, *article 7. Procédure de présélection, article 9 Forme des communications, article 10. Règles concernant les pièces produites par les fournisseurs ou entrepreneurs, article 25. Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection, article 26. Communication du dossier de sollicitation, article 28. Clarification et modification du dossier de sollicitation, article 30. Soumission des offres, article 37. Avis de sollicitation de propositions et article 40. Clarification et modification des sollicitations de propositions*) 32-33

B. Autres aspects découlant de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics 34-50

1. Conditions d'équivalence fonctionnelle entre les offres électroniques et écrites (A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, par. 33, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, *article 30. Soumission des offres*) 34-42

a) Mesures de sécurité dans les communications et dans le traitement des offres 34

b) L'ouverture des offres 35-42

2. Valeur juridique des documents électroniques utilisés dans la procédure de passation ou issus de la procédure (A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, par. 44 à 58, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, *articles 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés et 36. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché*) 43-50

a) Procès-verbal de la procédure de passation des marchés 43-47

b) Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché 48-50

C. Enchères électroniques (inversées) (A/CN.9/WG.I/WP.35 et Add.1) 51-67

D. Offres anormalement basses (A/CN.9/WG.I/WP.36) 68-82

I. Introduction

1. À sa trente-septième session en 2004, la Commission a chargé son Groupe de travail I (Passation de marchés) d'élaborer des propositions en vue de réviser la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994) (la "Loi type", A/49/17 et Corr.1, annexe I). Elle lui a donné une certaine latitude pour déterminer les sujets à aborder lors de ses travaux, y compris les nouvelles pratiques dans la passation des marchés publics, en particulier celles résultant du recours aux communications électroniques (A/59/17, par. 82). Le Groupe de travail a entamé l'élaboration de propositions en vue de la révision de la Loi type à sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004, A/CN.9/568). À cette session, il a décidé de charger le secrétariat de préparer des projets de textes et des études tenant compte de ses délibérations pour examen à sa prochaine session. Il a en outre décidé de continuer à cette prochaine session d'examiner en détail, les uns après les autres, les thèmes abordés dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.31 et 32 (A/CN.9/568, par. 10).

II. Organisation de la session

2. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa septième session à New York du 4 au 8 avril 2005. Ont assisté à cette session des représentants des États membres ci-après: Algérie, Allemagne, Autriche, Bélarus, Canada, Chili, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Guatemala, Iran (République islamique d'), Jordanie, Kenya, Madagascar, Mexique, Nigéria, Ouganda, Pakistan, Qatar, République de Corée, République tchèque, Serbie-et-Monténégro, Singapour, Sri Lanka, Suède, Thaïlande, Tunisie, Turquie et Venezuela (République bolivarienne du).

3. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Brunéi Darussalam, Cuba, Finlande, Indonésie, Koweït, Myanmar, Philippines et République dominicaine.

4. Y ont en outre assisté des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) *Système des Nations Unies*: Fonds monétaire international (FMI), Organisation pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), Programme des Nations Unies et Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies;

b) *Organisations intergouvernementales*: Agence spatiale européenne, Banque africaine de développement (BAD), Commission européenne, Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Organisation internationale de droit du développement (IDLO) et Organisation mondiale du commerce (OMC);

c) *Organisations internationales non gouvernementales invitées par la Commission*: Association européenne des étudiants en droit, Association internationale du barreau et International Studies Institute (ISI).

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

Président: M. Stephen R. Karangizi (Ouganda)
Rapporteur: M. Phua Wee Chuan (Singapour)

6. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.I/WP.33);

b) Une note du secrétariat exposant les questions découlant de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés (A/CN.9/WG.I/WP.34 et Add.1 et 2);

c) Une note du secrétariat présentant une étude comparative de l'expérience pratique de l'utilisation des enchères électroniques (inversées) dans la passation des marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.35 et Add.1); et

d) Une note du secrétariat présentant une étude comparative des offres anormalement basses dans la passation des marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.36).

7. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport du Groupe de travail.

III. Délibérations et décisions

8. À sa septième session, le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur l'élaboration de propositions en vue de la révision de la Loi type. Il a fondé ses délibérations sur les notes du secrétariat mentionnées au paragraphe 6 ci-dessus (A/CN.9/WG.I/WP.34 et 35 et leurs additifs, et A/CN.9/WG.I/WP.36).

9. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de préparer pour sa huitième session des propositions de textes, tenant compte des délibérations à la session en cours sur la publication et la communication électroniques d'informations relatives à la passation des marchés, d'autres aspects découlant de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, tels que les conditions de cette utilisation, les enchères électroniques inversées, et les offres anormalement basses. Il est convenu que l'examen de ces thèmes devrait être conclu à sa prochaine session. Il a décidé en outre, si le temps le permettait, d'aborder la question des accords-cadres à sa prochaine session. À cet égard, il a rappelé son examen de la question à sa sixième session, à laquelle il avait prié le secrétariat d'élaborer une note à ce sujet (A/CN.9/568, par. 78). Il lui a également été suggéré d'aborder ensuite en priorité les questions suivantes: listes de fournisseurs; voies de droit et exécution; évaluation et comparaison des offres (y compris la promotion des politiques industrielles, sociales et environnementales dans la passation de marchés); organisation de la passation de marchés; et passation de marchés de services.

IV. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services

A. Publication et communication électroniques d'informations relatives à la passation des marchés

1. Remarques générales

10. Le Groupe de travail était saisi d'une note du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.34 et Add.1 et 2). On a rappelé qu'il faudrait, pour adapter la Loi type aux évolutions récentes dans le domaine des marchés publics, en particulier dans l'utilisation des communications électroniques, se concentrer avant tout sur les modifications qui étaient nécessaires pour lever les obstacles à cette utilisation. À cet égard, le principe posé par le Groupe de travail à sa sixième session, à savoir que la Loi type devrait encourager l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la passation des marchés publics (A/CN.9/568, par. 18), a de nouveau été appuyé. La nécessité d'allier simplicité et précision dans le texte a également été soulignée. Le Groupe de travail a en outre rappelé les effets que la modification des dispositions de la Loi type aurait sur les pays qui s'en sont inspirés pour élaborer leur législation sur les marchés.

11. En ce qui concerne les principes législatifs généraux et la démarche à suivre pour traiter l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans le processus de passation des marchés, le Groupe de travail a décidé d'insérer, si nécessaire, des dispositions fondées sur les textes relatifs au commerce électronique élaborés par la CNUDCI (voir aussi A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 13), tout en les modifiant dans le cadre de la Loi type révisée pour tenir compte des caractéristiques particulières de la passation des marchés publics. Le Groupe de travail a également rappelé qu'il était convenu, à sa sixième session, que la Loi type devrait formuler les principes directeurs de manière appropriée mais que de plus amples indications

pourraient utilement être fournies dans le Guide pour l'incorporation (A/CN.9/568, par. 24).

12. Il a été convenu que le secrétariat devrait insérer, au début de la Loi type, une disposition, qui deviendrait le nouvel article 4 *bis*, énonçant les principes généraux d'équivalence fonctionnelle et de neutralité technologique à respecter dans les diverses formalités accomplies au cours de la procédure de passation, telles que la publication d'offres et d'autres informations relatives à la passation de marchés, la communication par exemple entre les entités adjudicatrices et les fournisseurs, l'ouverture des offres et la tenue de réunions préalables à la soumission des offres. Cette disposition générale, a-t-on fait observer, devrait lever les obstacles et les ambiguïtés dans la Loi type concernant l'utilisation des moyens de communication électroniques dans la passation des marchés publics et encourager cette utilisation en modifiant tous les termes qui sous-entendent l'utilisation d'un support papier uniquement, tels que "écrit", "enveloppe scellée", "signature" ou "procès-verbal", sans être trop directive ni rendre la Loi type plus complexe.

13. Le Groupe de travail est convenu de poursuivre ses délibérations à une prochaine session, prenant en considération les deux variantes suivantes d'un nouvel article 4 bis de la Loi type:

Variante A

"Article 4 *bis*. Équivalence fonctionnelle entre toutes les méthodes de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents

Toute [disposition] [exigence] de la présente Loi prévoyant:

a) qu'un document doit être écrit;

b) qu'un document doit être signé;

c) qu'un document doit être placé dans une enveloppe scellée;

d) qu'un document doit être publié, fourni ou mis à disposition;

e) qu'un procès-verbal doit être dressé ou conservé;

f) qu'une réunion doit avoir lieu; et

g) que les offres doivent être ouvertes selon certaines modalités

ou toute autre exigence qui sous-entend une présence physique ou un environnement papier

peut être satisfaite par l'utilisation de moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables [, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie], [à condition que l'État adoptant ou l'entité adjudicatrice ait l'assurance que cette utilisation:

a) [ne constitue pas un obstacle au processus de passation des marchés] [s'appuie sur des moyens de communication généralement disponibles];

b) favorise l'économie et l'efficacité dans le processus de passation; et

c) n'entraînera pas de discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs potentiels ou ne limitera pas autrement de façon importante la concurrence.]"

Variante B

"Toute disposition de la présente Loi relative à un écrit, à un procès-verbal ou à une réunion est interprétée comme englobant les moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables [, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie], [à condition que l'État adoptant ou l'entité adjudicatrice ait l'assurance que cette utilisation:

a) [ne constitue pas un obstacle au processus de passation des marchés] [s'appuie sur des moyens de communication généralement disponibles];

b) favorise l'économie et l'efficacité dans le processus de passation; et

c) n'entraînera pas de discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs potentiels ou ne limitera pas autrement de façon importante la concurrence.]"

(La liste figurant dans la variante A serait insérée dans le Guide pour l'incorporation.)

14. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de remanier ces deux variantes de sorte que les "critères d'accessibilité" s'appliquent à tout moyen de publication et de communication choisi.

2. Notion d'"électronique" et autres termes apparentés (A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 17 à 22, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, *article 2 Définitions*)

15. Conformément au paragraphe 22 du document A/CN.9/WG.I//WP.34, le Groupe de travail a examiné les projets de nouvelles définitions, dont le texte figure dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, qui pourraient être ajoutées à l'article 2 de la Loi type.

16. Le premier ajout possible examiné était la définition libellée comme suit: "Le terme 'électronique' s'applique aux technologies ayant des moyens électroniques, optiques, magnétiques ou des moyens analogues qui peuvent être utilisés pour envoyer, recevoir ou stocker des données, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie", (inspirée de la définition du message de données à l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, A/51/17, annexe I). Certaines délégations et certains observateurs se sont interrogés sur l'opportunité d'une définition de l'adjectif "électronique" seulement, se demandant si une définition du terme "communications électroniques" ne serait pas plus utile au législateur.

17. En ce qui concerne le libellé même de la définition proposée, il a été proposé, compte tenu de l'évolution constante des technologies, de remplacer l'adjectif "analogue" par "comparable" et d'en expliquer les raisons dans le Guide pour l'incorporation.

18. Le deuxième ajout possible examiné était une définition de “système d’information électronique accessible au public” (inspirée de la définition de “système d’information” à l’article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique A/51/17, annexe I) libellée comme suit: “Le terme ‘système d’information électronique accessible au public’ désigne un système utilisé pour créer, envoyer, recevoir, conserver ou traiter de toute autre manière des communications électroniques qui est généralement accessible à des personnes faisant usage de dispositifs électroniques”. Certaines délégations et certains observateurs se sont demandés si cette définition était vraiment nécessaire, surtout si la définition des termes “électronique” ou “communications électroniques” était suffisamment large et si l’on modifiait en conséquence le texte des propositions de modification des autres articles de la Loi type.

19. Pour ce qui est du libellé de la définition proposée, il a été suggéré d’insérer les mots “et des données” après “communications” et de remplacer les mots “des personnes” par “toute personne”.

20. Des représentants et des observateurs ont suggéré au Groupe de travail d’insérer d’autres définitions dans la Loi type révisée, notamment des définitions des termes “écrit” et “moyen électronique” en s’inspirant peut-être de celles qui figurent dans les directives européennes du 31 mars 2004 relatives à la passation des marchés (Directive 2004/17/CE et Directive 2004/18/CE). Il a également été suggéré que le Guide pour l’incorporation encourage les États adoptants à utiliser une terminologie cohérente pour éviter tout conflit avec d’autres textes de loi.

21. L’avis a également été exprimé que les dispositions de la Loi type visant à assurer la publication et l’accessibilité des informations relatives aux marchés devaient être formulées en termes technologiquement neutres et qu’il faudrait s’abstenir d’élaborer des dispositions consacrées spécifiquement aux moyens de communication électroniques. Il a été déclaré en même temps que de telles dispositions pourraient être utiles dans certains cas et pour certains pays. Il a été suggéré que, lorsqu’il modifierait la Loi type, le Groupe de travail s’efforce d’établir un équilibre entre, d’une part, l’élaboration de dispositions libellées en termes technologiquement neutres et assurant l’équivalence fonctionnelle entre les différents moyens de communication, et d’autre part, la promotion des moyens de communication électroniques, en soulignant les problèmes pouvant découler de leur utilisation et en proposant des solutions à ces problèmes.

22. Le Groupe de travail a tenu des consultations informelles à propos des projets de textes concernant les définitions proposées pour insertion à l’article 2 de la Loi type. Il est convenu de poursuivre ses délibérations sur ces définitions à une prochaine session en prenant en considération les variantes suivantes:

Variante A

“Le terme ‘moyen électronique’ de communication, de publication, d’échange ou de conservation d’informations ou de documents désigne la création, l’échange, l’envoi, la réception ou la conservation d’informations ou de documents par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables, notamment, mais non exclusivement, l’échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie.

Le terme 'moyen électronique' de réunion à une fin quelconque prévue dans la présente Loi désigne toute méthode permettant aux personnes réunies de suivre les discussions et d'y participer en utilisant des moyens électroniques de communication."

Variante B

"Le terme 'moyen électronique' de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents et de réunion désigne la création, l'échange, l'envoi, la réception ou la conservation d'informations ou de documents par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie."

Variante C

Ne pas insérer de définitions du terme "moyen électronique" car celles-ci seraient superflues compte tenu de l'article 4 *bis* proposé (voir ci-dessus, par. 10 à 14).

23. Le secrétariat a été prié de prendre en compte ces propositions lorsqu'il élaborerait les documents dont serait saisi le Groupe de travail pour la suite de ses débats à une prochaine session.

3. Publication électronique des textes juridiques et d'autres renseignements (A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 24 à 30 et 42 à 47, A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, par. 8 à 17, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, *article 5. Accès du public à la réglementation des marchés, article 14. Publication des avis d'attribution de marché, article 24. Procédures de sollicitations des offres pour des demandes de présélection, article 37. Avis de sollicitation de propositions, article 47. Appel d'offres restreint, et article 48. Sollicitation de propositions*)

24. Il a été convenu que le champ d'application de l'article 5 devrait être étendu à l'accès du public de tous les renseignements soumis à publication obligatoire ayant trait à la passation des marchés, y compris les textes juridiques. Le Groupe de travail a noté que le secrétariat examinait actuellement la pratique suivie dans les régimes internes de passation des marchés pour recenser les autres renseignements intéressant les fournisseurs potentiels, dont la Loi type n'exigeait pas actuellement la publication, et qui pourraient être mentionnés à l'article 5 (A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 29 et 30). Le Groupe de travail est convenu de revenir sur cette question lorsque les résultats de l'étude lui auront été communiqués.

25. Il a été convenu que la Loi type devrait prévoir une disposition énonçant le principe général selon lequel, en vertu de l'article 5, une entité adjudicatrice devrait avoir le droit de choisir le moyen de publication. En d'autres termes, l'entité adjudicatrice pourrait choisir une publication sur papier, sous forme électronique ou bien les deux, sans être tenue de justifier son choix, à condition que le moyen de publication retenu soit conforme à certaines "normes d'accessibilité". Le Groupe de travail a prié le secrétariat de lui soumettre pour examen à une session future des projets de "normes d'accessibilité" pouvant s'inspirer du projet de paragraphe 3 de l'article 24, tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2. Les

principes énoncés dans ce paragraphe disposeraient que la méthode de publication choisie:

a) Ne devrait pas constituer un obstacle à l'accès au processus de passation de marchés;

b) Serait justifiée pour promouvoir l'économie et l'efficacité du processus de passation de marchés; et

c) N'entraînerait pas de discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou ne limitera pas autrement de façon importante la concurrence.

26. Il a été convenu que les principes généraux à inclure dans l'article 5 révisé s'appliqueraient à la publication d'autres renseignements actuellement mentionnés dans d'autres articles de la Loi type, tels que les invitations à participer à une procédure de passation particulière (articles 24, 37, 46, 47 et 48 de la Loi type, dont il est question aux paragraphes 42 à 45 du document A/CN.9/WG.I/WP.34 et aux paragraphes 8 à 17 du document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1) et la publication des avis d'attribution de marché (article 14 de la Loi type, dont il est question aux paragraphes 46 et 47 du document A/CN.9/WG.I/WP.34), ou d'autres informations dont la publication peut être envisagée dans la Loi type révisée, par exemple la publication des possibilités de marchés à venir (voir ci-après, section 4).

27. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de lui soumettre pour examen des propositions d'ordre rédactionnel tenant compte des considérations ci-dessus et de lui faire rapport sur les résultats de l'étude dont il avait été chargé, comme il est indiqué au paragraphe 24 ci-dessus.

28. Le Groupe de travail est convenu d'examiner, lorsqu'il poursuivrait ses débats sur le projet d'article 5 à une session future, le texte suivant:

"Article 5. Accès du public aux informations relatives à la passation des marchés

1) Le texte de la présente Loi, des règlements en matière de passation des marchés et de toutes les décisions et directives administratives d'application générale relatives à la passation des marchés régis par la présente Loi, ainsi que toutes les modifications audit texte, de même que tous autres documents et informations dont la publication est exigée [ou qui sont publiés conformément à la présente Loi] sont promptement mis à la disposition du public et systématiquement tenus à jour.

[2) Toute autre information, relative par exemple aux possibilités de marchés à venir ou aux règles ou instructions internes, qu'un État adoptant ou une entité adjudicatrice choisit de publier, est promptement mise à la disposition du public et systématiquement tenue à jour.]"

4. Publication des possibilités de marché à venir (A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 31 à 41, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, *article 5* bis *Avis de possibilités de marchés*)

29. Bien que quelques doutes aient été émis sur le point de savoir si la publication d'information sur les possibilités à venir était la meilleure pratique que la Loi type devrait promouvoir, l'opinion majoritaire au sein du Groupe de travail, a été que la publication des possibilités de marchés à venir contribuait à la transparence du

processus de passation, à l'efficacité de la planification de la passation et à l'élargissement de l'accès à la commande publique, en particulier dans l'appel à la concurrence internationale, et devrait donc être encouragée. Il a toutefois été convenu aussi qu'une telle publication devrait être facultative, et non obligatoire. Le Groupe de travail a pris note des craintes exprimées à propos de l'éventuel impact négatif d'une publication obligatoire, qui risquait par exemple de nuire à la souplesse du processus budgétaire de l'État, prérogative traditionnelle des législateurs. Le Groupe de travail a donc exprimé une préférence pour la variante B de l'article 5 *bis* proposé (Avis de possibilités de marchés), qui figure dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2 et qui est libellé comme suit:

> "Dans le délai de [l'État adoptant spécifie un délai] après le début d'un exercice budgétaire, les entités adjudicatrices peuvent publier un avis de leurs besoins prévus en matière de passation de marchés pour les [l'État adoptant spécifie une période] suivant(e)s."

30. Des points de vue divergents ont toutefois été exprimés sur le point de savoir s'il était nécessaire d'insérer une disposition sur la publication facultative de possibilités de marchés à venir dans la Loi type ou s'il était préférable d'exposer dans le détail les avantages d'une telle publication dans le Guide pour l'incorporation. À l'appui de l'insertion, on a indiqué que ce sujet, qui était nouveau dans la Loi type, risquait de passer inaperçu s'il était abordé uniquement dans le Guide, ce qui serait regrettable étant donné son importance et ses effets positifs sur le processus de passation.

31. Il a été suggéré que les modifications proposées indiquent plus clairement que les informations sur les possibilités à venir n'étaient pas contraignantes pour les entités adjudicatrices. Le Groupe de travail est convenu de revenir sur cette question lorsque les résultats de l'étude mentionnée au paragraphe 12 ci-dessus auront été mis à sa disposition.

5. Forme des communications (A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, par. 18 à 43, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, *article 7. Procédure de présélection, article 9 Forme des communications, article 10. Règles concernant les pièces produites par les fournisseurs ou entrepreneurs, article 25. Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection, article 26. Communication du dossier de sollicitation, article 28. Clarification, modification du dossier de sollicitation, article 30. Soumission des offres, article 37. Avis de sollicitation de propositions et article 40. Clarification et modification des sollicitations de propositions*)

32. Le Groupe de travail est convenu de réviser la Loi type pour incorporer à l'article 9 un principe général quant à la forme de communication applicable à tous les types de communications mentionnés dans la Loi type, y compris la communication, la clarification et la modification du dossier de sollicitation, et la soumission des offres. Il a été convenu que le libellé de ce principe devrait être analogue au texte proposé pour l'article 5 (voir section 3 ci-dessus), et donner la possibilité à l'entité adjudicatrice de choisir n'importe quelle forme de communication sans être tenue de justifier son choix, à condition que la forme choisie réponde aux normes d'accessibilité dont il est question au paragraphe 25 ci-dessus.

33. Le Groupe de travail est convenu qu'il ne faudrait pas donner aux fournisseurs le droit de choisir une forme de communication avec l'entité adjudicatrice et que les modifications nécessaires devraient donc être apportées aux dispositions de la Loi type et du Guide pour l'incorporation qui prévoient ou pourraient être interprétées comme impliquant un tel droit, s'agissant en particulier des articles 9.3 et 30.5 b). Il a également été convenu que, ce faisant, le secrétariat devrait faire preuve de prudence de manière à ne pas supprimer involontairement les garanties contenues dans ces dispositions contre des pratiques discriminatoires ou autres pratiques d'exclusion de la part des entités adjudicatrices. Il a été proposé de tenir dûment compte de ces préoccupations lors de la définition des normes d'accessibilité mentionnées aux paragraphes 25 et 32 ci-dessus et de la révision du Guide pour l'incorporation. À propos des normes d'accessibilité, le Groupe de travail est convenu d'examiner à une session future à quel endroit de la Loi type il faudrait insérer leur(s) définition(s).

B. Autres aspects découlant de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics

١. Conditions d'équivalence fonctionnelle entre les offres électroniques et écrites (A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, par. 33, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, *article 30. Soumission des offres*)

a) Mesures de sécurité dans les communications et dans le traitement des offres

34. Le Groupe de travail a examiné la question des mesures de sécurité dans les communications et dans le traitement des offres, et le texte du projet d'article 30 *bis* de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2. Il a noté que le texte proposé abordait (notamment) les questions de l'authenticité des communications, de l'intégrité des données, de la date et de l'heure des communications électroniques et de la confidentialité de ces dernières. Conformément à la décision qu'il avait prise précédemment selon laquelle ces questions relèvent du droit du commerce électronique et non du droit des marchés en tant que tel, le Groupe a décidé qu'il ne fallait pas insérer ce texte dans la Loi type révisée. Néanmoins, il a noté qu'il faudrait fournir, dans le Guide pour l'incorporation, des orientations appropriées (y compris quant à l'intérêt, pour un État adoptant, d'introduire de telles règles).

b) L'ouverture des offres

35. Le Groupe de travail a ensuite examiné la question de l'ouverture des offres. Rappelant la décision qu'il avait prise précédemment selon laquelle une entité adjudicatrice devait se voir accorder la possibilité de préciser que les offres doivent être soumises par voie électronique conformément à l'article 30 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés (voir section 5 ci-dessus), il a examiné les dispositions de l'article 33 de la Loi type relatives à l'ouverture des offres. Il a été rappelé que l'article 33-1 de la Loi type dispose que les offres "sont ouvertes au moment indiqué dans le dossier de sollicitation comme étant la date limite de soumission des offres […], au lieu et selon les modalités spécifiées dans le dossier", et qu'aux termes de l'article 33-2, "tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont

soumis des offres sont autorisés par l'entité adjudicatrice à assister ou à se faire représenter à l'ouverture des offres".

36. Le Groupe de travail a noté que si l'article 33-1 semblait suffisamment large pour englober tout système d'ouverture des offres, l'article 33-2 suggérait la présence physique des fournisseurs et entrepreneurs en un lieu et à une heure donnés. Il a noté que certains pays avaient adopté des dispositions permettant l'ouverture des offres au moyen d'un système d'information électronique qui divulguait et ouvrait automatiquement les offres à la date et à l'heure indiquées dans le dossier de sollicitation, et transmettait automatiquement les informations généralement rendues publiques à l'ouverture des offres. Il s'est interrogé sur le fait de savoir s'il fallait que la Loi type prévoie un tel système électronique d'ouverture des offres.

37. À cet égard, le Groupe de travail a examiné le texte suivant, qu'il est proposé d'ajouter à l'article 33 de la Loi type, tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, pour permettre à des entités adjudicatrices d'utiliser en remplacement, pour l'ouverture des offres en présence des fournisseurs et entrepreneurs, des moyens électroniques de communication:

> "4) Lorsque la procédure de passation des marchés a été menée uniquement par voie électronique conformément aux articles 9-1 *ter*, 25-1 k) et 25-2 f) ou [insérer les dispositions traitant des enchères inversées et, le cas échéant, des autres procédures entièrement automatisées], les fournisseurs ou entrepreneurs sont réputés avoir été autorisés à être présents à l'ouverture des offres s'ils sont autorisés à suivre cette ouverture par l'intermédiaire des moyens électroniques de communication [, tels que l'échange en ligne de messages électroniques, la vidéoconférence ou une technologie similaire,] utilisés par l'entité adjudicatrice, à condition que tous ceux qui ont soumis des offres aient accès aux moyens techniques et autres nécessaires et que les moyens de communication utilisés par l'entité adjudicatrice ne constituent pas un obstacle déraisonnable à la participation à la session."

38. Il a été noté que cette disposition ne traitait que les cas dans lesquels la procédure de passation des marchés a été menée par voie électronique et non ceux dans lesquels il a été soumis à la fois des offres papier et électroniques. En conséquence, le Groupe de travail a décidé qu'il fallait supprimer, dans le texte proposé, le mot "uniquement".

39. En outre, et compte tenu des critères généraux d'accessibilité qu'il avait décidé de faire insérer dans la Loi type et des dispositions générales qu'il avait prié le secrétariat de rédiger à cet égard (voir par. 25 et 32 ci-dessus), le Groupe de travail a décidé que la condition énoncée à la fin du texte proposé ("à condition que tous ceux qui ont soumis des offres aient accès aux moyens techniques et autres nécessaires et que les moyens de communication utilisés par l'entité adjudicatrice ne constituent pas un obstacle déraisonnable à la participation à la session") était redondante et qu'il ne fallait pas l'insérer.

40. Le Groupe de travail a également estimé que le texte entre crochets (["tels que l'échange en ligne de messages électroniques, la vidéoconférence ou une technologie similaire"]) risquait de devenir redondant une fois qu'il aurait achevé d'examiner la section de la Loi type consacrée aux définitions. En conséquence, il n'a pas souhaité insérer, à ce stade, ce texte dans le projet de disposition.

41. Enfin, il a été observé que le projet de disposition devrait expressément indiquer que la disposition serait réputée satisfaire aux prescriptions de l'article 33-2 (présence physique des fournisseurs).

42. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de lui soumettre pour examen à une prochaine session des propositions rédactionnelles prenant en compte les considérations ci-dessus.

2. Valeur juridique des documents électroniques utilisés dans la procédure de passation ou issus de la procédure (A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, par. 44 à 58, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, *articles 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés et 36. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché*)

a) Procès-verbal de la procédure de passation des marchés

43. Le Groupe de travail a rappelé que l'article 11 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés dispose que l'entité adjudicatrice dresse un procès-verbal de la procédure de passation du marché où figurent, au minimum, certains éléments d'information, et prévoit que ces derniers soient accessibles. Cependant, il a aussi été noté que la Loi type elle-même ne prescrit pas la forme du procès-verbal et n'empêche donc pas une entité adjudicatrice de dresser celui-ci sous forme électronique.

44. Le Groupe de travail s'est ensuite interrogé sur le fait de savoir s'il fallait modifier l'article 11 pour préciser la forme sous laquelle il fallait dresser le procès-verbal, et s'il fallait prévoir une disposition indiquant la procédure à suivre pour dresser et consulter les procès-verbaux électroniques, y compris des mesures destinées à garantir l'intégrité, l'accessibilité et la confidentialité des informations.

45. Conformément aux décisions prises précédemment selon lesquelles les informations pouvaient être communiquées ou, dans le cas présent, stockées électroniquement (A/CN.9/568, par. 23 et 37), le Groupe de travail s'est demandé s'il fallait insérer dans la Loi type un paragraphe énonçant les conditions à remplir pour pouvoir dresser un procès-verbal sous forme électronique. À cet égard, il a examiné le projet de nouvel article 11-5, tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2. Le Groupe de travail a conclu qu'il serait préférable que ces questions soient traitées dans des dispositions générales relatives aux communications électroniques et à la diffusion des informations, et que le fait de mentionner la forme du procès-verbal dans le présent article risquait d'être contreproductif et d'affaiblir la réglementation régissant la teneur du procès-verbal. Néanmoins, le Groupe a admis que l'article 11 traitait du stockage et non de la diffusion des informations et a, par conséquent, prié le secrétariat de réfléchir à la façon d'inclure ce concept plus large dans les normes d'accessibilité qu'il l'avait prié de rédiger (voir par. 25 et 32 ci-dessus).

46. Il a été observé en outre que des mesures destinées à garantir l'intégrité, l'accessibilité et la confidentialité des informations s'appliqueraient à toute méthode utilisée pour dresser le procès-verbal de passation des marchés, et qu'il fallait par conséquent ajouter au texte de l'article 11 le projet de paragraphe 6 figurant dans document A/CN.9/WG.I/WP/34/Add.2, modifié de façon à mentionner toute méthode de stockage des informations. Le texte proposé pour le paragraphe 6 était le suivant:

"Les règlements en matière de passation des marchés peuvent établir des procédures pour dresser des procès-verbaux électroniques et y accéder, y compris des mesures pour assurer l'intégrité, l'accessibilité et, le cas échéant, la confidentialité des informations".

47. Le Groupe de travail a, par conséquent, prié le secrétariat de reformuler la disposition dans des termes qui s'appliqueraient à toutes les méthodes de stockage.

b) Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché

48. S'agissant de l'acceptation des offres et de l'entrée en vigueur d'un marché, le Groupe de travail a noté que les alinéas a) et b) de l'article 36-2 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés prévoient que le dossier de sollicitation peut stipuler que le fournisseur ou entrepreneur dont l'offre a été acceptée doit "signer un marché écrit" conforme à cette offre. Il s'est donc interrogé sur le fait de savoir:

a) S'il fallait que la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés autorise expressément l'exécution d'un marché par voie électronique et, le cas échéant, mentionne également la possibilité, pour l'entité adjudicatrice, de prescrire les procédures de signature ou d'authentification d'un marché conclu par voie électronique; ou

b) S'il fallait que la question soit régie par d'autres textes de loi de l'État adoptant, auquel cas le Guide pour l'incorporation pourrait brièvement exposer les problèmes qui se posent.

49. À cet égard, le Groupe de travail a examiné le texte qu'il est proposé d'ajouter à l'article 36 actuel, tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, qui deviendrait un nouveau paragraphe 7 dudit article:

"7) Lorsqu'un marché écrit doit être signé en application du présent article, cette exigence est satisfaite par l'utilisation de communications ou de documents électroniques signés avec une signature électronique répondant à toutes conditions fixées par l'entité adjudicatrice".

50. Le Groupe de travail a observé que cette proposition de disposition risquait de faire double emploi avec les lois régissant le commerce électronique, voire de contredire ces dernières, et qu'elle était peut-être, au bout du compte, inutile compte tenu des normes d'accessibilité qu'il avait prié le secrétariat de rédiger (voir par. 25 et 32 ci-dessus). À cet égard, il a aussi été observé que le Groupe avait décidé de ne pas proposer de nouvelles dispositions relatives aux communications électroniques susceptibles d'être régies par d'autres lois, à moins que le contexte de passation des marchés ne l'exige absolument. En conséquence, le Groupe de travail a décidé qu'il n'était pas nécessaire d'insérer le texte proposé, même s'il a noté que le Guide pour l'incorporation pourrait utilement aborder les questions soulevées, comme indiqué au paragraphe 34 ci-dessus.

C. Enchères électroniques (inversées) (A/CN.9/WG.I/WP.35 et Add.1)

51. Le Groupe de travail a fondé son examen de la question sur une note du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.35 et Add.1). Il a été informé qu'une enchère électronique inversée pouvait être définie comme une enchère dynamique, en ligne

et en temps réel entre un organisme acheteur et un certain nombre de fournisseurs qui se font concurrence pour remporter le marché en soumettant des offres de plus en plus basses au cours d'une période déterminée.

52. Le Groupe de travail a reconnu que les enchères électroniques inversées étaient de plus en plus utilisées comme méthode de passation des marchés dans les pays où le commerce électronique était devenu la norme, mais il a aussi noté que l'étendue de la réglementation qui leur était applicable ainsi que leur utilisation différaient largement d'un pays à l'autre. Il a également été dit au Groupe de travail que d'autres organisations internationales, dont l'Organisation mondiale du commerce et les banques multilatérales de développement se penchaient sur des mesures possibles en matière d'enchères électroniques inversées, et que les directives récentes de l'Union européenne sur la passation des marchés contenaient des dispositions sur cette méthode. La nécessité d'harmoniser les règlements de ces diverses organisations a été soulignée.

53. Plusieurs délégations et observateurs ont fait part de leur expérience récente de la pratique des enchères électroniques inversées et il a été dit que l'on avait constaté une amélioration du rapport qualité-prix, de l'efficacité de l'allocation des ressources et de la transparence du processus d'attribution des marchés du fait de leur utilisation. Un observateur a également mis en lumière les économies qui avaient été réalisées, par exemple au niveau des coûts des opérations entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs, et des coûts internes des entités adjudicatrices (tels que les dépenses de personnel).

54. Il a cependant été noté que l'utilisation des enchères électroniques inversées avait également suscité un certain nombre de préoccupations. En particulier, ces enchères: a) ne garantissaient pas l'obtention de l'offre sérieuse et conforme la plus basse, ni la réalisation d'économies continues lors d'enchères ultérieures; b) pouvaient avoir des coûts cachés susceptibles de réduire à néant toute économie réalisée grâce aux enchères elles-mêmes, notamment des coûts de renonciation dus à la non-participation de fournisseurs potentiels, et des dépenses d'exploitation supplémentaires dans le cas de travaux et de services; c) pouvaient inciter les enchérisseurs à l'imprudence et accroître ainsi le risque d'offres anormalement basses; d) ne tenaient peut-être pas suffisamment compte de facteurs autres que les prix, comme la qualité de l'exécution et les relations acheteur-fournisseur; e) risquaient de créer un conflit d'intérêts chez les acteurs du marché, tels que les sociétés informatiques et les "infomédiaires" ou "opérateurs de marchés électroniques", et les centrales d'achat demandant une rémunération; f) étaient plus exposées que les procédures classiques d'appel d'offres aux risques de collusion entre soumissionnaires, souvent indétectables par les entités adjudicatrices, en particulier lorsque les soumissionnaires étaient peu nombreux ou faisaient partie d'un même groupe participant à plusieurs enchères; et g) pouvaient avoir des incidences négatives sur le marché, en particulier un effet anticoncurrentiel, sur l'innovation technique et sur les pratiques innovantes.

55. Il a été noté aussi que certains commentateurs avaient observé que les économies identifiées ne persistaient pas à moyen et long terme. Il a été dit en outre au Groupe de travail que l'utilisation des enchères électroniques inversées pouvait avoir pour effet de décourager ou d'exclure la participation de petites et moyennes entreprises au processus de passation, et risquait donc d'être en contradiction avec d'autres objectifs de politique économique du gouvernement et de compromettre

davantage les gains d'efficacité et les économies à long terme en raison de son incidence négative sur la concurrence.

56. Il a été fait observer en outre que certains principes généraux de la passation des marchés énoncés dans la Loi type, y compris ceux qui interdisent la divulgation d'informations sur d'autres offres, les négociations avant clôture ou la course au moins-disant, pouvaient être contraires à certaines caractéristiques intrinsèques des enchères électroniques inversées, et le Groupe de travail a été invité en conséquence à formuler sa position générale à cet égard.

57. Il a été admis que l'on pourrait répondre à certaines des préoccupations ci-dessus, même lorsqu'elles tenaient aux caractéristiques intrinsèques des enchères électroniques inversées, par une réglementation visant à promouvoir la transparence, par exemple en imposant des conditions à l'utilisation desdites enchères. Il a été souligné que le Groupe de travail devrait, dans ses délibérations, mettre l'accent sur le risque de collusion, en tenant compte des positions actuelles d'autres organisations internationales sur cette question.

58. On a fait observer que deux systèmes d'enchères électroniques inversées étaient actuellement utilisés: ceux qui considéraient ces enchères comme une méthode autonome de passation, et ceux qui y voyaient une étape facultative dans d'autres procédures de passation. En outre, il y avait deux types principaux d'enchères électroniques inversées: ceux qui étaient fondés uniquement sur le prix le plus bas et ceux qui permettaient la prise en compte de critères supplémentaires. Dans certains systèmes, les critères supplémentaires étaient quantifiés au moyen d'une formule mathématique qui permettait de classer chaque soumissionnaire avant et pendant le déroulement de l'enchère elle-même. On a fait observer que, si l'utilisation de telles formules était avantageuse et éliminait les risques d'évaluations subjectives pendant le déroulement d'une enchère, on risquait aussi d'accorder une trop grande confiance à de telles méthodes de quantification.

59. Le Groupe de travail a noté que de nombreux commentateurs avaient observé que les enchères électroniques inversées donnaient les meilleurs résultats pour les biens et les services qui pouvaient être clairement spécifiés et dont les critères autres que les prix pouvaient être quantifiés, et qu'il y avait une tendance générale dans la pratique internationale à limiter l'utilisation de ces enchères aux biens normalisés et à certains types simples de services. Les biens courants, tels que le carburant, le matériel informatique standard, les fournitures de bureau et les produits de construction de base, ont été donnés comme exemples d'articles dont l'achat se prêtait aux enchères électroniques inversées. Bien qu'il ait noté que la passation de marchés de travaux était généralement exclue des enchères électroniques inversées, le Groupe de travail n'a pas considéré que ces types de marché devraient être exclus en tant que tels, dans ce sens que les principales questions étaient de savoir si les spécifications pouvaient ou non être rédigées avec précision et les critères à prendre en compte facilement et objectivement quantifiés.

60. Le Groupe de travail a rappelé le point de vue qu'il avait exprimé précédemment selon lequel, à condition que soient en place des garanties appropriées, on pouvait, sans déroger aux principes de la Loi type, recourir à des enchères électroniques inversées, qui pouvaient être bénéfiques à la fois pour les entités adjudicatrices et pour les fournisseurs (A/CN.9/568, par. 54). Les avis ont toutefois divergé sur le point de savoir s'il fallait insérer dans la Loi type des

dispositions régissant l'utilisation des enchères électroniques inversées. Certaines délégations ont jugé prématuré de prendre une décision sur ce point compte tenu des limites de l'expérience et de la réglementation constatées en la matière. Selon l'opinion qui a prévalu, cependant, compte tenu de l'utilisation croissante qui est faite des enchères électroniques inversées et du double objectif d'harmonisation et de promotion des meilleures pratiques, il fallait que la Loi type révisée contienne effectivement des dispositions relatives à ces enchères.

61. Il a été estimé que si la Loi type pouvait contenir une disposition générale énonçant des principes essentiels à appliquer pour recourir aux enchères électroniques inversées, le Guide pour l'incorporation devrait traiter de façon précise l'utilisation de ces enchères, en particulier leurs avantages et leurs inconvénients, les problèmes couramment rencontrés et les façons d'y faire face. Certains représentants et observateurs ont noté qu'il serait souhaitable, pour assurer la cohérence de la réglementation des différents pays à ce sujet, de disposer d'orientations de la CNUDCI. On a émis la crainte qu'en l'absence de telles orientations, il ne se développe des pratiques qui divergent et s'écartent des principes de la Loi type.

62. S'agissant de la teneur des dispositions générales autorisant le recours aux enchères électroniques inversées, il a été noté qu'un des principes essentiels serait leurs conditions (et leurs limites) d'utilisation, telles celles décrites au paragraphe 59 ci-dessus et énoncées plus en détail dans le document A/CN.9/WG.I/WP.35 (par. 20 à 25). En ce qui concerne certaines de ces conditions, le Groupe de travail est convenu de limiter, dans le cadre de la Loi type, les enchères électroniques inversées à la passation de marchés de biens, de travaux et de services clairement spécifiés, dont les critères autres que le prix pourraient être quantifiés. Il a été noté que les paragraphes 8 et 20 du document A/CN.9/WG.I/WP.35 pourraient servir de base pour définir le champ d'application de ces enchères.

63. Certaines délégations ont estimé que conformément au principe de neutralité technologique, qui vise à assurer l'égalité des fournisseurs (voir ci-dessus, par. 12), le Groupe de travail ne devrait pas se limiter à réglementer les enchères électroniques inversées, mais devrait aussi envisager les enchères inversées sous leur forme traditionnelle, non électronique. Il a été observé que ces enchères (ainsi que les enchères électroniques inversées) pourraient former la base d'une méthode dynamique de passation de marchés. Le Groupe de travail a reconnu que des enchères inversées revêtant cette forme étaient utilisées dans la passation de marchés publics dans certains pays d'une région donnée. De vives réserves, cependant, ont été émises quant au fait de savoir si l'utilisation d'enchères inversées traditionnelles constituait une pratique que la Loi type devrait promouvoir.

64. Il a en outre été observé que l'objectif de neutralité technologique était subordonné aux principes essentiels de la Loi type et qu'à cet égard, les enchères inversées, sous leur forme traditionnelle, risquaient de donner lieu, dans la procédure de passation de marchés, à un certain nombre d'irrégularités – collusion entre soumissionnaires, signalisation des prix, corruption et manque d'indépendance dans l'établissement des offres, les enchères inversées ne préservant pas, dans leur forme traditionnelle, l'anonymat des soumissionnaires. En outre, il a été observé que l'exigence de présence physique des soumissionnaires, imposée dans les enchères inversées traditionnelles, favorisait de fait les soumissionnaires situés à

proximité du lieu où se tenaient les enchères et accroissait les risques de collusion. Bien qu'il ait été admis que la préservation de l'anonymat ne contribuait que de façon partielle à garantir l'intégrité de la procédure de passation de marchés et ne prémunissait en rien contre la collusion, il a été estimé, de manière générale, que le risque d'une telle collusion serait probablement moindre dans des enchères électroniques inversées que dans d'autres formes d'enchères inversées.

65. Il a été rappelé qu'à sa sixième session, le Groupe de travail avait pris note à la fois du contexte dans lequel la question des enchères électroniques inversées s'était posée (à savoir les progrès techniques qui avaient donné lieu à cette méthode de passation de marchés) et des objections de fond qui avaient conduit la CNUDCI à décider initialement de ne pas mentionner les enchères inversées dans la Loi type. À cette session, le Groupe de travail avait par conséquent décidé que seules les enchères électroniques inversées devraient être prises en compte dans une version révisée de la Loi type (A/CN.9/568, par. 48). Bien que des hésitations aient été exprimées quant à l'inclusion, dans la Loi type, de dispositions relatives aux enchères inversées autres qu'électroniques, le Groupe de travail est convenu de statuer sur la question lorsqu'il sera saisi de projets de dispositions régissant l'utilisation des enchères électroniques inversées.

66. S'agissant des modes d'utilisation des enchères électroniques inversées dans la procédure de passation de marchés (A/CN.9/WG.I/WP.35, par. 26 et 27), c'est-à-dire la question de savoir s'il faudrait traiter les enchères électroniques inversées comme une méthode autonome de passation de marchés ou les traiter comme une étape facultative d'autres méthodes de passation de marchés, il a généralement été estimé préférable de fonder les projets de dispositions sur le fait que les enchères électroniques inversées sont une méthode autonome.

67. Le Groupe de travail a reporté son examen des paragraphes 28 à 34 du document A/CN.9/WG.I/WP.35 ainsi que du document A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1, et a confié au secrétariat le soin de rédiger, en vue de son insertion dans la Loi type, une disposition générale autorisant le recours aux enchères électroniques inversées en tant que méthode facultative de passation de marchés. On a fait valoir que le Groupe aurait besoin d'examiner certains aspects plus précis des enchères électroniques inversées, comme leurs conditions et modalités d'utilisation, pour pouvoir achever d'étudier la disposition autorisant leur utilisation et les principes généraux correspondants. Il a aussi été estimé que pour rédiger des dispositions de la Loi type régissant les enchères électroniques inversées, il faudrait une approche inspirée de celle adoptée sur le même sujet par les parties procédant actuellement à la révision de l'Accord plurilatéral sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (AMP), en ce qui concerne l'utilisation des enchères électroniques inversées.

D. Offres anormalement basses (A/CN.9/WG.I/WP.36)

68. Le Groupe de travail a examiné le sujet en s'appuyant sur une note du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.36). Il a rappelé qu'en 1989, le Groupe de travail qui s'occupait alors de la passation des marchés avait été informé qu'avec un "prix anormalement bas", on estimait "peu probable qu'un soumissionnaire puisse exécuter le marché à un prix inférieur à ce prix..., sauf au détriment de la qualité de

la main-d'œuvre ou des matériaux ou en travaillant à perte. Un prix anormalement bas pourrait aussi dans certains cas indiquer une collusion entre soumissionnaires" (A/CN.9/WG.V/WP.22). Le Groupe de travail, à sa session en cours, a souligné que la cause du problème était le risque lié à l'exécution, et a noté en outre que les offres anormalement basses risquaient d'aller à l'encontre des objectifs de la Loi type, y compris l'économie et l'efficacité dans la passation des marchés, la promotion de la concurrence entre fournisseurs et entrepreneurs, et le traitement juste et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs.

69. À cet égard, le Groupe de travail a noté que la Loi type repose sur un système fondé sur les prix et non sur les coûts, et qu'en tout état de cause seul le système fondé sur les prix était réaliste. En conséquence, une entité adjudicatrice devrait évaluer le risque potentiel lié à l'exécution en utilisant les prix comme indication des coûts, et l'analyse aboutirait nécessairement à une estimation. Il a également été rappelé qu'un prix bas ne serait pas nécessairement, en soi, l'indice d'un risque lié à l'exécution.

70. Le Groupe de travail a noté que des offres anormalement basses pouvaient être soumises pour diverses raisons – telles que des spécifications imprécises ou ambiguës, des erreurs dans l'évaluation du dossier d'appel d'offres, l'insuffisance du temps donné aux fournisseurs pour préparer les offres, des erreurs des fournisseurs dans l'évaluation de leurs propres coûts, et la fixation involontaire de prix inférieurs aux coûts pendant le déroulement de l'enchère –, et qu'il pouvait en résulter la soumission involontaire d'offres anormalement basses. D'un autre côté, il a aussi été reconnu qu'un comportement anticoncurrentiel, comme la pratique de prix prédatoires, mentionnée au paragraphe 12 du document A/CN.9/WG.I/WP.36, pouvait conduire cette fois à la soumission volontaire d'offres anormalement basses (bien qu'un tel comportement soit normalement contrôlé et réglementé par le droit de la concurrence ou le droit pénal). Le Groupe de travail a également été informé que l'Assemblée générale des Nations Unies avait adopté un "Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives" (A/RES/35/63 du 5 décembre 1980). Il a également été fait observer qu'il pouvait y avoir des offres anormalement basses volontaires si des fournisseurs cherchaient à emporter un marché à n'importe quel prix, par exemple s'ils essayaient d'obtenir un crédit et d'éviter l'insolvabilité.

71. Le Groupe de travail a noté également que les risques liés à l'exécution en cas d'acceptation d'une offre anormalement basse pouvaient avoir des conséquences très néfastes pendant la phase de l'exécution, et que les solutions disponibles à ce stade, qui comprenaient la résiliation du marché ou la demande de garanties supplémentaires, ne pouvaient être invoquées que dans des cas extrêmes (voir aussi A/CN.9/WG.I/WP.36, par. 15). Le Groupe de travail a donc conclu que la Loi type devrait s'attacher principalement à détecter les offres susceptibles d'être anormalement basses de façon à éviter leur soumission.

72. Le Groupe de travail a pris note des résultats de l'étude comparative des dispositions législatives actuelles des systèmes nationaux et internationaux relatives aux offres anormalement basses, présentées en détail aux paragraphes 26 à 61 du document A/CN.9/WG.I/WP.36. En résumé, il a noté que peu de législations interdisaient la soumission d'offres anormalement basses en tant que telles et que, plus souvent, diverses techniques d'analyse (axées sur les prix et les risques) étaient utilisées pour les détecter et les combattre. À cet égard, il a été souligné que

l'objectif de telles analyses était de déterminer si des prix étaient "réalistes" compte tenu des conditions du marché en ce qui concerne les prix et, lorsque ces informations pouvaient être disponibles, les coûts. Il a été noté aussi que de nombreux systèmes autorisaient les entités adjudicatrices à prendre des mesures pour se renseigner sur les offres soupçonnées d'être anormalement basses et exigeaient même qu'elles le fassent avant qu'une telle offre puisse être rejetée comme telle, cette procédure étant connue sous le nom de "procédure de justification du prix". Par exemple, il est dit à l'article 55 de la Directive 2004/18/CE de l'Union européenne, qu'un pouvoir adjudicateur, avant de pouvoir rejeter une offre susceptible d'être anormalement basse, doit demander par écrit les précisions sur la composition de l'offre qu'il juge opportunes.

73. Le Groupe de travail a également été informé que dans certains pays, les risques d'offres anormalement basses étaient aussi traités dans la législation qui prévoyait de tenir les fournisseurs responsables de leurs soumissions ou autres offres. En d'autres termes, il pouvait être demandé aux fournisseurs d'exécuter le marché au prix stipulé dans l'offre initiale, les demandes injustifiées de modification de ce montant étant rejetées. Ainsi, le fournisseur supporterait le risque de soumission d'une offre anormalement basse.

74. Le Groupe de travail a rappelé que la Loi type ne traitait pas expressément des offres anormalement basses, et par conséquent qu'une entité adjudicatrice ne pourrait rejeter une telle offre même si elle était détectée, mais pourrait disqualifier un fournisseur considéré comme n'ayant pas les qualifications requises ou rejeter une offre considérée comme non conforme en vertu des dispositions actuelles des articles 6 et 34, respectivement. À cet égard, il a été noté que l'article 6 de la Loi type indiquait que les qualifications des fournisseurs devaient être évaluées sur la base (entre autres) de leurs qualifications et compétences professionnelles, techniques et de gestion, de leurs ressources et de leur solvabilité, et que leurs administrateurs ne devaient pas faire l'objet d'enquêtes ou de poursuites pénales. Aux termes de l'article 34-3 de la Loi type, l'entité adjudicatrice n'accepte pas une offre si celle-ci n'est pas conforme ou si le fournisseur qui l'a soumise n'a pas les qualifications requises.

75. Il a été admis que ces dispositions pourraient permettre de traiter d'éventuelles offres anormalement basses, mais aussi noté qu'il n'était offert, à l'entité adjudicatrice, aucune possibilité de se renseigner sur une offre anormalement basse en recourant à une procédure de justification de prix. À cet égard, le Groupe de travail a noté que l'article 34-1 a) de la Loi type autorisait l'entité adjudicatrice à solliciter des éclaircissements sur une offre, mais qu'aux termes du Guide pour l'incorporation, cette disposition "ne [visait] pas par exemple un prix soumissionné anormalement bas semblant résulter d'un malentendu ou d'autres erreurs non apparentes dans l'offre" (A/CN.9/WG.I/WP.36, par. 23, citant le document A/CN.9/375).

76. En conséquence, le Groupe de travail a décidé qu'il faudrait modifier la Loi type de façon à permettre à des entités adjudicatrices de se renseigner sur des offres anormalement basses en recourant à une procédure de justification de prix. Il a aussi estimé qu'il faudrait fournir, dans le Guide pour l'incorporation, de nouvelles orientations appropriées.

77. À cet égard, il a été déclaré que la Loi type devrait mentionner les offres anormalement basses, qu'elles soient intentionnelles ou non, mais que les offres intentionnelles étaient réglementées de façon appropriée par la concurrence et, peut-être, par le droit pénal. Le Groupe de travail s'est également entendu dire qu'il importait de ne pas introduire de subjectivité dans l'évaluation d'éventuelles offres anormalement basses et qu'il ne fallait pas, par conséquent, compromettre, lors de futures révisions, la structure objective du texte actuel de l'article 34 de la Loi type.

78. Le Groupe de travail a estimé qu'il serait peut-être inutile de fournir, dans le texte de la Loi type, une définition de ce qu'est une offre anormalement basse, notant que les nouvelles directives de l'Union européenne n'en fournissaient pas.

79. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de rédiger, dans l'optique d'une future session, des projets de dispositions tenant compte d'une proposition qu'il avait faite selon laquelle on pourrait ajouter une nouvelle disposition, qui deviendrait l'article 34-3 e) ou un autre article de la Loi type, disposant que si un prix soumissionné est anormalement bas et suscite des craintes justifiées quant à l'aptitude du soumissionnaire à exécuter le contrat, l'entité adjudicatrice est autorisée à rejeter l'offre. Il a été noté que ce rejet serait soumis à deux conditions: que le soumissionnaire ait eu la possibilité d'expliquer ses prix dans le cadre d'une procédure de justification, et que le motif du rejet figure dans le procès-verbal de passation de marché, de sorte que toute contestation puisse être examinée en regard de ce motif. Le Groupe de travail a en outre prié le secrétariat d'examiner l'article XIII-4 de l'AMP (qui reconnaît à l'entité adjudicatrice le droit de se renseigner auprès du soumissionnaire pour s'assurer qu'il est en mesure de remplir les conditions de participation et qu'il est apte à satisfaire aux modalités du marché), ainsi que tout projet de texte révisé, afin de tenir compte de l'approche prévue par ces dispositions.

80. Le Groupe de travail a également pris note de la proposition figurant au paragraphe 80 du document A/CN.9/WG.I/WP.36, tendant à modifier l'article 34-٤ b) de la Loi type afin d'y indiquer expressément que l'offre à retenir est celle qui est soumise par un fournisseur jugé pleinement qualifié pour exécuter le marché et qui est l'offre proposant le prix le plus bas. Il a jugé que cette disposition ne suffirait pas, à elle seule, à résoudre les problèmes liés aux offres anormalement basses.

81. Le Groupe de travail a également prié le secrétariat de rédiger un texte qui permettrait à l'entité adjudicatrice de recourir à une procédure de justification de prix, et de supprimer du Guide le commentaire relatif à l'article 34-1 a) de la Loi type qui empêche d'utiliser cette disposition pour solliciter une justification de prix en présence d'offres soupçonnées d'être anormalement basses. Il n'est pas parvenu à une conclusion définitive quant au fait de savoir où cette disposition devrait être située, mais est convenu de revoir la question lorsqu'il serait saisi, pour examen, des projets de dispositions révisés.

82. Le Groupe de travail est généralement convenu que les points énoncés au paragraphe 76 du document A/CN.9/WG.I/WP.36 pourraient former la base de nouvelles orientations à fournir dans le Guide pour l'incorporation, et qu'il faudrait développer, dans le Guide, les dispositions actuelles de la Loi type relatives à l'évaluation des offres et aux critères de qualification, de façon à faciliter

l'identification des offres anormalement basses, l'évaluation du risque lié à l'exécution et l'adoption de mesures appropriées.

A/CN.9/WG.I/WP.34

E. Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – questions découlant de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa septième session

(A/CN.9/WG.I/WP.34 et Add.1 et 2) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-5

II. Principes législatifs généraux et démarche à suivre pour traiter l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans le processus de passation des marchés. 6-13

III. Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés 14-47

A. Notion d'"électronique" et termes apparentés 17-22

B. Publication des lois, règles et règlements régissant la passation des marchés 23-30

C. Publication des possibilités de marchés 31-45

D. Publication des avis d'attribution de marchés et d'autres informations 46-47

I. Introduction

1. La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (ci-après "la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés" ou "la Loi type")[1], adoptée par la Commission en 1994, est destinée à servir de modèle aux États qui souhaitent moderniser leur législation dans ce domaine et à promouvoir des procédures visant à garantir la concurrence, la transparence, l'équité, l'économie et l'efficacité dans le processus de passation. Elle a influencé la législation dans un grand nombre de pays et son utilisation a contribué à une harmonisation croissante des règles et procédures de passation.

[1] Pour le texte de la Loi type, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/49/17 et Corr.1), annexe I (texte également publié dans: Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *Annuaire* (ci-après "*Annuaire de la CNUDCI*"), vol. XXV: 1994 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.20), troisième partie, annexe I). La Loi type est également disponible sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI (http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf).

2. À sa trente-sixième session, en 2003, la Commission s'est déclarée très favorable à l'idée d'inclure le droit de la passation des marchés dans son programme de travail, notamment pour pouvoir étudier les questions et pratiques nouvelles ayant vu le jour depuis l'adoption de la Loi type[2]. À sa trente-septième session, en 2004, elle a indiqué que le Groupe de travail chargé d'examiner ce thème devrait se concentrer sur deux principaux aspects pour lesquels la Loi type gagnerait probablement à être révisée: d'une part, les questions découlant de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics et, d'autre part, les questions qui se sont posées lors de l'application de la Loi type elle-même[3].

3. Le Groupe de travail I (Passation de marchés) a commencé à élaborer des propositions de révision de la Loi type à sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004) en se fondant sur deux études élaborées par le secrétariat, l'une sur les questions découlant de l'utilisation accrue des communications électroniques et de l'informatique dans la passation des marchés publics, y compris l'Internet (A/CN.9/WG.I/WP.31), et l'autre sur les questions découlant de l'expérience récente en matière d'application de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.32).

4. À cette session, le Groupe de travail a noté que le recours à la passation électronique des marchés comportait de nombreux avantages potentiels, notamment en assurant un meilleur rapport qualité-prix et une plus grande transparence dans le processus de passation. Il a constaté que ces avantages potentiels correspondaient aux principaux buts et objectifs de la Loi type. Il a ensuite examiné dans quelle mesure cette dernière devrait éventuellement être modifiée pour permettre aux États adoptants de tirer pleinement parti de la passation électronique. Le Groupe de travail a dégagé trois grands principes sur lesquels se fonder pour traiter l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la Loi type: a) celle-ci devrait, dans la mesure du possible, encourager une telle utilisation dans la passation des marchés; b) elle devrait énoncer à cette fin des dispositions appropriées en termes techniquement neutres; et c) le Guide pour l'incorporation[4] pourrait, si nécessaire, fournir des indications supplémentaires plus détaillées. Le Groupe de travail est convenu que les recommandations susceptibles d'être formulées devraient viser tous les moyens de communication et contenir des indications sur les conditions devant régir leur utilisation (A/CN.9/568, par. 12 à 18).

5. Il a été constaté que les principaux problèmes de fond concernant la passation électronique des marchés se posaient dans les domaines suivants: la publicité des informations relatives aux marchés, notamment des invitations à participer à la procédure de passation et des avis d'attribution des marchés, l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation et l'utilisation des enchères électroniques inversées (A/CN.9/568, par. 19). La présente note et ses

---

[2] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 229.

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

[4] Pour le texte du Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, voir document A/CN.9/403, reproduit dans: Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *Annuaire*, vol. XXV: 1994 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.20), troisième partie, annexe II.

additifs examinent la portée des travaux futurs dans les deux premiers domaines et proposent des projets de modification aux articles concernés de la Loi type. Les questions relatives à l'utilisation des enchères électroniques inversées sont abordées dans un document séparé (A/CN.9/WG.I/WP.35).

II. Principes législatifs généraux et démarche à suivre pour traiter l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans le processus de passation des marchés

6. La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés a été adoptée à une époque où l'on pouvait prévoir que l'utilisation de l'informatique et des communications électroniques, même si elle n'était pas très répandue alors, finirait par se généraliser. C'est pourquoi certaines de ses dispositions, comme l'article 9-1, qui se réfère aux communications présentées sous une forme qui "atteste" leur teneur (au lieu de mentionner expressément les "communications écrites"), témoignent du souci de tenir compte des communications électroniques ou autres communications analogues. Toutefois, les questions juridiques liées à l'utilisation des nouvelles technologies ne sont pas la préoccupation première de la Loi type et le libellé d'un certain nombre de dispositions montre que celles-ci ont été élaborées dans un contexte où les systèmes de communication, d'archivage et de preuve se fondaient dans une large mesure sur des informations consignées sur des supports matériels (essentiellement écrites sur papier). On citera, à titre d'illustration, le fait que la Loi type mentionne des "pièces" et des notions similaires (voir art. 6-2, 7-3 a) iii), 10, 27 c), 36, 38 f)) ou que les règles régissant l'élaboration, la modification, le retrait, la soumission et l'ouverture des offres exigent, en particulier, la présentation de ces dernières dans une "enveloppe scellée" (voir art. 27 h), q), r) et z); 30, 31-2 et 33).

7. À la sixième session du Groupe de travail, il a été proposé que ce dernier s'inspire autant que possible des dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[5] (A/CN.9/568, par. 43). En effet, un certain nombre de principes énoncés dans cette dernière pourraient être utiles pour moderniser la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés. Dans certains cas, toutefois, la différence de finalité entre les deux lois exigera peut-être l'élaboration de solutions adaptées au contexte particulier de la passation des marchés publics.

8. La Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique a pour objet d'offrir aux législateurs nationaux un ensemble de règles internationalement acceptables pour lever un certain nombre d'obstacles juridiques à l'utilisation des moyens modernes de communication, obstacles qui tiennent parfois au fait que l'effet ou la validité juridique de ces moyens de communication sont incertains. La Loi type

---

[5] Pour le texte de la Loi type, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), annexe I (également publié dans *l'Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXVII: 1996 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.98.V.7), troisième partie, annexe I). La Loi type et son Guide pour l'incorporation dans le droit interne ont été publiés sous la forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4) et sont disponibles sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI (http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-ecomm-F.htm).

utilise à cette fin une “approche fondée sur l’équivalent fonctionnel”, qui consiste à analyser les objectifs et les fonctions de l’exigence traditionnelle de documents papier afin de déterminer comment ces objectifs pourraient être atteints ou ces fonctions assurées avec les techniques du commerce électronique. La Loi type sur le commerce électronique ne cherche pas à définir un équivalent informatique pour tout type de document papier. Elle s’attache plutôt à isoler les fonctions essentielles de l’exigence d’un document papier afin de dégager des critères qui, s’ils sont remplis par des messages de données, permettent à ces derniers d’obtenir la même reconnaissance juridique que leurs équivalents papier remplissant la même fonction. Conformément à cette approche et à l’objectif de neutralité technique, la Loi type n’attribue pas de conséquences juridiques à une technique ou à un format particuliers utilisés pour créer un message de données. Dans le système de la Loi type, la question de savoir si un message de données est effectivement “accessible pour être consulté ultérieurement” devrait être traitée au cas par cas.

9. Un autre aspect important dont le Groupe de travail souhaitera peut-être tenir compte est le rôle central attribué à l’autonomie des parties dans le système de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Cette dernière part du principe que, dans la pratique, les solutions aux difficultés juridiques que soulève l’utilisation des moyens modernes de communication peuvent dans une certaine mesure être trouvées par voie contractuelle. Les parties peuvent donc exclure ou modifier les dispositions du chapitre III de la Loi type (qui traite de la formation et de la validité des contrats, de la reconnaissance par les parties des messages de données, de l’attribution de ces messages, de l’accusé de réception ainsi que du moment et du lieu de l’expédition et de la réception des messages).

10. En résumé, la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique pourrait être décrite comme énonçant une série de principes qui a) définissent des critères généraux d’équivalence fonctionnelle de manière souple afin de tenir compte des technologies changeantes et évolutives ou b) fixent des règles supplétives s’appliquant sauf stipulations contraires des parties.

11. Si l’on peut recourir au principe de l’équivalence fonctionnelle pour trouver des solutions dans le domaine de la passation des marchés, il faudrait néanmoins tenir compte du fait que les entités adjudicatrices souhaiteront peut-être soumettre l’utilisation des communications électroniques à certaines conditions en fonction de leur niveau de complexité respectif, des exigences de sécurité et d’autres facteurs pertinents. La très grande souplesse inhérente à la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique – et sans doute essentielle dans le droit privé – ne convient peut-être pas tout à fait pour assurer le degré de sûreté juridique élevé qu’exigent les marchés publics.

12. Dans la pratique, les pays qui ont adopté une législation sur les opérations électroniques régissant des questions telles que celles traitées par la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique ne semblent pas se fonder exclusivement sur ce cadre législatif pour instaurer l’utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés ou, plus généralement, dans la fonction publique. Dans certains pays, les règles générales relatives aux communications électroniques ne

s'appliquent pas à la passation des marchés publics[6], ou ont été incorporées dans les règles de droit privé existantes de telle manière qu'elles ne semblent pas s'appliquer automatiquement à la fonction publique[7]. D'autres pays et régions ont adopté à la fois des règles sur l'utilisation des communications électroniques dans l'administration (y compris dans la passation des marchés) et une législation générale sur le commerce électronique, dont certaines dispositions sont déclarées applicables au secteur public, tandis que d'autres ne semblent pas avoir été conçues à l'intention de l'administration[8]. Dans plusieurs autres pays, encore, la législation générale sur le commerce électronique et les opérations électroniques régit expressément les administrations, sauf dans un certain nombre de domaines spécifiquement exclus[9]. Cependant, même dans ces pays, la législation sur le commerce électronique contient souvent des règles spéciales pour l'utilisation des communications électroniques dans le secteur public[10], ou prévoit généralement l'adoption de règlements spéciaux à cette fin[11]. Lorsque des dispositions particulières existent, elles autorisent généralement les organismes publics à spécifier des aspects tels que les modalités et le format de stockage, de création, de conservation ou d'émission des enregistrements électroniques; l'obligation ou non de signer les enregistrements électroniques et les méthodes pouvant être utilisées pour créer la signature; les mécanismes et procédures de contrôle propres à assurer

---

[6] États-Unis d'Amérique (Electronic Signatures in Global and National Commerce Act, Public Law 106-229, 30 juin 2000, art. 102 b)).

[7] C'est le cas, par exemple, en France (voir Loi n° 2000-230, du 13 mars 2000, *Journal officiel*, 14 mars 2000) et au Mexique (voir *Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código civil para el Distrito Federal* du 26 avril 2000).

[8] Au sein de l'Union Européenne, le commerce électronique, y compris les signatures électroniques, et les marchés publics sont soumis à un régime harmonisé défini par des directives du Parlement européen et du Conseil. Le commerce électronique et les signatures électroniques sont régis par deux directives différentes (Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("Directive sur le commerce électronique"), *Journal officiel des Communautés européennes*, n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1; et Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques ("Directive sur les signatures électroniques"), *Journal officiel des Communautés européennes*, n° L 13 du 19 janvier 2000, p. 12). Si la deuxième directive mentionne expressément l'utilisation des signatures électroniques dans le secteur public, sous réserve d'"exigences supplémentaires éventuelles" (voir art. 3-7), la première n'indique pas clairement dans quelle mesure ses dispositions peuvent être appliquées dans le secteur public. Les règles harmonisées de passation des marchés récemment adoptées contiennent, quant à elles, des dispositions expresses sur la passation électronique (voir Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (*Journal officiel de l'Union européenne*, n° L 134 du 30 avril 2004, p. 114), articles 33, 36-3, 42 et 54).

[9] Australie (Electronic Transactions Act, 1999); Irlande (Electronic Commerce Act, 2000); et Nouvelle-Zélande (Electronic Transactions Act, 2002).

[10] Inde (Information Technology Act, 2000, art. 4 à 10); Irlande (Electronic Commerce Act, 2000, art. 12); Maurice (Electronic Transactions Act, 2000, art. 40); Philippines (Electronic Commerce Act, 2000, art. 27 à 29); et Singapour (Electronic Transactions Act, 1998, art. 47).

[11] République de Corée (Loi cadre sur le commerce électronique, 1999, art. 27); Thaïlande (Electronic Transactions Act, 2001, art. 35); et Venezuela (*Decreto n° 1024 de 10 de febrero de 2001 – Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas*, art. 3).

l'intégrité, la sécurité et la confidentialité des enregistrements ou des paiements électroniques. Enfin, certains pays – dont tous ne disposent pas d'un cadre général pour le commerce électronique et les opérations électroniques[12] – ont adopté des dispositions détaillées sur les communications électroniques dans le processus de passation des marchés[13].

13. En conséquence, le Groupe de travail estimera peut-être que, pour un traitement approprié des questions soulevées par l'utilisation des communications électroniques dans le cadre de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, il faudra sans doute davantage qu'un simple renvoi aux dispositions pertinentes de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique ou de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques[14]. Il est donc proposé que le Groupe de travail insère des dispositions fondées sur les textes relatifs au commerce électronique élaborés par la CNUDCI tout en les modifiant pour les adapter à la passation des marchés publics dans la Loi type révisée.

III. Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés

14. À sa sixième session, le Groupe de travail a été informé du fait que la publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés pouvait assurer à ces dernières une diffusion plus large que les méthodes traditionnelles sur support papier, en les rendant plus accessibles à un nombre potentiellement plus grand de fournisseurs. Il a été d'avis que la Loi type devrait encourager la publication par voie électronique des informations qu'elle faisait obligation aux États de publier (A/CN.9/568, par. 21).

15. L'objectif étant de promouvoir l'utilisation et l'application de la Loi type, le Groupe de travail est convenu de préserver la souplesse et de trouver un équilibre entre les dispositions de la Loi, qui traiteraient les questions sur le plan des politiques et des principes, et le Guide pour l'incorporation, qui les aborderait plus

---

[12] Par exemple, le Brésil n'a pas de législation générale sur le commerce électronique ou sur la valeur juridique des communications électroniques, mais a adopté des lois spécifiques sur certaines applications de l'informatique dans la passation des marchés, telles que les enchères électroniques inversées et les catalogues électroniques (voir Loi n° 10520 du 17 juillet 2002 (accessible à l'adresse https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm) et *décret n° 3697* du 21 décembre 2000 (accessible à l'adresse https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3697.htm).

[13] Outre une législation générale sur le commerce électronique (Electronic Commerce Act, 2000), les Philippines ont adopté des règles spécifiques concernant l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés (voir Republic Act (loi de la République) n° 9184, également intitulée "Government Procurement Reform Act", accessible à l'adresse http://www.procurementservice.net/English/AboutEPS/RepublicAct9184-GPRA.pdf), et son règlement d'application, accessible à l'adresse http://www.neda.gov.ph/references /RAs/Approved%20IRR-A%20of%20R.A.%209184(July%2011,%202003).pdf).

[14] Pour le texte de la Loi type, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), annexe II. La Loi type et le Guide pour son incorporation ont été publiés sous la forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8) et sont disponibles sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI (http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-elecsign.pdf).

en détail, si nécessaire. Il a donc estimé que la Loi type devrait essentiellement se limiter à formuler les principes directeurs de manière appropriée mais que le Guide pour l'incorporation pourrait à toutes fins utiles donner de plus amples indications (A/CN.9/568, par. 24).

16. Le Groupe de travail a noté qu'une question importante était de savoir dans quelle mesure la publication électronique devrait être obligatoire ou facultative, autrement dit si, dans tel ou tel cas, les informations devraient être publiées par des moyens électroniques uniquement ou par des moyens électroniques en sus des méthodes traditionnelles sur support papier. Selon un avis fermement appuyé, la publication électronique devrait être autorisée, mais à titre facultatif, notamment pour préserver le principe de souplesse et pour tenir compte des différences de situation entre États adoptants (A/CN.9/568, par. 25 et 26). En conclusion, le Groupe de travail a estimé que cette forme de publication devrait demeurer facultative dans le cadre de la Loi type. Il est néanmoins convenu que le Guide pour l'incorporation pourrait donner des indications afin d'aider les législateurs à établir des seuils de maturité technologique et d'accès aux marchés à partir desquels ils pourraient envisager d'imposer l'obligation de publier les informations sous forme électronique (A/CN.9/568, par. 27).

A. Notion d'"électronique" et termes apparentés

17. De par son caractère procédural, la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés mentionne, dans plusieurs de ses dispositions, divers types de communications entre les entités adjudicatrices et les fournisseurs ou diverses mesures prises par eux dans le cadre de la procédure de passation ainsi que la forme qu'elles doivent revêtir[15]. Bien que, dans la plupart des cas, les expressions employées ne soient pas intrinsèquement liées à un support particulier, le Groupe de travail pourrait juger bon d'insérer, au besoin, des mentions destinées à permettre de communiquer par "des moyens électroniques".

18. À cette fin, il sera peut-être nécessaire d'indiquer dans la Loi type la signification du mot "électronique" en rapport avec la forme des communications. Une telle définition est importante car ce mot, généralement employé pour qualifier toute information qui n'est pas contenue sur un support matériel, désigne à proprement parler une technologie particulière (utilisant des impulsions électriques). Ainsi, l'imagerie numérique, qui dans l'usage courant, est assimilée à une technique "électronique", repose sur le stockage optique, qui techniquement n'a rien à voir avec l'"électronique".

---

[15] Par exemple, "accepter", "adresser à", "prier", "approuver", "faire savoir", "exiger", "communiquer", "solliciter", "donner la possibilité", "informer", "donner", "décider", "rejeter", "consigner", "obtenir", "modifier", "oublier un additif", "rendre une décision", "inviter", "engager une procédure", "expédier", "fournir", "renvoyer" (les offres reçues après la date limite), "recevoir", "confirmer", "faire proroger ", "retirer", "mettre fin", "envoyer", "demander", "autoriser", "accorder", "recommander", "débouter", "annuler", "réviser", "ordonner", "participer", "remettre", "divulguer", "révéler", "engager l'action", "certifier", "promptement", ainsi que d'autres termes comme "dossier" ou "pièces".

19. La Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, qui s'intéresse avant tout à la valeur juridique de l'"information", ne définit pas la notion d'"électronique", une telle définition étant inutile puisqu'elle se trouve incorporée dans la notion de "message de données". En effet, son article 2 a) définit le "message de données" 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". Comme l'explique le paragraphe 30 du Guide pour l'incorporation, la notion de "message de données" telle qu'employée dans la Loi type ne se limite pas aux données communiquées mais englobe aussi les données enregistrées sur ordinateur qui ne sont pas destinées à être communiquées.

20. Bien que la notion de "message de données", telle qu'employée dans le contexte général de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, fournisse des indications utiles sur les techniques devant être visées par toute disposition destinée à promouvoir l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, elle ne sera peut-être pas directement transposable dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés. Il vaudrait probablement mieux insérer une définition générale de la notion d'"électronique", qui pourrait qualifier soit le support utilisé pour stocker l'information (par exemple "document électronique") soit le moyen utilisé pour transmettre l'information ("publication par voie électronique").

21. Un autre élément important à prendre en considération est la notion d'"écrit" ou d'"enregistrement". La Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique ne définit pas ces termes, car elle s'appuie sur l'interprétation qui leur est donnée dans d'autres lois. Une telle définition n'est pas nécessaire non plus car la Loi type n'établit aucune exigence de forme[16]. Dans certains pays, la législation autorise l'utilisation de communications électroniques chaque fois qu'un document écrit est exigé[17]. Du fait, toutefois, que plusieurs dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés fixent diverses conditions de forme et que les entités adjudicatrices ne pourront peut-être pas toujours considérer la forme électronique comme satisfaisant à toutes ces conditions ou à certaines d'entre elles, il importera sans doute de conserver dans la Loi type une distinction entre les "documents papier" ou "communications sur papier" et leurs équivalents électroniques.

22. Sous réserve des définitions ou éclaircissements supplémentaires qu'il pourrait juger nécessaires au vu de ses délibérations, le Groupe de travail souhaitera

---

[16] Le Guide pour l'incorporation indique cependant qu'une définition d'"enregistrement" reprenant les caractéristiques d'un "écrit" mentionnées à l'article 6 pourrait être ajoutée dans les États où cela semblerait nécessaire (*Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4), par. 30).

[17] En Lituanie, l'article 2-16 de la Loi n° IX-1217 du 3 décembre 2002 sur les marchés publics, qui autorise l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, contient une définition d'"écrit" qui englobe les informations stockées et transmises par voie électronique. Une disposition similaire figure à l'article 3 de la Loi de la République du Monténégro sur les marchés publics (*Journal officiel du Monténégro*, n° 40/2001). Une traduction anglaise des deux lois est disponible au secrétariat.

peut-être envisager d'insérer, à l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, de nouvelles définitions dont le projet de texte figure dans l'additif à la présente note, publié sous la cote A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2.

B. Publication des lois, règles et règlements régissant la passation des marchés

23. À sa sixième session, le Groupe de travail a examiné: a) la publication électronique des textes juridiques mentionnés à l'article 5 de la Loi type; et b) la question de savoir si d'autres informations non visées par l'article 5, telles que des politiques ou instructions internes, devraient entrer dans le champ d'application de la Loi type.

1. Publication électronique des textes juridiques mentionnés à l'article 5 de la Loi type

24. L'article 5 de la Loi type énonce un principe général d'accessibilité selon lequel le texte de la Loi elle-même ainsi que "des règlements en matière de passation des marchés et de toutes les décisions et directives administratives d'application générale relatives à la passation des marchés régis par la présente Loi" est "promptement mis à la disposition du public et systématiquement tenu à jour". À sa sixième session, le Groupe de travail a constaté que cette disposition semblait avoir une portée suffisamment large pour englober toute forme de publication – électronique ou sur support papier – puisqu'elle traitait la question du point de vue de l'accessibilité (A/CN.9/568, par. 22).

25. Il pourrait néanmoins être utile de prévoir clairement dans la Loi type la possibilité de diffuser ces informations par voie électronique. Ayant généralement exprimé le souhait que les communications électroniques soient autorisées, mais non imposées, et qu'elles ne se substituent pas aux autres modes de publication, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés pourrait être modifié de manière à se référer à la possibilité de diffuser simultanément les informations par voie électronique (un projet de modification est proposé dans l'additif à la présente note, publié sous la cote A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2).

26. De fait, un certain nombre de pays utilisent de plus en plus les moyens électroniques pour publier des lois, des règlements et d'autres informations analogues d'intérêt général[18]. Les lois, les règlements et, parfois, les décisions judiciaires et d'autres informations similaires d'intérêt général sont généralement placés dans des bases de données accessibles par Internet. Cependant, l'étendue de la diffusion, la qualité et le niveau d'accès ainsi que la quantité d'informations fournies varient sensiblement d'un cas à l'autre. Le plus souvent, toutes les informations sont accessibles gratuitement. Dans certains pays, toutefois, elles ne le

---

[18] On trouvera une liste de liens vers les versions en ligne de tous les journaux officiels publiés dans le monde à l'adresse http://www.lib.umich.edu/govdocs/gazettes/. Pour des liens vers des sites européens officiels, voir http://forum.europa.eu.int/irc/opoce/ojf/info/data/prod/html/gaz1.htm).

sont qu'aux abonnés à un prestataire de services[19]. La technologie utilisée n'est pas uniforme non plus: la diffusion des informations repose dans la plupart des cas sur des solutions Internet mises au point par des organismes publics, mais aussi parfois sur d'autres types de réseaux[20].

27. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail pourrait envisager d'employer un terme général qui ne soit pas spécifiquement lié à une technologie ou à un procédé particulier, tel que "système d'information électronique accessible au public", lequel pourrait recouvrir différents moyens tels que l'Intranet, les sites Internet ou les bases de données électroniques internes accessibles au public. Le terme proposé aurait en outre l'avantage de s'inspirer de la terminologie qui est employée dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et qui a été reprise dans la législation de plusieurs pays ayant incorporé cette Loi dans leur droit interne. Le terme "système d'information" est défini à l'article 2 f) de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique comme "un système utilisé pour créer, envoyer, recevoir, conserver ou traiter de toute autre manière des messages de données"[21]. Un projet de définition est proposé dans l'additif à la présente note, qui est publié sous la cote A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2. Une autre solution possible serait de ne pas définir le terme dans la Loi type mais d'en expliquer la signification dans le Guide pour l'incorporation.

28. Une autre question que le Groupe de travail souhaitera peut-être aborder est celle de savoir s'il serait souhaitable de fournir dans le Guide pour l'incorporation des indications sur la valeur de la publication électronique des lois et règlements. L'état actuel des publications électroniques fait que les informations ne sont pas encore universellement accessibles. Comme il a été indiqué plus haut, l'obligation de payer un abonnement peut également entraver l'accès aux informations. De plus, même dans les pays avancés sur le plan technologique, les bases de données législatives sont parfois incomplètes et contiennent des textes qui ne remontent qu'à un certain nombre d'années. Les organismes chargés de les tenir à jour limitent généralement leur responsabilité en indiquant que les textes législatifs et autres fournis sous forme électronique, en particulier lorsque le fichier électronique n'est pas un fac-similé du texte original imprimé, ne font pas foi[22]. Dans la plupart des cas, les lois et règlements sont publiés sous forme électronique à des fins d'information uniquement. Certains pays envisagent néanmoins de rendre la publication électronique et la publication sur papier juridiquement équivalentes[23].

---

[19] Par exemple, l'Afrique du Sud (http://origin.sundayobserver.lk/2001/pix/gov_gazette.html).

[20] Par exemple, à Sri Lanka (http://origin.sundayobserver.lk/2001/pix/gov_gazette.html) et en Thaïlande (http://library2.tu.ac.th/gazette/index.html).

[21] Comme l'explique le Guide pour l'incorporation, un système d'information pourrait, dans certains cas, désigner "un réseau de communication" et, dans d'autres "une boîte aux lettres électronique ou même un télécopieur" (*Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4), par. 40).

[22] La page d'accueil du journal officiel portugais (*Diário da República-DRE*), par exemple, indique que la consultation des bases de données du journal officiel ne dispense pas de lire l'original (http://dre.pt/).

[23] En Inde, par exemple, l'article 8 de la loi intitulée "Information Technology Act, 2000", prévoit que lorsqu'une loi exige la publication au journal officiel d'une règle, d'un règlement, d'une ordonnance, d'un arrêté, d'un avis, ou d'un autre texte, cette exigence est réputée remplie si le

2. Autres renseignements devant être publiés

29. En ce qui concerne le contenu des informations à publier, le Groupe de travail a noté qu'il devrait examiner plus avant si d'autres renseignements intéressant les fournisseurs potentiels, dont la Loi type n'exige pas la publication actuellement, tels que les politiques ou instructions internes sur la conduite de la procédure de passation (voir A/CN.9/568, par. 28), pourraient être mentionnés dans une nouvelle disposition ou recommandation.

30. Étant donné que ces renseignements sont de nature substantielle et ne sont pas simplement une conséquence de l'utilisation des communications électroniques, le secrétariat examine actuellement la pratique suivie dans les régimes internes de passation des marchés et fera part au Groupe de travail des résultats de son examen en temps utile. Toutefois, aucune disposition particulière ne devrait en principe être nécessaire pour la publication électronique de ces renseignements (par opposition à d'autres formes de publication), le secrétariat proposant d'insérer simplement des mentions appropriées à ce sujet dans l'actuel article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, une fois que le Groupe de travail se sera entendu sur la nature des renseignements en question.

C. Publication des possibilités de marchés

31. Le degré d'utilisation des moyens électroniques pour diffuser des informations relatives à la passation des marchés étant variable, il serait utile que le Groupe de travail distingue entre deux types de publications, à savoir: a) d'une part, la publication d'informations générales sur les possibilités de marchés à venir et b) d'autre part, la publication d'invitations à participer à des procédures de passation particulières.

32. Cette distinction se justifie par le fait que les informations mentionnées au point a) ci-dessus ne présentent habituellement aucun caractère contraignant et ont une finalité générale, par exemple favoriser une meilleure planification de la passation des marchés publics ou permettre aux fournisseurs potentiels de prendre des dispositions préalables pour participer aux procédures de passation à venir. La Loi type n'exige pas actuellement la publication de ces informations. Les invitations visées au point b) ci-dessus, quant à elles, diffèrent considérablement des informations générales relatives aux possibilités de marchés, car elles constituent la base sur laquelle sera conduite la procédure de passation et donnent naissance à des droits et obligations qui s'imposent tant aux entités adjudicatrices qu'aux fournisseurs. Il est admis toutefois que, dans la pratique, les dispositions ou recommandations législatives élaborées par les organisations internationales sur la publication électronique des possibilités de marchés, souvent formulées en termes généraux, ne distinguent pas toujours entre ces deux types de publications.

---

texte en question est publié au journal officiel ou au journal électronique.

1. Informations générales sur les possibilités de marchés à venir

33. À sa sixième session, le Groupe de travail a noté que l'article 24 de la Loi type se référait à la publication d'invitations à participer à une procédure de passation particulière, telles qu'une invitation à soumettre une offre ou à présenter une demande de présélection, mais qu'aucune disposition équivalente n'était prévue pour les étapes antérieures du processus de passation, telles que la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir (A/CN.9/568, par. 28).

34. Plusieurs pays publient fréquemment des informations préalables sur des projets futurs ou des informations générales sur les possibilités de marchés avec des entités particulières. En règle générale, les entités adjudicatrices publient régulièrement (par exemple une fois par an) des informations générales sur leurs besoins en biens et services prévus pour la période considérée, sans engagement de leur part d'acquérir effectivement ces biens ou services. Ces informations sont de plus en plus souvent diffusées par voie électronique et peuvent figurer sur le site Web de l'entité adjudicatrice concernée ou sur des systèmes électroniques centralisés regroupant plusieurs entités.

35. L'Union européenne dispose d'un système centralisé de publication et de traduction pour tous ses États membres qui doit être utilisé pour tous les marchés réglementés, dont un avis est publié au *Journal officiel de l'Union européenne*, disponible sous forme électronique uniquement (sur Internet et sur CD-ROM). Toutefois, les entités peuvent faire paraître des avis supplémentaires dans d'autres publications et le font généralement (souvent sur support papier et sur support électronique également). Le régime de l'Union européenne exige actuellement[24] que les entités publient des avis généraux de possibilités de marchés lorsque leurs achats de certains groupes de produits ou catégories de services dépassent un montant spécifié (égal ou supérieur à 750 000 euros) ainsi que des préavis des principaux projets de travaux[25].

36. L'Accord sur les marchés publics (ci-après "AMP")[26], négocié sous les auspices de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), et l'Accord de libre-

---

[24] L'article 35 de la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 (*Journal officiel de l'Union européenne*, n° L 134, 30 avril 2004, p. 114), que les États membres de l'Union doivent mettre en application au plus tard le 31 janvier 2006, prévoit que les pouvoirs adjudicateurs peuvent continuer de publier les avis de préinformation sur les possibilités de marchés dont la valeur est égale ou supérieure à un seuil spécifié dans le *Journal officiel de l'Union européenne* mais que cette publication n'est obligatoire que lorsque les pouvoirs adjudicateurs ont recours à la faculté de réduire les délais de réception des offres conformément à l'article 38-4 de la Directive.

[25] Un tel avis de préinformation n'engage pas le pouvoir adjudicateur à conclure effectivement les marchés pour le montant estimé. En Allemagne, le paragraphe 17a de la communication intitulée *Bekanntmachung der Neufassung der Verdingungsordnung für Leistungen*, du 17 septembre 2002, explique ce qui suit: "Les pouvoirs adjudicateurs publient le plus rapidement possible après le début de l'exercice budgétaire des avis non contraignants contenant des informations sur tous les marchés prévus pour les douze prochains mois d'un montant respectif d'au moins 750 000 euros" (*Bundesanzeiger* n° 216a, 20 novembre 2002).

[26] Texte accessible à l'adresse http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf. Au moment où le présent document a été rédigé (décembre 2004), les États et régions ci-après étaient parties à l'Accord: Canada, Communautés européennes (à savoir ses 25 États membres: Allemagne, Autriche, Belgique, Chypre, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Grèce, Hongrie,

échange nord-américain ("ALENA")[27] énumèrent pour chaque État les publications dans lesquelles doivent paraître les avis de marchés, sans énoncer d'exigences particulières ni de principes généraux concernant le mode de publicité.

37. Les principes non contraignants sur les marchés publics de l'Association de coopération économique Asie-Pacifique (APEC) indiquent que les informations sur les possibilités de marchés devraient être diffusées sur un support aisément accessible dont la consultation serait gratuite ou facturée à un prix raisonnable, par exemple sur Internet[28]. Ils précisent également que la publication sur Internet d'informations relatives aux marchés est un moyen d'assurer l'application du principe de non-discrimination énoncé par le Groupe, car elle permet à ces informations d'être instantanément accessibles à tous les fournisseurs intéressés[29].

38. La publication d'informations préalables sur des projets futurs et d'informations générales sur des possibilités de marchés n'est pas le seul fait des entités adjudicatrices dont les activités de passation sont régies par un régime multilatéral ou régional, ni celui des pays développés. En effet, les pays en développement ont de plus en plus recours à la publication électronique d'informations relatives à la passation de marchés. Dans certains cas, ces informations figurent sur le site Web de l'entité adjudicatrice concernée et, dans d'autres, sur des systèmes électroniques centralisés[30].

39. Les capacités des systèmes de publication électronique varient considérablement d'un pays à l'autre. Certains proposent des résumés seulement tandis que d'autres ont mis au point des bases d'informations qui comprennent des sites Web consultables avec des liens aux possibilités de marchés elles-mêmes[31].

Irlande, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République slovaque, République tchèque, Royaume-Uni, Slovénie et Suède), Corée, États-Unis, Hong Kong (Chine), Islande, Israël, Japon, Liechtenstein, Pays-Bas (pour Aruba), Norvège, Singapour et Suisse. D'après les informations communiquées par l'OMC, un certain nombre de pays négocient actuellement leur accession à l'AMP et un certain nombre de gouvernements et d'organisations internationales ont le statut d'observateur (voir http://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/memobs_f.htm).

[27] Texte disponible à l'adresse http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_f. aspx?articleID=309. L'AENA comprend le Canada, les États-Unis et le Mexique.

[28] Principes non contraignants sur les marchés publics du Groupe d'experts sur les marchés publics de l'APEC, par. 3 et 7 (accessibles à l'adresse http://www.apecsec.org.sg/content/apec/apec_groups/committees/committee_on_trade/government_procurement.downloadlinks.0001.LinkURL.Download.ver5.1.9).

[29] Ibid., par. 72.

[30] Aux Philippines, par exemple, l'article 8 de la Loi de la République n° 9184 prévoit l'existence d'un portail unique qui sera la source principale d'information sur tous les marchés publics (texte accessible à l'adresse http://www.procurementservice.net/English/AboutEPS/RepublicAct9184-GPRA.pdf). L'article 8.2.1 du Règlement d'application de cette loi (accessible à l'adresse http://www.neda.gov.ph/references/RAs/Approved%20IRR-A%20of%20R.A.%209184(July%2011,%202003).pdf) dispose en outre que le système de passation électronique des marchés publics prévu par la Loi disposera d'un système électronique centralisé d'affichage des possibilités, avis, attributions et motifs d'attribution de marchés. Toutes les entités adjudicatrices sont tenues d'afficher toutes les possibilités de marchés, les résultats des appels d'offres et d'autres informations connexes sur ce système.

[31] Par exemple, les États-Unis (http://www.gpoaccess.gov/about/services.html).

40. Si le Groupe de travail décide que la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés devrait encourager la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir, il devra examiner les questions suivantes:

a) La Loi type devrait-elle imposer la publication de ces informations ou la considérer comme facultative?

b) Un seuil devrait-il être fixé pour la publication de ces informations?

c) La publication sous forme électronique devrait-elle être exigée ou simplement encouragée?

41. L'additif à la présente note (document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2) contient un projet de nouvelle disposition dans lequel différentes variantes ont été insérées pour traiter ces questions.

2. Invitations à participer à une procédure de passation particulière

42. Dans la pratique interne, la mesure dans laquelle les entités adjudicatrices peuvent recourir à des moyens électroniques pour faire part de leur intention de passer certains marchés de biens ou de services pour satisfaire un besoin particulier varie selon le niveau d'utilisation de l'informatique dans le processus de passation (cette question est traitée plus en détail dans l'additif à la présente note, publié sous la cote A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, qui est consacré à l'examen de l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés).

43. Les articles ci-après de la Loi type traitent de la publication des invitations à participer à une procédure de passation: en ce qui concerne la procédure d'appel d'offres, l'article 24 (Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection); s'agissant de la méthode principale pour la passation des marchés de services, l'article 37-1 et 2 (Avis de sollicitation de propositions); et pour ce qui est de la passation des marchés par d'autres méthodes que la procédure d'appel d'offres, les articles 46-1 (Appel d'offres en deux étapes), 47-2 (Appel d'offres restreint) et 48-2 (Sollicitation de propositions).

44. À sa sixième session, le Groupe de travail a noté que les dispositions de l'article 24 de la Loi type laissaient entendre que la publication des invitations se ferait sur papier. Conscient des avantages potentiels de la diffusion par voie électronique d'informations sur les possibilités de marchés, il est convenu d'envisager différentes solutions pour apporter les modifications appropriées à cet article afin de lever les obstacles à la publication électronique des informations mentionnées dans ce dernier (A/CN.9/568, par. 23). Le secrétariat croit comprendre que la décision du Groupe de travail concernant l'article 24 s'applique *mutatis mutandis* aux autres articles de la Loi type mentionnés au paragraphe 43 ci-dessus.

45. Compte tenu du lien étroit entre la forme des invitations et la conduite de la procédure de passation et du fait que cette forme, en particulier pour ce qui est du choix des destinataires, est étroitement liée à la méthode utilisée pour la passation des marchés, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner cette question ainsi que les modifications pouvant être apportées à l'article 24 et à d'autres articles de la Loi type dans le cadre de son débat sur l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation (voir A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1).

D. Publication des avis d'attribution de marchés et d'autres informations

46. L'article 14 de la Loi type fait obligation aux entités adjudicatrices de publier les avis d'attribution de marchés au-delà d'un certain montant spécifié par l'État adoptant et dispose également que des règlements peuvent indiquer les modalités de cette publication. Cet article semble avoir une portée suffisamment large pour englober toute forme de publication, électronique ou autre. Cependant, afin d'encourager l'utilisation de la publication électronique des avis d'attribution de marchés, dont on estime qu'elle contribue à accroître la transparence, le Groupe de travail jugera peut-être utile de mentionner expressément la publication électronique à l'article 14 de la Loi type, comme cela a été suggéré pour l'article 5 (voir ci-dessus par. 24 à 28). Un projet de modification de l'article 14 est proposé dans l'additif à la présente note, publié sous la cote A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2.

47. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il faudrait prévoir dans la Loi type une disposition pour la publication sous forme électronique d'autres informations que la Loi ne fait actuellement pas obligation aux États de publier (telles que des informations sur l'état d'avancement d'une procédure de passation en cours) ou s'il faudrait mentionner l'utilité d'une telle publication dans le Guide pour l'incorporation.

A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1

Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – questions découlant de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa septième session

ADDITIF

[*Les chapitres I à III figurent dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34*]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
IV.	Utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés	1-58
A.	Remarques générales: stades d'utilisation des moyens électroniques dans le processus de passation des marchés	3-7
B.	Publication électronique des invitations à participer à une procédure de passation particulière	8-17
C.	Communication électronique du dossier de sollicitation ou de la documentation de présélection et des sollicitations de propositions ou de prix	18-21
D.	Soumission électronique des offres, propositions et prix	22-37
E.	Forme des autres communications échangées pendant le processus de passation	38-43
F.	Valeur juridique des documents électroniques utilisés dans la procédure de passation ou issus de la procédure	44-58

IV. Utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés

1. À sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004), le Groupe de travail a noté que les principales questions de fond concernant l'utilisation de modes de communication électroniques dans le cadre de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (dénommée ci-après "la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés" ou "la Loi type"[1]), étaient les suivantes:

[1] Pour le texte de la Loi type, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/49/17 et Corr.1), annexe I (également publié dans: Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Annuaire (ci-après "*Annuaire de la CNUDCI*"), vol. XXV: 1994 (publication des Nations Unies, numéro

a) La Loi devrait-elle autoriser ou obliger les entités adjudicatrices à utiliser des communications électroniques en accord avec les fournisseurs ou autoriser l'une ou l'autre partie à exiger une telle utilisation; et

b) La Loi devrait-elle soumettre l'utilisation de ce type de communications à certaines conditions pour sauvegarder ses objectifs et, partant, empêcher les moyens électroniques choisis d'entraver l'accès aux marchés, garantir la confidentialité et assurer l'authenticité et la sécurité des opérations, ainsi que l'intégrité des données (A/CN.9/568, par. 30).

2. S'agissant de savoir dans quelle mesure le recours aux communications électroniques (notamment la soumission d'offres par voie électronique) pouvait être exigé ou rendu obligatoire, il a été indiqué au Groupe de travail que, dans la pratique d'un certain nombre de pays, les entités adjudicatrices étaient autorisées à imposer aux soumissionnaires l'utilisation de ce type de communications dans la procédure de passation des marchés (A/CN.9/WG.I/WP.31, par. 55). À sa sixième session, le Groupe de travail est généralement convenu qu'il était souhaitable de traiter cette question avec souplesse. De l'avis général, les fournisseurs ne devraient pas être autorisés à imposer un moyen de communication particulier à l'entité adjudicatrice. En ce qui concerne, d'autre part, le droit de l'entité adjudicatrice d'exiger l'utilisation de communications électroniques, il a été généralement jugé inopportun d'élaborer une règle envisageant cette possibilité pour tous les cas et dans toutes les circonstances (A/CN.9/568, par. 33). Le Groupe de travail est généralement convenu qu'il serait utile de formuler des dispositions qui autorisaient expressément et, dans des circonstances appropriées, encourageaient l'utilisation des communications électroniques, sous réserve éventuellement d'exiger que les moyens de communication imposés par l'entité adjudicatrice ne restreignent pas indûment l'accès à la procédure de passation. Il faudrait insérer dans le Guide pour l'incorporation des orientations et explications supplémentaires sur les diverses options possibles concernant le type de moyens disponibles et les conditions d'utilisation à imposer éventuellement (A/CN.9/568, par. 39).

A. Remarques générales: stades d'utilisation des moyens électroniques dans le processus de passation des marchés

3. Lorsqu'il examinera le degré de détail approprié des orientations à fournir, le Groupe de travail souhaitera peut-être tenir compte des différents stades d'utilisation des communications électroniques dans la pratique actuelle de la passation des marchés. Les études récentes sur l'utilisation d'applications électroniques dans le processus de passation distinguent généralement deux systèmes: les systèmes d'appel d'offres électronique et les systèmes d'achat électronique[2].

---

de vente: F.95.V.20), troisième partie, annexe I). La Loi type est également disponible sous forme électronique à l'adresse: http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf.

[2] Voir Eduardo Talero, *Electronic Government Procurement: Concepts and Country Experiences*, World Bank Discussion Paper (septembre 2001), par. 30 à 40 (disponible à l'adresse http://wbln0018.worldbank.org/OCS/egovforum.nsf/c3c9b2819079a45d852569bc007722a0/e5596442988cccfd85256af5006af56a/$FILE/ATTUQ5LL/egpdiscpaperdraft16.pdf). Voir également

4. Les "systèmes d'appel d'offres électronique" sont des systèmes conçus pour "des procédures d'appel à la concurrence rigoureusement réglementées, qui se basent sur des dossiers d'appel d'offres et des spécifications techniques détaillés"[3]. Ils conviennent particulièrement à l'acquisition "d'ouvrages publics importants, de capacités de production – par exemple une centrale électrique –, de capacités de rendement – par exemple de vastes systèmes d'information – ou de services complexes – comme la conception et l'administration de réseaux privés virtuels". Pour tous ces types de marchés, les procédures de passation s'appuient sur une documentation abondante et exigent une évaluation soigneuse des aspects qualitatifs, mais aussi des contrats sur mesure et de nombreux services[4]. Les systèmes d'appel d'offres électronique peuvent comporter divers types de fonctions facilitant la conduite de la procédure, par exemple: aide à la préparation du dossier d'appel d'offres grâce à des modèles de documents; publication électronique; contrôle de l'accès aux documents originaux et protection de ces derniers; études de marché; automatisation de toutes les tâches depuis la préparation et l'approbation du dossier d'appel d'offres jusqu'à la réception des biens ou services acquis; aide aux opérations hors-ligne telles que la présélection des soumissionnaires; et évaluation des offres[5]. En fonction du degré d'utilisation de l'informatique dans un pays, ces systèmes peuvent se situer à différents stades d'évolution, à savoir:

a) Premier stade: L'utilisation des communications électroniques se limite essentiellement à la diffusion d'avis d'appel d'offres par des moyens électroniques, tels que des sites Web sur Internet. La technologie utilisée ici n'est pas très complexe et n'exige que très peu de modifications législatives, si ce n'est aucune;

b) Deuxième stade: Les invitations à présenter une demande de présélection et les dossiers de sollicitation sont diffusés électroniquement et peuvent être soit téléchargés par les fournisseurs à partir d'un site Web désigné, soit transmis, sur demande, par courrier électronique. En outre, plusieurs autres opérations peuvent être effectuées électroniquement, telles que l'inscription en ligne des fournisseurs et des entrepreneurs ainsi que la diffusion d'avis de possibilités de marchés imminentes par courrier électronique en fonction de profils de fournisseurs;

c) Troisième stade: Le processus de passation est ici entièrement dématérialisé et exige des technologies, des capacités opérationnelles et une infrastructure légale et réglementaire beaucoup plus complexes. Toutes les étapes qui précèdent la soumission des offres s'effectuent électroniquement: invitation à participer à la passation, inscription, envoi du dossier de sollicitation, fourniture d'éclaircissements, modification de la procédure de passation ou des conditions du marché. La soumission et l'ouverture des offres, l'archivage du procès-verbal de la session d'ouverture, l'enregistrement de la décision d'attribution du marché, la

---

Elaine Curran, Andrea Bernert, Anke Wiegand, *Electronic Procurement in the Public Sector: Factsheet on Latest Developments in E-procurement in the EU and its Member States* (disponible à l'adresse http://www.eic.ie/downloads/e_procurement.pdf). Les résultats de cette étude sont confirmés par des exemples de la pratique actuelle dans divers pays d'Europe (voir http://europa.eu.int/ida/en/chapter/197).

[3] Talero, ibid., par. 31.

[4] Talero, ibid.

[5] Talero, ibid., par. 33.

réception et l'archivage des plaintes, ainsi que la notification du résultat de l'examen des plaintes peuvent également être effectués par voie électronique;

d) *Quatrième stade*: Outre qu'ils offrent les possibilités décrites au point c) ci-dessus, les systèmes proposent des fonctions de support et de contrôle extrêmement perfectionnées, telles que le règlement des opérations effectuées par l'intermédiaire de la plate-forme d'appel d'offres; des services avancés d'agrégation de la demande (par lesquels l'opérateur de la plate-forme d'appel d'offres identifie les possibilités de regroupement des besoins du secteur public en biens ou services déterminés et organise activement des enchères électroniques devant permettre de réaliser des économies d'échelle); ou encore des services avancés de support aux acheteurs (par lesquels l'opérateur conçoit des profils d'achat pour différents organismes publics, en particulier pour les achats récurrents, et élabore des outils sur mesure pour la réalisation d'études de marché et d'opérations, qui améliorent l'efficacité et réduisent le coût de ces achats)[6].

5. Pour leur part, les "systèmes d'achat électronique", qui peuvent prendre la forme de catalogues électroniques, d'enchères électroniques inversées ou de systèmes d'"acquisition dynamique", sont principalement utilisés pour les achats ponctuels, par unité ou par lot, de produits standard ou de services bien définis. Ils se distinguent par les caractéristiques suivantes:

a) Ils fonctionnent dans le cadre d'une place de marché électronique – qui équivaut juridiquement à un marché physique – où les biens sont présentés virtuellement (catalogue électronique) et où acheteurs et vendeurs sont soumis aux règles internes appliquées par l'opérateur de la place de marché;

b) Ils fournissent des outils de comparaison et des mécanismes électroniques de fixation des prix, mais pas de dispositifs de formation des contrats car les clauses contractuelles sont généralement préétablies[7].

6. Le meilleur moyen pour le Groupe de travail de traiter, comme il le souhaite, la question avec souplesse (voir ci-dessus, par. 2) serait d'avoir à l'esprit le fait que non seulement le niveau d'utilisation des communications électroniques peut varier d'un État à l'autre, mais que, même à l'intérieur d'un État, le degré de sophistication des applications informatiques utilisées dans le processus de passation des marchés peut également varier d'une entité adjudicatrice à l'autre. Il serait également utile de noter que, dans tous les cas, cette situation peut évoluer rapidement à mesure que l'expérience s'accumule et que le recours aux technologies se généralise. Cependant, le Groupe de travail voudra peut-être aussi trouver un juste équilibre entre le souci de traiter la question avec souplesse et celui de fournir aux États les conseils dont ils pourraient avoir besoin pour pouvoir avancer dans la modernisation de leurs processus de passation des marchés. Une approche trop prudente, qui consisterait à ne pas donner d'orientations concrètes sur les mesures à prendre pour éliminer les éventuels obstacles juridiques à l'utilisation des communications électroniques, pourrait elle-même aller à l'encontre de cet objectif de souplesse, puisqu'elle ne conforterait pas les efforts des États souhaitant élargir l'utilisation de ces communications dans le processus de passation.

---

[6] Talero, ibid., par. 106.

[7] Talero, ibid., par. 35.

7. Les sections suivantes traitent des questions liées à l'utilisation des communications électroniques pouvant se poser à l'un des trois premiers stades d'évolution des "systèmes d'appel d'offres électronique" décrits plus haut (voir ci-dessus, par. 4). Les questions juridiques relatives au quatrième stade (voir ci-dessus, par. 4 d)) sortent pour la plupart du champ d'application de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, car elles portent sur la planification des achats et sur la gestion des contrats. Les questions concernant l'utilisation des enchères électroniques inversées, en tant qu'exemple de "système d'achat électronique", sont examinées dans une note séparée (A/CN.9/WG.I/WP.35).

B. Publication électronique des invitations à participer à une procédure de passation particulière

8. De nombreux États et entités utilisent aujourd'hui des moyens électroniques pour publier, à l'intention des fournisseurs, des invitations à participer à des procédures de passation particulières (y compris les invitations dont la publication est exigée par la loi)[8]. À sa sixième session, le Groupe de travail a reconnu que les publications électroniques étaient utiles pour accroître la transparence et la concurrence et a été d'avis que la Loi type devrait encourager la publication par voie électronique des informations qu'elle faisait actuellement obligation aux États de publier (A/CN.9/568, par. 21).

9. Le paragraphe 1 de l'article 24 de la Loi type exige la publication des invitations à soumettre une offre ou des invitations à présenter une demande de présélection dans une publication officielle (telle qu'un journal officiel) spécifiée par l'État adoptant au moment de l'incorporation de la Loi. De plus, aux termes du paragraphe 2 de ce même article 24, les invitations doivent également être publiées dans un "journal" ou une "publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle" de grande diffusion internationale. Les dispositions de l'article 24 sont incorporées à l'article 46-1 de la Loi type (Appel d'offres en deux étapes) par un renvoi au chapitre III de la Loi. Des dispositions similaires sont prévues dans les articles 37-1 et 2 (Passation des marchés de services), 47-2 (Appel d'offres restreint) et 48-2 (Sollicitation de propositions). De manière générale, elles suscitent le même type de questions que l'article 24. On trouvera dans les paragraphes

---

[8] Argentine (http://onc.mecon.gov.ar),
Australie occidentale (https://www.tenders.gov.au/federal/index.shtml),
Brésil (http://www.comprasnet.gov.br/),
Canada (http://www.merx.com/Services/AboutMERX/French/MK_SiteMap.asp?FLASH=Yes),
Chili (http://www.chilecompra.cl/portal/centro_informaciones/fr_ley_compras.html),
États-Unis (http://www.fedbizopps.gov/),
France (http://djo.journal-officiel.gouv.fr/MarchesPublics/),
Mexique (http://web.compranet.gob.mx/),
Philippines (http://www.procurementservice.net/Default.asp),
Royaume-Uni (http://www.supplyinggovernment.gov.uk/opportunities.asp),
Singapour (http://www.gebiz.gov.sg/),
Union européenne (http://ted.publications.eu.int/official/Exec?Template=TED/home&DataFlow=XMLRead.dfl&Path=staticDefault.xml&Lang=FR).

suivants un examen des problèmes posés par l'article 24, qui vaut *mutatis mutandis* pour ces autres dispositions.

10. L'article 24 de la Loi type laisse entendre que la publication se fait sur papier. L'approche consistant à présenter dans le Guide pour l'incorporation seulement les avantages de la publication électronique, son intérêt ainsi que ses formes possibles, plutôt que d'ajouter de nouvelles dispositions dans la Loi type elle-même, ne suffira peut-être pas à promouvoir ce type de publication.

11. Une solution apparemment simple pour permettre la publication électronique des invitations à soumettre une offre serait d'inclure dans l'article 24 une indication supplémentaire semblable à celle proposée pour l'article 5 (voir A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 24 à 28), du type "y compris éventuellement au moyen de systèmes d'information électroniques accessibles au public", assortie d'explications appropriées qui seraient insérées dans le Guide pour l'incorporation. Cependant, le choix de tel ou tel moyen de publication ayant inévitablement un impact sur le groupe de fournisseurs potentiel, ce type de modification minime risque de ne pas répondre au souhait exprimé par le Groupe de travail, à savoir que les moyens de communication choisis par l'entité adjudicatrice ne devraient pas restreindre abusivement l'accès à la procédure de passation et ne pas donner lieu à une discrimination entre fournisseurs (A/CN.9/568, par. 34, 41 et 42). Aussi importerait-il de préciser si et dans quelle mesure la publication par voie électronique remplacerait la publication sur papier, et dans quelles circonstances elle pourrait ou non être utilisée par une entité adjudicatrice.

12. Le Groupe de travail souhaitera donc peut-être déterminer quel type de dispositions supplémentaires seraient souhaitables en vue à la fois de permettre l'utilisation des publications électroniques et d'éviter toute discrimination entre fournisseurs. À sa sixième session, il est généralement convenu de l'utilité de formuler des dispositions qui autorisaient expressément et, dans des circonstances appropriées, encourageaient l'utilisation des communications électroniques, sous réserve éventuellement d'exiger que les moyens de communication imposés par l'entité adjudicatrice ne restreignent pas indûment l'accès à la procédure de passation (A/CN.9/568, par. 39).

13. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail voudra peut-être assortir le libellé proposé ci-dessus pour autoriser la publication par voie électronique (voir par. 11) d'une exigence selon laquelle les moyens de publication ne devraient pas porter atteinte au principe général d'accessibilité, sans toutefois spécifier les moyens techniques à utiliser, afin que la neutralité technologique soit préservée[9].

---

[9] Les lois internes sur les publications électroniques dans la procédure de passation des marchés prévoient souvent une telle exigence. En France, par exemple, les invitations à soumettre une offre peuvent être publiées sur un "réseau informatique" à partir duquel "les personnes intéressées" devraient pouvoir télécharger l'invitation et les documents connexes (voir Décret n° 2002-692 du 30 avril 2002, article 2, *Journal officiel*, n° 103, 3 mai 2002, p. 8064). Une exigence similaire existe en Autriche, où le paragraphe 3-1 du règlement intitulé *Verordnung der Bundesregierung betreffend die Erstellung und Übermittlung von elektronischen Angeboten in Vergabeverfahren (E-Procurement-Verordnung)* (règlement sur les offres électroniques dans la passation des marchés) impose à l'entité adjudicatrice l'obligation de choisir le moyen de communication pour la transmission des offres électroniques ainsi que l'adresse électronique à

14. Le Groupe de travail pourrait par conséquent envisager d'apporter les modifications suivantes aux articles 24, 37, 47 et 48 de la Loi type:

a) Préciser que la notion de "publication" peut aussi désigner la publication électronique facultative ou obligatoire. Le Groupe de travail souhaitera peut-être également examiner la possibilité d'indiquer, entre parenthèses dans le texte de la Loi, que les États adoptants pourraient, le cas échéant, spécifier un moyen électronique;

b) Fixer des conditions d'utilisation des publications électroniques de sorte que celles-ci soient effectuées par des moyens électroniques accessibles; et

c) Exiger éventuellement que les entités adjudicatrices justifient l'utilisation de publications électroniques dans le procès-verbal de la procédure de passation.

15. On trouvera des propositions de modifications aux articles 24, 37, 47 et 48, qui tiennent compte des considérations exposées ci-dessus, dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2. Le Groupe de travail pourrait examiner si ces modifications reflètent bien les délibérations qu'il a eues jusqu'à présent et si elles sont suffisantes pour permettre l'utilisation des publications électroniques ou si des précisions supplémentaires seraient nécessaires. Il pourrait aussi examiner en temps voulu, lorsqu'il étudiera les améliorations susceptibles d'être apportées à l'économie de la Loi type (voir A/CN.9/568, par. 123 à 126), si ces dispositions pourraient être regroupées en un seul et unique article qui s'appliquerait éventuellement aux différentes méthodes de passation envisagées dans la Loi.

16. Le Groupe de travail voudra peut-être en outre examiner s'il faudrait fournir des orientations détaillées, soit dans la Loi type soit dans le Guide pour l'incorporation, sur certaines questions par exemple: quel degré de souplesse faut-il adopter quant à l'utilisation d'un moyen de publication, qui devrait décider du moyen de publication à utiliser, la décision d'imposer la publication électronique uniquement ou de ne pas utiliser de moyens électroniques devrait-elle être justifiée, sur quels motifs peut se fonder ce type de décisions, une telle décision est-elle susceptible de recours et qui devrait être responsable en cas d'omission.

17. Dans la pratique interne, l'objectif est apparemment de remplacer les publications papier entièrement par des publications électroniques[10]. La plupart des

---

laquelle celles-ci doivent être transmises "de manière non discriminatoire" (*Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, 28 avril 2004, partie II). En Suède, le chapitre 6, paragraphe 2a, de la loi sur les marchés publics (SFS 1992:1528) dispose que, pour les "procédures simplifiées", les entités adjudicatrices peuvent publier les invitations à soumettre une offre dans une "base de données électronique accessible au public ou sous une autre forme pouvant assurer une concurrence effective" (une traduction anglaise non officielle de cette loi se trouve à l'adresse http://www.nou.se/loueng.html). Aux États-Unis, les entités adjudicatrices doivent faire en sorte que "tout avis indiquant leurs exigences ou invitant les fournisseurs à soumettre une offre pour des marchés éventuels soit publié sous une forme qui permette aux utilisateurs d'y accéder de façon commode et universelle, par un point d'entrée unique pour l'ensemble de l'administration fédérale (United States Code Service, titre 41, chapitre 7, article 426(c)(4) (41 U.S.C.S., § 426 2004)).

10 "L'autorisation de publier les avis de possibilités de marchés par voie électronique [...] en lieu et place de la publication papier actuellement requise [...] est essentielle pour permettre aux

pays semblent toutefois accepter la coexistence de ces deux types de publications pendant une certaine période de transition. À cet égard, le Groupe de travail souhaitera peut-être également déterminer si le Guide pour l'incorporation devrait exposer les facteurs susceptibles d'être pris en compte par les États lorsqu'ils évaluent à quel moment il est ou devient possible de passer entièrement à une publication électronique, par exemple lorsqu'un certain seuil d'utilisation des communications électroniques a été atteint.

C. Communication électronique du dossier de sollicitation ou de la documentation de présélection et des sollicitations de propositions ou de prix

18. L'article 26 de la Loi type n'indique pas expressément sous quelle forme le dossier de sollicitation doit être communiqué aux fournisseurs et aux entrepreneurs. Il exige seulement que celui-ci soit fourni "conformément aux procédures et conditions spécifiées dans l'invitation à soumettre une offre". Cependant, la mention dans ce même article du "coût de l'impression" laisse entendre que ce dossier se présente sous forme papier. Cette disposition est incorporée par renvoi au chapitre III de la Loi type dans les articles 46-1 (Appel d'offres en deux étapes) et 47-3 (Appel d'offres restreint). Des dispositions analogues se trouvent dans les articles 7-2 (Procédure de présélection) et 37-4 (Passation des marchés de services). L'article 25-1 f) exige quant à lui que les invitations à soumettre des offres indiquent "les modalités d'obtention du dossier de sollicitation et le lieu où il peut être obtenu". Cette disposition est sans doute suffisamment neutre pour permettre la communication sous forme électronique. Toutefois, si des termes comme "dossier" et "lieu" sont pris au sens strict, la Loi type risque alors d'être interprétée comme visant uniquement les dossiers de sollicitation imprimés sur un support matériel.

19. Certains pays autorisent expressément les entités adjudicatrices à transmettre le dossier de sollicitation, y compris les spécifications, la description du projet, le projet de contrat et d'autres informations complémentaires par voie électronique, sous réserve que soient respectées un certain nombre de conditions, par exemple que la date et l'heure de la transmission et de la réception soient enregistrées, que le contenu du message transmis soit conservé et que l'expéditeur et le destinataire

---

administrations de tirer parti des gains d'efficacité découlant des processus électroniques qui justifient leurs investissements dans ces processus (États-Unis, Interim Rule du 16 mai 2001, *Federal Register*, vol. 66, No. 95 (66 FR 27407)). Au Chili, l'article 24 du décret intitulé *Reglamento de Ley n° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (Decreto n° 250,* 9 mars 2004) (règlement d'application de la loi n° 19.886 relative aux règles générales sur les contrats administratifs d'approvisionnement et de fourniture de services) exige déjà que toutes les entités adjudicatrices publient les invitations à participer aux procédures de passation des marchés en utilisant le système d'appel d'offres électronique. L'article 62 de ce décret n'autorise le recours au support papier pour la procédure d'appel d'offres que dans des circonstances exceptionnelles (texte accessible à l'adresse http://www.chilecompra.cl/portal/centro_informaciones/fr_ley_compras.html). (Le décret définit le "système d'information" comme "un système d'information pour les achats et la passation des contrats des administrations par voie électronique [...] composé de logiciels, de matériel informatique et d'une infrastructure électronique, de communications et de support permettant de réaliser les procédures d'achat").

soient identifiés de manière fiable[11]. Un autre mode de communication du dossier de sollicitation qui, selon la technologie utilisée pour dématérialiser les procédures de marchés, pourrait se généraliser, consiste à placer le dossier sur une base de données ou un système d'information accessibles – par exemple un site Web spécial – d'où les fournisseurs peuvent le télécharger. L'entité adjudicatrice peut même incorporer ce dossier par référence dans l'invitation à soumettre une offre, comme le font les entreprises privées pour leurs conditions générales contractuelles communiquées par Internet.

20. Pour éviter tout doute, il serait peut-être utile d'indiquer clairement dans l'article 26 de la Loi type qu'une entité adjudicatrice peut s'acquitter de son obligation de fournir le dossier de sollicitation en le diffusant par l'intermédiaire d'un système d'information électronique accessible au public d'où il pourra être téléchargé ou imprimé par les fournisseurs, possibilité que la législation de certains pays admet déjà[12].

21. Des propositions de modifications aux articles 7, 26 et 37, qui reflètent les considérations exposées ci-dessus, sont présentées dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2. Le Groupe de travail pourrait les examiner et envisager également d'ajouter des dispositions sur la question dans les articles 48 à 50 de la Loi type en tenant compte du caractère souple des méthodes de passation prévues dans ces articles. Il pourrait également envisager, en temps utile, comme cela a été suggéré en rapport avec les propositions de modifications à l'article 24 (voir plus haut, par. 15) de fusionner ces dispositions supplémentaires en un seul et même article qui s'appliquerait, éventuellement, à toutes les méthodes de passation prévues par la Loi type.

---

[11] Espagne, Real Decreto 1098/2001 (*Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*) (règlement général d'application de la loi sur les contrats des administrations publiques, du 12 octobre 2001, art. 80-4, (*Boletín oficial del Estado*, n° 257, 26 octobre 2001, p. 39252, disponible à l'adresse http://www.boe.es/boe/dias/2001-10-26/pdfs/A39252-39371.pdf).

[12] En France, par exemple, l'article 2 du Décret n° 2002-692 relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics dispose que "les personnes intéressées doivent pouvoir consulter et archiver sur leur ordinateur le règlement de la consultation". Il prévoit en outre que "les personnes intéressées, dans le cadre d'un appel d'offres ouvert, et les candidats invités à présenter une offre, dans le cadre d'une mise en concurrence simplifiée, d'un appel d'offres restreint ou d'une procédure négociée, doivent pouvoir également consulter et archiver sur leur ordinateur le cahier des charges, les documents et renseignements complémentaires", à condition d'indiquer à l'entité adjudicatrice "le nom de l'organisme, le nom de la personne physique téléchargeant les documents et une adresse permettant de façon certaine une correspondance électronique assortie d'une procédure d'accusé de réception" (voir plus haut, note 9). Une disposition similaire – quoique moins détaillée – existe en Lituanie, où l'article 22-1 de la loi n° IX-1217 du 3 décembre 2002 sur les marchés publics dispose qu'une entité adjudicatrice peut communiquer au fournisseur les documents relatifs au marché "à sa demande", "avec l'invitation à soumettre une offre" ou encore "via Internet ou par d'autres moyens électroniques" (la traduction anglaise de la loi est disponible au secrétariat). Au Mexique, l'article 31 de la loi intitulée *Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público* (loi sur les achats, locations et services du secteur public) prévoit que le dossier de sollicitation peut être mis à la disposition des personnes intéressées à l'adresse indiquée par l'entité adjudicatrice mais également par les moyens de diffusion électronique mis en place par l'administration (texte disponible à l'adresse http://www.funcionpublica.gob.mx/unaopspf/doctos/adquisiciones/leyadq.doc).

D. Soumission électronique des offres, propositions et prix

22. L'article 30-5 a) de la Loi type prévoit que les offres "sont soumises par écrit, sont signées, et sont placées dans une enveloppe scellée". Cette disposition est incorporée par renvoi au chapitre III de la Loi type dans les articles 46-1 (Appel d'offres en deux étapes) et 47-3 (Appel d'offres restreint). Les articles 45 (Passation des marchés de services) et 48-6 (Sollicitation de propositions) contiennent des dispositions similaires qui vont implicitement dans le même sens.

23. L'alinéa a) du paragraphe 5 de l'article 30 et les dispositions analogues énoncées dans d'autres parties de la Loi type ne prévoient pas la soumission des offres par voie électronique. En revanche, l'alinéa b) de ce paragraphe dispose que, sans préjudice du droit des fournisseurs ou entrepreneurs de soumettre une offre écrite et signée dans une enveloppe scellée, les offres "peuvent également être soumises sous toute autre forme, spécifiée dans le dossier de sollicitation, qui en atteste la teneur et qui assure au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité et de confidentialité".

24. Cet alinéa b) peut donc être interprété comme donnant aux entités adjudicatrices la possibilité d'autoriser la soumission des offres par voie électronique. Il faut néanmoins examiner deux questions au sujet de cette disposition:

a) Le libellé actuel est-il suffisant pour assurer l'équivalence fonctionnelle entre les offres écrites et signées soumises dans une enveloppe scellée et les offres électroniques (voir ci-dessous, par. 25 à 33); et

b) Une entité adjudicatrice pourrait-elle envisager d'imposer la soumission des offres par voie électronique uniquement (voir plus bas, par. 34 à 37).

1. Conditions d'équivalence fonctionnelle entre les offres électroniques et les offres écrites

25. En réponse à la question a) ci-dessus, il semble que l'intention de l'article 30-5 b) soit effectivement de permettre à un fournisseur de soumettre une offre électroniquement s'il le souhaite et si l'entité adjudicatrice a admis cette possibilité. Le Groupe de travail jugera peut-être utile néanmoins de préciser davantage les conditions d'équivalence fonctionnelle. Une forme qui "atteste la teneur" de l'offre satisferait sans doute d'une manière générale aux critères d'équivalence fonctionnelle entre un message de données et un écrit énoncés à l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[13], car elle

---

[13] Pour le texte de la Loi type, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), annexe I (également publié dans l'Annuaire de la CNUDCI, vol. XXVII: 1996 (p*ublication des Nations Unies, numéro de vente:* F.98.V.7), troisième partie, annexe I). La Loi type et son Guide pour l'incorporation dans le droit interne ont été publiés sous la forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4) et sont disponibles sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI à l'adresse http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-ecomm-f.htm).

suppose habituellement l'utilisation d'un support contenant des informations qui sont "accessibles" de manière à pouvoir être "consultées ultérieurement"[14].

26. Toutefois, il semble que l'exigence d'"un degré similaire d'authenticité, de sécurité et de confidentialité" soit trop générale pour donner suffisamment d'indications sur les conditions que les offres électroniques doivent remplir pour être considérées comme ayant la même valeur juridique que les offres écrites et signées, soumises dans une enveloppe scellée. Déjà au moment de l'adoption de la Loi type, il a été admis que des "règles et techniques" supplémentaires seraient peut-être nécessaires, par exemple "afin de préserver la confidentialité des offres et de prévenir l''ouverture' des offres avant la date limite de soumission"[15].

27. Ce problème est étroitement lié à la question – examinée par le Groupe de travail à sa sixième session – des conditions devant régir l'utilisation des communications électroniques, en particulier pour assurer la sécurité, la confidentialité et l'authenticité des offres soumises, ainsi que l'intégrité des données. Le Groupe de travail avait admis à cette session que pour être efficaces et fiables, les procédures dématérialisées de marchés publics devraient satisfaire à des exigences appropriées de sécurité, de confidentialité et d'authenticité des soumissions mais aussi d'intégrité des données, pour lesquelles il faudrait peut-être formuler des règles et des normes spéciales. Il était généralement convenu que les principes suivants constituaient une base utile pour l'élaboration de règles, normes ou orientations sur la question:

a) Les moyens de communication imposés ne devraient pas entraver indûment la participation à la procédure de passation;

b) Les moyens utilisés devraient permettre d'établir l'origine et l'authenticité des communications;

c) Les moyens et mécanismes utilisés devraient être de nature à préserver l'intégrité des données;

d) Les moyens utilisés devraient permettre d'établir la date de réception des documents lorsque cette date est importante pour appliquer les règles de la procédure de passation;

e) Les moyens et mécanismes utilisés devraient garantir que l'entité adjudicatrice ou d'autres personnes n'auront pas accès aux offres et autres documents importants avant l'expiration de tout délai applicable;

f) La confidentialité des informations soumises par d'autres fournisseurs ou relatives à d'autres fournisseurs devrait être préservée (A/CN.9/568, par. 41 et 42).

---

[14] L'article 6-1 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique dispose ce qui suit: "Lorsque la loi exige qu'une information soit sous forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement."

[15] Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, observations concernant l'article 30, par. 3. Pour le texte du Guide, voir document A/CN.9/403, reproduit dans l'Annuaire de la CNUDCI, volume XXV: 1994 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.20), troisième partie, annexe II.

28. Un certain nombre de systèmes régionaux[16] ou nationaux[17] de passation des marchés qui prévoient la possibilité de soumettre des offres électroniquement énoncent des règles de sécurité qui ressemblent de très près aux principes provisoirement approuvés par le Groupe de travail ou du moins à certains d'entre eux[18].

---

[16] Par exemple, l'annexe XXIV de la Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (*Journal officiel de l'Union européenne*, n° L 134 du 30 avril 2004, p. 1) prévoit que les dispositifs de réception électronique des offres, propositions ou prix doivent au moins garantir, par les moyens techniques et procédures appropriés, que: a) les signatures électroniques relatives aux offres, aux demandes de participation et aux envois de plans et projets sont conformes aux dispositions nationales adoptées en application de la Directive 1999/93/CE *[N.B.: cette directive a établi un cadre communautaire pour les signatures électroniques]*; b) l'heure et la date exactes de la réception des offres, des demandes de participation et de la soumission des plans et projets peuvent être déterminées avec précision; c) il peut être raisonnablement assuré que personne ne peut avoir accès aux données transmises en vertu de ces exigences avant les dates limites spécifiées; d) en cas de violation de cette interdiction d'accès, il peut être raisonnablement assuré que la violation est clairement détectable; e) seules les personnes autorisées peuvent fixer ou modifier les dates de l'ouverture des données soumises; f) lors des différents stades de la procédure d'attribution de marché, seule l'action simultanée des personnes autorisées permet l'accès à la totalité, ou à une partie, des données soumises; g) l'action simultanée des personnes autorisées ne donne accès aux données transmises qu'après la date spécifiée; h) les données reçues ou ouvertes en application de ces exigences ne demeurent accessibles qu'aux personnes autorisées à en prendre connaissance.

[17] Par exemple, la réglementation autrichienne impose pour la soumission d'offres électroniques un certain nombre de règles, notamment l'obligation d'utiliser "la ou les méthodes de cryptage et de décryptage" spécifiées par l'entité adjudicatrice dans le dossier de sollicitation, lesquelles doivent "être conformes aux normes de cryptage fort les plus récentes". L'entité adjudicatrice doit également faire en sorte que "les offres ne puissent être décryptées avant l'expiration du délai de soumission". En outre, la date de réception des offres est "attestée par horodatage et immédiatement confirmée aux offrants". Enfin, les offres soumises par voie électronique doivent être sauvegardées de sorte que leur authenticité, intégrité et confidentialité soient garanties; qu'elles ne puissent être consultées sans autorisation avant leur ouverture; et que toute tentative de consultation avant l'ouverture puisse être détectée (règlement sur les offres électroniques dans la passation des marchés (voir plus haut note 9), par. 4 à 7). En France, l'entité adjudicatrice "assure la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible à tous les candidats de façon non discriminatoire". Elle "prend les mesures propres à garantir la sécurité des informations portant sur les candidatures et les offres" et "s'assure que ces informations demeurent confidentielles". À cet effet, elle peut "demander aux candidats d'assortir leurs fichiers d'un système de sécurité tel que les candidatures et les offres ne puissent être ouvertes qu'avec leurs concours" (*Décret n° 2002-692* du 30 avril 2002 (voir plus haut note 9), art. 7 et 8).

[18] En Suède, une entité adjudicatrice peut autoriser la soumission d'une offre "par transmission électronique ou de toute autre manière à condition que le contenu de l'offre ne puisse être divulgué avant son ouverture telle que prévue à l'article 7" (Loi sur les marchés publics (voir plus haut, note 9), chap. 6, par. 5 et dispositions similaires du chapitre premier, par. 19). La réglementation allemande sur les marchés (*Verdingungsordnung für Leistungen*) ne contient pas de liste distincte des normes de sécurité exigées pour les offres électroniques. En revanche, les modifications apportées à plusieurs de ses dispositions pour autoriser les offres électroniques reprennent expressément la plupart des principes énoncés dans les directives européennes sinon tous. Ainsi, lorsque l'offre est reçue électroniquement, l'entité adjudicatrice doit veiller à ce que le "contenu de l'offre ne soit accessible qu'après expiration du délai de soumission" (par. 18).

29. Il est à noter cependant que la plupart des principes énumérés ci-dessus s'appliquent déjà – ou devraient s'appliquer – aux procédures de passation des marchés sur papier, par exemple le principe selon lequel les offres devraient être authentiques ou devraient rester confidentielles pendant la procédure d'appel d'offres. Le Groupe de travail a donc été invité, à sa sixième session, à examiner soigneusement la nécessité de normes ou règles supplémentaires et à prendre en compte la mesure dans laquelle les lois de base pertinentes, telles que les lois générales sur le commerce électronique et sur les signatures électroniques, traitaient déjà les questions auxquelles touchaient les principes proposés. Selon un autre avis, si le Groupe de travail avait l'intention de formuler des orientations législatives qui permettraient, sans la rendre obligatoire, l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés, il serait utile d'énoncer dans la Loi type elle-même les conditions dans lesquelles ces communications devraient être utilisées (A/CN.9/568, par. 43 et 44).

30. Le fait que la prudence soit recommandée en ce qui concerne les règles à appliquer aux communications électroniques s'explique apparemment par le souci d'éviter que la législation sur la passation des marchés ne crée des normes différentes selon le moyen de communication utilisé. Il faut cependant noter que le caractère de nouveauté des communications électroniques peut inciter le législateur à élaborer des règles spéciales pour ce qui est considéré comme un problème particulier causé par l'utilisation de nouvelles technologies dans la passation des marchés. De fait, plusieurs pays ont déjà adopté une législation qui soumet les communications électroniques à certaines règles visant à assurer le même niveau de fiabilité que celui qui est généralement censé exister dans les communications sur papier[19]. Ces règles générales sont parfois complétées par des dispositions réglementaires détaillées[20].

Les offres électroniques doivent être "marquées en conséquence et scellées" ("*unter Verschluss*") (par. 22) (*Bundesanzeiger*, 20 novembre 2002, n° 216 a)). Le décret allemand sur l'attribution des marchés publics (*Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge*) prévoit, dans son paragraphe 15, que les entités adjudicatrices doivent assurer la confidentialité des offres électroniques, lesquelles doivent être assorties d'une signature électronique qualifiée conformément à la loi allemande sur les signatures électroniques (*Signaturgesetz*) et rester cryptées jusqu'à expiration du délai de soumission des offres (*Bundesgesetzblat*, I 2001, p. 110). En Lituanie (voir plus haut, note 12, art. 23-7), les offres peuvent être soumises électroniquement à condition que "les moyens électroniques utilisés garantissent que l'entité adjudicatrice ou les autres fournisseurs n'accèderont au contenu des offres qu'après expiration du délai fixé pour leur réception", que l'offre "contienne toutes les informations requises dans les documents relatifs au marché" et qu'"après soumission de l'offre par voie électronique, le fournisseur confirme immédiatement l'offre par un moyen autre qu'électronique ou envoie à l'entité adjudicatrice, par un moyen autre qu'électronique, une copie certifiée conforme de l'offre". Au Mexique, une disposition similaire est prévue à l'article 27 de la loi sur les achats, locations et services du secteur public. Celui-ci prévoit en effet que les offres soumises électroniquement doivent reposer sur une technologie assurant la confidentialité et l'inviolabilité des informations et qu'un organe public doit fournir des services de certification des moyens d'identification électronique utilisés par les fournisseurs et les entrepreneurs (voir plus haut, note 12).

[19] Par exemple, dans l'Union européenne, l'Allemagne (voir note 18), l'Autriche (voir note 9), l'Espagne (voir note 11) et la France (voir note 9). Aux États-Unis, l'article 4.502 du règlement intitulé Federal Acquisition Regulations (règlement fédéral sur les achats) fait obligation aux

31. Le Groupe de travail estimera peut-être que, pour éviter qu'il y ait deux poids, deux mesures, le mieux serait d'élaborer des règles générales fixant certaines exigences – qui dans le texte actuel de la Loi type sont considérées comme s'appliquant d'office aux communications sur papier (par exemple, les exigences relatives à l'authenticité des offres et d'autres documents) – tout en indiquant clairement, pour prévenir tout doute, que celles-ci s'appliquent également aux communications électroniques. Le Guide pour l'incorporation pourrait ensuite, en

---

responsables des entités adjudicatrices de s'assurer, avant de recourir au commerce électronique, "que les systèmes de ces entités sont en mesure de garantir un niveau d'authentification et de confidentialité proportionnel au risque et à la gravité du préjudice découlant de la perte, de l'utilisation abusive, de la consultation non autorisée ou de la modification des informations" (texte disponible à l'adresse http://www.arnet.gov/far/ loadmainre.html). Aux Philippines, le système de marchés publics dématérialisés (G-EPS) est soumis à un certain nombre de règles générales énoncées à l'article 8.1.2 du règlement intitulé Implementing Rules and Regulations of Republic Act N° 9184 (règlement d'application de la loi de la République n° 9184) (disponible à l'adresse http://www.neda.gov.ph/references/RAs/Approved%20IRR-A%20of%20R.A.%209184 (July%2011,%202003).pdf). Cet article prévoit notamment que le Comité d'attribution des marchés (Bid Awards Committee) "contrôle entièrement la procédure d'appel d'offres" et est "seul habilité à ouvrir les offres", que les systèmes doivent être "résistants aux virus et offrir une sécurité suffisante" à l'aide par exemple "de pare-feu et de dispositifs de cryptage", qu'ils doivent permettre l'utilisation de signatures électroniques et "d'autres dispositifs actuels d'authentification électronique" et comporter "suffisamment de systèmes de sauvegarde redondante".

20 Par exemple, aux Philippines, l'article 9 du règlement d'application de la loi de la République n° 9184 (voir ci-dessus, note 19), qui dispose ce qui suit:

"9.1.1 *Sécurité* – Le système de marchés publics dématérialisés est protégé contre tout accès non autorisé ou toute intrusion par des dispositifs de sécurité par exemple, mais non exclusivement par des pare-feu. Des tests seront réalisés régulièrement pour garantir l'inviolabilité du système.

9.1.2 *Intégrité* – Le système de marchés publics dématérialisés est conçu de manière à ce que personne, pas même l'administrateur du système ni le président et les membres du [Comité d'attribution des marchés], ne puisse modifier le contenu des offres soumises par l'intermédiaire du système ni lire ces offres avant l'expiration du délai spécifié pour leur décryptage ou leur ouverture. À cette fin, les offres soumises par l'intermédiaire du système seront scellées à l'aide de clefs électroniques. L'authenticité des messages et documents transmis par l'intermédiaire du système sera également garantie par l'utilisation de signatures électroniques.

9.1.3 *Confidentialité* – Le système de marchés publics dématérialisés garantit la protection des informations communiquées par ses utilisateurs. À cette fin, aucun message ou document électronique envoyé par l'intermédiaire du système n'est divulgué aux tiers à moins qu'il n'ait été envoyé après que l'expéditeur a été informé de sa divulgation au public. Le système protège les droits de propriété intellectuelle attachés aux documents, y compris aux dessins techniques, envoyés en réponse à une invitation à présenter une demande de présélection ou à soumettre une offre.

9.1.4 *Journal d'audit* – Le système de marchés publics dématérialisés comporte une fonction de création d'un journal d'audit pour les opérations en ligne qui permet à la Commission d'audit (Commission on Audit) de vérifier la sécurité et l'intégrité du système à tout moment.

9.1.5 *Suivi de l'exécution*– L'exécution des contrats par les fabricants, fournisseurs, distributeurs, entrepreneurs et consultants sera suivie aux fins de vérification du respect des calendriers de livraison et d'autres indicateurs de résultats. De même, l'exécution des contrats par les entités adjudicatrices sera suivie aux fins de vérification du règlement de leurs obligations envers les fabricants, fournisseurs, distributeurs, entrepreneurs et consultants."

s'inspirant éventuellement de règles et réglementations internes sur la question, fournir de plus amples indications sur les meilleures pratiques pour satisfaire à ces exigences dans le cas de communications électroniques.

32. Cette approche, suivie dans un projet de disposition proposé dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2 (projet d'article 30 *bis*), irait dans le sens de la décision prise par l'ensemble du Groupe de travail à sa sixième session, de faire en sorte que les éventuelles orientations sur la question soient formulées de manière à englober tous les moyens de communication, pour donner une idée générale des conditions à imposer, et ne soient pas trop directives (A/CN.9/568, par. 45).

33. Les modalités d'ouverture des offres constituent un autre aspect lié aux conditions d'équivalence fonctionnelle entre les offres écrites soumises dans une enveloppe scellée et les offres électroniques. Le paragraphe 1 de l'article 33 de la Loi type dispose que les offres "sont ouvertes au moment indiqué dans le dossier de sollicitation comme étant la date limite de soumission des offres [...], au lieu et selon les modalités spécifiées dans le dossier". Le paragraphe 2 de ce même article prévoit en outre que "tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des offres sont autorisés par l'entité adjudicatrice à assister ou à se faire représenter à l'ouverture des offres". Si le paragraphe 1 semble avoir une portée suffisamment large pour englober tout système d'ouverture des offres, le paragraphe 2 en revanche laisse supposer que les fournisseurs et les entrepreneurs assistent en personne à l'ouverture des offres en un lieu et à un moment déterminés. Certains pays ont adopté des dispositions qui autorisent l'ouverture au moyen d'un système d'information électronique qui transmettrait automatiquement les informations habituellement annoncées à l'ouverture des offres[21]. Le Groupe de travail pourrait envisager d'insérer une disposition qui permettrait aux entités adjudicatrices de recourir aux communications électroniques en lieu et place de la formalité d'ouverture des offres en présence des fournisseurs et des entrepreneurs. Des propositions d'ajouts à l'article 33 sont présentées dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2.

2. Caractère facultatif ou obligatoire des offres électroniques

34. L'alinéa b) du paragraphe 5 de l'article 30 consacre expressément le droit d'un fournisseur de soumettre une offre selon les modalités "habituelles" décrites à l'alinéa a) de ce même paragraphe, à savoir par écrit, avec une signature et dans une enveloppe scellée. Le Guide pour l'incorporation indique à ce propos qu'il s'agit là d'une "garantie importante contre la discrimination eu égard au fait que les méthodes de communication non classiques telles que [l'échange de données informatisées (EDI)] ne sont pas à la disposition de tous"[22]. Il semble donc que les

---

[21] Au Chili, par exemple, l'article 33 du décret n° 250 du 9 mars 2004 (voir plus haut, note 10) dispose que les offres sont ouvertes au moyen d'un "système d'information", qui "libère automatiquement les offres à la date et à l'heure prévues dans le dossier de sollicitation". Il dispose en outre que "le système d'information doit permettre d'établir avec certitude la date et l'heure d'ouverture et laisser les soumissionnaires avoir au moins connaissance des éléments ci-après concernant les autres offres: a) identité du soumissionnaire; b) description sommaire du bien ou du service proposé; c) prix unitaire et total de l'offre; d) identification, le cas échéant, de la garantie de soumission".

[22] Guide pour l'incorporation dans le droit interne, observations concernant l'article 30, par. 3.

fournisseurs ne puissent être contraints de soumettre une offre par voie électronique et puissent insister pour utiliser des moyens de communication traditionnels à cette fin.

35. Dans certains pays, les entités adjudicatrices ont apparemment le droit de choisir quand les offres peuvent être soumises électroniquement[23] et de déterminer, dans ce cas, si elles peuvent ou non l'être également sur papier, l'utilisation de la forme papier étant, dans certaines législations, généralement admise sauf indication contraire dans l'invitation à soumettre une offre[24]. Cependant, dans ces pays, les fournisseurs ne sont pas autorisés à passer d'un support à l'autre ni à utiliser les deux supports à la fois pour soumettre tout ou partie de leur offre[25]. Dans d'autres pays, les entités adjudicatrices sont autorisées à accepter la soumission d'offres par voie électronique mais ne semblent pas habilitées à imposer la soumission électronique[26], les fournisseurs se réservant apparemment le droit de choisir de soumettre leurs offres soit sur papier, soit par voie électronique ou sous une forme électronique stockée sur un support matériel[27]. Enfin, certains pays obligent les entités adjudicatrices à accepter les offres et autres documents soumis

---

[23] En Allemagne, par exemple, le paragraphe 15 du décret sur l'attribution des marchés publics (voir plus haut, note 18) dispose que les entités adjudicatrices "peuvent autoriser la soumission des offres sous des formes autres que la forme écrite par voie postale ou en personne".

[24] En Autriche, le paragraphe 68-1 de la loi intitulée *Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen* (loi fédérale relative à la passation des marchés publics) (Bundesvergabegesetz 2002 – BvergG) prévoit que les offres peuvent être soumises électroniquement "dans la mesure où l'entité adjudicatrice dispose des moyens techniques et autres ". L'entité adjudicatrice doit indiquer, au plus tard dans l'invitation à soumettre une offre, si les offres électroniques sont admises et, dans l'affirmative, quels sont "les méthodes de cryptage et de décryptage ainsi que les formats de documents et de communications autorisés". Si l'entité adjudicatrice "n'a donné aucune indication sur la possibilité d'envoyer les offres par voie électronique, ce mode de communication n'est pas autorisé". Le paragraphe 68-2 prévoit en outre que, si la soumission des offres par voie électronique est admise, "l'invitation à soumettre une offre doit indiquer si celle-ci peut être communiquée uniquement par voie électronique ou si elle peut l'être soit par voie électronique soit sur papier". À défaut d'indication sur ce point de la part de l'entité adjudicatrice, les offres peuvent être soumises soit par voie électronique soit sur papier (Bundesgesetzblatt Nr. 99/2002).

[25] En Autriche, le paragraphe 68-3 de la loi fédérale relative à la passation des marchés publics dispose que "si l'envoi des offres par voie électronique est permis, les soumissionnaires qui ont communiqué une offre électronique ne sont pas autorisés à présenter en même temps tout ou partie d'une offre sur papier. La présente disposition ne s'applique pas à certaines parties d'offres comme [des pièces justificatives exigées par la loi] dans la mesure où celles-ci ne sont pas disponibles sous forme électronique" (voir ci-dessus, note 24).

[26] En France, aux termes de l'article 3 du Décret n° 2002-692, l'entité adjudicatrice "peut accepter la transmission des candidatures et des offres par voie électronique" et cette décision ainsi que les "modalités de la transmission sont mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, dans le cas des marchés négociés sans publicité préalable, dans la lettre de consultation". (voir plus haut, note 9).

[27] C'est le cas, par exemple, en France, où l'article 5 du Décret n° 2002-692 dispose que les fournisseurs "doivent choisir entre, d'une part, la transmission électronique de leurs candidatures et de leurs offres et, d'autre part, leur envoi sur un support papier ou, le cas échéant, sur un support physique électronique" (voir plus haut, note 9).

électroniquement, à condition que ceux-ci soient authentifiés suivant les méthodes prescrites par la loi[28].

36. Il semblerait que cette dernière solution corresponde davantage à l'intention du Groupe de travail de traiter cette question de manière souple (A/CN.9/568, par. 33). Toutefois, ce dernier souhaitera peut-être aussi tenir compte du fait que certaines méthodes de passation (telles que les enchères électroniques inversées) s'appuient presque toujours exclusivement sur des moyens électroniques[29]. De fait, une caractéristique essentielle de ces méthodes est l'obligation faite à tous les fournisseurs de soumettre leurs offres par voie électronique uniquement. En conséquence, une fois remplies les conditions d'utilisation d'une quelconque de ces méthodes particulières, l'entité adjudicatrice doit avoir le droit de refuser les offres soumises par d'autres moyens. Un autre aspect dont le Groupe de travail souhaitera peut-être également tenir compte est le fait que, même pour des méthodes de passation qui, par nature, n'exigent pas l'utilisation de communications électroniques, l'entité adjudicatrice peut vouloir légitimement, dans un souci d'économie ou d'efficacité, tirer parti de dispositifs partiellement ou entièrement automatisés pour recevoir et traiter des offres, tels qu'un portail ou un site Web sur Internet conçu spécialement à cette fin. Dans certains pays, la loi encourage de fait l'utilisation de systèmes entièrement automatisés pour la réception et le traitement des offres auxquelles s'appliquent normalement les règles ordinaires en matière d'appel d'offres[30].

37. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail envisagera peut-être d'ajouter dans la Loi type une disposition, éventuellement sous la forme de nouveau paragraphe inséré dans l'actuel article 30, qui autoriserait les entités adjudicatrices à indiquer si elles acceptent la soumission d'offres qui ne seraient ni écrites, ni signées, ni placées dans une enveloppe scellée, en d'autres termes par voie

---

[28] C'est le cas, par exemple, en Argentine (voir *Decreto 1023/2001 con las modificaciones introducidas por los Decretos Nros 666/2003 y 204/2004 y por la Ley 25.563. Régimen General. Contrataciones Públicas Electrónicas. Contrataciones de Bienes y Servicios. Obras Públicas. Disposiciones Finales y Transitorias* (décret 1023/2001 tel que modifié par les décrets n° 666/2003 et 204/2004 et par la loi 25.563. Régime général. Marchés publics électroniques. Marchés de biens et de services. Travaux publics. Clauses finales et transitoires (disponible à l'adresse http://onc.mecon.gov.ar/paginas/iniciodownloads/DecretoDelegado_1023_2001.doc), art. 21.

[29] Seuls quelques pays admettent les enchères en dehors des procédures dématérialisées de marchés publics. L'un d'eux est le Brésil, qui a réglementé cette question dans sa loi n° 10.520 du 17 juillet 2002 (disponible à l'adresse https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm).

[30] Aux Philippines, le règlement d'application de la loi de la République n° 9184 (voir plus haut, note 19), par exemple, exige de toutes les entités adjudicatrices non seulement qu'elles "affichent l'ensemble des possibilités de marchés, des résultats des appels d'offres et des informations complémentaires" sur le système de marchés publics dématérialisés (art. 8.2.1) mais également qu'elles "utilisent pleinement ce système" (art. 8.3.1). Le règlement prévoit en outre que le système "peut être utilisé pour l'accomplissement des différentes formalités liées à la soumission d'offres électroniques, en particulier l'élaboration de formulaires de soumission électroniques, la création d'une boîte de réception des offres, la transmission et la réception des offres, l'envoi au fournisseur d'un accusé de réception et l'évaluation électronique des offres, et ce pour tous les types de marchés de biens, de projets d'infrastructure et de services de conseil" (art. 8.2.4.3).

électronique et, dans l'affirmative, si ces offres peuvent ou non être également soumises sur papier. Cette disposition pourrait indiquer en outre que les offres sur papier sont réputées acceptables sauf indication contraire dans l'invitation à soumissionner, auquel cas les fournisseurs devraient suivre les instructions données par une entité adjudicatrice. Le Groupe de travail pourrait également examiner si une entité adjudicatrice devrait être tenue de justifier sa décision de n'accepter que des offres électroniques. Des propositions de modifications à l'article 30, qui tiennent compte de certaines des considérations exposées ci-dessus, sont présentées dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2.

E. Forme des autres communications échangées pendant le processus de passation

38. Le paragraphe 1 de l'article 9 de la Loi type dispose que, sous réserve de toute condition de forme spécifiée par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs, les communications doivent être effectuées sous une forme "qui atteste leur teneur". Bien que ce paragraphe puisse être interprété comme autorisant l'entité adjudicatrice à imposer l'utilisation de communications électroniques, les délibérations du Groupe de travail au moment de l'élaboration de la Loi type montrent que l'intention initiale était tout autre[31].

39. Le paragraphe 3 de ce même article dispose quant à lui que l'entité adjudicatrice ne fait pas de discrimination à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs en raison de la forme sous laquelle ils transmettent ou reçoivent les communications. À la sixième session du Groupe de travail, il a été souligné que, dans certaines situations, l'imposition de l'obligation d'utiliser des communications électroniques pouvait en fait s'avérer discriminatoire si les fournisseurs potentiels n'avaient pas raisonnablement accès aux moyens utilisés pour ce type de communications (A/CN.9/568, par. 34). Il a aussi généralement été convenu que la règle énoncée au paragraphe 3 de l'article 9 n'exigeait pas nécessairement que tous les fournisseurs utilisent les mêmes méthodes pour communiquer avec l'entité adjudicatrice (A/CN.9/568, par. 35).

40. Le Groupe de travail pourrait donc apparemment envisager d'énoncer à l'article 9 une règle générale qui autoriserait les entités adjudicatrices à communiquer par voie électronique avec les fournisseurs et les entrepreneurs mais qui donnerait à ceux-ci le droit de choisir entre les communications électroniques et les communications papier, lorsque ce choix existe. Il souhaitera peut-être néanmoins examiner l'articulation entre, d'une part, cette disposition et, d'autre part, l'utilisation des méthodes de passation qui, de par leur nature, exigent une automatisation complète des tâches ou encore les cas dans lesquels l'entité

---

[31] Voir, par exemple, les vues exprimées par l'Australie et le Canada sur l'article 9 du projet de Loi type, dans le document A/CN.9/376 et Add.1 et 2 (reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXIV: 1993 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.16), deuxième partie, I, D (disponible à l'adresse http://www.uncitral.org/french/yearbooks/yb-1993-f/yb-1993-index-f.htm); voir aussi A/CN.9/371 (publié dans le même volume de l'*Annuaire de la CNUDCI*, deuxième partie, I, A), par. 82 à 90.

adjudicatrice voudrait légitimement, par souci d'économie ou d'efficacité, n'utiliser que des dispositifs entièrement ou partiellement automatisés pour communiquer avec les fournisseurs et les entrepreneurs (voir plus haut, par. 36).

41. Outre les communications envoyées directement à tel ou tel fournisseur ou entrepreneur, le Groupe de travail pourrait examiner la forme des avis et autres communications que l'entité adjudicatrice sera peut-être tenue d'envoyer à tous les soumissionnaires, par exemple, un additif au dossier de sollicitation conformément à l'article 28-2 (des dispositions similaires figurent dans les articles 40-2, 48-5 et 49-2), une invitation à une réunion convoquée conformément aux articles 28-3 et 40-3 ou un avis de report de la date limite de soumission des offres conformément à l'article 30-4. Ces communications peuvent être envoyées à l'adresse électronique communiquée par les fournisseurs ou entrepreneurs. Selon la technologie utilisée par l'entité adjudicatrice, il peut cependant se révéler plus rapide de placer ces avis et documents sur une base de données ou un système d'information accessibles – tels qu'un site Web spécial – d'où les fournisseurs pourraient les télécharger (voir plus haut, par. 19). Certains pays admettent déjà cette possibilité[32]. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il est souhaitable d'insérer à l'article 9 de la Loi type une disposition indiquant que l'entité adjudicatrice peut s'acquitter de son obligation d'adresser certaines notifications aux fournisseurs et aux entrepreneurs en publiant ces notifications sur un système d'information électronique accessible au public d'où elles pourraient être téléchargées ou imprimées. Des propositions de modifications à l'article 9 sont présentées dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2.

42. D'autres questions sur lesquelles pourrait se pencher le Groupe de travail sont la conduite des réunions avec les fournisseurs ou les entrepreneurs et la façon dont l'entité adjudicatrice traite les demandes d'éclaircissements concernant le dossier de sollicitation et y répond. L'article 28-1 et 2 de la Loi type porte sur les demandes d'éclaircissements, la manière dont l'entité adjudicatrice doit y répondre et les modifications apportées au dossier de sollicitation. Il fait obligation à l'entité adjudicatrice de communiquer les éclaircissements et modifications "à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels elle a adressé le dossier de sollicitation". Ces dispositions sont incorporées par renvoi au chapitre III de la Loi type dans les articles 46-1 et 47-3. Des dispositions similaires sont prévues dans les articles 40-1 et 2, 48-5 et 49-2. On constate qu'elles sont rédigées en termes techniquement neutres et qu'elles ne prescrivent aucune forme de communication particulière. En conséquence, le Groupe de travail pourrait considérer que la possibilité d'utiliser les communications électroniques aux fins des articles susmentionnés est déjà prise en

---

[32] Aux Philippines, par exemple, l'article 8.4 du règlement d'application de la loi de la République n° 9184 (voir plus haut, note 19), dispose ce qui suit:

"8.4.2 Les demandes d'éclaircissements émanant des soumissionnaires peuvent être envoyées électroniquement […]. Pour lier les soumissionnaires, les éclaircissements et changements apportés à l'invitation à présenter une demande de présélection ou une offre ainsi qu'au dossier d'appel d'offres seront publiés dans un bulletin complémentaire/bulletin d'appel d'offres placé sur le tableau d'affichage du système de marchés publics dématérialisés.

8.4.3 Les bulletins mentionnés ci-dessus ainsi que tous les autres avis devant être envoyés [...] aux soumissionnaires actuels ou potentiels seront placés sur le tableau d'affichage du système de marchés publics dématérialisés et envoyés à l'adresse électronique indiquée dans le dossier d'inscription du soumissionnaire."

compte dans les dispositions générales de l'article 9 tel que modifié relatif à la forme des communications.

43. La situation risque d'être plus complexe pour le paragraphe 3 des articles 28 et 40, consacré aux réunions avec les fournisseurs ou les entrepreneurs, dans la mesure où le terme "réunion" sous-entend généralement la présence physique des personnes en un même lieu et à une même date. Certains pays ont adopté des dispositions qui dispensent les entités adjudicatrices de l'obligation d'organiser une vrai réunion, à condition que les entités et les fournisseurs puissent établir d'autres formes de communication simultanée, par exemple en utilisant la téléconférence[33]. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager d'insérer une disposition qui permettrait aux entités adjudicatrices d'utiliser des communications électroniques en lieu et place de réunions en face à face avec les fournisseurs et les entrepreneurs. Des propositions de modifications aux articles 28 et 40 tenant compte des aspects exposés ci-dessus sont présentées dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2.

F. Valeur juridique des documents électroniques utilisés dans la procédure de passation ou issus de la procédure

44. Outre qu'ils souhaiteront régler les questions juridiques exposées aux paragraphes 8 à 43 ci-dessus, les États adoptants voudront peut-être s'assurer que les marchés conclus électroniquement dans leur système interne sont pleinement exécutoires et que les communications et documents électroniques échangés pendant le processus de passation ne seront pas dénués de valeur juridique, notamment de valeur probante, dans un recours administratif ou une procédure judiciaire.

45. Comme on le verra ci-après, certains de ces problèmes pourront être résolus au moyen de dispositions spécifiques dans le droit des marchés publics. D'autres en revanche exigeront un traitement approprié dans d'autres textes de loi.

1. Marchés et signatures électroniques

46. Les articles 27 y) et 38 u) de la Loi type font référence à un marché "écrit". L'article 36-2 a) et b) dispose que le dossier de sollicitation peut stipuler que le fournisseur ou l'entrepreneur dont l'offre a été acceptée doit "signer un marché écrit" conforme à cette offre, auquel cas le marché doit être signé dans un délai raisonnable après que l'avis d'acceptation de l'offre a été expédié au fournisseur ou à l'entrepreneur.

---

[33] Aux Philippines, par exemple, l'article 8.4 du règlement d'application de la loi de la République n° 9184 (voir plus haut, note 19) prévoit ce qui suit:

> "8.4.1 Des réunions préalables à la soumission des offres sont organisées conformément à l'article 22 du présent règlement, à condition toutefois que l'obligation de mettre en présence les participants puisse être remplacée une fois que la visioconférence ou des technologies similaires deviendront la norme dans les opérations commerciales du pays. Les entités adjudicatrices dotées de moyens de visioconférence dont disposent également les fabricants, les fournisseurs, les distributeurs, les entrepreneurs et/ou les consultants peuvent conduire ces réunions électroniquement."

47. Dans la pratique interne, certains pays autorisent l'envoi électronique de l'avis d'acceptation d'une offre[34]. En principe, une entité adjudicatrice dans un pays dont la loi ne s'oppose pas à la reconnaissance juridique des contrats négociés par voie électronique devrait pouvoir accepter les marchés conclus électroniquement. Les pays peuvent cependant souhaiter prescrire la façon dont les parties signeront ou authentifieront d'une autre manière un marché passé électroniquement[35].

48. Il semble que deux possibilités s'offrent essentiellement au Groupe de travail:

a) La Loi type pourrait expressément autoriser la conclusion d'un marché par voie électronique et, dans ce cas, mentionner également la possibilité pour l'État adoptant de prescrire les procédures de signature ou d'authentification d'un marché conclu par ce moyen; ou

b) Le soin pourrait être laissé aux États adoptants de régler la question dans d'autres textes législatifs, auquel cas le Guide pour l'incorporation pourrait exposer brièvement les aspects à prendre en considération.

49. Aux termes de l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, "lorsque la loi exige qu'une information soit sous forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement". L'article 11 de la Loi type dispose en outre que "lorsqu'un message de données est utilisé pour la formation d'un contrat, la validité ou la force exécutoire de celui-ci ne sont pas déniées pour le seul motif qu'un message de données a été utilisé". En ce qui concerne l'exigence de signature, l'article 7 de cette même loi prévoit que lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données: "a) si une méthode est utilisée pour identifier la personne en question et pour indiquer qu'elle approuve l'information contenue dans le message de données; et b) si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout accord en la matière". L'article 6-3 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques[36] donne davantage de précisions sur

---

[34] United States Code Service, titre 41, article 253 b c) (41 U.S.C.S. § 253b (2004)): "L'attribution d'un marché est notifiée, par écrit ou par voie électronique, au soumissionnaire retenu. Dans un délai de trois jours après la date d'attribution du marché, l'organe exécutif notifie, par écrit ou par voie électronique, à chaque soumissionnaire non retenu que le marché a été attribué."

[35] En Autriche, le paragraphe 100-1 de la loi fédérale relative à la passation des marchés publics (voir plus haut, note 24) prévoit que l'attribution d'un marché peut être notifiée électroniquement aux fournisseurs et aux entrepreneurs. Le paragraphe 102-1 et 2 de cette même loi prévoit quant à lui que le marché est conclu au moyen d'un échange de documents papier sous la forme de lettre de commande, bon de commande ou contrat. Le paragraphe 102-3 autorise simplement le Gouvernement fédéral à adopter des règlements sur la "conclusion des marchés" ("Vertragsabschluss") par voie électronique, y compris des règlements pour garantir la confidentialité, l'authenticité et l'intégrité des données transmises par voie électronique au moyen de signatures électroniques sécurisées. Des règles relatives à l'authenticité et à l'intégrité des offres électroniques sont prévues dans le règlement adopté récemment par ce pays (règlement sur les offres électroniques dans la passation des marchés, voir plus haut, note 9). Bien que celui-ci ne fasse pas expressément référence à la conclusion des marchés, les mêmes règles devraient en principe s'appliquer.

[36] Pour le texte de la Loi type, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), annexe II. La Loi type et le Guide pour son

cette exigence de fiabilité en indiquant qu'une signature électronique est considérée comme fiable si:

"a) Les données afférentes à la création de signature sont, dans le contexte dans lequel elles sont utilisées, liées exclusivement au signataire;

b) Les données afférentes à la création de signature étaient, au moment de la signature, sous le contrôle exclusif du signataire;

c) Toute modification apportée à la signature électronique après le moment de la signature est décelable; et

d) Dans le cas où l'exigence légale de signature a pour but de garantir l'intégrité de l'information à laquelle elle se rapporte, toute modification apportée à cette information après le moment de la signature est décelable."

50. Une solution apparemment simple au problème des signatures électroniques serait d'incorporer, dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, des dispositions analogues à l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique ou à l'article 6-3 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques. Toutefois, comme cela a été indiqué précédemment, ces autres textes ont un caractère et un objet différents de ceux de la Loi type sur la passation des marchés et les solutions qu'ils proposent ne sont peut-être pas directement transposables dans le contexte de cette dernière (A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 7 à 13). De plus, les méthodes d'authentification susceptibles d'être acceptées par une entité adjudicatrice peuvent être limitées pour diverses raisons, notamment pour des motifs de fiabilité et de disponibilité de la technologie utilisée. Enfin, les problèmes d'interopérabilité des systèmes d'information, tant entre organismes publics d'un même État qu'au sein d'une région déterminée, tendent à montrer que les États adoptants devraient avoir toute latitude pour déterminer les méthodes d'authentification qu'ils pourraient accepter dans le processus de passation des marchés[37].

51. Une autre question que le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner est celle de l'entrée en vigueur d'un marché. L'article 36-4 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés prévoit que celui-ci entre en vigueur lorsque l'avis d'acceptation de l'offre "a été expédié au fournisseur ou entrepreneur ayant soumis l'offre, à condition qu'il soit expédié pendant que l'offre est en cours de validité". L'avis est expédié lorsqu'il est "dûment adressé ou envoyé et transmis de toute autre manière au fournisseur ou entrepreneur, ou remis à une autorité compétente pour transmission au fournisseur ou entrepreneur, par un mode de communication autorisé par l'article 9". L'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, relatif au moment et au lieu de l'expédition et de la réception d'un message de données, prévoit que l'expédition d'un tel message intervient "lorsque celui-ci entre dans un système d'information ne dépendant pas de l'expéditeur" ou de la personne ayant envoyé le message de données au nom de

---

incorporation dans le droit interne ont été publiés sous la forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8) et sont disponibles sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI (http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-elecsign.pdf).

[37] Voir Christine Kirchberger et Jon Ramón y Olano, *Issues of Security and Interoperability in Electronic Public Procurement* (ouvrage disponible au secrétariat).

l'expéditeur. Il n'exige pas expressément que le message de données soit "dûment adressé". Cette exigence est toutefois implicite.

52. On constate donc que l'article 36-4 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés est rédigé en termes technologiquement neutres et pourrait, sous sa forme actuelle, s'appliquer de manière satisfaisante aux transmissions électroniques des avis d'acceptation, compte tenu en particulier de la règle générale que le Groupe de travail pourrait énoncer selon laquelle un système d'échange de communications électroniques dans le processus de passation des marchés devrait dûment permettre de déterminer la date et l'heure de l'expédition et de la réception des communications, documents et offres (voir plus haut, par. 27).

53. Un projet de disposition générale à insérer à l'article 36, s'inspirant de l'option a) proposée au paragraphe 48 ci-dessus, est présenté dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2.

2. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés

54. L'article 11 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés fait obligation à l'entité adjudicatrice de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché dans lequel doivent figurer, au moins, les éléments d'information énumérés et indiquer dans quelle mesure ces éléments sont accessibles aux personnes intéressées. La Loi type ne prescrit pas la forme de ce procès-verbal et ne semble pas empêcher une entité adjudicatrice de dresser un procès-verbal électronique.

55. L'article 10 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique dispose que, lorsqu'une règle de droit exige que certains documents, enregistrements ou informations soient conservés, cette exigence est satisfaite si ce sont des messages de données qui sont conservés, à condition: a) que l'information que contient le message de données soit accessible pour être consultée ultérieurement; b) que le message de données soit conservé sous la forme sous laquelle il a été créé, envoyé ou reçu, ou sous une forme dont il peut être démontré qu'elle représente avec précision les informations créées, envoyées ou reçues; et c) que les informations qui permettent de déterminer l'origine et la destination du message de données, ainsi que les indications de date et d'heure de l'envoi ou de la réception soient conservées si elles existent.

56. Dans la mesure où il énonce uniquement des critères généraux, sans préciser les moyens pouvant être utilisés pour y satisfaire, l'article 10 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique pourrait, semble-t-il, constituer une base utile pour permettre l'établissement de procès-verbaux électroniques de la procédure de passation, si le Groupe de travail juge souhaitable d'insérer une disposition sur la question dans la Loi type sur la passation des marchés.

57. Si tel est le cas, le Groupe de travail jugera peut-être aussi utile de prévoir que les règlements devant être adoptés en application de l'article 4 de la Loi type pourraient établir des procédures pour l'établissement et la consultation des procès-verbaux électroniques, en particulier des mesures pour assurer l'intégrité, l'accessibilité et, lorsque cela est nécessaire, la confidentialité des informations. Il sera peut-être nécessaire de fournir des éclaircissements sur ce point, compte tenu du lien entre l'"intégrité" des informations électroniques et les moyens utilisés pour "authentifier" ces informations (par exemple les signatures électroniques) et de la

relation étroite entre la conservation de procès-verbaux de procédures de passation et la politique générale de l'État adoptant en matière de conservation des dossiers des organismes publics. Il faudra, à cet égard, éventuellement examiner des questions complexes telles que l'interopérabilité des systèmes de conservation, la durée de conservation (compte tenu également de l'évolution des technologies), la protection de la vie privée et la sécurité des enregistrements électroniques[38].

58. Des projets de modifications à l'article 11 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés sont présentés dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2.

---

[38] Pour une étude de diverses questions relatives aux enregistrements électroniques, voir John T. Ramsay, *IT Governance, SOX and Other Acronyms*, juin 2004 (disponible à l'adresse http://www.gowlings.com/resources/publications.asp?pubid=1005).

A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2

Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – questions découlant de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa septième session

ADDITIF

L'annexe de la présente note contient des propositions de projets de modifications de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, qui tiennent compte des considérations énoncées dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.34 et Add.1.

ANNEXE

LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE BIENS, DE TRAVAUX ET DE SERVICES

MODIFICATIONS PROPOSÉES POUR TRAITER LA PUBLICATION ÉLECTRONIQUE D'INFORMATIONS RELATIVES À LA PASSATION DES MARCHÉS ET L'UTILISATION DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LE PROCESSUS DE PASSATION DES MARCHÉS[39]

Article 2. Définitions

...

Le terme "électronique" s'applique aux technologies ayant des moyens électroniques, optiques, magnétiques ou des moyens analogues qui peuvent être utilisés pour envoyer, recevoir ou stocker des données, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie[40];

Le terme "système d'information électronique accessible au public" désigne un système utilisé pour créer, envoyer, recevoir, conserver ou traiter de toute autre

---

[39] Les parties soulignées du texte sont des propositions d'ajout au texte actuel de la Loi type.

[40] Cette définition reprend des éléments de la définition de "message de données" à l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), annexe I; également publiée dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXVII:1996 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.98.V.7), troisième partie, annexe I), et la définition du terme "électronique" à l'article 2-5 de la Loi uniforme sur les transactions électroniques des États-Unis (UETA), rédigée par la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws et approuvée à sa 108e conférence annuelle (Denver, Colorado, 23-30 juillet 1999) ainsi qu'à l'article 1 de la Loi uniforme sur le commerce électronique du Canada.

manière des communications électroniques qui sont généralement accessibles à des personnes faisant usage de dispositifs électroniques[41].

...

Article 5. Accès du public à la réglementation des marchés

Le texte de la présente Loi, des règlements en matière de passation des marchés et de toutes les décisions et directives administratives d'application générale relatives à la passation des marchés régis par la présente Loi, ainsi que toutes les modifications audit texte, est promptement mis à la disposition du public et systématiquement tenu à jour, ce qui peut inclure la diffusion simultanée par l'intermédiaire de systèmes d'information électroniques accessibles au public.

...

Article 5 bis. *Avis de possibilités de marchés*

Variante A

1) [Si les règlements promulgués en application de l'article 4 le prévoient] [L']entité adjudicatrice publie, au plus tard [*l'État adoptant spécifie un délai*] après le début d'un exercice budgétaire, un avis de ses besoins prévus en matière de passation de marchés pour les [*l'État adoptant spécifie une période*] suivant(e)s.

Variante B

1) Dans le délai de [*l'État adoptant spécifie un délai*] après le début d'un exercice budgétaire, les entités adjudicatrices peuvent publier un avis de leurs besoins prévus en matière de passation de marchés pour les [*l'État adoptant spécifie une période*] suivant(e)s.

2) Les règlements en matière de passation des marchés peuvent indiquer les modalités de publication de l'avis visé au paragraphe 1, qui [peuvent comprendre la publication dans des systèmes d'information électroniques accessibles au public] [consistent [principalement] en la publication dans des systèmes d'information électroniques accessibles au public].

3) Le paragraphe 1 n'est pas applicable lorsque la valeur prévue d'un marché est inférieure à [...].

...

Article 7. Procédure de présélection

...

2) Si l'entité adjudicatrice ouvre une procédure de présélection, elle fournit un exemplaire de la documentation de présélection à chaque fournisseur ou entrepreneur qui en fait la demande conformément à l'invitation à présenter une demande de présélection et qui, le cas échéant, en acquitte le prix. Le prix que l'entité adjudicatrice peut demander pour la documentation de présélection ne doit

[41] Cette définition reprend des éléments de la définition de "système d'information" à l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

refléter que le coût de l'impression de ladite documentation et de sa distribution aux fournisseurs ou entrepreneurs.

2) *bis* [Sans préjudice du droit d'un fournisseur ou d'un entrepreneur à demander et à recevoir un exemplaire de la documentation de présélection sur papier] [L]'entité adjudicatrice peut s'acquitter de son obligation de fournir la documentation de présélection en la transmettant aux fournisseurs ou entrepreneurs sous forme électronique ou en la mettant à leur disposition par l'intermédiaire de systèmes d'information électroniques accessibles au public, d'où elle peut être téléchargée ou imprimée par les parties intéressées.

...

Article 9. Forme des communications

1) Sous réserve d'autres dispositions de la présente loi et de toute condition de forme spécifiée par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou entrepreneurs à une procédure de passation de marché, les documents, notifications, décisions et autres communications visées dans la présente Loi qui doivent être soumis par l'entité adjudicatrice ou l'autorité administrative à un fournisseur ou entrepreneur ou par un fournisseur ou entrepreneur à l'entité adjudicatrice sont présentés sous une forme qui atteste leur teneur, y compris au moyen de communications et de documents électroniques, lorsque le dossier de sollicitation le prévoit.

1) *bis* [Sans préjudice du droit d'un fournisseur ou d'un entrepreneur à demander et recevoir des notifications et documents sur papier] [L]orsque l'entité adjudicatrice est tenue par la présente loi de fournir des notifications ou d'adresser des documents aux fournisseurs ou entrepreneurs, elle peut s'acquitter de cette obligation en affichant les notifications ou les documents sur un système d'information électronique accessible au public d'où ils peuvent être téléchargés ou imprimés par les fournisseurs ou entrepreneurs.

1) *ter* Lorsque le dossier de sollicitation exige que les offres soient soumises sous forme électronique, l'entité adjudicatrice peut indiquer que toutes les communications avec les fournisseurs ou entrepreneurs s'effectueront uniquement sous forme électronique conformément à la disposition du dossier de sollicitation.

...

3) L'entité adjudicatrice ne fait pas de discrimination à l'encontre de fournisseurs ou entrepreneurs en raison de la forme sous laquelle ils communiquent ou reçoivent les documents, notifications, décisions ou autres communications. Le moyen de communication choisi par l'entité adjudicatrice ne constitue pas un obstacle déraisonnable à la participation à la procédure de passation des marchés.

Article 10. Règles concernant les pièces produites par les fournisseurs ou entrepreneurs

1) La documentation de présélection ou le dossier de sollicitation peut indiquer que les pièces produites par les fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leur qualification peuvent être soumises sous la forme de documents électroniques répondant aux exigences techniques quant à l'authenticité et à l'intégrité établies [par l'entité adjudicatrice] [dans la documentation de présélection ou le dossier de

sollicitation], à condition que ces exigences techniques ne puissent pas faire de discrimination à l'encontre des fournisseurs ou entrepreneurs ou à l'encontre de catégories de fournisseurs ou d'entrepreneurs.

Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés

...

5) L'entité adjudicatrice peut [être autorisée à] dresser le procès-verbal visé au paragraphe 1 du présent article sous forme électronique pourvu que les conditions suivantes soient remplies:

a) Les informations qui y sont contenues sont accessibles de manière à être utilisables pour référence ultérieure;

b) Les informations électroniques sont conservées dans le format dans lequel elles ont été créées, envoyées ou reçues, ou dans un format dont on peut démontrer qu'il représente fidèlement les informations créées, envoyées ou reçues; et

c) Ces informations, le cas échéant, sont conservées car elles permettent l'identification de l'origine et de la destination d'un message de données et de la date et de l'heure auxquelles il a été envoyé ou reçu.

6) Les règlements en matière de passation des marchés peuvent établir des procédures pour dresser des procès-verbaux électroniques et y accéder, y compris des mesures pour assurer l'intégrité, l'accessibilité et, le cas échéant, la confidentialité des informations.

...

Article 14. Publication des avis d'attribution de marché

1) L'entité adjudicatrice publie promptement les avis d'attribution de marché.

2) Les règlements en matière de passation des marchés peuvent indiquer les modalités de publication des avis visés au paragraphe 1, qui peuvent comprendre la publication dans des systèmes d'information électronique accessibles au public.

3) Le paragraphe 1 n'est pas applicable aux marchés dont la valeur est inférieure à [...].

...

Article 24. Procédures de sollicitation des offres pour des demandes de présélection

1) L'entité adjudicatrice sollicite des offres ou, le cas échéant, des demandes de présélection *en faisant publier* une invitation à soumettre une offre ou une invitation à présenter une demande de présélection, selon le cas, *dans ...* (*l'État adoptant spécifie le journal officiel ou une autre publication officielle dans lequel l'invitation à soumettre une offre ou présenter une demande de présélection doit être publiée*).

2) Les invitations à soumettre une offre ou les invitations à présenter une demande de présélection peuvent également être publiées dans des systèmes d'information électronique accessibles au public [couramment utilisés par les entités adjudicatrices de l'État adoptant].

3) L'entité adjudicatrice peut choisir de publier les invitations à soumettre une offre ou les invitations à présenter une demande de présélection uniquement sous forme électronique lorsqu'elle a l'assurance que la méthode de publication choisie:

a) ne constitue pas un obstacle à l'accès au processus de passation de marchés;

b) est justifiée pour promouvoir l'économie et l'efficacité du processus de passation de marchés; et

c) n'entraînera pas de discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou ne limitera pas autrement de façon importante la concurrence.

[4) Le procès-verbal de la procédure de passation des marchés contient une déclaration écrite de l'entité adjudicatrice indiquant que les conditions du paragraphe 3 du présent article sont remplies.]

...

Article 25. Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection

1) L'invitation à soumettre une offre comporte, au minimum, les renseignements suivants:

...

k) Une déclaration de l'entité adjudicatrice indiquant si les offres [doivent] [peuvent être] soumises sous forme électronique et, dans ce cas, les procédures et le format de leur soumission ainsi que l'adresse électronique à laquelle elles doivent être transmises. Sauf indication contraire dans l'invitation, les fournisseurs ou entrepreneurs ont le droit de soumettre des offres par écrit dans une enveloppe scellée, conformément à l'article ...

2) L'invitation à présenter une demande de présélection comporte, au minimum, les renseignements visés au paragraphe 1 ci-dessus, alinéas a) à e), g), h) et j), si les renseignements demandés dans ce dernier alinéa sont déjà connus, ainsi que les renseignements suivants:

...

f) Une déclaration de l'entité adjudicatrice indiquant si les demandes de présélection [doivent] [peuvent] être soumises sous forme électronique et, dans ce cas, les procédures et le format de leur soumission ainsi que l'adresse électronique à laquelle elles doivent être transmises. Sauf indication contraire dans l'invitation, les fournisseurs ou entrepreneurs ont le droit de soumettre des demandes [par écrit] [sur papier].

Article 26. Communication du dossier de sollicitation

2) [Sans préjudice du droit d'un fournisseur ou d'un entrepreneur de recevoir un dossier de sollicitation sur papier] [L]'entité adjudicatrice peut s'acquitter de son obligation de fournir le dossier de sollicitation en le transmettant aux fournisseurs ou entrepreneurs sous forme électronique ou en le mettant à leur disposition par l'intermédiaire de systèmes d'information électroniques accessibles au public, d'où il peut être téléchargé ou imprimé par les parties intéressées.

...

Article 28. Clarification et modification du dossier de sollicitation

...

3) *bis* L'entité adjudicatrice peut convoquer un réunion de fournisseurs ou entrepreneurs par des moyens électroniques de communication [, tels que l'échange en ligne de messages électroniques, la vidéoconférence ou une technologie similaire,] lorsqu'elle a l'assurance que tous les fournisseurs ou entrepreneurs qu'elle doit inviter pour une réunion conformément au paragraphe 1 du présent article ont accès aux moyens techniques et autres requis et que le moyen de communication choisi par elle ne constitue pas un obstacle déraisonnable à la participation à la réunion.

...

Article 30. Soumission des offres

...

5) a) Les offres sont soumises par écrit, sont signées et sont placées dans une enveloppe scellée ou soumises sous toute autre forme spécifiée dans le dossier de sollicitation qui est conforme à l'article 30 *bis*;

~~b) Sans préjudice du droit des fournisseurs ou entrepreneurs de soumettre leurs offres sous la forme visée à l'alinéa a), les offres peuvent également être soumises sous toute autre forme, spécifiée dans le dossier de sollicitation, qui en atteste la teneur et qui assure au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité et de confidentialité;~~

b) L'entité adjudicatrice délivre, sur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs un reçu indiquant la date et l'heure auxquelles leur offre a été reçue.

6) Une offre reçue par l'entité adjudicatrice après la date limite de soumission des offres n'est pas ouverte et est renvoyée au fournisseur ou entrepreneur qui l'a soumise.

Article 30 bis. *Mesures de sécurité dans les communications et dans le traitement des offres*

1) L'entité adjudicatrice prend les mesures nécessaires et établit des procédures appropriées pour faire en sorte que:

a) L'origine et l'authenticité des communications, documents et offres reçus des fournisseurs ou entrepreneurs puissent être établies;

b) L'intégrité des communications, documents et offres reçus des fournisseurs ou entrepreneurs puisse être préservée;

c) La date et l'heure de l'envoi et de la réception des communications, documents et offres puissent être déterminées;

d) Les communications, documents et offres ne soient pas accessibles à l'entité adjudicatrice ou à une autre personne avant toute date limite fixée;

e) Tout accès non autorisé ou toute tentative d'accéder aux communications, documents et offres avant la date limite visée au paragraphe 1 d) soit décelable;

f) La confidentialité des communications, documents et offres reçus d'autres fournisseurs ou entrepreneurs ou relatives à d'autres fournisseurs ou entrepreneurs soit préservée.

2. Le ... (*l'État adoptant désigne un organe ou une autorité*) peut prévoir dans ses règlements des dispositions spécifiques pour se conformer au présent article, en particulier en ce qui concerne les communications électroniques des offres, propositions ou prix soumis par des moyens électroniques.

...

Article 33. Ouverture des offres

...

4) Lorsque la procédure de passation des marchés a été menée uniquement par voie électronique conformément aux articles 9-1 *ter*, 25-1 k) et 25-2 f) ou [*insérer les dispositions traitant des enchères inversées et, le cas échéant, des autres procédures entièrement automatisées*], les fournisseurs ou entrepreneurs sont réputés avoir été autorisés à être présents à l'ouverture des offres s'ils sont autorisés à suivre cette ouverture par l'intermédiaire des moyens électroniques de communication [, tels que l'échange en ligne de messages électroniques, la vidéoconférence ou une technologie similaire,] utilisés par l'entité adjudicatrice, à condition que tous ceux qui ont soumis des offres aient accès aux moyens techniques et autres nécessaires et que les moyens de communication utilisés par l'entité adjudicatrice ne constituent pas un obstacle déraisonnable à la participation à la session.

...

Article 36. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché

...

7) Lorsqu'un marché écrit doit être signé en application du présent article, cette exigence est satisfaite par l'utilisation de communications ou de documents électroniques signés avec une signature électronique répondant à toutes conditions fixées par l'entité adjudicatrice.

...

Article 37. Avis de sollicitation de propositions

...

2) *bis* L'avis peut aussi être publié dans des systèmes d'information électronique accessibles au public [couramment utilisés par les entités adjudicatrices de l'État adoptant]. Une entité adjudicatrice peut choisir de publier l'avis sous forme électronique uniquement lorsqu'elle a l'assurance que la méthode de publication choisie:

a) ne constitue pas un obstacle à l'accès au processus de passation de marchés;

b) est justifiée pour promouvoir l'économie et l'efficacité du processus de passation de marchés; et

c) n'entraînera pas de discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou ne limitera pas autrement de façon importante la concurrence.

[2) *ter* Le procès-verbal de la procédure de passation des marchés contient une déclaration écrite de l'entité adjudicatrice indiquant que les conditions du paragraphe 2 *bis* du présent article sont remplies.]

...

...

4) *bis* [Sans préjudice du droit d'un fournisseur ou entrepreneur à recevoir la sollicitation de propositions ou la documentation de présélection, sur papier] [L]'entité adjudicatrice peut s'acquitter de son obligation de fournir la sollicitation de la proposition ou la documentation de présélection en la transmettant aux fournisseurs ou entrepreneurs sous forme électronique ou en la mettant à leur disposition par l'intermédiaire de systèmes d'information électroniques accessibles au public, d'où elle peut être téléchargée ou imprimée par les parties intéressées.

...

Article 40. Clarification et modification des sollicitations de propositions

...

3) *bis* L'entité adjudicatrice peut convoquer une réunion de fournisseurs ou entrepreneurs par des moyens électroniques, tels que l'échange en ligne de messages électroniques, la vidéoconférence ou une technologie similaire, lorsqu'elle a l'assurance que tous les fournisseurs ou entrepreneurs qu'elle devrait inviter pour une réunion en application du paragraphe 1 du présent article ont accès aux moyens techniques et autres nécessaires et que le moyen de communication choisi par elle ne constitue pas un obstacle déraisonnable à la participation à la réunion.

...

Article 47. Appel d'offres restreint

...

2) Lorsque l'entité adjudicatrice lance un appel d'offres restreint, elle fait publier un avis d'appel d'offres restreint dans ... (l'État adoptant spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel l'avis doit être publié).

2) *bis* L'avis peut également être publié dans des systèmes d'information électroniques accessibles au public [couramment utilisés par les entités adjudicatrices de l'État adoptant]. Une entité adjudicatrice peut choisir de publier l'avis sous forme électronique uniquement lorsqu'elle a l'assurance que la méthode de publication choisie:

a) ne constitue pas un obstacle à l'accès au processus de passation de marchés;

b) est justifiée pour promouvoir l'économie et l'efficacité du processus de passation de marchés; et

c) n'entraînera pas de discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou ne limitera pas autrement de façon importante la concurrence.

[2) *ter* Le procès-verbal de la procédure de passation des marchés contient une déclaration écrite de l'entité adjudicatrice indiquant que les conditions du paragraphe 2 *bis* du présent article sont remplies.]

...

Article 48. Sollicitation de propositions

1) La sollicitation de propositions est adressée à autant de fournisseurs ou entrepreneurs que possible, mais à trois au moins si possible.

2) L'entité adjudicatrice publie dans un journal de grande diffusion internationale ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle de grande diffusion internationale un avis demandant aux fournisseurs ou entrepreneurs qui pourraient souhaiter soumettre une proposition de se faire connaître, à moins qu'elle ne juge qu'il n'est pas souhaitable de publier un tel avis pour des raisons d'économie ou d'efficacité; ledit avis ne confère aucun droit aux fournisseurs ou entrepreneurs et, en particulier, il ne les autorise pas à exiger qu'une proposition soit évaluée.

2) *bis* L'avis peut également être publié dans des systèmes d'information électroniques accessibles au public [couramment utilisés par les entités adjudicatrices de l'État adoptant]. Une entité adjudicatrice peut choisir de publier l'avis sous forme électronique uniquement lorsqu'elle a l'assurance que la méthode de publication choisie:

a) ne constitue pas un obstacle à l'accès au processus de passation de marchés;

b) est justifiée pour promouvoir l'économie et l'efficacité du processus de passation de marchés; et

c) n'entraînera pas de discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou ne limitera pas autrement de façon importante la concurrence.

[2) *ter* Le procès-verbal de la procédure de passation des marchés contient une déclaration écrite de l'entité adjudicatrice indiquant que les conditions du paragraphe 2 *bis* du présent article sont remplies.]

A/CN.9/WG.I/WP.35

F. Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – questions découlant de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics: étude comparative de l'expérience pratique de l'utilisation des enchères électroniques (inversées) dans la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa septième session

(A/CN.9/WG.I/WP.35 et Add.1) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-3
II.	Remarques générales	4-11
	A. Définition d'une "enchère électronique inversée"	4-5
	B. Étendue de l'utilisation des enchères électroniques inversées	6
	C. Avantages et inconvénients	7-11
III.	Réglementation et pratique de l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics: étude comparative	12-36
	A. Étendue de la réglementation	12-16
	B. Conditions d'utilisation	17-34
	1. Conditions générales	17-19
	2. Limitation de l'objet des enchères électroniques inversées	20-25
	3. Modes d'utilisation des enchères électroniques inversées dans la procédure de passation	26-27
	4. Critères d'évaluation et d'attribution	28-32
	5. Modèles d'enchères électroniques inversées	33
	6. Conclusion	34

I. Introduction

1. Les travaux actuellement menés par le Groupe de travail I (Passation de marchés) en vue de réviser la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (dénommée ci-après "la Loi type de la CNUDCI

sur la passation des marchés" ou "la Loi type")[1] sont décrits dans les paragraphes 1 à 5 du document A/CN.9/WG.I/WP.34, soumis au Groupe de travail pour examen à sa septième session.

2. À sa sixième session, le Groupe de travail a examiné entre autres l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics. Il a reconnu la réalité de ces enchères et confirmé son intention d'étudier s'il convenait de prévoir dans la Loi type des dispositions permettant de recourir à cette méthode à titre facultatif. Toutefois, avant de trancher définitivement la question, il est convenu qu'il serait utile d'avoir de plus amples informations sur l'utilisation pratique de cette méthode dans les pays qui l'avaient instaurée. Il a prié le secrétariat de lui fournir ces informations sous la forme d'une étude comparative d'expériences pratiques (A/CN.9/568, par. 54).

3. La présente note a été élaborée en réponse à cette requête. Elle compare les règles existant en matière d'enchères électroniques inversées dans les pays de différentes régions du monde retenus pour cette étude. Elle ne traite que de la législation sur les marchés publics qui régit spécifiquement ce type d'enchères et n'aborde pas d'autres branches du droit qui s'y rapportent également, telles que le droit de la concurrence ou les règles sur le commerce électronique. Pour une analyse du recours au commerce électronique dans la passation des marchés publics, on se reportera aux notes du secrétariat A/CN.9/WG.I/WP.34 et Add.1 et 2.

II. Remarques générales

A. Définition d'une "enchère électronique inversée"

4. Une enchère électronique inversée peut se définir comme une enchère dynamique, en ligne et en temps réel entre un organisme acheteur et un certain nombre de fournisseurs qui se font concurrence pour remporter le marché en soumettant des offres de plus en plus basses au cours d'une période déterminée[2]. Cette technique est utilisée tant dans le secteur privé que dans le secteur public. La façon dont les administrations publiques passent leurs marchés a une incidence sur les modalités de l'enchère.

5. Contrairement à une vente aux enchères classique, à laquelle participent un seul vendeur et plusieurs acheteurs, ces derniers faisant des offres pour obtenir le droit d'acheter et le premier utilisant les forces du marché pour les pousser à surenchérir, une enchère inversée fait intervenir un seul acheteur et plusieurs fournisseurs: le premier indique ses besoins et les seconds baissent progressivement

---

[1] Pour le texte de la Loi type, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/49/17 et Corr.1), annexe I (également publié dans: Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Annuaire, vol. XXV:1994 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.20), troisième partie, annexe I). La Loi type est disponible sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI (http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf).

[2] Voir l'étude du Center for Advanced Purchasing Studies (CAPS Research), "Role of reverse auctions in strategic sourcing", 2003, à l'adresse http://www.capsresearch.org/publications/pdfs-public/beall2003es.pdf.

leur prix pour remporter le droit de vendre. L'acheteur utilise dans ce cas les forces du marché pour amener les fournisseurs à sous-enchérir. Des analyses économiques montrent que les enchères classiques et les enchères inversées conduisent aux mêmes résultats[3]. Ces deux méthodes sont utilisées à des fins publiques: par exemple, les enchères classiques en Colombie pour la vente de biens publics[4] et les enchères inversées en Argentine[5], au Brésil[6] et au Costa Rica[7] pour l'achat de produits répondant à des besoins publics. Dans le second cas, qui correspond à la passation de marchés publics à proprement parler, seul un mécanisme d'enchères inversées peut être utilisé puisque plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs se livrent concurrence pour se voir attribuer un marché.

B. Étendue de l'utilisation des enchères électroniques inversées

6. L'étendue de l'utilisation des enchères électroniques inversées dépend dans une large mesure du degré de développement des activités de commerce électronique dans l'ensemble de l'économie. Dans les pays où le commerce électronique est devenu la norme, cette technique gagne rapidement du terrain dans la passation des marchés publics. Les premiers pays à avoir instaurer ce type d'enchères dans les marchés publics sont notamment l'Australie[8], le Brésil[9], le

---

[3] Voir Soudry O., "Promoting economy: electronic reverse auctions under the EC directives on public procurement", 2004, Journal of Public Procurement, vol. 4, n° 3, p. 345.

[4] Loi 80 de 1993 (disponible à l'adresse http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/L0080_93.HTM), article 24, paragraphe 3. La Colombie dispose également d'un système "de conformation dynamique" des offres qui s'apparente à un mécanisme d'enchères. Celui-ci est prévu à l'article 5 du décret présidentiel 2170 du 30 septembre 2002 (directives concernant l'application de la Loi 80, consultables sous la rubrique "Documentos" du site http://www.contratos.gov.co).

[5] *Decreto delegado* 1023/2001 du 13 août 2001 (disponible à l'adresse http://infoleg.mecon gov.ar/txtnorma/68396.htm). L'article 25 b) (Procédures de sélection) de ce décret prévoit le recours à des enchères publiques pour la passation des marchés de biens.

[6] La loi fédérale n° 8.666 du 21 juin 1993, telle que modifiée (dont le texte intégral en portugais est disponible aux adresses https://www.planalto.gov.br/ et http://www.COMPRASNET.gov.br/legislacao/leis/lei8666.pdf.), a adjoint la méthode des enchères (*pregao*) à d'autres méthodes de passation des marchés. Les décrets 3.555 et 3.693, en date respectivement du 8 août et du 20 décembre 2000, dressent la liste des biens et des services dont l'acquisition peut se faire par enchères inversées, en limitant ceux-ci aux "articles courants", c'est-à-dire aux produits standard, dont les normes de qualité sont établies par le marché et pour lesquels le prix est le seul critère de différenciation.

[7] *Decreto* n° 25038-H, *Reglamento General de Contratación Administrativa,* (règlement général sur la passation des contrats administratifs) du 6 mars 1996 (disponible à l'adresse http://www1.hacienda.go.cr/proveeduria-financiera/reg%20gral%20de%20contratacion %20adva.html). L'article 64.1 de ce décret autorise l'utilisation des enchères pour l'achat de produits génériques, définis à l'article 64.2 comme des produits élaborés conformément à des méthodes générales de fabrication et distribués par au moins quatre fournisseurs, la satisfaction des besoins étant indépendante des mécanismes contractuels, de la marque ou du fournisseur. L'article 64.6 prévoit que les offres de prix sont formulées verbalement en présence de tous les autres soumissionnaires accrédités.

[8] L'Australie dispose depuis mai 1999 d'un cadre national intégré pour l'utilisation du commerce électronique dans les marchés publics (voir "Framework for national cooperation on electronic commerce in government procurement", à l'adresse http://www.apcc.gov.au/docs/NationalECFramework.pdf.), qui énonce une série de principes directeurs visant à promouvoir

Canada, les États-Unis[10], la France, le Royaume-Uni[11], Singapour et la Thaïlande. Plusieurs pays d'Asie, et d'Europe centrale et orientale et quelques pays d'Amérique latine[12] s'efforcent activement d'adopter cette pratique. Cette évolution est renforcée par des initiatives prises aux niveaux international et régional, notamment par les banques multilatérales de développement (BMD)[13] et l'OMC[14].

---

la dématérialisation des marchés. Les gouvernements des États, notamment de Nouvelle-Galles du Sud (http://www.cpsc.nsw.gov.au/e-procurement/links.htm), de Victoria (http://www.ec4p.dtf.vic.gov.au/domino/web_notes/ec4p/ec4p.nsf/frameset/EC4P?Open Document) et du Queensland (http://www.qgm.qld.gov.au/prc/English/prc_intro.htm) ont également créé des centres d'affaires pour encourager l'acceptation des marchés en ligne et ont mis au point à cette fin leurs propres portails électroniques.

9 Au Brésil, les enchères électroniques inversées ont été introduites dans les marchés publics par le décret 3.697 du 21 décembre 2000. En 2001, 3,2 % du volume total des biens et services acquis par le Gouvernement fédéral l'ont été par cette méthode, chiffre qui est passé à 12 % en 2003 et à environ 20 % en 2004. COMPRASNET (www.comprasnet.gov.br) est la plate-forme Web utilisée par le Gouvernement fédéral brésilien pour la passation électronique de ses marchés. Elle est complétée par OBRASNET (http://www.obrasnet.gov.br/) qui comprend une base de données – constituée à partir des comptes (TCU) et de la caisse Fédérale de financement du logement (CEF) –, où figurent les coûts des projets, des rapports sur l'état d'avancement des travaux, ainsi que des photographies et d'autres documents relatifs aux travaux de génie civil entrepris par le Gouvernement, des renseignements disponibles auprès de la Cour nationale.

10 Pour des informations sur les expériences menées aux États-Unis et ailleurs en matière d'enchères électroniques inversées, voir le site http://www.egov.vic.gov.au/Research/ OnlineAuctions/auctions.htm. Voir aussi le groupe de discussion sur les succès et échecs de l'utilisation de ces enchères dans les marchés publics américains, à l'adresse http://www.wifcon.com/arc/forum62.htm.

11 Voir le site Web de l'Office of Government Commerce du Royaume-Uni (OGC) (http://www.ogc.gov.uk).

12 En ce qui concerne l'Amérique latine, bien que les résultats de l'étude indiquent qu'à l'exception du Brésil, aucun des pays considérés ni apparemment aucun autre pays de la région n'utilise à l'heure actuelle les enchères électroniques inversées pour acquérir des biens et/ou des services destinés au secteur public, certains pays, tels que le Chili, le Costa Rica et le Mexique envisagent de recourir à cette méthode. Le rythme d'introduction des enchères électroniques inversées dans les marchés publics dépend de celui des initiatives prises en matière d'administration électronique et, en particulier, de dématérialisation des marchés, celle-ci progressant rapidement dans ces pays. La législation actuelle permet généralement – et dans certains pays fait même obligation – d'utiliser des moyens électroniques pour la passation des marchés. Toutefois, l'adoption d'une législation qui autorise et réglemente spécifiquement l'utilisation des enchères électroniques inversées est nécessaire. Les problèmes rencontrés sont de nature technique, financière et politique.

13 Voir, en particulier, le portail sur la dématérialisation des marchés publics lancé par la Banque asiatique de développement, la Banque interaméricaine de développement et la Banque mondiale en novembre 2004 (disponible à l'adresse http://www.mdb-egp.org/data/default.asp.). Celui-ci contient un certain nombre de documents élaborés par les banques multilatérales de développement et utilisés par de nombreux pays pour concevoir leurs portails de passation électronique des marchés publics. Une de ses rubriques donne un aperçu de la façon dont divers pays utilisent ce mode de passation et y sont préparés, ainsi que des fonctions et caractéristiques des différents systèmes et permet également d'effectuer des comparaisons entre pays.

14 L'Organisation mondiale du commerce (OMC) négocie actuellement un projet de révision de l'Accord sur les marchés publics (AMP) (voir l'annexe 4 b) de l'Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay, à l'adresse http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf), qui comprendra une disposition expresse sur les enchères électroniques inversées (Article XI.3 *bis* du projet de texte au 4 novembre 2003.

La plupart des pays cependant n'ont pas encore introduit les enchères électroniques inversées dans leurs marchés publics, pour diverses raisons.

C. Avantages et inconvénients

7. Pour certains analystes, les enchères électroniques inversées peuvent, lorsqu'elles sont utilisées correctement, améliorer le rapport qualité-prix[15], l'efficacité de l'allocation des ressources[16] et la transparence du processus d'attribution des marchés[17]. Il a également été observé que ce type d'enchères peut rendre les systèmes administratifs plus accessibles et conviviaux, et permettre aux autorités publiques de suivre l'évolution des techniques, des pratiques commerciales

---

La version officielle n'est pas publiée).

[15] En effet, un meilleur rapport qualité-prix peut être obtenu grâce à un prix de marché compétitif et des économies importantes peuvent être réalisées grâce à des échanges dynamiques en temps réel, du fait d'une concurrence accrue entre soumissionnaires et du lien direct (sans intermédiaire) entre acheteurs et vendeurs, le prix étant effectivement fixé par l'acheteur dans un processus non plus statique mais dynamique. Pour un certain nombre d'enchères électroniques inversées menées par des organismes publics, des économies de coût tangibles directement attribuables à l'utilisation de moyens en ligne ont été constatées. Voir Stein A. et Hawking P., "Reverse auction e-procurement: a suppliers viewpoint," à l'adresse http://ausweb.scu.edu.au/aw02/papers/refereed/stein/paper.html. Voir également Wyld D.C., "Auction model: how the public sector can leverage the power of e-commerce through dynamic pricing", 2000, à l'adresse http://www.businessofgovernment.org/pdfs/WyldReport.pdf et Curran E., Bernert A., Wiegand A. "Electronic procurement in the public sector: factsheet on latest developments in e-procurement in the EU and its Member States," août 2004, à l'adresse http://www.eic.ie/downloads/e_procurement.pdf. Voir aussi Office of Government Commerce, "E-procurement: cutting through the hype", à l'adresse http://www.ogc.gov.uk.

[16] Le temps nécessaire pour procéder à un achat serait considérablement inférieur avec la technique des enchères en ligne qu'avec la méthode traditionnelle de soumission des offres sur papier. Les enchères en ligne permettent aussi de réduire de nombreux problèmes et coûts administratifs liés à la procédure ouverte classique, tels que les coûts traitement et d'évaluation des offres, les frais de communication et même les sommes que les soumissionnaires potentiels consacrent à l'espionnage industriel et commercial avant de soumettre leurs offres. Se reporter à l'étude du CAPS Research, "Role of reverse auctions in strategic sourcing", 2003 (voir plus haut, note 2). Des délais plus courts pour l'accomplissement de certains actes dans le cadre d'enchères électroniques inversées ont déjà été fixés dans certains textes législatifs. On observe toutefois qu'une telle évolution peut avoir une incidence sur d'autres méthodes de passation, pour lesquelles la réduction des délais applicables à certains actes ne se justifie peut-être pas.

[17] Certains analystes ont noté que la technique des enchères présentait des avantages certains par rapport à la procédure d'appel d'offres traditionnelle pour ce qui est de la transparence du processus d'attribution des marchés. En effet, dans la procédure d'enchères électroniques inversées, le risque de voir l'entité adjudicatrice favoriser une entreprise particulière en lui communiquant des informations sur d'autres offres est limité: ces informations sont accessibles à tous les soumissionnaires de façon ouverte et égale; et ces derniers sont autorisés à modifier leur offre à tout moment avant la clôture de l'enchère. Le processus gagne donc en transparence à deux niveaux: 1) les informations sur les autres offres sont disponibles; et 2) tous les soumissionnaires intéressés ont accès aux différentes phases de la procédure et à leur résultat. Voir Soudry O, "Promoting economy: electronic reverse auctions under the EC directives on public procurement", 2004. Journal of Public Procurement, vol. 4, n° 3, p. 354. Voir également Wyld D.C., "Auction model: how the public sector can leverage the power of e-commerce through dynamic pricing", 2000, à l'adresse http://www.businessofgovernment.org/pdfs/WyldReport.pdf.

et des prix appliqués dans le secteur privé, de mieux connaître le marché et d'ouvrir les marchés des appels d'offres à des fournisseurs qui n'y avaient pas accès[18] auparavant. Il a été reconnu dans les directives de l'Union européenne récemment adoptées sur les marchés publics que ce type d'enchères pouvait avoir une incidence positive sur la concurrence, notamment en démantelant les pratiques d'achat préférentiel existant dans certains États membres de l'Union[19]. Il a également été noté que le recours à cette technique diminuait le nombre de marchés attribués sans appel à la concurrence[20].

8. La plupart des analystes reconnaissent que ce type d'enchères donne de bons résultats avec des biens et des services dont les spécifications peuvent être clairement définies et pour lesquels les critères autres que les prix peuvent être quantifiés, les frais de changement (de fournisseurs par exemple) sont acceptables et un marché concurrentiel existe. En revanche, ces enchères sont généralement jugées inadaptées dans le cas de biens produits à un seul exemplaire, pour lesquels la qualité est plus importante que le prix, et de biens stratégiques, pour lesquels une relation d'alliance avec les fournisseurs est essentielle[21].

9. Pour que ce type d'enchères fonctionne bien, il faudrait disposer de techniques complexes, de capacités opérationnelles, d'une infrastructure légale et réglementaire ainsi que de systèmes qui permettent la soumission et l'ouverture d'offres par voie électronique et qui garantissent la sécurité, la fiabilité et l'accessibilité du processus. Les coûts de mise en œuvre, en particulier pour la conception de logiciels appropriés ou l'adaptation de logiciels standard à un contexte particulier, peuvent être importants et préoccupants, notamment s'ils sont disproportionnés au montant des marchés ou si le recours à ces enchères n'est pas assez fréquent pour rentabiliser le système à long terme. Un autre problème soulevé est que, dans les pays où la pénétration de l'Internet est faible et varie entre les différentes catégories de revenus, les enchères électroniques inversées risquent d'avoir un effet discriminatoire à l'égard des fournisseurs en fonction de leurs accès aux nouvelles technologies et de la qualité de leur connexion.

10. Dans certains pays qui ont adopté ces enchères, on a constaté que, au moins pour certains types de marchés, celles-ci procurent rarement des avantages comparables à ceux offerts par les procédures de sélection actuellement reconnues. Il a été fait observer par exemple qu'elles: a) ne garantissent pas l'obtention de

---

[18] Se reporter à l'étude du CAPS Research, "Role of reverse auctions in strategic sourcing", 2003 (voir plus haut, note 2). Voir également Wyld D.C., "Auction model: how the public sector can leverage the power of e-commerce through dynamic pricing", 2000, à l'adresse http://www.businessofgovernment.org/pdfs/WyldReport.pdf.

[19] Voir Soudry O, "Promoting economy: electronic reverse auctions under the EC directives on public procurement", Journal of Public Procurement, vol. 4, n° 3, p. 340 à 342. (Dans la récente étude de la Commission européenne, il est indiqué qu'en Europe les marchés publics transfrontaliers directs représentent seulement 3 % du nombre total des offres soumises par les sociétés sondées, et les marchés publics transfrontaliers indirects (c'est-à-dire remportés par des entreprises étrangères par l'intermédiaire de filiales locales) pas plus de 3 %.)

[20] Comme en a été informé le secrétariat lors de consultations avec des experts.

[21] Voir, par exemple, les principes directeurs de l'Office of Government Commerce à l'adresse http://www.ogc.gov.uk/index.asp?docid=1001034. Se reporter également à l'étude du CAPS Research, "Role of reverse auctions in strategic sourcing", 2003 (voir plus haut, note 2).

l'offre conforme et sérieuse la plus basse[22] ni la réalisation d'économies continues lors d'enchères ultérieures[23]; b) ont des coûts cachés susceptibles de réduire à néant toute économie réalisée grâce aux enchères elles-mêmes[24]; c) peuvent inciter les enchérisseurs à l'imprudence et accroître ainsi le risque d'offres anormalement basses[25]; d) ne tiennent pas suffisamment compte de facteurs autres que le prix, comme la qualité de l'exécution et les relations acheteur-fournisseur[26]; e) créent un conflit d'intérêts chez les acteurs du marché, tels que les sociétés informatiques[27] et les "infomédiaires" ou "opérateurs de marchés électroniques"[28]; f) sont plus

---

22 Il a été dit que contrairement à ce qui se passe dans la procédure traditionnelle de soumission sous pli fermé, où les concurrents ne peuvent présenter qu'une seule offre, dans les enchères électroniques inversées chaque enchérisseur sait qu'il aura la possibilité de soumettre plusieurs offres successivement: il est donc peu enclin à proposer son meilleur prix et ne le fera peut-être jamais. En conséquence, il se peut que l'offre retenue corresponde simplement à une enchère d'un palier inférieur par rapport à la deuxième offre la plus basse et non à l'offre conforme et sérieuse effectivement la plus basse. Voir le livre blanc de l'Associated General Contractors of America (AGC), "Reverse auctions over the Internet: efficiency – at what cost?", 2003, disponible à l'adresse http://www.agchouston.org/content/public/pdf/cornerstone/Winter2003_Reverse_Auctions.pdf.

23 Ibid.

24 Voir Emiliani M. L. et Stec D. J., "Aerospace parts suppliers' reaction to online reverse auctions", Supply Chain Management: An International Journal, 2004. Par exemple, les fournisseurs ne sont généralement pas invités à participer à la phase de conception alors que d'importantes économies et améliorations qualitatives pourraient être réalisées pour la phase de production. Bien qu'une telle préoccupation ait été exprimée dans le contexte des transactions électroniques interentreprises, elle vaut sans doute également pour les échanges électroniques entre entreprises et administrations. Pour le résumé et les points essentiels de cet article, et d'autres articles des mêmes auteurs sur les enchères électroniques inversées, voir http://www.theclbm.com/research.html.

25 Pour une analyse des méthodes appliquées pour gérer le risque de prix anormalement bas, notamment dans les enchères électroniques inversées, voir une note du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.36).

26 Tout le monde s'accorde à reconnaître, semble-t-il, que les enchères électroniques inversées, en exerçant une pression anonyme et extrême sur les enchérisseurs pour qu'ils baissent leurs prix, ne sont pas toujours des outils optimaux pour les entités adjudicatrices qui cherchent à forger avec leurs fournisseurs des relations durables fondées sur la qualité, à l'instar des *keiretsu* au Japon, qui éviteraient de recourir à ce type d'enchères dans les chaînes d'approvisionnement qu'ils ont soigneusement mises sur pied. Voir Liker J. K. et Choi T. Y., "Building deep supplier relationships," HARVARD BUSINESS REVIEW, décembre 2004, p. 104 et 106 (également disponible à l'adresse http://www.nbbc.org/builddeep.pdf.). Voir aussi Emiliani M. L. et Stec D. J. à l'adresse http://www.theclbm.com/research.html.

27 Aux États-Unis, par exemple, il a été noté que le lancement des enchères électroniques inversées avait suscité un intérêt soudain chez les concepteurs de logiciels vendant ce type de solutions. Voir Yukins C. R., "Conduct of electronic reverse auctions: a comparative report on experience in the U.S. procurement system," octobre 2004, disponible auprès du secrétariat. Voir également Nash R. C. et Cibinic J., "Reverse auctions: more thoughts," NASH & CIBINIC REPORT (West Group, décembre 2000), vol. 14, n° 12, p. 67 ("Il semble que les responsables marketing des sociétés informatiques lancent actuellement une vaste offensive pour convaincre les organismes chargés de la passation des marchés publics d'acquérir les systèmes d'"enchères inversées" en ligne qu'ils ont développés pour le secteur privé".).

28 Il s'agit d'organismes qui fournissent à un acheteur des services d'organisation et d'administration des enchères, ainsi que des conseils sur la méthode d'achat à utiliser. Ils peuvent se trouver dans une situation particulièrement délicate, car ils représentent à la fois les fournisseurs et les acheteurs sur la place de marché. L'expérience européenne a confirmé la

exposées que les procédures classiques d'appel d'offres au risque de collusion entre soumissionnaires, notamment lorsque ces derniers sont peu nombreux ou font partie d'un même groupe qui participe à plusieurs enchères[29]; et g) ont des incidences négatives sur le marché, en particulier un effet anticoncurrentiel[30], sur l'innovation technique et sur les pratiques innovantes[31]. En outre, certains analystes doutent de la légalité d'une telle méthode, du fait que ses caractéristiques intrinsèques sont contraires aux principes et pratiques traditionnels de passation des marchés, tels que les règles interdisant la divulgation d'informations sur d'autres offres[32], les négociations avant clôture ou la course au moins disant[33].

---

menace grave que peuvent représenter ces conflits organisationnels potentiels. Voir Yukins C. R., "Conduct of electronic reverse auctions: a comparative report on experience in the U.S. procurement system," octobre 2004, disponible auprès du secrétariat; et Kennedy-Loest C. et Kelly R., "EC competition law rules and electronic reverse auctions: a case for concern?", 2003, 12 PUBLIC PROCUREMENT LAW REVIEW, n° 1, p. 27 à 33. Aux États-Unis, les enchères électroniques inversées ont été adoptées sous l'impulsion, au moins en partie, des organismes fédéraux à vocation "entrepreneuriale" qui proposent des services payants d'enchères inversées à d'autres organismes (www.buyers.gov). Voir Yukins C.R., "Conduct of electronic reverse auctions: a comparative report on experience in the U.S. procurement system," octobre 2004, disponible auprès du secrétariat.

[29] La collusion peut se définir comme un accord explicite ou implicite entre un groupe de soumissionnaires, en vue de limiter la concurrence (Porter & Zona, 1993). Il peut y avoir collusion dans une enchère électronique inversée lorsque deux soumissionnaires ou plus s'associent pour manipuler le montant d'une enchère ou encore lorsqu'un vendeur utilise des sociétés écran pour soumettre des offres truquées et faire monter le prix demandé. Les autorités contractantes pourraient ainsi se voir proposer des prix plus élevés, les membres du cartel enregistrant alors des profits supérieurs à ceux qui découleraient du jeu normal de la concurrence. Voir Soudry O., "Promoting economy: electronic reverse auctions under the EC directives on public procurement", 2004, Journal of Public Procurement, vol. 4, n° 3, p. 360 à 363 et 366.

[30] Voir, plus généralement, Trepte P., "Electronic procurement marketplaces: the competition law implications," 2001, 10 PUBLIC PROCUREMENT LAW REVIEW, p. 260 à 280 (sur les craintes liées aux pratiques anticoncurrentielles dans le cadre des marchés publics dématérialisés). Voir également Kennedy-Loest C. et Kelly R., "The EC competition law rules and electronic reverse auctions: a case for concern?", 2003, 12 PUBLIC PROCUREMENT LAW REVIEW, n° 1, p. 27 à 33 (sur les trois principaux sujets de préoccupations identifiés par la Commission européenne en ce qui concerne la compatibilité des places de marché électroniques (et, par analogie, des enchères électroniques inversées) avec les règles de concurrence de l'Union européenne: l'échange d'informations, notamment parce que les places de marché d'enchères constituent un forum où les concurrents échangent des informations commercialement sensibles; les questions d'accès et d'élimination (une place de marché ou une enchère ont-t-elles été mises en place pour exclure certains concurrents ou les contraindre à participer à titre exclusif?); et le groupement de la puissance d'achat (l'enchère ou la place de marché facilitent-elles la réalisation par les participants d'achats ou de ventes groupés?).

[31] Notamment en raison du niveau de détail généralement requis dans les spécifications des marchés faisant l'objet d'enchères électroniques inversées.

[32] Aux États-Unis, le débat sur les enchères électroniques inversés s'est centré, pour une large part, sur la divulgation d'informations concernant les concurrents lors du déroulement des enchères. La loi intitulée Procurement Integrity Act (loi sur l'intégrité dans les marchés responsables de la passation des marchés, tels que définis cette loi, "ne doivent pas, sauf conformément aux dispositions de la loi, divulguer sciemment des informations sur les offres ou les propositions des entrepreneurs ni sur la sélection d'un entrepreneur avant d'attribuer un marché auquel ces informations se rapportent." 41 U.S.C. (code des États-Unis) § 423(a)(1) -

11. Il a été admis que la plupart des problèmes découlant de l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics, notamment le risque d'utilisation abusive, pourraient être atténués si des réglementations appropriées étaient mises en place. Toutefois, même dans les pays qui ont recours à cette technique depuis quelque temps déjà, le processus réglementaire est lent[34]. Hors du domaine de la passation des marchés publics, les enchères électroniques inversées posent des problèmes de concurrence et de gouvernance, qui doivent être traités dans les branches appropriées du droit.

III. Réglementation et pratique de l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics: étude comparative

A. Étendue de la réglementation

12. Il n'existe pas, au niveau international, de réglementation spécifique des enchères électroniques inversées. À l'heure actuelle, l'instrument international le plus universel sur la passation des marchés, à savoir l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), ne traite pas de cette question[35].

---

(2) (2000). Voir également le règlement intitulé Federal Acquisition Regulation (FAR) (règlement fédéral sur les achats) 3.104-4 a). La divulgation est autorisée dans certains cas, par exemple avec la permission du soumissionnaire (divulgation volontaire). 41 U.S.C. § 423(h)(1) - (2) (2000) et FAR 15.306(e)(3). D'après la Section du droit des marchés publics (Public Contract Law Section) de l'American Bar Association ("Comments on reverse auction notice", du 5 janvier 2001, disponible à l'adresse http://www.abanet.org/contract/federal/regscomm/ecomm_003.html), dans les enchères électroniques inversées menées jusqu'à présent, les soumissionnaires potentiels sont expressément convenus de divulguer leur prix pour pouvoir participer à la passation du marché. Il semble toutefois qu'ils n'auraient pas été admis à participer en cas de refus, ce qui permet de s'interroger sur la réalité et le caractère "volontaire" de leur consentement. Voir Yukins C. R., "Conduct of electronic reverse auctions: a comparative report on experience in the U.S. procurement system," octobre 2004, disponible auprès du secrétariat.

[33] La possibilité offerte par les enchères électroniques inversées de proroger le délai de clôture des soumissions et de proposer de nouveaux prix peut être interprétée comme une forme de négociation avant clôture ou de course au moins-disant qui risque d'empêcher une concurrence équitable et ouverte. Voir Boucher P., "Technology versus industry practices", février 2003, disponible à l'adresse http://www.findarticles.com/p/articles/mi_qa4088/is_200302/ai_n9176581.

[34] Voir Yukins C. R., "Conduct of electronic reverse auctions: a comparative report on experience in the U.S. procurement system," octobre 2004, disponible auprès du secrétariat (ce document indique qu'aucune réponse législative standard, en dehors de dispositions générales autorisant cette technique, ne semble encore avoir été apportée aux questions découlant de l'utilisation des enchères et que, par ailleurs, la doctrine néglige trop souvent la question de savoir quand l'utilisation de ce type d'enchères est inappropriée ou, plus précisément, quand les responsables de la passation des marchés devraient restreindre ce qui pourrait bien être une utilisation abusive de ces enchères.

[35] Voir la note 14.

13. À l'exception des nouvelles directives de l'Union européenne, en date du 31 mars 2004[36], aucun instrument régional ne réglemente l'utilisation de ce type d'enchères. Cette technique n'était pas à l'esprit des rédacteurs des directives actuelles de l'Union sur la passation des marchés publics[37]. Elle fait en revanche l'objet d'une disposition particulière[38] dans le cadre des nouvelles directives, que les États membres doivent mettre en œuvre au plus tard le 31 janvier 2006[39].

14. Au niveau national, seuls quelques pays, dont l'Autriche[40], le Brésil[41], la France[42] et certains pays d'Europe orientale[43], réglementent l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics. Dans la plupart des cas, les dispositions permettant le recours à cette méthode se trouvent dans des lois, tandis que les détails pratiques, tels que les mécanismes régissant la tenue des enchères, sont traités dans des règlements d'application. Bien que liées au

---

36 Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (*Journal officiel de l'Union européenne*, n° L 134, du 30 avril 2004, p. 114 et 1, respectivement. Ces deux directives sont disponibles à l'adresse http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/legislation_fr.htm).

37 Directive 92/50/CEE du 18 juin 1992 http://europa.eu.int/eur-lex/fr/consleg/main/1992/fr_1992L0050_index.html (Directive concernant les services), *Journal officiel des Communautés européennes*, n° L 209, du 24 juillet 1992, p. 1, modifiée par la Directive 97/52/CE du 13 octobre 1997, *Journal officiel des Communautés européennes*, n° L 328, du 28 novembre 1997, p.1; Directive 93/36/CEE du 14 juin 1993 (Directive concernant les fournitures), *Journal officiel des Communautés européennes*, n° L 199, du 9 août 1993, p. 1, modifiée par la Directive 97/52/CE ci-dessus; Directive 93/37/CEE du 14 juin 1993 (Directive concernant les travaux), *Journal officiel des Communautés européennes*, n° L 199, du 9 août 1993, p. 54, modifiée par la Directive 97/52/CE ci-dessus. Ces directives sont souvent appelées les "directives relatives aux secteurs classiques". La Directive 89/665/CEE du 21 décembre 1989, *Journal officiel des Communautés européenne*, n° L 395, du 30 décembre 1989, p. 33, modifiée par la Directive 92/50 ci-dessus, se rapporte à l'application des procédures de recours dans ces secteurs.

38 Voir l'article 54 de la Directive 2004/18/CE et l'article 56 de la Directive 2004/17/CE.

39 Voir l'article 80-1 de la Directive 2004/18/CE et l'article 71-1 de la Directive 2004/17/CE.

40 Voir la Loi fédérale autrichienne de 2002 sur l'attribution des marchés (ci-après Loi autrichienne de 2002 sur l'attribution des marchés), à l'adresse http://wko.at/rp/vergabe/gesetzestextbvergg2002.pdf.

41 Loi fédérale n° 10.520/2002 du 17 juillet 2002 (à l'adresse https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm), complétée par la Loi 8.666 dans la mesure où il n'y a pas conflit entre les dispositions; les décrets 1.094/94, 3.555/00, 3.693/00, 3.697/01 et 3.784/01; et les instructions internes (Portarias) SAF/PR 2.050 et MARE 5.

42 Voir le Code des marchés publics, article 56-3, et le décret n° 2001-846 du 18 septembre 2001.

43 Voir, par exemple, l'article 25-1 a) du décret gouvernemental hongrois 167/2004 (V.25), qui envisage la pratique des enchères électroniques inversées; les articles 74 à 81 de la loi polonaise sur la passation des marchés publics du 29 janvier 2004, qui autorise et réglemente expressément l'utilisation de ces enchères; l'article 36 de l'ordonnance gouvernementale roumaine n° 20 du 24 janvier 2002 qui traite d'une procédure d'appel d'offres (des informations supplémentaires sur les enchères électroniques inversées sont fournies sur le site Web: www.e-licitatie.ro); et les règles slovènes sur le contenu, les conditions et les limites de l'utilisation des enchères électroniques dans les procédures d'attribution des marchés, publiées au Journal officiel de la république de Slovénie n° 130/2004, du 3 décembre 2004 (les "règles slovènes").

commerce électronique, ces enchères ne font l'objet d'aucune disposition dans les textes de loi réglementant celui-ci. Elles sont plutôt régies par la législation et réglementation générales sur la passation des marchés publics ou, dans certains cas, par une législation spécifique[44].

15. Dans certains pays asiatiques qui réglementent les enchères électroniques inversées, cette réglementation émane principalement des gouvernements locaux ou des ministères. En Chine, une réglementation sur l'utilisation des enchères en ligne pour la passation des marchés publics a été adoptée par un certain nombre de gouvernements locaux[45], tandis qu'à Singapour, cette question est régie par des documents internes des entités adjudicatrices[46].

16. Dans certains pays, comme l'Australie, le Royaume-Uni et les États-Unis, les enchères électroniques inversées sont utilisées sans faire l'objet d'une réglementation contraignante. Il existe des principes directeurs réglementaires centralisés en Australie[47] et au Royaume-Uni[48] tandis qu'aux États-Unis[49], les

---

44 Voir, par exemple, le décret brésilien n° 3.697 du 21 décembre 2000, qui a créé la procédure d'"enchère électronique".

45 Voir les mesures provisoires pour la gestion des appels d'offres en ligne adoptées par la ville de Nanning le 18 juin 1999; par la province du Zhejiang le 1er septembre 2000; par la ville de Hefei le 13 mars 2001; par la ville de Wuxi le 1er avril 2001; par la ville de Zhuhai le 27 juin 2002; par la ville de Shenzhen le 15 octobre 2003; et par la ville de Shanghai en décembre 2004. Le texte chinois des mesures provisoires de Shanghai et sa traduction non officielle en anglais sont disponibles auprès du secrétariat.

46 Voir, par exemple, les directives administratives du Ministère de la défense sur les enchères inversées assistées (les "directives de Singapour").

47 En Australie, la réglementation se limite actuellement à des documents d'orientation, à des principes directeurs non législatifs sur la passation des marchés et à des dispositions législatives générales portant sur la dématérialisation des marchés. La Nouvelle-Galles du Sud est le seul État à donner instructions précises à ce sujet. Voir les directives du Gouvernement de Nouvelle-Galles du Sud de mars 2001 sur les enchères inversées (consultables à l'adresse http://www.dpws.nsw.gov.au/NR/rdonlyres/ezac4yppqkqqzaj5qdjgerv3aj62n4ishpa3xhofh4fdl3cqut4m7l4ibv3a2w67sslw5zuhmjpois43joel4ees4xe/Reverse+Auctions.pdf) (les "directives australiennes").

48 Au Royaume-Uni, les règles régissant la passation des marchés publics se limitent principalement à celles de la législation européenne. Le Gouvernement britannique a considéré que les directives européennes actuelles permettaient de recourir aux enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics et a entériné leur utilisation. Afin de promouvoir cette utilisation dans les marchés publics, l'Office of Government Commerce a publié sur internet des lignes directrices consultables à l'adresse http://www.ogc.gov.uk/index.asp?docid=1001034.

49 Les tentatives d'élaboration de règles contraignantes centralisées n'ont pas encore abouti, semble-t-il en raison de l'opposition des secteurs concernés et de l'absence de consensus sur les cas dans lesquels les enchères inversées devraient être utilisées. Voir, par exemple, Turley S.L., "Wielding the virtual gavel – DOD moves forward with reverse auctions", 173 MILITARY LAW REVIEW, septembre 2002, p. 1, 25 à 31 (qui examine pourquoi les secteurs concernés s'opposent aux enchères électroniques inversées); et Yukins C.R., "Conduct of electronic reverse auctions: a comparative report on experience in the U.S. procurement system," octobre 2004, disponibles au secrétariat. Pour un grand nombre de commentateurs aux États-Unis, les enchères électroniques inversées sont autorisées par l'article 15.306 e) 3) du règlement fédéral sur les achats, interprété à la lumière de l'article 1.102 d) de ce même règlement, qui autorise toute pratique de passation conforme à une appréciation commerciale raisonnable, à condition que cette pratique respecte la loi, la réglementation et la jurisprudence et ne soit pas abordée

procédures sont déterminées dans une large mesure par chaque administration et, parfois, pour chaque type de marché[50]. D'autres États se sont dotés de lois expérimentales pour pouvoir organiser des enchères électroniques inversées en situation réelle dans le cadre de projets pilotes[51].

B. Conditions d'utilisation

1. Conditions générales

17. Le recours aux enchères électroniques inversées est normalement soumis aux principes généraux de la passation des marchés publics. Les dispositions d'accords internationaux, notamment d'accords régionaux et bilatéraux, énonçant le principe de la libre circulation des biens et des services, s'appliquent également[52].

18. D'autres conditions générales imposées, par exemple par les nouvelles directives de l'Union européenne, sont que les pouvoirs adjudicateurs n'aient pas recours aux enchères électroniques inversées de façon abusive ou de manière à modifier l'objet du marché, tel qu'il a été mis en concurrence par la publication de l'avis de marché et défini dans le cahier des charges[53]. D'autres réglementations prévoient que les enchères ne peuvent être utilisées que lorsqu'une telle situation se justifie commercialement[54].

19. Bien que la sécurité, la sûreté et l'intégrité des données soient habituellement traitées dans le contexte plus général de l'utilisation des moyens de communication électroniques dans le processus de passation des marchés (voir A/CN.9/WG.I/WP.34

---

dans le règlement. Voir, par exemple, Feldman S.W., "Government contract awards: negotiation and sealed bidding"§ 16:18.10, "Revealing prices without permission", mars 2004 (disponible sur Westlaw); Whiteford, "Agencies celebrated the auction prohibition's demise, as demonstrated by their use of the reverse online auction technique"; et une notice spéciale de 2000 des conseils administratifs chargés de publier le règlement fédéral sur les achats. D'autres commentateurs, en revanche, s'inquiètent de la conformité d'une telle technique à la législation américaine. Voir, par exemple, American Bar Association, Public Contract Law Section, "Comments on reverse auction notice", 5 janvier 2001, à l'adresse http://www.abanet.org/contract/federal/regscomm/ecomm_003.html; ainsi que Antonio R., "Do reverse auctions violate FAR 15.307 (b)?", 24 juillet 2000, à l'adresse http://www.wifcon.com/anallegal.htm.

50 Pour un organe acheteur qui a approuvé l'utilisation des enchères électroniques inversées mais n'a pas indiqué dans le détail quand ce type d'enchères convient (ou pas), voir la lettre que le Département américain des anciens combattants (Department of Veteran Affairs), a adressée en juin 2003 à ses différents organes chargés de passer des marchés, à l'adresse http://www1.va.gov/oamm/info/i103-11.pdf.

51 Voir Curran E., Bernert A. et Wiegand A., "Electronic procurement in the public sector: factsheet on latest developments in e-procurement in the EU and its Member States", août 2004, à l'adresse http://www.eic.ie/downloads/e_procurement.pdf.

52 Voir, par exemple, les articles 28 et 49 du Traité instituant la Communauté économique européenne (à l'adresse http://europa.eu.int/abc/obj/treaties/fr/frtoc05.htm) ainsi que les principes généraux applicables aux marchés publics dans l'accord sur les marchés publics conclu entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande (Australia New Zealand Government Procurement Agreement (ANZGPA)) (consultable à l'adresse http://www.dfat.gov.au/geo/new_zealand/anz_cer/anzcerta_1997revised_npa.pdf.)

53 Voir, par exemple, l'article 54-8 de la Directive 2004/18/CE.

54 Se reporter, par exemple, aux directives australiennes (voir plus haut, note 47).

et Add.1), certaines réglementations existantes réaffirment ces principes dans le cadre des enchères électroniques inversées et imposent des obligations particulières à cet égard tant aux prestataires de services d'enchères électroniques inversées[55] qu'aux candidats[56].

2. Limitation de l'objet des enchères électroniques inversées

20. Si certaines législations limitent leur utilisation à un montant maximum, les enchères électroniques inversées[57] sont généralement autorisées indépendamment de la valeur de l'achat[58]. Leur utilisation est plus fréquemment limitée à certains types d'achat. La pratique internationale tend généralement à restreindre l'utilisation de cette technique à des biens standardisés et à certains types de services simples. Les produits courants tels que le carburant, le matériel informatique standard, les fournitures de bureau et les produits de construction de base sont considérés comme des exemples d'articles dont l'achat se prête aux enchères électroniques inversées[59]. Les banques multilatérales de développement

---

[55] Les exigences imposées sont les suivantes: a) séparation des enregistrements des différentes bases de données; b) mise en place et exploitation du système par les organismes qui n'en sont pas les utilisateurs finals, travaillent dans un environnement séparé et n'ont pas accès à l'environnement opérationnel des utilisateurs finals du système (au Brésil); c) production d'enregistrements détaillés des enchères électroniques inversées; et d) authentification des messages, y compris des enchères, par signature électronique et cryptage (voir l'article 78 de la loi polonaise sur la passation des marchés publics) ou, plus fréquemment, par l'attribution d'une clef d'identification et d'un mot de passe pour accéder au système électronique (par exemple au Brésil et aux États-Unis).

[56] En France, Décret n° 2001-846, articles 4 et 7. Certains systèmes d'enchères électroniques inversées affichent un message d'avertissement standard à l'intention des candidats leur indiquant qu'ils n'ont pas le droit de manipuler artificiellement le prix d'une opération par quelque moyen que ce soit ni de faire des offres de mauvaise foi, d'utiliser des leurres ou de s'entendre secrètement dans l'intention ou le but de faire obstacle au processus de mise en concurrence. Voir, par exemple, les sollicitations d'offres sur www.FedBid.com.

[57] Voir, par exemple, le paragraphe 28 de la loi autrichienne de 2002 sur l'attribution des marchés, qui limite l'utilisation des enchères aux achats d'un montant inférieur à 40 000 euros (TVA exclue); et l'article 74-2 de la loi polonaise sur la passation des marchés publics, qui limite ces achats à 60 000 euros. Toutefois, la limitation à des marchés de faible valeur est ici motivée, notamment, par le souci de ne pas dépasser les seuils d'application des directives actuelles de l'Union européenne, qui n'abordent pas les enchères électroniques inversées, considération qui n'est plus d'actualité, les nouvelles directives entérinant cette technique.

[58] Comme le secrétariat en a été informé au cours de consultations avec des experts, le fait de fixer un montant maximum ou minimum peut s'avérer contre-productif. Ainsi, en Pologne, l'imposition d'un plafond aurait contribué à la faible utilisation des enchères électroniques inversées dans ce pays, la faible valeur des marchés ne permettant pas d'amortir les coûts d'organisation des enchères (y compris la rémunération et les frais du prestataire de service). Hormis ce problème d'amortissement des coûts, dont l'urgence pourrait diminuer avec la mise au point de technologies et logiciels appropriés et le développement de la pratique, la valeur d'un marché passé au moyen d'enchères électroniques inversées doit être assez importante pour susciter une véritable concurrence sans être trop élevée pour ne pas empêcher la participation de candidats potentiels. Il sera probablement impossible de fixer un plafond monétaire qui tienne compte de ces considérations pour tous les types de marchés.

[59] Se reporter, par exemple, aux directives australiennes (voir plus haut, note 47); et à l'article 4 des mesures provisoires de Shanghai (voir plus haut, note 45).

sont également d'avis que l'utilisation de ces enchères devrait se limiter aux produits courants.

21. En Australie, par exemple, le recours aux enchères électroniques inversées est limité aux produits ou biens courants dont la composante valeur ajoutée ou service est faible voire inexistante, les produits et biens en question présentant les caractéristiques suivantes: des spécifications très strictes et claires, assurant l'homogénéité; un marché concurrentiel, le prix étant un critère de sélection essentiel; un impact limité voire nul du coût total du cycle de vie; et pas de services ou d'avantages supplémentaires spécifiés dans le cahier des charges[60]. En France, les enchères électroniques inversées sont autorisées pour l'achat de fournitures standard[61]. Un décret d'application précise que les fournitures courantes sont "celles pour lesquelles la personne publique n'impose pas des spécifications techniques qui lui soient propres"[62]. En Pologne, le recours aux enchères est limité à l'achat de fournitures de consommation courante pour lesquelles les critères de qualité sont fixes[63].

22. Dans certains pays, comme le Brésil[64], l'utilisation des enchères électroniques inversées est également autorisée pour l'achat de services simples.

23. Il existe dans certains pays, comme le Brésil[65] et la Roumanie[66], des listes illustratives des biens et services pouvant être achetés par enchères électroniques inversées. Le Gouvernement fédéral brésilien envisage toutefois de remplacer cette liste par des critères d'admissibilité, supprimant ainsi la nécessité de mettre la liste périodiquement à jour à mesure qu'apparaissent de nouveaux biens courants[67].

24. Les marchés de travaux sont habituellement exclus des enchères électroniques inversées[68]. Dans certains pays, comme le Canada et les États-Unis, l'utilisation de ces enchères pour la passation de ce type de marchés en particulier suscite de graves inquiétudes[69]. Dans certains États des États-Unis, comme la Pennsylvanie et le Kansas, la réglementation des marchés publics interdit expressément la passation de

---

60 Les directives australiennes (voir plus haut, note 47).

61 L'article 56-3 du Code des marchés publics parle de "fournitures courantes".

62 Décret n° 2001-846 du 18 septembre 2001, art. 1.

63 Loi polonaise sur la passation des marchés publics du 29 janvier 2004, art. 74-2.

64 L'article premier de la loi n° 10.520 du 17 juillet 2002 dispose que les enchères ne peuvent être utilisées que pour les biens et services "courants", définis comme ceux pour lesquels les critères de qualité et de rendement peuvent être définis de façon objective et précise d'après les spécifications standard utilisées sur le marché.

65 Pour la liste complète, voir l'annexe du décret 3.784 en date du 6 avril 2001, portant modification des listes figurant dans les décrets 3.555 et 3.693. La liste est limitée aux marchés passés par les organismes fédéraux. Les États et les municipalités peuvent promulguer leurs propres règlements sur le sujet.

66 Voir www.e-market.e-licitatie.ro.

67 Comme les experts l'ont indiqué au secrétariat.

68 La réglementation brésilienne ne fait pas mention des travaux dans la liste des articles pouvant être acquis par enchères électroniques inversées. De même, les directives australiennes (voir plus haut, note 47) restreignant ce type d'enchères électroniques à l'achat de produits ou de biens courant.

69 Bulletin spécial de l'Association canadienne de la construction de décembre 2001, disponible à l'adresse http://www.cca-acc.com/news/committee/rag/rag-ownerfr.pdf.

marchés de travaux par enchères électroniques inversées[70]. Il a toutefois été observé que certains marchés de travaux et services de construction (l'entretien des routes, par exemple) peuvent tout à fait être passés par enchères électroniques inversées. Ainsi, en Autriche, cette technique peut être utilisée pour les marchés de travaux standard[71]. Les nouvelles directives européennes autorisent le recours aux enchères électroniques inversées pour tout achat si certaines conditions sont remplies. Elles n'emploient pas le qualificatif "standard", utilisé très fréquemment dans d'autres réglementations pour décrire les achats pouvant être passés par cette méthode[72]. Elles indiquent en revanche que les enchères électroniques inversées peuvent être utilisées pour tous les achats (travaux, fournitures ou services) à condition que les "spécifications puissent être établies de manière précise", par exemple pour les marchés de fournitures récurrents. Les travaux ou services portant sur des prestations "intellectuelles", tels que la conception d'ouvrage, sont explicitement exclus[73].

25. Aux États-Unis, la taille et la nature du marché pouvant faire l'objet d'enchères électroniques inversées sont limitées au cas par cas. Au moins un prestataire de services d'enchères électroniques inversées[74] et une entité adjudicatrice de l'armée de terre américaine[75] ont indiqué que cette technique convient à une large gamme de marchés. Une entité de la marine américaine qui organise des enchères électroniques inversées a un avis différent, selon lequel ces dernières conviennent dans les cas ci-après plus limités: a) pour des achats en grandes quantités, clairement définis et d'un montant élevé; b) lorsque les articles à acquérir sont définis de manière exhaustive et précise; c) lorsqu'on s'attend à ce qu'au moins deux fournisseurs consentent à participer aux enchères; toutefois, un article pour lequel il n'y a que deux sources d'approvisionnement agréées risque de ne pas se prêter à une enchère électronique inversée car l'anonymat pourrait ne pas être garanti au cours de l'enchère; et d) lorsqu'on dispose de suffisamment de temps

---

70 Se reporter au livre blanc de l'AGC, "Reverse auctions over the Internet: efficiency – at what cost?", 2003 (voir plus haut, note 22).

71 Loi autrichienne de 2002 sur l'attribution des marchés, par. 8.

72 Il en va de même pour les règles slovènes. Se reporter aux articles 2 et 4 de ces règles (voir plus haut, note 43).

73 Voir l'article 1-7, de la Directive 2004/18/CE, qui définit les "enchères électroniques". Il prévoit expressément que certains marchés de services et de travaux portant sur des prestations intellectuelles, comme la conception d'ouvrage, ne peuvent pas faire l'objet d'enchères électroniques. Le considérant 14 du préambule explique cette limitation comme suit: "Afin d'assurer le respect du principe de transparence, seuls les éléments susceptibles d'une évaluation automatique par des moyens électroniques, sans intervention et/ou appréciation de la part du pouvoir adjudicateur, peuvent faire l'objet d'enchères électroniques, c'est-à-dire seulement les éléments qui sont quantifiables de manière à pouvoir être exprimés en chiffres ou en pourcentages. En revanche, les aspects des offres qui impliquent l'appréciation d'éléments non quantifiables ne devraient pas faire l'objet d'enchères électroniques. Par conséquent, certains marchés de travaux et de services portant sur des prestations intellectuelles, comme la conception d'ouvrage, ne devraient pas faire l'objet d'enchères électroniques."

74 http://www.fedbid.com/faq.jsp.

75 Voir exposé présenté en PowerPoint le 14 juin 2001 par le Sous-Secrétaire adjoint de l'armée de terre chargé des marchés (DASA (P)) du siège du Département de l'armée de terre (Department of the Army), "Reverse auctions", diapositive 8, à l'adresse http://www.hq.usace.army.mil/cepr/RoundTable/ReverseAuctionBrief.ppt.

pour réaliser l'achat par enchères électroniques inversées (en particulier pour la formation des fournisseurs et la configuration de l'enchère électronique)[76].

3. Modes d'utilisation des enchères électroniques inversées dans la procédure de passation

26. Les réglementations prévoient deux façons d'utiliser les enchères électroniques inversées, soit comme méthode autonome de passation, soit comme étape facultative dans d'autres procédures de passation[77]. La seconde approche a été retenue dans les nouvelles directives de l'Union européenne[78], en Australie[79], dans certains pays d'Europe orientale[80], en France[81], à Singapour[82] et aux États-Unis[83]. Dans la plupart de ces cas, les enchères représentent le stade final précédant l'attribution d'un marché public[84]. Ce n'est pas nécessairement le cas aux États-Unis, où une enchère électronique inversée classique aboutit à un classement des

---

76 U.S. Navy Supply Systems Command (site des enchères de la marine), "Getting started,"consultable à l'adresse http://www.auctions.navy.mil/about/gettingstarted.html.

77 Bien que cela signifie que les enchères électroniques inversées peuvent être utilisées dans les procédure d'appel d'offres ouvert, il a été observé que dans la pratique elles sont habituellement utilisées dans les procédures d'appel d'offres restreint. Elles ne sont susceptibles d'être utilisées que rarement dans les procédures négociées car ces dernières se justifient souvent par le fait que les spécifications et autres modalités ne peuvent être facilement déterminées à l'avance, condition généralement indispensable à la tenue d'une enchère. Voir Arrowsmith S., "Electronic reverse auctions under the EC public procurement rules: current possibilities and future prospects,"11 Public Procurement Law Review, n° 6, 2002, p. 299 à 330 (rédigé à l'origine pour Achilles Information Ltd.).

78 L'article 54-2 de la Directive européenne 2004/18/CE dispose que: "Dans les procédures ouvertes, restreintes ou négociées dans le cas visé à l'article 30, paragraphe 1, point a), les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider que l'attribution d'un marché public sera précédée d'une enchère électronique lorsque les spécifications du marché peuvent être établies de manière précise". L'enchère électronique peut également être utilisée lors de la remise en concurrence des parties à un accord-cadre et de la mise en concurrence des marchés à passer dans le cadre du système d'acquisition dynamique.

79 Les directives australiennes (voir plus haut, note 47) indiquent que les enchères électroniques inversées peuvent être utilisées dans le cadre de la procédure d'appel d'offres simple comme moyen d'obtenir une offre de prix de la part des fournisseurs, ainsi que comme deuxième phase d'une procédure d'appel d'offres en deux étapes où le prix reste le critère de sélection restant.

80 Se rapporter, par exemple, à l'article 2 des règles slovènes (voir plus haut, note 43).

81 Voir le Décret n° 2001-846.

82 Article 1.1 des directives de Singapour (voir plus haut, note 46).

83 Aux États-Unis, en l'absence d'interdiction expresse, les enchères électroniques inversées pourraient être utilisées en association avec toute méthode de passation disponible et sont également utilisées dans les accords-cadres et les systèmes d'acquisition dynamique. Toutefois, d'après la pratique de la marine américaine, il faudrait utiliser les procédures normales de sollicitation applicables aux négociations avec appel à la concurrence (Règlement fédéral sur les achats, partie 15) et la technique des enchères inversées ne convient pas à la soumission d'offres sous pli fermé ni aux procédures d'acquisition simplifiées (Règlement fédéral sur les achats, partie 13) à moins que, dans ce dernier cas, les économies projetées soient assez importantes pour compenser les coûts d'une passation de marché réalisée conformément aux procédures prévues dans la partie 15 du Règlement. Voir U.S. Navy Supply Systems Command, site des enchères de la marine, "Getting started,"consultable à l'adresse http://www.auctions.navy.mil/about/gettingstarted.html.

84 Cette formule aurait également été retenue dans l'Accord sur les marchés publics révisé (voir plus haut, note 14).

enchérisseurs en fonction du prix seulement, la sélection de la meilleure offre intervenant dans une phase postérieure où les résultats de l'enchère sont évalués sur des critères autres que le prix.

27. Dans certains pays, comme l'Autriche, le Brésil, la Chine et la Pologne, l'enchère électronique inversée est une procédure d'attribution distincte[85]. Dans ces cas, elle peut être menée dans une procédure ouverte à tous les fournisseurs, comme au Brésil, ou à un nombre limité de fournisseurs présélectionnés, comme en Autriche (voir A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1, par. 13 et 14).

4. Critères d'évaluation et d'attribution

28. Suivant les critères pouvant être appliqués pour l'attribution d'un marché passé par voie d'enchères électroniques inversées, il existe deux systèmes: celui fondé uniquement sur le prix le plus bas et celui permettant la prise en compte de critères supplémentaires.

29. Dans les systèmes où le prix est le seul critère autorisé, comme c'est le cas au Brésil, en Chine et en Pologne[86], les exigences qualitatives sont limitées et définies dans le dossier d'appel d'offres comme des critères de qualification minimaux qui, s'ils sont remplis, mettent les fournisseurs sur un pied d'égalité. De plus, au Brésil, les exigences qualitatives sont établies lors de l'inscription des biens et services aux catalogues CATMET et CATSERVE[87] respectivement. En Chine, certaines exigences qualitatives, comme la capacité à assurer un service après-vente de qualité et une maintenance complète, font l'objet d'une évaluation lors du dépôt de la demande d'inscription au système de passation des marchés publics par enchères en ligne, sans laquelle toute participation à des enchères électroniques inversées est impossible[88]. Les aspects qualitatifs sont également pris en compte en cas d'égalité de prix, le fournisseur le plus crédible étant alors choisi[89].

30. La loi autrichienne en revanche autorise d'autres critères d'attribution en plus du prix. Elle distingue deux types d'enchères: les enchères électroniques inversées simples, où le prix est le seul critère d'attribution, et d'autres types d'enchères électroniques inversées où l'offre la "plus avantageuse" techniquement et financièrement est retenue après évaluation de tous les critères d'attribution fixés dans le dossier d'appel d'offres[90]. Dans le second cas, l'entité adjudicatrice détermine sur quelle partie de l'offre doivent porter les enchères électroniques inversées, celles-ci ne devant être que les parties pour lesquelles toute variation peut

---

[85] Voir, par exemple, la loi autrichienne de 2002 sur l'attribution des marchés, par. 23-8 et 9.

[86] Article 78-2 de la loi polonaise sur la passation des marchés publics. C'est également la formule adoptée par les banques multilatérales de développement.

[87] Pour plus de détails, voir les instructions internes (Portaria) 2.050 du 18 mai 1992, sur le site COMPRASNET (www.comprasnet.gov.br).

[88] Voir, par exemple, les mesures provisoires de Shanghai, article 6, et celles adoptées par la province du Zhejiang, article 8.

[89] Voir les mesures provisoires adoptées par Shanghai, article 19; et celles adoptées par la province du Zhejiang, article 22. Les facteurs pris en compte pour évaluer la crédibilité des fournisseurs sont notamment leur respect de la loi, leurs résultats obtenus dans le passé, leur intégrité professionnelle, leur degré élevé de solvabilité, leur dotation importante en fonds propres et leur situation financière saine.

[90] Voir, par exemple, loi autrichienne de 2002 sur l'attribution des marchés, par. 28, 117 et 118.

être exprimée par des chiffres ou des paramètres quantitatifs. Les dispositions de la loi laissent entendre que tous les critères sur lesquels ne portent pas les enchères électroniques inversées doivent être évalués avant l'enchère[91]. Dans le dossier d'appel d'offres, l'entité adjudicatrice indique tous les critères d'attribution qu'elle a l'intention d'utiliser sous la forme de formule mathématique et dans l'ordre d'importance qu'elle leur a attribué. Au cours de l'enchère électronique inversée, le rang de chaque participant est calculé en fonction des nouvelles offres à l'aide de la formule.

31. Des dispositions similaires sont prévues dans les nouvelles directives de l'Union européenne. Les enchères électroniques inversées peuvent porter soit sur les seuls prix lorsque le marché est attribué au prix le plus bas; soit sur les prix et/ou les valeurs des éléments des offres indiqués dans le cahier des charges lorsque le marché est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse[92]. Comme en Autriche, les valeurs des seuls éléments qui sont quantifiables de manière à être exprimés en chiffres ou en pourcentages peuvent faire l'objet d'enchères électroniques inversées[93]. Toutefois, à l'inverse du système autrichien, dans le système européen, tous les éléments de l'offre, qu'ils puissent ou non faire l'objet d'enchères, doivent être évalués avant les enchères conformément à leur pondération[94]. Le résultat de l'évaluation complète de chaque offre est communiqué avant l'enchère dans l'invitation à participer à l'enchère. L'invitation mentionne également la formule mathématique[95] à utiliser lors des enchères pour déterminer les reclassements automatiques en fonction des nouveaux prix et/ou des nouvelles valeurs présentés (voir A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1, par. 17).

32. Aux États-Unis, les critères d'attribution sont définis au cas par cas. De façon générale, les enchères électroniques inversées sont limitées au prix (voir ci-dessus par. 26).

5. Modèles d'enchères électroniques inversées

33. En fonction des critères évalués et du moment de leur évaluation, trois modèles d'enchères électroniques inversées sont utilisées dans la pratique par les entités adjudicatrices:

- Le modèle 1, où tous les aspects des offres qui doivent être comparés lors du choix du fournisseur sont présentés pendant l'enchère électronique inversée elle-même. Souvent, le prix le plus bas est le seul critère d'attribution dans les mises en concurrence effectuées entièrement par enchères électroniques inversées. Les soumissionnaires connaissent leur classement tant pendant l'enchère qu'à sa clôture;

---

[91] Ibid., par. 118.
[92] Article 54-2 de la Directive européenne 2004/18/CE.
[93] Ibid., article 54-3.
[94] Ibid., article 54-4.
[95] Ibid., article 54-5. Cette formule intègre la pondération de tous les critères fixés pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, telle qu'indiquée dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges; à cette fin, les éventuelles fourchettes doivent être exprimées au préalable par une valeur déterminée. Dans le cas où des variantes sont autorisées, des formules doivent être fournies séparément pour chaque variante.

- Le modèle 2, où tous les aspects des offres ou uniquement ceux qui ne feront pas l'objet de l'enchère sont évalués préalablement. Avant l'enchère, les fournisseurs reçoivent des informations sur leur classement issu du résultat d'une évaluation préalable des offres. Tous les critères d'évaluation sont intégrés dans une formule mathématique, qui permet le reclassement des soumissionnaires chaque fois qu'une nouvelle offre est soumise de sorte que les fournisseurs connaissent leur position tant au cours de l'enchère qu'à sa clôture;
- Le modèle 3, ou aucun aspect de l'offre n'est préalablement évalué. Durant la phase de l'enchère, les fournisseurs n'ont d'informations que sur leur classement par rapport à leurs concurrents pour les critères faisant l'objet de l'enchère (généralement, mais pas toujours, le prix). Ainsi, à l'inverse des deux précédents modèles, lors de la clôture de l'enchère, les fournisseurs ne savent pas quelle offre est la meilleure; le classement est déterminé une fois que les aspects de l'offre "non soumise à l'enchère" ont été pris en compte.

6. Conclusion

34. Il est généralement admis que tous les types de marchés ne se prêtent pas aux enchères électroniques inversées. Le facteur principal à prendre en considération pour déterminer si un certain type de marché s'y prête est le niveau de complexité du produit/service à acquérir et le degré de précision avec lequel le marché peut être défini, c'est-à-dire si les fournisseurs peuvent facilement comprendre les exigences ou si celles-ci ne peuvent être définies que de façon superficielle et nécessitent leur intervention préalable. D'autres facteurs à examiner sont: a) la valeur prévue du marché afin de déterminer si celui-ci attirera les fournisseurs; b) la concurrence (si elle est assez forte pour garantir la participation d'un nombre suffisant de fournisseurs à l'enchère)[96]; c) la procédure d'attribution (dans quelle mesure les critères d'attribution sont quantifiables). Ces considérations détermineront la stratégie de passation et d'enchères.

---

[96] Certains systèmes prévoient expressément un nombre minimum de participants à l'enchère électronique inversée alors que, dans d'autres, les dispositions générales de la législation sur la passation des marchés s'appliquent. Les réglementations exigent généralement au moins trois participants. Voir, par exemple, l'article 22 des règles provisoires de Shanghai. Il a été constaté qu'un nombre de participants élevé prévient effectivement le risque de collusion. En Autriche, la participation d'au moins 10 participants est requise (voir la loi de 2002 sur l'attribution des marchés, par. 116.7).

A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1

Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – questions découlant de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés : étude comparative de l'expérience pratique de l'utilisation des enchères électroniques (inversées) dans la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa septième session

[*Les chapitres I à III (sections A et B) sont publiés dans le document A/CN.9/WG.I/WP.35*]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

III. Réglementation et pratique de l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics: étude comparative 1-47

C. Aspects procéduraux des enchères électroniques inversées 2-47

1. Étape précédant l'enchère 2-21

2. Déroulement de l'enchère 22-37

3. Étape faisant suite à l'enchère 38-47

IV. Conclusion 48-55

III. Réglementation et pratique de l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics: étude comparative

C. Aspects procéduraux des enchères électroniques inversées

1. La mesure dans laquelle les aspects procéduraux des enchères électroniques inversées sont réglementés dépend du statut de cette pratique par rapport aux autres méthodes de passation des marchés. Si les règlements sont assez similaires pour ce qui est du déroulement de l'enchère à proprement parler, ils diffèrent, pour la phase qui la précède et pour celle qui la suit, selon que l'enchère est considérée comme une étape supplémentaire, facultative dans d'autres méthodes de passation des marchés ("étape facultative") ou comme une méthode de passation à part entière ("méthode autonome") (voir A/CN.9/WG.I/WP.35, par. 26 et 27). Dans le premier cas, la plupart des aspects procéduraux de la passation des marchés avant et après le déroulement de l'enchère, tels que l'avis d'enchère, l'identification et la sélection des soumissionnaires et l'évaluation de leurs qualifications, sont réglementés dans

le contexte général de la méthode de passation qui s'applique, plutôt que dans celui, plus étroit, de l'enchère électronique inversée elle-même. Dans le second cas, bien que certaines règles générales de passation des marchés puissent encore s'appliquer, la plupart des aspects font l'objet de règles distinctes. Les sections ci-après traitent des aspects des trois étapes (étape préalable, déroulement de l'enchère et étape postérieure à l'enchère) qui sont généralement régis par des dispositions spécifiques dans les règlements existants.

1. Étape précédant l'enchère

2. Que l'enchère électronique inversée soit une étape facultative ou une méthode autonome, il faut décider de son utilisation dans la passation des marchés dès le stade du projet de marché, car il doit en être fait mention dans l'avis de marché (voir par. 7 ci-dessous). Dans certains systèmes, un outil en ligne aide les entités adjudicatrices à évaluer si un marché particulier se prête à une enchère électronique inversée[1].

3. Si l'entité adjudicatrice décide d'utiliser l'enchère électronique inversée, elle: a) publie un avis d'enchère et simultanément, en général, le dossier de sollicitation; b) identifie, sélectionne et invite les participants potentiels à l'enchère; c) clarifie le dossier de sollicitation et aide autrement les participants potentiels à se préparer à l'enchère; d) évalue les premières propositions des participants potentiels; et e) prend d'autres mesures en vue de tenir l'enchère (par exemple elle s'assure les services d'un tiers fournisseur de services d'enchères électroniques inversées).

Fournisseurs de services d'enchères électroniques inversées

4. L'enchère électronique inversée peut être mené par l'entité adjudicatrice elle-même[2], à l'aide d'un logiciel breveté ou être sous-traité à un tiers fournissant des services d'enchères électroniques inversées. Ce tiers peut être une entreprise privée sélectionnée par une procédure compétitive, comme c'est le cas par exemple en Australie et au Royaume-Uni[3], ou une centrale d'achat, comme aux États-Unis, offrant des services d'enchères électroniques inversées aux administrations[4]. Un

---

[1] Voir, par exemple, pour le Royaume-Uni, e-auction decision tool (à l'adresse http://www.ogc.gov.uk/index.asp?id=1001034&syncNav=1#eAuctionDecisionTool) of the Office of Government Commerce (OGC).

[2] Au stade de l'introduction de l'essai des enchères électroniques inversées, certains pays limitent la liste des entités adjudicatrices qui peuvent utiliser cette méthode dans la passation des marchés publics. Au Brésil, par exemple, le recours aux enchères sous les deux formes, traditionnelle et électronique, a d'abord été limité aux organes de l'administration publique fédérale, mais l'article 2-1 de la loi fédérale 10.520/2002 du 17 juillet 2002 (accessible à l'adresse https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L.10520.htm), en a étendu l'usage aux États, au district fédéral et aux entités municipales.

[3] L'OGC a lancé "Reverse Auction Framework" (RAF, disponible sur le site http://www.ogcbuyingsolutions.gov.uk/RAF/default.asp.); c'est un accord-cadre pour les enchères électroniques inversées conclu avec cinq prestataires de services d'enchères, conçus pour fournir de tels services au secteur public.

[4] L'U.S. General Services Administration a fourni de tels services, par l'intermédiaire de son Bureau régional des Montagnes rocheuses (Région 8) du Federal Technology Service. Pour une analyse des procédures utilisées pour le lancement de telles enchères, voir le site www.r8.gsa.gov/FTSWeb.nsf/0/def311033320029b87256c07004811b0?OpenDocument.

tiers fournisseur de services d'enchères électroniques inversées demande généralement une commission pour ses prestations. La forme de cette commission varie et peut comprendre: a) un pourcentage du prix qui l'a emporté; b) un pourcentage forfaitaire convenu à l'avance; et c) une somme forfaitaire. La commission peut être versée par l'entité adjudicatrice, le dernier enchérisseur ou une combinaison des deux. Elle couvre normalement toutes les dépenses telles que les frais de publicité, d'assurance, les droits administratifs, coûts du temps de connexion et dépenses diverses.

٥. En dehors de l'obligation générale faite aux prestataires externes de s'acquitter de la fonction de passation de marchés au nom d'un organisme public conformément aux procédures, processus et conditions existants, les pays étudiés ne semblent pas avoir réglementé spécifiquement la conduite des tiers fournisseurs de services d'enchères électroniques inversées, Dans un État au moins il est expressément interdit de déléguer des décisions stratégiquement importantes à un prestataire externe[5]. Les responsabilités sous-traitées concernent généralement la procédure, et consistent par exemple à mettre en place les systèmes et formalités nécessaires pour mener des enchères électroniques inversées, assurer une assistance et une formation aux prestataires, assurer la sûreté et la sécurité ainsi que l'existence d'options de secours, et tenir à jour et gérer un système d'enregistrement approprié ainsi que des dossiers électroniques[6].

6. Au Brésil, les enchères électroniques inversées peuvent être menées uniquement par les commissaires-priseurs[7] qui sont des employés d'une entité adjudicatrice, agréés après une formation spéciale[8].

Avis d'enchère électronique inversée, contenu et moyens de diffusion

7. Il est généralement exigé que la décision d'organiser une enchère électronique inversée soit portée à la connaissance des participants potentiels dans l'avis de marché[9]. Dans les systèmes qui considèrent les enchères électroniques inversées comme une étape facultative, il y a des règles générales concernant le contenu de l'avis et les moyens de le faire connaître. De plus, en vertu des nouvelles directives de l'UE, le cahier des charges doit comporter, pour ce qui est des enchères

---

[5] Voir, par exemple, The Procurement Guidelines on Reverse Auctions of the New South Wales Government of Australia (Directives sur les enchères électroniques inversées pour la passation des marchés publics du Gouvernement de la Nouvelle-Galles du Sud (Australie) de mars 2001 (Les "Directives australiennes") à l'adresse http://www.dpws.nsw.gov.au/NR/rdonlyres/ezac4yppqkqqzaj5qdjgerv3aj62n4ishpa3xhofh4fdl3cqut4m7l4ibv3a2w67sslw5zuhmjpois43joel4ees4xe/Reverse+Auctions.pdf.

[6] Ibid.

[7] "Pregoeiros" en portugais.

[8] L'École nationale d'administration publique (Escola Nacional de Administração Pública) – ENAP – a conçu et administre un cours type de formation de 40 heures pour les commissaires-priseurs d'enchères électroniques inversées. Les candidats doivent avoir les qualités requises en matière d'initiative, de créativité, de souplesse, d'intégrité et d'équité.

[9] Voir, par exemple, l'article 54-3 de la Directive 2004/18/CE; l'article 75 de la loi polonaise sur la passation des marchés publics; et l'article 4 des règles slovènes sur le contenu, les conditions et les limites de l'utilisation des enchères électroniques dans les procédures d'attribution des marchés, publiées au Journal officiel de la République de Slovénie n° 130/2004, 3 décembre 2004 ("Règles slovènes").

électroniques inversées, les informations suivantes: a) les éléments dont les valeurs feront l'objet de l'enchère électronique; b) les limites éventuelles des valeurs qui pourront être présentées; c) les informations qui seront mises à la disposition des soumissionnaires au cours de l'enchère électronique; d) les informations pertinentes sur le déroulement de l'enchère électronique; e) les conditions dans lesquelles les soumissionnaires pourront enchérir et notamment les écarts minimaux qui, le cas échéant, seront exigés pour enchérir; et f) les informations pertinentes sur le dispositif électronique utilisé et sur les modalités et spécifications techniques de connexion[10].

8. Dans les systèmes qui considèrent l'enchère électronique inversée comme une méthode autonome, l'avis d'enchère est généralement annoncé par l'intermédiaire de l'Internet sur le site Web du registre de l'administration centrale consacré aux possibilités de marchés et/ou sur celui de l'entité adjudicatrice, ainsi que sur le site Web de tout tiers prestataire de services d'enchères électroniques inversées[11]. En outre, les fournisseurs inscrits sur un registre central peuvent recevoir une notification par courrier électronique[12]. L'avis doit contenir toutes les informations nécessaires pour que les parties intéressées puissent décider de participer ou non à l'enchère[13]. L'invitation à soumettre une offre contient généralement des informations de base telles que l'identité de l'entité adjudicatrice, la nature de l'objet du marché, les clauses contractuelles[14], et des normes de qualité et de performance[15]. Lorsque la participation à l'enchère électronique inversée est soumise à un enregistrement préalable ou à une présélection, cela est indiqué et les formalités ainsi que le moyen pour les candidats de démontrer ou certifier qu'ils les ont remplies sont indiquées. La fourniture d'informations plus précises dépend de la complexité du marché. Elles comprennent au minimum: a) la date, l'heure et la modalité d'ouverture et de clôture de l'enchère; b) l'adresse du site Web où l'enchère se déroulera et à laquelle les règles d'enchère, le cahier des charges ainsi que les autres documents nécessaires seront accessibles; c) les obligations d'enregistrement et l'identification des soumissionnaires à l'ouverture de l'enchère; d) le numéro et/ou le nom qui identifient le marché; e) les exigences techniques quant au dispositif électronique à utiliser lors du déroulement de l'enchère; f) des informations sur la procédure qui sera suivie, y compris le modèle d'enchère qui sera utilisé, le déroulement de l'enchère en une seule étape ou en plusieurs étapes, et, dans ce dernier cas, le nombre d'étapes et la durée de chacune d'entre elles; g) l'écart minimum entre les offres; et h) le type d'information à communiquer aux participants pendant le déroulement de l'enchère[16].

---

[10] Voir article 54-3 de la Directive 2004/18/CE.

[11] Cette condition est énoncée à l'article 75-1 de la loi polonaise sur les marchés publics.

[12] C'est une pratique qui a cours au Brésil et qui est exigée dans certaines provinces de Chine (voir, par exemple, l'article 14 des Mesures provisoires pour la gestion des appels d'offres en ligne, adoptées par la province du Zhejiang).

[13] Voir, par exemple, la loi autrichienne de 2002 sur l'attribution des marchés, par. 44-1. Voir aussi l'article 14 des Mesures provisoires pour la gestion des appels d'offres en ligne, adoptées par la ville de Shanghai.

[14] Voir, par exemple, la loi autrichienne de 2002 sur l'attribution des marchés, Annexe VIII.

[15] Article 1 de la loi brésilienne n° 10.520 du 17 juillet 2002.

[16] Voir, par exemple, la loi polonaise sur les marchés publics, art. 75-2; et la loi autrichienne de 2002 sur l'attribution des marchés, par. 116.2 à 4.

٩. En général, d'autres informations, telles que le prix de départ de l'enchère[17] ou des informations sur un tiers fournisseur de services d'enchère, sont également communiquées. Au Brésil, l'entité adjudicatrice est tenue d'indiquer que l'enchère se déroulera électroniquement, et doit donner les coordonnées du centre d'appels/service d'assistance pouvant être contacté ainsi que le nom et les qualifications du commissaire-priseur responsable[18]. En Australie, il est recommandé que l'avis indique que l'entité adjudicatrice n'est pas liée par les résultats de l'enchère électronique inversée.

Communication du dossier de sollicitation

10. Dans les systèmes qui considèrent les enchères électroniques inversées comme une étape facultative, les règles générales de la passation de marchés traitent de la communication du dossier de sollicitation. Dans les systèmes qui considèrent les enchères électroniques inversées comme une méthode autonome, le dossier de sollicitation est communiqué au moment où l'avis d'enchère est annoncé[19].

Identification et sélection des participants potentiels

11. Dans les systèmes qui considèrent les enchères électroniques inversées comme une étape facultative, les fournisseurs s'inscrivent et sont admis à participer à la passation de la manière habituelle applicable à la méthode de passation choisie et il n'y a pas de conditions supplémentaires de qualification ou d'inscription pour participer spécifiquement à l'enchère électronique inversée. Seuls les candidats qui ont présenté des offres recevables après une première évaluation seront admis à participer[20]. En général, la loi exige que le nombre de soumissionnaires retenus assure une concurrence réelle[21]. Dans la pratique, les candidats retenus peuvent être tenus de prendre des mesures procédurales supplémentaires avant l'enchère, par exemple obtenir des codes de sécurité pour accéder au système.

12. Les systèmes qui considèrent les enchères électroniques inversées comme une méthode autonome exigent au minimum l'inscription des futurs participants, ce qui suppose, en particulier, qu'un code d'identification et un mot de passe leur soient attribués pour qu'ils puissent se connecter et participer à l'enchère. Dans certains systèmes, une présélection est également exigée[22]. D'autres systèmes donnent à

---

[17] Voir, par exemple, l'exigence indiquée dans les "E-auctions guidelines" de l'OGC, sur le site http://www.ogc.gov.uk/index.asp?docid=1001034.

[18] Art. 7 du décret n° 3.697.

[19] En Autriche la loi sur l'attribution des marchés, par. 116.2 à 4 exige que les entités adjudicatrices accordent un accès illimité gratuit à tous documents ayant trait à l'enchère, y compris au dossier de sollicitation, à compter du jour de parution de l'avis. La même exigence existe au Brésil.

[20] Voir, par exemple, l'article 54-4 de la Directive 2004/18/CE de l'UE; le deuxième paragraphe de l'article 5 des règles slovènes (voir note 9 ci-dessus); et la section 3.1.1 a) des Directives administratives du Ministère de la défense de Singapour sur les enchères inversées assistées (les "Directives de Singapour").

[21] Voir, par exemple, l'article 44 de la Directive 2004/18/CE de l'UE; ou le paragraphe 116.7 de la loi autrichienne de 2002 sur l'attribution des marchés.

[22] Voir, par exemple, les Mesures provisoires pour la gestion des appels d'offres en ligne, adoptées par la ville de Shanghai.

l'entité adjudicatrice la possibilité d'inclure, en plus de l'inscription, une phase de présélection[23].

13. Le Brésil et la Chine imposent seulement une obligation d'inscription. Au Brésil, les enchères électroniques inversées sont ouvertes à tous les fournisseurs inscrits dans le registre centralisé des entrepreneurs/fournisseurs (SICAF)[24]. Les soumissionnaires intéressés par une enchère particulière doivent s'y inscrire en manifestant leur intérêt au moins trois jours avant son ouverture[25]. Les qualifications des soumissionnaires ne sont pas évaluées à ce stade[26], mais après l'enchère et seulement pour celui qui l'emporte[27]. En Chine, les enchères électroniques inversées sont ouvertes aux seuls membres du système local des appels d'offres en ligne géré par des centres locaux de passation des marchés publics[28]. L'adhésion est gratuite et possible pour tous les candidats intéressés s'ils apportent la preuve d'un ensemble minimum de qualifications qui comprennent généralement la capacité juridique et le respect de la loi, la discipline fiscale, la solvabilité et la capacité financière, l'aptitude à fournir un service après-vente de

---

[23] Voir, par exemple, la loi polonaise sur les marchés publics, article 76, qui soumet la participation des soumissionnaires à une enchère électronique inversée au respect des conditions de procédures applicables pour la participation, qui peuvent prévoir une présélection.

[24] *Sistema de Cadastro de Fornecedores* (SICAF) est le système unifié d'inscription du Gouvernement fédéral.

[25] Le minimum est de trois participants, mais il n'y a pas de limite maximum.

[26] Au stade préalable à l'enchère, les soumissionnaires inscrits certifient seulement, avant l'ouverture de cette dernière, qu'ils ont les qualifications exigées (généralement en indiquant dans l'espace prévu à cet effet qu'ils ont connaissance de ces conditions et qu'ils sont pleinement qualifiés).

[27] Articles 7-20 et 21 du décret 3.697. Il existe également des manuels expliquant la procédure au commissaire-priseur et aux fournisseurs. L'évaluation des qualifications après l'enchère se limite à la vérification des renseignements juridiques, économiques et financiers de la société, du respect des obligations fiscales et des exigences supplémentaires éventuelles contenues dans l'avis d'enchère. Si des garants sont exigés, ils sont également vérifiés. Dans la pratique, la majeure partie de l'évaluation s'effectue en ligne car le commissaire-priseur peut accéder à la plupart des informations demandées par la SICAF et à d'autres bases de données essentielles (le décret 3.555 permet explicitement à l'entité adjudicatrice de ne pas demander de preuve sur papier du respect des obligations fiscales). Il existe une demande spéciale permettant une procédure en ligne à laquelle le commissaire-priseur et l'adjudicataire doivent accéder immédiatement après l'annonce de l'enchère qui l'emporte. Les autres soumissionnaires peuvent rester connectés et voir l'échange d'informations mais ne peuvent participer au processus d'évaluation. Les tenants du système font valoir que l'évaluation après l'enchère accélère considérablement le processus, car il y a peu de possibilités de poursuites judiciaires abusives et l'entité adjudicatrice n'a pas à traiter des plaintes pour disqualification avant l'enchère.

[28] Pour devenir membre, les fournisseurs complètent et soumettent le formulaire en ligne et s'inscrivent dans la base de données dans les centres de passation des marchés publics. Ils doivent ensuite soumettre à ces centres les originaux et des copies des documents suivants: a) patente et certificats de code de l'organisation; b) certificats d'enregistrement fiscal; c) rapports financiers de l'année précédente; d) attestations des qualifications; e) adresses électroniques; et f) autres documents demandés par le centre de passation des marchés. À la réception des documents, le centre examine et décide, dans le délai fixé par la loi, d'accorder ou non la qualité de membre au fournisseur (voir art. 7 à 9 des Mesures provisoires pour la gestion des appels d'offres en ligne, adoptées par la ville de Shanghai; et l'article 11 des Mesures provisoires adoptées par le district Shunyi de Beijing).

qualité, un capital social minimum et l'accès à l'Internet[29]. Une fois membre, un soumissionnaire peut participer à toute enchère électronique inversée annoncée par l'intermédiaire de ce système sans inscription ou présélection supplémentaire.

14. En Autriche, deux types d'enchères électroniques inversées sont envisagés: avec un nombre limité et avec un nombre illimité de participants[30]. La décision concernant le nombre de soumissionnaires est laissée à l'appréciation de l'entité adjudicatrice, mais il en faut au moins 10 lorsque le nombre de participants est limité. Dans les deux types d'enchères, un nombre illimité de candidats est invité publiquement à soumettre une demande de participation. Les candidats font l'objet d'une présélection qui a un double objectif: veiller à ce qu'ils remplissent les conditions minimales pour l'exécution du contrat et, s'il y a plus de fournisseurs qualifiés que l'entité souhaite en retenir, choisir parmi eux ceux qui devraient être invités à participer[31]. S'il y a plus de demandes que prévu, l'entité adjudicatrice doit retenir les meilleurs candidats sur la base des critères de sélection (qui doivent être objectifs et non discriminatoires, publiés à l'avance, et tenir compte des exigences spéciales de l'objet de l'enchère). S'il y a moins de demandes que prévu, et que l'on ne peut s'attendre à une concurrence réelle, elle doit retirer l'enchère électronique inversée[32].

Participation de soumissionnaires étrangers

15. La question de l'accès de soumissionnaires étrangers aux enchères électroniques inversées est généralement traitée dans les principes existants relatifs à la passation de marchés publics[33]. Il a cependant été observé que les modalités de fonctionnement des systèmes d'enchères électroniques inversées, dans un certain nombre de pays, risquaient d'exercer une discrimination de facto à l'encontre des soumissionnaires étrangers. En particulier, les enchères s'effectuent généralement dans la langue locale, et il n'existe pas actuellement de versions en plusieurs

---

[29] Voir l'article 8 des Mesures provisoires pour la gestion des appels d'offres en ligne, adoptées par la province du Zhejiang; l'article 6 des Mesures provisoires pour la gestion des appels d'offres en ligne, adoptées par la ville de Shanghai; et l'article 8 des Mesures provisoires pour la gestion des appels d'offres en ligne, adoptées par la ville de Xuzhou.

[30] Loi de 2002 sur l'attribution des marchés, par. 23.8 et 9.

[31] Le paragraphe 23.8 de la loi de 2002 sur l'attribution des marchés, qui traite des enchères avec un nombre illimité de participants, énonce que tous les candidats qualifiés choisis parmi un nombre illimité d'entrepreneurs invités publiquement à soumettre des demandes de participation sont autorisés à participer à l'enchère, tandis que le paragraphe 23.9, qui traite des enchères avec un nombre limité de participants énonce que seuls sont autorisés à participer les candidats choisis parmi un nombre illimité de candidats. La preuve des qualifications dit être présentée au plus tard au moment de l'admission à l'enchère (par. 52.5.3).

[32] Loi de 2002 sur l'attribution des marchés, par. 116.5 à 9. Le résultat de l'évaluation de la sélection, y compris les motifs du choix des participants, doivent être enregistrés et les dossiers accessibles aux candidats pour inspection. L'entité adjudicatrice est tenue d'informer sans retard les candidats non retenus, notamment quant aux motifs de son refus, à moins que cette information soit contraire à l'intérêt général ou aux intérêts commerciaux légitimes des entreprises, ou risquent de nuire à une concurrence libre et loyale.

[33] Par exemple, en Roumanie, l'Ordonnance n° 20 du Gouvernement propose, dans le contexte de la passation électronique des marchés, l'application du principe de non-discrimination, y compris en ce qui concerne la nationalité d'un soumissionnaire (art. 2 a)), sur la base toutefois de la réciprocité (art. 8).

langues (bien que certains pays envisagent la possibilité d'en proposer). Les exigences concernant l'inscription risquent également de faire obstacle à la participation de soumissionnaires étrangers, car elles imposent souvent des conditions locales.

Invitation à l'enchère

16. Lorsqu'il y a présélection des participants à une enchère électronique inversée, l'invitation à l'enchère est envoyée aux candidats qui ont été présélectionnés[34]. Dans les systèmes qui considèrent les enchères électroniques inversées comme une étape facultative, tous les soumissionnaires ayant présenté des offres recevables sont invités[35].

17. En vertu des nouvelles directives de l'UE, l'invitation contient toute information pertinente pour la connexion individuelle au dispositif électronique utilisé et précise la date et l'heure du début et de la fin de l'enchère électronique, y compris le nombre de phases; le calendrier de chaque phase de l'enchère; et le délai qui sera observé à partir de la réception de la dernière présentation avant la clôture de l'enchère électronique. Lorsque l'attribution est faite à l'offre économiquement la plus avantageuse, l'invitation est accompagnée par le résultat de l'évaluation complète de l'offre du soumissionnaire concerné et mentionne la formule mathématique qui déterminera lors de l'enchère électronique les reclassements automatiques en fonction des nouveaux prix et/ou des nouvelles valeurs présentés. Dans le cas où des variantes sont autorisées, des formules doivent être fournies séparément pour chaque variante[36].

18. En Autriche, aucune exigence n'est indiquée quant au contenu de l'invitation. La plupart des informations liées à une enchère électronique inversée sont mises à la disposition des participants dès le stade de l'annonce d'un avis d'enchère, en particulier dans les règles d'enchère[37].

---

[34] Voir, par exemple, la loi autrichienne de 2002 sur l'attribution des marchés, par. 116.5, les candidats présélectionnés doivent en être immédiatement informés par courrier électronique.

[35] Voir, par exemple, l'article 54-4 de la Directive 2004/18/CE de l'UE. Les invitations doivent être envoyées simultanément par des moyens électroniques à tous les soumissionnaires ayant présenté des offres recevables.

[36] Article 54-4 et 5 de la Directive 2004/18/CE de l'UE. Voir aussi les règles slovènes (voir plus haut, note 9, art. 5 et 6).

[37] Loi autrichienne sur l'attribution des marchés, par. 116.2 à 4. Les règles d'enchère doivent comprendre au moins les éléments suivants: a) les conditions d'inscription et d'identification; b) la procédure d'enchère (en particulier l'écart minimum entre les offres; c) l'heure du début et les modalités de clôture de l'enchère; d) les droits d'utilisation et d'exploitation; e) les motifs d'exclusion; f) les délais; g) le site Web publiant l'enchère la plus basse du moment ou, en cas d'attribution fondée sur l'offre économiquement et techniquement la plus avantageuse, le classement des soumissionnaires pendant l'enchère; h) les informations qui seront mises à la disposition des soumissionnaires pendant le déroulement de l'enchère et l'heure/la phase de l'enchère lorsqu'elle sera publiée; i) le site Web où ces informations sont disponibles; et j) tout dépôt s'il y a lieu.

Clarification et modification du dossier de sollicitation et retrait

19. Dans la plupart des pays, les règles générales de passation des marchés s'appliquent à toutes les méthodes, y compris aux enchères électroniques inversées. Au Brésil, les parties intéressées peuvent demander, à tout moment pendant la période d'avis, des éclaircissements en ligne ou par téléphone par l'intermédiaire de centres d'appels. Les éclaircissements communiqués à une partie sont ensuite mis à la disposition de toutes les autres parties intéressées sans que l'origine soit indiquée de la demande. Les règlements brésiliens autorisent également l'entité adjudicatrice à modifier le dossier de sollicitation pendant la période d'avis et celle-ci, selon le moment et le contenu des modifications, peut être prorogée (voir ci-dessous par. 24).

Évaluation des premières propositions

20. Il y a une exigence d'évaluation des premières propositions aussi bien dans les systèmes qui considèrent les enchères électroniques inversées comme une étape facultative que dans ceux qui les considèrent comme une méthode autonome. Au Brésil, l'évaluation des premières propositions a pour seul but de déterminer le prix de départ de l'enchère. Elle a lieu au début de l'enchère lorsque tous les soumissionnaires inscrits présentent leurs premiers prix. Le prix soumis le plus bas est annoncé comme prix de départ de l'enchère[38].

Autres mesures préalables à l'enchère

21. Il peut être exigé que d'autres mesures soient prises pour organiser une enchère électronique inversée et faire en sorte que tous les soumissionnaires soient capables d'y participer, par exemple organiser une formation et tenir des enchères simulées[39].

2. Déroulement de l'enchère

22. Au stade du déroulement de l'enchère: a) les soumissionnaires participants accèdent à un écran en se connectant à l'adresse indiquée dans l'avis d'enchère ou dans l'invitation à l'enchère, selon le cas, en utilisant leur numéro d'identification et leur mot de passe personnel leur permettant de participer; b) l'objet de l'enchère est annoncé (en général un écran indique les articles à acquérir); c) les règles de l'enchère sont annoncées (à savoir heure de début, durée, enchère minimum,

---

[38] Les articles 7.4 et 7.6 du décret n° 3697, avant modification, prévoyaient l'exclusion au stade de l'évaluation des soumissionnaires dont les premiers prix présentés étaient supérieurs d'un pourcentage prédéterminé au premier prix le plus bas. Ces dispositions ont toutefois été supprimées au motif qu'elles n'encourageaient pas la concurrence.

[39] Les Directives de Singapour (voir ci-dessus, note 20), sect. 3.1.1 d) et e), exigent que les participants signent un accord de soumission/de licence et suivent un stage de formation comme condition préalable à la participation à une enchère électronique inversée. Bien qu'il n'y ait pas d'obligation de formation pour une enchère particulière au Brésil, des manuels et un simulateur en ligne ont été mis au point pour différents utilisateurs des enchères électroniques inversées, dans le cadre général de l'enseignement (voir http://www.comprasnet.gov.br/).

méthode de clôture etc.); et d) les avis d'appel d'offres sont communiqués simultanément à tous les soumissionnaires[40].

23. Les détails du déroulement de l'enchère ne sont pas réglementés mais laissés à la discrétion de l'entité adjudicatrice ou du tiers fournisseur de services d'enchères électroniques inversées. Ils peuvent différer selon la taille et la complexité du marché. Les règlements existants fixent en général la date de l'enchère, les conditions auxquelles doivent satisfaire les offres et l'étendue de la divulgation d'informations pendant le déroulement de l'enchère.

Date

24. Un délai minimum est généralement requis entre la publication de l'avis d'enchère ou l'invitation à l'enchère, selon le cas, et l'ouverture de l'enchère[41]. Dans la pratique, plus le marché est compliqué, et plus ce délai, en général, est long.

25. Le plus souvent, les règlements laissent une certaine souplesse aux entités adjudicatrices pour ce qui est de la clôture de l'enchère. Par exemple, en vertu des nouvelles directives de l'UE, celle-ci peut être clôturée selon plusieurs modalités: a) à la date et à l'heure fixées au préalable et communiquées dans l'invitation à participer à l'enchère; b) lorsque les pouvoirs adjudicateurs ne reçoivent plus de nouveaux prix ou de nouvelles valeurs répondant aux exigences relatives aux écarts minimaux; ou c) lorsque le nombre de phases d'enchères, fixé dans l'invitation à participer à l'enchère, a été réalisé[42]. La loi autrichienne y ajoute la possibilité de clôture d'une enchère par une entité adjudicatrice si des motifs sérieux le justifient objectivement ("abandon de l'enchère")[43]. La fin de la séance d'enchère peut être fixée électroniquement ou, comme au Brésil, si cela est indiqué expressément dans l'avis d'enchère, annoncée par le commissaire-priseur[44]. Le système brésilien permet aux soumissionnaires de contester la date fixée pour l'enchère et demander que cette dernière soit prolongée. Le commissaire-priseur a toutefois toute latitude pour donner suite ou non à cette demande[45].

26. Dans la pratique, plus la valeur et la complexité du marché sont importantes, plus les enchères électroniques inversées durent. Quelques rares fois, ces dernières

---

[40] Cela est exigé par la loi, par exemple en Autriche, loi de 2002 sur l'attribution des marchés, par. 116.10-4.

[41] Voir le paragraphe 116.2 de la loi autrichienne de 2002 sur les marchés publics, indiquant qu'une enchère électronique inversée ne peut débuter au plus tôt que deux jours ouvrables après avoir été annoncée sur Internet; la loi brésilienne 10.520 qui prévoit au moins huit jours après l'avis d'enchère; l'article 54-4 de la Directive 2004/18/CE de l'UE selon laquelle l'enchère électronique ne peut débuter au plus tôt que deux jours ouvrables à compter de la date d'envoi des invitations; et l'article 76-4 de la loi polonaise sur les marchés publics, qui mentionne une période d'attente de cinq jours entre la transmission de l'invitation et l'ouverture de l'enchère.

[42] Art. 54-7 de la Directive 2004/18/CE.

[43] Loi de 2002 sur l'attribution des marchés, par. 116.10-4. Immédiatement après l'abandon d'une enchère, les motifs de cet abandon sont communiqués à l'adresse Internet indiquée dans les règles d'enchère aux soumissionnaires qui ont participé en dernier à l'enchère (par. 116.11).

[44] Décret 3.697.

[45] Le pouvoir du commissaire-priseur à cet égard a été critiqué par certains analystes ainsi que par les banques multilatérales de développement, qui préfèrent des systèmes entièrement automatisés, limitant au minimum ou excluant totalement l'intervention humaine.

s'achèvent à l'expiration d'un délai fixe (appelé "délai de clôture définitive"). Généralement, l'heure de clôture est automatiquement repoussée d'une durée spécifiée (par exemple 5 minutes) si une nouvelle offre plus basse ou une offre qui a modifié la tête du classement (généralement l'une des trois meilleures offres retenues) est reçue dans les dernières minutes (par exemple dans les 2 minutes précédant le délai de clôture). Ces prolongations peuvent se succéder pendant une durée indéterminée (on parle alors de "clôture provisoire illimitée") ou leur nombre peut être limité (par exemple à un maximum de trois prolongations de 5 minutes). Cette procédure se poursuit jusqu'à ce que plus aucune offre inférieure ne soit soumise pendant la période fixée avant la clôture. Certains textes directeurs recommandent de n'envisager des prolongations que pour les marchés d'une valeur très élevée, car on peut considérer qu'elles incitent indûment les soumissionnaires à baisser leur prix et pénalisent les soumissionnaires qui ont pu réserver une période de temps fixe pour participer à l'enchère électronique inversée.

Conditions de participation

27. Il est affirmé dans certains textes réglementaires que seules sont recevables[46] les offres soumises en ligne. Dans certains États, cela ressort de la définition de l'enchère électronique inversée[47]. En revanche, une entité adjudicatrice peut autoriser la participation à une enchère électronique inversée de représentants du candidat, par exemple si des problèmes techniques empêchent certains de ces derniers de participer eux-mêmes, à condition que cette possibilité soit communiquée à l'avance et proposée à tous les participants sans discrimination[48].

28. Lorsque seul le prix fait l'objet d'une enchère électronique inversée, il est généralement exigé que la valeur de chaque offre soit inférieure à la valeur de la dernière offre enregistrée par le système. En Roumanie, il est expressément énoncé que la nouvelle offre annule la précédente[49]. Au Brésil, en cas d'égalité d'offres, seule l'offre enregistrée la première sera prise en compte.

29. En Autriche et en Pologne, après chaque série d'offres, les participants qui n'ont pas soumissionné du tout ou qui n'ont pas modifié leur offre du minimum requis sont exclus[50]. Une entité adjudicatrice est tenue de veiller à ce que les participants exclus soient informés de l'exclusion et de ses motifs sans retard, et à ce qu'ils ne participent plus à l'enchère[51]. Au Brésil, il n'existe aucune disposition

---

[46] Voir les Directives de Singapour (voir plus haut, note 20), sect. 3.1.2 b).

[47] À l'article 1-7 de la Directive 2004/18/CE, par exemple, une "enchère électronique" est définie comme étant un processus itératif selon un dispositif électronique de présentation de nouveaux prix, revus à la baisse, et/ou de nouvelles valeurs. Bien que le terme "dispositif électronique" ne soit pas défini, il implique un moyen électronique tel que défini à l'article 1-13 de la directive, à savoir un moyen utilisant des équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et utilisant la diffusion, l'acheminement et la réception par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques.

[48] Voir Arrowsmith S., "Electronic reverse auctions under the EC public procurement rules: current possibilities and future prospects," 11 Public Procurement Law Review, n° 6, 2002, p. 299 et 330 (initialement établi pour Achilles Information Ltd.).

[49] Article 36-4 de l'ordonnance n° 20 du 24 janvier 2002.

[50] Voir la loi autrichienne sur l'attribution des marchés de 2002, par. 116.10-4 et l'article 79-2 de la loi polonaise sur les marchés publics.

[51] Voir, par exemple, la loi autrichienne sur l'attribution des marchés de 2002, par. 116.10-4.

concernant l'exclusion de soumissionnaires par le commissaire-priseur mais les soumissionnaires sont autorisés à retirer leur offre à tout moment et, s'ils ne souhaitent pas continuer, à se déconnecter à tout moment. L'heure de déconnexion est automatiquement enregistrée et consignée dans le procès-verbal de l'enchère.

Communication d'informations pendant les enchères

30. Une des spécificités des enchères électroniques inversées est qu'elles permettent de communiquer automatiquement et instantanément aux soumissionnaires, à mesure qu'elles se déroulent, des informations actuelles sur leur avancement. Il a été observé que lorsqu'elle n'était pas correctement réglementée, cette pratique posait des problèmes, en particulier du point de vue du droit de la concurrence[52].

31. La plupart des réglementations font preuve de souplesse en ce qui concerne le degré de divulgation. Dans certains systèmes, il y a une obligation générale de fournir de façon continue aux soumissionnaires, des informations de base sur le déroulement de l'enchère, telles que des informations leur permettant de vérifier leur classement relatif[53], le nombre de participants à la procédure[54], et le temps restant pour l'enchère inversée. Pour déterminer le classement relatif, certains systèmes exigent la communication en temps réel du prix le plus bas[55], tandis que d'autres ne divulguent que le classement, et non les prix[56]. Dans d'autres systèmes encore, comme en France, les participants sont informés du niveau des offres des autres participants[57]. Aux termes des nouvelles directives de l'Union européenne et de la législation autrichienne, des informations concernant les autres prix ou valeurs présentés peuvent être communiqués à condition que cela soit indiqué dans le cahier des charges ou dans les règles d'enchères, selon le cas[58]. Dans la pratique, les fournisseurs reçoivent parfois des informations concernant non seulement leur classement, mais aussi la mesure dans laquelle ils doivent améliorer leur offre pour obtenir le marché (ce qui peut poser un problème compte tenu des règles de passation de marchés généralement applicables).

---

52 Voir Kennedy-Loest C. et Kelly R., "EC competition law rules and electronic reverse auctions: a case for concern? ", 2003, 12 Public Procurement Law Review, n°.1, p. 28 à 30.

53 Aux termes de l'article 54-6 de la Directive 2004/18/CE, les pouvoirs adjudicateurs communiquent instantanément à tous les soumissionnaires au moins les informations qui leur permettent de connaître à tout moment leur classement respectif. Les mêmes dispositions se retrouvent en Autriche (loi sur l'attribution des marchés de 2002, par. 118.3).

54 Voir, par exemple, la loi autrichienne sur l'attribution des marchés de 2002, par. 117.2 et 118.3; art. 54-6 de la Directive 2004/18/CE; art. 79-3 de la loi polonaise sur les marchés publics.

55 Voir, par exemple, la loi autrichienne sur l'attribution des marchés de 2002, par. 117.2.

56 Voir, par exemple, les Mesures provisoires pour la gestion des appels d'offres en ligne, adoptées par la ville de Shanghai. D'après les analystes de la législation européenne relative à la concurrence, il est préférable, du point de vue du droit de la concurrence, d'afficher pendant le déroulement de l'enchère un classement général plutôt que des prix. Voir Kennedy-Loest C. et Kelly R., "EC competition law rules and electronic reverse auctions: a case for concern?", 2003, 12 Public Procurement Law Review, n° 1, p. 29.

57 Décret n° 2001-846, art. 1.

58 Loi autrichienne sur l'attribution des marchés de 2002, par. 118.3 et art. 54-6 de la Directive 2004/18/CE.

32. Le système brésilien d'enchères électroniques inversées se distingue par la possibilité, pour un commissaire-priseur et les soumissionnaires, de dialoguer en ligne pour clarifier les points concernant l'enchère pendant son déroulement, tels que le dossier d'appel d'offres, le cahier des charges, les suspensions, prolongations et offres anormalement basses. Chaque partie peut lancer le dialogue en ligne. Toutes les interventions sont visibles par tous les participants. Le dialogue est réservé aux échanges qu'entre le commissaire-priseur et les différents fournisseurs, pas entre les fournisseurs. Il n'existe au Brésil aucun texte réglementant l'utilisation des dialogues en ligne fonctionnant sur le modèle de COMPRASNET[59].

33. Dans la pratique il est courant, et souvent exigé par la loi, que l'identité des soumissionnaires ne soit pas divulguée aux autres participants[60]. Dans certains systèmes, elle n'est pas communiquée à l'entité adjudicatrice[61]. Généralement, l'exigence d'anonymat s'applique jusqu'à la clôture de l'enchère électronique inversée[62] et l'anonymat est assuré par des moyens informatiques ou automatiques. Dans certains systèmes, l'anonymat des soumissionnaires est également préservée après l'enchère[63].

Suspension des enchères

34. Dans la plupart des pays étudiés, aucune règle spécifique ne régit la suspension d'enchères électroniques inversées. Généralement, les dispositions de la législation relative à la passation des marchés pourront s'appliquer, et la suspension pourra par exemple être ordonnée par un tribunal ou par un organisme de contrôle. Dans de nombreux pays, les entités adjudicatrices ont une grande latitude pour ce qui est de suspendre des enchères inversées et de fixer le calendrier de suspension.

35. Un pays au moins – le Brésil – traite le sujet spécifiquement dans le contexte des enchères électroniques inversées. Les causes habituelles invoquées pour suspendre de telles enchères sont des défaillances du système ou des communications. Si le commissaire-priseur est déconnecté du système, ce dernier reste accessible aux soumissionnaires pendant une durée maximum de 10 minutes. Le commissaire-priseur réintègre la séance dès qu'il le peut, sans préjudice des offres soumises pendant qu'il était déconnecté. Mais s'il a été déconnecté plus de 10 minutes, l'enchère est suspendue et reprend à la date et à l'heure qu'il notifie aux

---

[59] Les banques multilatérales de développement (BMD) voient dans le système de dialogue en ligne un risque d'activités frauduleuses (signalisation des prix, corruption). Leur position, communiquée au secrétariat, est que dans le cadre des opérations qu'elles financent, elles n'accepteront pas de tel système et exigeront des enchères entièrement automatisées sans participation d'un représentant des pouvoirs publics.

[60] Voir, par exemple, la loi autrichienne sur l'attribution des marchés de 2002, par. 116.12; le décret brésilien n° 3.697; l'article 54-6 de la Directive 2004/18/CE; le décret français n° 2001-846 (art. 1); et l'ordonnance roumaine n° 20, sect. 36-2.

[61] Au Brésil, le système ne prévoit un numéro d'identification que pour les soumissionnaires, de sorte que le commissaire-priseur peut contrôler la réception des offres émanant des différents soumissionnaires, mais ne peut les identifier physiquement. Les soumissionnaires eux-mêmes disposent d'informations qui ne leur permettent que de voir quelle offre est la plus basse et si c'est la leur ou non.

[62] Voir l'article 7 des Règles slovènes (voir plus haut, note 9); et l'ordonnance n° 20, sect. 36-5 du Gouvernement roumain.

[63] Voir, par exemple, la loi autrichienne sur l'attribution des marchés de 2002, par. 116.12.

participants sur le site Web de COMPRASNET[64]. La déconnexion d'un soumissionnaire ne suspend pas nécessairement la procédure. Si elle est imputable au système de l'entité adjudicatrice ou de l'administration, le soumissionnaire peut demander la suspension ou l'annulation de la procédure ou bien des dommages-intérêts à l'administration. Si elle est causée par un tiers, y compris le propre fournisseur d'accès à l'Internet du soumissionnaire, celui-ci peut seulement demander des dommages-intérêts. En cas de déconnexion, les fournisseurs peuvent contacter un centre d'appels ou un service d'assistance (gratuit) fonctionnant pendant tout le déroulement de l enchère pour se tenir informés de la situation. Le commissaire-priseur peut suspendre l'enchère jusqu'à ce que la communication soit rétablie avec toutes les parties intéressées ou bien, si plus de 10 minutes se sont écoulées, repousser l'opération et fixer une nouvelle date et/ou une nouvelle heure pour la reprise de l'enchère.

36. Le système brésilien permet de suspendre des enchères pour d'autres motifs. La décision de suspendre des enchères peut être prise par les commissaires-priseurs, soit de leur propre initiative, soit à la demande de soumissionnaires. Des suspensions temporaires, par exemple, peuvent être demandées par des participants et accordées par le commissaire-priseur pour donner aux soumissionnaires le temps de réexaminer leur offre. Les suspensions et leurs motifs sont automatiquement consignés au procès-verbal de l'enchère. On notera que les plaintes déposées par des soumissionnaires pendant le déroulement de l'enchère (le système permet de les déposer en ligne au moyen du service de messagerie électronique proposé sur le site Web) ne suspendent pas celle-ci, bien que le commissaire-priseur doive les traiter avant de clore la procédure.

Conservation des documents

37. Dans la plupart des pays étudiés, les règles applicables de manière générale à la conservation des documents relatifs à la passation de marchés s'appliquent également aux enchères électroniques inversées[65]. Dans d'autres systèmes, il est exigé de consigner le déroulement des enchères et tout transfert de données réalisé dans ce contexte[66]. Au Brésil, le compte rendu de l'enchère est automatiquement généré par COMPRASNET, sous la forme d'un procès-verbal qui est signé électroniquement par le commissaire-priseur et ses assistants, puis publié sur le site Web de COMPRASNET à la fin de la séance. Un extrait est également généré et envoyé automatiquement au Journal officiel, qui existe sous formes papier et électronique, pour publication le lendemain. Généralement, l'entité adjudicatrice publie également un extrait des résultats sur son site Web[67].

---

[64] Art. 11 du décret 3.697.

[65] Par exemple, en vertu de l'article 43 de la Directive 2004/18/CE.

[66] Voir, par exemple, la loi autrichienne sur l'attribution des marchés de 2002, par. 116.13.

[67] Les informations publiées sont les suivantes: a) le nom et autres coordonnées des soumissionnaires et de l'entité adjudicatrice; b) les articles achetés et le prix unitaire budgétisé de chacun d'entre eux; c) le prix initial proposé pour toutes les offres; d) l'heure d'ouverture et de clôture de la séance d'enchères et des suspensions; e) toutes les décisions prises par le commissaire-priseur; f) les communications échangées entre les soumissionnaires et le commissaire-priseur pendant le dialogue en ligne; g) les plaintes déposées, le cas échéant, et la suite qui leur a été donnée; h) les éclaircissements demandés et donnés; et i) les données

3. Étape faisant suite à l'enchère

38. À l'issue des enchères a lieu la sélection du vainqueur et l'attribution du marché. À ce stade, une entité adjudicatrice peut également avoir à traiter les plaintes et recours de soumissionnaires lésés. Certains systèmes imposent à l'entité adjudicatrice des obligations particulières concernant le suivi des systèmes d'enchères électroniques inversées.

Sélection du vainqueur

39. Lorsque des enchères des modèles 1 et 2 sont utilisées (voir A/CN.9/WG.I/WP.35, par. 33), le soumissionnaire retenu doit être connu à la fin de l'enchère car c'est normalement celui qui a fait l'offre la plus basse. Dans les enchères de type 3, le soumissionnaire retenu n'est connu qu'après l'évaluation complète des éléments pouvant ou non faire l'objet d'enchères.

40. Même dans les enchères des modèles 1 et 2, cependant, il peut arriver que le marché ne soit pas emporté par l'offre la plus basse. Dans certains systèmes, l'avis d'enchère électronique inversée ou les conditions générales applicables aux enchères peuvent stipuler que la décision finale d'accepter l'offre revient à l'entité adjudicatrice, ce qui lui permet de vérifier si le produit répond bien aux normes requises et si le fournisseur est à même d'honorer la commande (voir plus haut, par. 9). Au Brésil, le soumissionnaire qui fait l'offre la plus basse peut être disqualifié lors de l'évaluation de ses qualifications, qui a lieu après l'enchère[68]. En Chine, l'offre la plus basse peut être invalidée par l'entité adjudicatrice, par exemple si elle est supérieure au prix du marché ou anormalement basse ou en cas de comportement répréhensible du soumissionnaire retenu pendant la procédure ou l'inscription[69]. En cas d'égalité des prix, notamment, le soumissionnaire qui a la plus grande crédibilité l'emportera[70]. Le droit de rejeter toutes les offres à la fin d'enchères électroniques inversées est expressément prévu dans certains règlements[71] applicables spécifiquement à cette méthode.

---

complètes sur la procédure d'adjudication et sur toute procédure qui aurait lieu ultérieurement (essai d'échantillons, par exemple).

[68] Loi 10.520 et décret 3.697. Une autre spécificité du système brésilien, qui figure à l'article 4 du décret, est que le commissaire-priseur peut négocier le prix directement avec le vainqueur ou avec l'auteur de la seconde meilleure offre lorsque le premier est disqualifié, s'il n'est pas satisfait du prix le plus bas proposé lors de l'enchère électronique inversée (par. XI et XVI). La réglementation n'impose aucune limite au prix qui peut être négocié, elle indique seulement qu'aucun prix irréaliste n'est autorisé. Le soumissionnaire qui l'emporte, cependant, a le droit de refuser de baisser le prix soumis lors de l'enchère, et le commissaire-priseur n'est pas autorisé à le disqualifier pour cette raison. L'utilité de la procédure a été mise en doute par certains analystes et, dans la pratique, elle n'est pas souvent utilisée.

[69] Voir, par exemple, en Chine, les Mesures provisoires pour la gestion des appels d'offres en ligne, adoptées par la ville de Shanghai, art. 22 et 27; les Mesures provisoires adoptées par la ville de Shenzhen, art. 31; les Mesures provisoires adoptées par la ville de Zhuhai, art. 29; et les Mesures provisoires adoptées par la ville de Hefei, art. 25.

[70] Voir, en Chine, les Mesures provisoires pour la gestion des appels d'offres en ligne, adoptées par la ville de Shanghai, art. 19; et les Mesures provisoires adoptées par la province du Zhejiang, art. 22.

[71] Section 3.1.2 c) des Directives de Singapour (voir plus haut, note 20).

41. Les règlements existants autorisent généralement l'entité adjudicatrice à accepter la deuxième meilleure offre si, pour des raisons légitimes, elle a rejeté l'offre la plus basse, à condition que cette possibilité ait été notifiée à l'avance aux soumissionnaires[72]. Dans d'autres systèmes, cependant, si l'offre la plus basse est invalidée, l'entité adjudicatrice doit recommencer l'enchère ou adopter d'autres méthodes de passation des marchés[73].

42. Dans la plupart des États, les offres lient les soumissionnaires[74] et le retrait d'offres peut entraîner la perte d'une garantie éventuelle. Aux États-Unis, cependant, les soumissionnaires sont autorisés à soumettre des prix (plutôt que des offres), qui ne sont considérés comme des offres contraignantes par la législation des États-Unis tant que la commande n'est pas adressée par l'entité adjudicatrice et acceptée par le soumissionnaire.

Annonce du soumissionnaire retenu

43. Dans certains systèmes, la loi exige que le nom du soumissionnaire retenu soit communiqué dès la clôture de l'enchère à l'adresse Internet fixée par les règles d'enchères[75]. Dans d'autres systèmes, les règlements n'exigent pas la publication immédiate des résultats de l'enchère. Dans une province chinoise au moins, les règlements recommandent de procéder à cette publication deux jours après la date de clôture[76].

44. Certains systèmes réglementent précisément la teneur de l'avis annonçant l'offre qui l'a emporté. Cet avis doit notamment indiquer l'identité et les coordonnées du soumissionnaire retenu, le prix de son offre[77] et le lieu de publication (par exemple le site Web spécifié dans l'avis d'enchères)[78].

---

[72] Voir, par exemple, en Chine, les Règles relatives à la passation électronique des marchés publics, adoptées par la ville de Liuzhou, art. 19. Le système brésilien permet à un commissaire-priseur de prendre contact avec le soumissionnaire qui a présenté la deuxième meilleure offre si le vainqueur est disqualifié ou si l'offre est jugée irrecevable ou inadaptée. Si le soumissionnaire qui a fait la deuxième offre la plus basse n'est pas connecté au système, le commissaire-priseur le contacte par messagerie électronique pour poursuivre la procédure. En cas de disqualification ou de refus, du soumissionnaire qui a fait la deuxième offre la plus basse, de fournir les biens ou services au prix proposé par le vainqueur initial, le soumissionnaire suivant est sollicité, et ainsi de suite jusqu'à l'attribution du marché. Si aucun n'accepte, l'enchère est annulée.

[73] Voir, en Chine, les Mesures provisoires pour la gestion des appels d'offres en ligne, adoptées par la ville de Shanghai, art. 22; les Mesures provisoires adoptées par le district du Shunyi de Beijing, art. 20; et les Règles relatives à la passation électronique des marchés publics adoptées par la ville de Liuzhou, art. 22.

[74] Comme cela a été dit au secrétariat lors des consultations avec les experts, le fait d'imposer des offres contraignantes peut être considéré comme un moyen efficace de lutter contre les abus potentiels lors de l'enchère électronique inversée (soumissionnaires "fantômes", membres d'un cartel maintenant les offres artificiellement élevées).

[75] Voir, par exemple, la loi autrichienne sur l'attribution des marchés de 2002, par. 116.11.

[76] Voir, par exemple, la Procédure de passation électronique de marchés (équipements de bureau), art. 6, intégrée aux Mesures provisoires pour la gestion des appels d'offres en ligne de la province du Zhejiang.

[77] En vertu des Mesures provisoires pour la gestion des appels d'offres en ligne adoptées par la ville de Shanghai, seul le nom du soumissionnaire retenu est divulgué, non le prix de l'offre qui

Attribution du marché

45. En vertu des nouvelles directives de l'Union européenne, les marchés sont attribués après la clôture de l'enchère électronique en fonction des résultats de l'enchère[79]. Les directives ne précisent pas la date exacte à laquelle l'attribution du marché doit avoir lieu. Celle-ci peut faire l'objet de dispositions régissant les mécanismes de recours et d'appel. En Autriche, le marché ne peut être attribué que trois jours ouvrables après la date de l'avis d'attribution, faute de quoi il est nul et non avenu[80]. L'avis d'attribution, de son côté, est transmis à tous les soumissionnaires simultanément, sans retard, par messagerie électronique ou télécopie[81]. En Chine, le moment de l'attribution du marché doit être indiqué dans le dossier de sollicitation[82], mais les règlements, dans certaines provinces, recommandent qu'elle ait lieu trois jours après la publication de l'avis d'enchère[83].

Recours

46. Dans la plupart des États, un mécanisme général de recours s'applique aux enchères électroniques inversées. L'Autriche a une réglementation détaillée régissant les recours dans le contexte de ces enchères. Peuvent être contestées les décisions suivantes de l'entité adjudicatrice: l'invitation (7 jours), l'exclusion de participation (3 jours), la sélection de participants pour des enchères comportant un nombre limité de participants (3 jours à compter de la publication de l'avis de sélection), et la décision d'attribution (3 jours à compter de la date de publication de l'avis d'attribution)[84]. La loi permet aux soumissionnaires écartés de demander, immédiatement après la publication du nom de celui qui l'a emporté, des informations sur les motifs pour lesquels leur offre n'a pas été retenue ainsi que sur les caractéristiques et avantages de celle qui l'a été. Elle fait obligation à l'entité adjudicatrice d'informer le soumissionnaire écarté, dès réception de sa demande et au plus tard un jour avant l'expiration du délai d'attente, du montant du marché attribué et des caractéristiques et avantages de l'offre qui a été retenue. Une entité adjudicatrice est dispensée de cette obligation si la publication de ces informations risque de nuire à l'intérêt général, aux intérêts commerciaux légitimes d'une entreprise ou au libre jeu de la concurrence[85].

47. Un pays au moins – les États-Unis – autorise la réouverture d'une enchère après sa clôture en cas de réclamation. Dans sa décision de 2001 dans l'affaire

---

l'a emporté.

78 Voir, par exemple, la loi polonaise sur les marchés publics (art. 80-2) et, en Chine, les Mesures provisoires pour la gestion des appels d'offres en ligne de la province du Zhejiang, art. 22.

79 Voir l'article 54-8 de la Directive 2004/18/CE.

80 Voir, par exemple, la loi autrichienne sur l'attribution des marchés de 2002, par. 100.2.

81 Ibid., par. 100.1.

82 Voir, par exemple, les Mesures provisoires pour la gestion des appels d'offres en ligne adoptées par la ville de Shanghai, art. 17; et les Mesures provisoires adoptées par le district du Shunyi de Beijing, art. 15.

83 Voir, par exemple, les Mesures provisoires pour la gestion des appels d'offres en ligne, adoptées par la province du Zhejiang, art. 22.

84 Loi autrichienne sur l'attribution des marchés de 2002, par. 20-13 a) ii).

85 Ibid., par. 100.4.

Royal Hawaiian Movers, Inc.[86], par exemple, le Government Accountability Office (GAO) a estimé que l'organisme adjudicateur pouvait rouvrir une enchère clôturée pour accepter des propositions de prix révisées afin de corriger une ambiguïté de la sollicitation contre laquelle l'un des soumissionnaires avait protesté[87]. Le GAO a résumé sa décision comme suit:

> "Nonobstant une disposition, dans une demande de propositions, stipulant que des révisions de prix ne pouvaient avoir lieu que pendant le déroulement d'une enchère inversée, l'organisme a décidé avec raison de solliciter des propositions de prix révisées après la fin de l'enchère suite à une protestation selon laquelle la sollicitation comportait une ambiguïté sur l'heure de clôture de l'enchère, et a estimé avec raison que les soumissionnaires avaient pu être induits en erreur."

IV. Conclusion

48. Il ressort d'études empiriques que les enchères électroniques inversées sont utilisées dans certains pays pour la passation de marchés, et que leur introduction est envisagée dans d'autres. À la lumière de l'expérience acquise et des initiatives prises aux niveaux régional et international, il semble probable que cette technique sera bientôt acceptée comme méthode de passation de marchés publics. Il semble se dégager, au niveau international, un consensus sur le fait que les enchères électroniques inversées, correctement utilisées, permettent aux pouvoirs publics de réaliser d'importantes économies sans compromettre, et même en aidant à atteindre des objectifs tels que l'économie et l'efficacité dans la passation des marchés, la transparence, le traitement juste et équitable de tous les fournisseurs, l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés, et la confiance du public dans ce processus.

49. Il a été observé que l'absence de réglementation – ou de réglementation appropriée – dans certains pays où les enchères électroniques inversées ont été introduites avait dissuadé certaines des entités adjudicatrices de recourir à cette méthode. Les points que cette réglementation devrait traiter, sans être toutefois excessive, sont les suivants: a) quand, et pour quels types de biens et de services, l'utilisation d'enchères électroniques inversées est-elle appropriée, et quand ne l'est-elle pas; b) comment empêcher son utilisation abusive; et c) quelles précautions faut-il prendre pour atténuer les risques liés à l'utilisation d'enchères électroniques inversées. Même si, la plupart des aspects des enchères électroniques inversées doivent être traités dans les lois et règlements sur la passation des marchés, l'introduction de cette méthode dans la passation des marchés publics peut nécessiter des ajustements dans d'autres branches pertinentes du droit, comme le droit de la concurrence et le droit général d'administration publique.

50. La Loi type ne traite pas expressément des enchères électroniques inversées, certaines dispositions les interdisant même. Elle interdit, par exemple, toute

---

[86] Décision du Comptroller General des États-Unis, File n° B-288653, 31 octobre 2001, disponible à l'adresse http://archive.gao.gov/legald425p10/a02467.pdf.

[87] Voir également Nash R.L. et Cibinic J., "Oversight of procurements: delayed addendum," vol. 16, n° 1, Nash & Cibinic Report 1 (West/Thomson, janvier 2002).

modification des offres quant au fond une fois celles-ci soumises, notamment une modification du prix, ainsi que la divulgation d'informations relatives aux offres (art. 34-1 a) et 8). La disposition qui donne le droit de soumettre une offre par écrit dans une enveloppe scellée interdit également le recours aux enchères électroniques inversées si un fournisseur refuse que cette méthode soit utilisée (art. 30-5).

51. Le Groupe de travail voudra donc peut-être décider: a) s'il faudrait incorporer les enchères électroniques inversées dans la Loi type; b) dans l'affirmative, de l'approche à adopter, à savoir considérer les enchères électroniques inversées comme une méthode autonome distincte de passation des marchés ou comme une étape facultative des méthodes existantes; et c) de la teneur d'une telle réglementation.

52. Les principaux avantages potentiels de la première approche (méthode autonome) sont les suivants: a) elle évite d'introduire, dans les dispositions générales relatives aux autres méthodes applicables de passation des marchés, des modifications destinées à tenir compte de l'utilisation d'enchères électroniques inversées, ce qui risquerait de compliquer ces dispositions à l'excès; et b) elle permet aux gouvernements de restreindre les motifs de recours aux enchères électroniques inversées (dans le cas, par exemple, des appels d'offres ouverts). Les principaux arguments en faveur de la seconde approche (étape facultative) sont: a) la souplesse – une enchère électronique inversée peut être utilisée dans plusieurs méthodes de passation de marchés (appel d'offres ouvert, appel d'offres restreint, appel d'offres en deux étapes); et b) le fait qu'il ne faudra des règles particulières que pour les aspects de l'enchère qui diffèrent des règles et procédures normales, les aspects généraux des méthodes de passation de marchés continuant de s'appliquer.

53. Le choix de l'approche dépendra, dans une large mesure, de l'opinion du Groupe de travail quant aux types de marchés qui pourront faire l'objet d'enchères électroniques inversées. D'autres décisions pourront être prises concernant: a) le champ d'application des enchères (quelles variables retenir: le prix seul, comme au Brésil, ou également des critères autres que le prix, comme dans l'Union européenne) et les critères d'évaluation et d'attribution; b) le modèle d'enchères (1, 2 et/ou 3); c) les paramètres empêchant l'utilisation abusive des enchères électroniques inversées; et d) dans le cas de l'adoption de la seconde approche, la méthode de passation de marchés dans laquelle une enchère électronique inversée devrait être envisagée et le point de savoir si elle devrait nécessairement être l'étape finale.

54. Indépendamment de l'approche retenue, l'introduction de dispositions spécifiques aux enchères électroniques inversées dans la Loi type devrait respecter les principes et objectifs de cette dernière et, si c'est l'approche de l'étape facultative, les règles régissant la méthode correspondante de passation de marchés (en ce qui concerne, par exemple, le degré de transparence et les conditions en matière de publicité).

55. Les réponses apportées aux questions de principe soulevées dans les paragraphes ci-dessus détermineront l'orientation des futurs travaux du Groupe de travail sur le sujet et sur la révision de la Loi type et de son guide pour l'incorporation. L'étendue de la réglementation de la plupart des aspects procéduraux dépendra de l'approche retenue. Quelle que soit cette dernière, cependant, on peut penser que les aspects de l'étape des enchères méritant d'être

traités comprendront: a) le type et le degré de divulgation d'informations pendant les enchères; b) le caractère contraignant ou non des offres pour les soumissionnaires; c) les circonstances dans lesquelles des soumissionnaires seraient autorisés à retirer leur offre ou à se retirer eux-mêmes de l'enchère; d) le droit, pour une entité adjudicatrice, d'exclure des soumissionnaires de la procédure; e) l'obligation, pour une entité adjudicatrice, d'accepter l'offre la plus basse; f) les motifs valables de suspension des enchères; g) le niveau de protection des soumissionnaires lésés; et h) la nécessité d'un procès-verbal et son contenu, spécifiquement dans le domaine des enchères électroniques inversées. Le Groupe de travail devra peut-être aborder d'autres questions plus générales: a) la mesure dans laquelle les questions liées aux enchères électroniques inversées devraient être traitées dans la Loi type, ou dans les règlements d'application, ou bien encore dans le guide pour l'incorporation; et b) les garanties que la Loi type devrait instituer pour prévenir les problèmes découlant de l'utilisation d'enchères électroniques inversées, tels que les risques de collusion et les obstacles à la participation de soumissionnaires étrangers.

A/CN.9/WG.I/WP.36

G. Note du secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – questions découlant de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics : étude comparative des offres anormalement basses, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa septième session

(A/CN.9/WG.I/WP.36) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-3
II.	Le phénomène des offres à prix irréaliste ou anormalement basses	4-24
	A. Définition du terme "offre à prix irréaliste ou anormalement basse"	4-5
	B. L'impact des offres anormalement basses	6-10
	C. Causes possibles de la soumission d'offres anormalement basses	11-16
	D. Dispositions traitant des offres anormalement basses dans la Loi type	17-24
III.	Étude comparative – les offres anormalement basses dans la législation existante	25-73
	A. Interdiction de soumettre des offres anormalement basses dans la passation de marchés publics	26
	B. Mesures législatives utilisées pour détecter les offres susceptibles d'être anormalement basses et mesures prises pour les combattre	27-61
	1. Détection des offres anormalement basses	30
	a) Analyse statistique	31-33
	b) Analyse des prix	34-39
	c) Analyse du risque et évaluation des offres	40-49
	i) Évaluation des offres dans une législation multilatérale	41-44
	ii) Évaluation d'offres dans la législation nationale	45-49
	2. Mesures pouvant être prises pour combattre une offre anormalement basse une fois celle-ci détectée	50-61
	a) Possibilité ou obligation de demander une justification de prix en cas de suspicion d'offre anormalement basse	50-56
	i) Justification du prix dans une législation multilatérale	51-52
	ii) Justification du prix dans une législation nationale	53-56

b) Évaluation des explications fournies suite à une procédure de justification du prix 57-58 15

c) Possibilité de rejet d'une offre anormalement basse 59-61 15

C. Autres questions concernant les offres anormalement basses. 62-73 16

1. Recours aux garanties de soumission ou aux garanties autonomes 62-67 16

2. Enchères électroniques inversées et offres anormalement basses 68-70 17

3. Droit de la concurrence 71-73 17

IV. Conclusions 74-83 18

I. Introduction

1. Le point de départ des travaux actuels du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur la révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services ("Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés" ou "Loi type")[1] est indiqué aux paragraphes 1 à 5 du document A/CN.9/WG.I/WP.34, présenté pour examen au Groupe de travail à sa septième session.

2. À sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004), le Groupe de travail a examiné (entre autres) la question des offres à prix irréaliste ou anormalement basses dans la passation de marchés. Il a été informé que l'un des risques des marchés sous-évalués était que le fournisseur retenu ne puisse être en mesure de s'acquitter de ses obligations au titre du contrat. Il a noté que le risque avait également été observé dans le contexte des enchères électroniques inversées (cette méthode de passation des marchés est examinée en détail dans le document A/CN.9/WG.I/WP.35).

3. Le Groupe de travail a donc prié le Secrétariat de réaliser une étude comparative de la façon dont les entités adjudicatrices traitaient les offres à prix irréaliste ou anormalement basses, tant dans le contexte des enchères électroniques inversées que de façon générale, et d'examiner également la relation entre la pratique des prix anormalement bas et le droit de la concurrence (A/CN.9/568, par. 54). La présente note donne les résultats de cette étude.

[1] Pour le texte de la Loi type, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/49/17 et Corr.1), annexe I (également publié dans l'Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, vol. XXV:1994 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.20), troisième partie, annexe I). La Loi type est disponible sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI (http://www.uncitral.org/english/texts/procurem/ml-procure.htm).

II. Le phénomène des offres à prix irréaliste ou anormalement basses

A. Définition d'une "offre à prix irréaliste ou anormalement basse"

4. Le phénomène des marchés à prix sous-évalué, que l'on rencontre dans tous les types de passation de marchés (procédure d'appel d'offres en bonne et due forme ou non), répond à des appellations diverses. Le Secrétariat, pour sa part, parlera d'"offres anormalement basses". De même, et par souci de cohérence, il utilisera les termes de la passation des marchés qui sont employés dans la Loi type, même lorsqu'il examinera d'autres systèmes[2].

5. Le Secrétariat appliquera la définition de travail suivante d'offre anormalement basse:

> "Une offre est réputée être anormalement basse si le prix soumissionné semble irréaliste, c'est-à-dire qu'il ne permet pas de dégager une marge bénéficiaire normale ou est inférieur au prix de revient, ce qui risque de rendre impossible l'exécution du marché à ce prix; et si le fournisseur ne peut justifier son prix par l'économie de la solution choisie, ou par les conditions exceptionnellement favorables dont il a bénéficié, ou encore par l'originalité des travaux proposés."[3]

B. L'impact des offres anormalement basses

6. La soumission d'une offre anormalement basse comporte un risque lié à l'exécution. En 1989, le Groupe de travail, alors dénommé Groupe de travail sur la passation des marchés, soulignait qu'avec un prix anormalement bas, on estimait "peu probable qu'un soumissionnaire puisse exécuter le marché à un prix inférieur à ce prix ..., sauf au détriment de la qualité de la main-d'œuvre ou des matériaux ou en travaillant à perte. Un prix anormalement bas pourrait aussi dans certains cas indiquer une collusion entre soumissionnaires"[4].

7. Pour le fournisseur, l'exécution d'un marché à perte peut le pousser de manière excessive à faire des économies de coûts, entraîner une baisse des liquidités et même le conduire à la faillite. L'entité adjudicatrice, quant à elle, en recherchant d'autres sources d'approvisionnement, en essayant de faire exécuter le marché à des conditions satisfaisantes, et en abaissant la qualité des biens ou des services demandés, risque de s'exposer à des hausses de coûts. Elle peut aussi être amenée, sous pression, à payer plus sans véritable justification (ce qui accroît aussi le risque de corruption) et peut devoir consacrer des ressources internes à des fonctions de

---

[2] Les citations sont reproduites telles quelles. En outre, dans la présente Note, le secrétariat fait référence à la procédure d'appel d'offres en tant que modèle de la passation de marchés, mais la Note s'applique également à d'autres méthodes de passation des marchés.

[3] Voir Commission européenne, Direction générale III, Rapport du Groupe de travail, 19 mai 1999, "Prevention, Detection and Elimination of Abnormally Low Tenders in the European Construction Industry", à l'adresse http://www.ceetb.org/docs/Reports/DG3ALT-final.pdf.

[4] Passation des marchés: Rapport du Secrétaire général (A/CN.9/WG.V/WP.22), Annuaire de la CNUDCI, 1989, p. 125.

surveillance plus importantes que dans une situation normale. Si la qualité – inférieure – des biens ou des services fournis rend un travail de maintenance et un remplacement nécessaires plus tôt que cela n'aurait été le cas si elle avait eu le niveau stipulé dans les spécifications, les coûts globaux du marché peuvent augmenter. Les sous-traitants, à leur tour, peuvent se trouver contraints de soumettre des offres anormalement basses, de sorte que l'exécution des contrats qui leur sont confiés et la chaîne d'approvisionnement se trouvent eux aussi compromis.

8. Du point de vue macroéconomique, les offres anormalement basses peuvent aller à l'encontre des dispositions en matière d'environnement, de santé et de sécurité (dont le respect occasionne des dépenses, et les fournisseurs qui ont des problèmes de coûts cherchent à réduire ces derniers dans tous les domaines), entraîner une diminution des activités de recherche-développement et des investissements, exercer une pression à la baisse sur les conditions d'emploi et accroître le risque de fraude en matière d'impôt et de cotisations sociales. À plus long terme, elles peuvent aussi avoir un impact anticoncurrentiel sur les économies nationales et réduire la compétitivité internationale, en cas de diminution du nombre d'acteurs sur le marché (du fait des faillites), entraîner la baisse des fonds de roulement, le recul de l'investissement et de la formation, et la détérioration des pratiques de travail. Autrement dit, les offres anormalement basses peuvent entraîner pour les gouvernements des coûts supplémentaires en dehors du marché concerné.

9. Ces effets peuvent être fortuits, si les offres anormalement basses ont été soumises involontairement, ou bien être la conséquence directe de celles qui ont été faites intentionnellement pour évincer la concurrence. Les petites et moyennes entreprises (PME) ont le plus souvent des ressources financières limitées, et les problèmes de liquidité que l'on constate généralement lorsqu'il y a des marchés à prix sous-évalué (comme il est indiqué au paragraphe 6 ci-dessus) sont proportionnellement plus graves pour elles.

10. Pour résumer, on peut considérer que les offres anormalement basses vont à l'encontre de plusieurs des objectifs de la Loi type, y compris l'économie et l'efficacité dans la passation des marchés, la promotion de la concurrence entre fournisseurs ou entrepreneurs, et le traitement juste et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs.

C. Causes possibles de la soumission d'offres anormalement basses

11. Les données empiriques indiquent que l'on observe surtout des offres anormalement basses lorsque la demande économique diminue et lorsque la concurrence est particulièrement acharnée[5].

12. L'étude du Secrétariat a identifié diverses causes de la soumission d'offres anormalement basses, notamment:

a) Offres anormalement basses involontaires:

---

[5] Voir Engel E./Wambach A., "Risk Management in procurement Auctions", 2004, document de travail, Université d'Erlangen-Nuremberg, sur le site http://www.acquistinretepa.it/pls/portal30/docs/FOLDER/CONSIP/DOCUMENTI/DOCS_HOME3/Paper.pdf, p. 18.

i) Dossier du projet et de l'appel d'offres imprécis et ambigu, et erreurs dans l'évaluation des spécifications et de l'appel d'offres, d'où un risque accru pour un fournisseur de mal interpréter les conditions;

ii) Temps insuffisant pour préparer les offres, ce qui empêche les fournisseurs d'effectuer une évaluation des coûts et une analyse des risques satisfaisantes;

iii) Erreurs dans l'estimation des coûts de production internes. Les estimations s'effectuent sur la base de données historiques, et les études ont montré que des erreurs d'estimation tendaient à être des erreurs par défaut[6]; et

iv) Fixation de prix inférieurs au coût de revient pendant le déroulement de l'enchère[7].

b) Offres anormalement basses volontaires:

i) Questions liées à un comportement anticoncurrentiel. Les fournisseurs peuvent sciemment faire des offres à perte, en vue d'acquérir une part de marché, et pratiquer des prix prédatoires[8], pour évincer leurs concurrents et réaliser ce faisant des superbénéfices. De tels comportements sont normalement contrôlés et réglementés par le droit de la concurrence, bien que certains régimes de passation des marchés interdisent les prix manifestement trop bas[9]. Une grande entreprise peut également maintenir en activité des filiales, mêmes exploitées à perte, du fait qu'elles servent sa stratégie d'ensemble et peuvent soumettre des offres anormalement basses dans la mesure où elles n'ont pas à couvrir leurs propres coûts[10];

ii) Questions liées au risque de faillite. Un fournisseur peut chercher à emporter un marché à n'importe quel prix, même s'il doit l'exécuter à perte, car son seul objectif du moment est de rester en activité, ou d'obtenir un crédit et d'éviter la faillite. Sa motivation peut donc être de couvrir ses frais fixes, tels que les salaires, et une offre anormalement basse peut correspondre à ces seuls coûts. Il arrive aussi que certains fournisseurs ne remplissent pas leurs

---

[6] Voir Groupe de travail de la Direction générale III de la Commission européenne, note 3 ci-dessus.

[7] Voir the American Bar Association, Public Contract Law Section, Comments on Reverse Auction Notice (5 janvier 2001), sur le site http://www.abanet.org/contract/federal/regscomm/ecomm_003.html (citing Wald D., "The Auction Model: How the Public Sector Can Leverage the Power of E-Commerce Through Dynamic Pricing", p. 18 (The PricewaterhouseCoopers Endowment for The Business of Government (octobre 2000)), sur le site http://www.businessofgovernment.org/pdfs/WyldReport.pdf.

[8] La pratique des prix prédatoires consiste à abaisser les coûts au-dessous des coûts marginaux de production pour évincer une nouvelle entreprise (ou pour dissuader l'entrée future sur le marché de nouvelles entreprises), les prix pouvant alors être relevés (voir, par exemple, Areeda P. et Turner D. F., (1975) "Predatory Pricing and Related Issues Under Section 2 of the Sherman Act", Harvard Law Review, 88, p. 697 à 733).

[9] Voir plus loin par. 26 et note 24 ci-après.

[10] De même, des offres anormalement basses peuvent être soumises par des entités publiques qui n'ont pas les dépenses en capital du secteur privé. Une source moins courante d'offres anormalement basses est l'utilisation imposée par l'État de listes de prix officielles.

obligations fiscales, sociales ou environnementales, auquel cas ils peuvent déduire de tels coûts dans leurs offres[11].

13. Il a été noté aussi que le risque d'offres anormalement basses était plus élevé lorsque l'entité adjudicatrice était autorisée à engager des négociations avant ou après l'appel d'offres[12]. Des négociations peuvent avoir pour seul but de faire baisser les prix ou d'imposer des conditions contractuelles coûteuses. Sous la pression de l'entité adjudicatrice, les fournisseurs peuvent être contraints de proposer des prix inférieurs aux coûts de revient ou perdre le marché.

14. Les raisons les plus courantes pour lesquelles les entités adjudicatrices peuvent accepter des offres anormalement basses sont la méconnaissance des risques et la détection insuffisante de telles offres, le manque de ressources pour rédiger les spécifications et évaluer les offres ainsi que les qualifications des fournisseurs, et les pressions qui s'exercent pour attribuer un marché au fournisseur le moins-disant, indépendamment de la qualité. En outre, lorsque les entités adjudicatrices sont tenues de publier et de justifier l'attribution des marchés, et afin de susciter le moins de critiques possible, l'offre la moins-disante peut être retenue comme critère d'attribution décisif.

15. Un autre risque est que les critères d'évaluation ne soient pas adéquats pour détecter les risques liés à l'exécution du marché, et que les entités adjudicatrices ne tiennent pas compte de certains aspects d'une offre anormalement basse qui peuvent majorer le prix global d'un marché, tels que:

a) Des modifications excessives du marché du fait que les fournisseurs cherchent à compenser leurs pertes, d'où la multiplication des litiges contractuels;

b) La mauvaise exécution des travaux;

c) La qualité insuffisante des matériaux et des systèmes, d'où des coûts d'utilisation, de maintenance et de remplacement plus élevés;

d) L'augmentation des coûts de suivi et de surveillance; et

e) La faillite des fournisseurs pendant la phase d'exécution du marché.

16. Les méthodes modernes de passation des marchés mettent fortement l'accent sur le prix, ce qui contraint parfois l'entité adjudicatrice à accepter le prix soumissionné le plus bas ou l'offre évaluée la plus basse, et à négliger les aspects qualitatifs. Certains commentateurs ont indiqué que l'on observait ce phénomène dans les enchères électroniques inversées[13], qui accordent une très grande

---

[11] Cette observation a été portée à l'attention du secrétariat lors des consultations tenues pour l'établissement de la présente Note. Voir plus loin Rapport du groupe de travail de la Direction générale III de la Commission européenne, note 3 ci-dessus.

[12] Voir, par exemple, Rapport du groupe de travail de la Direction générale III de la Commission européenne, note 3 ci-dessus, et Roselle J., "The abuse of Reverse Auctions In The Utility Industry", p. 2, à l'adresse http://www.mccallan.com/abuseofreverseauctions.pdf.

[13] Cette méthode de passation des marchés est analysée en détail dans le document A/CN.9/WG.I/WP.35.

importance au prix[14], et peut-être dans les méthodes de passation des marchés qui visent à tirer parti d'économies d'échelle[15].

D. Dispositions traitant des offres anormalement basses dans la Loi type

17. Les offres anormalement basses ont fait l'objet d'une discussion préliminaire lors de l'élaboration de la Loi type de 1993, sur le point de savoir si les offres anormalement basses pourraient indiquer une collusion entre soumissionnaires. Le Groupe de travail s'est également demandé à ce moment-là s'il serait approprié d'autoriser les entités adjudicatrices à fixer un prix minimal ou maximal[16], et bien qu'il ait reconnu que cela comportait des avantages pour la transparence, il ne l'a pas recommandé et n'a pas non plus traité explicitement des offres anormalement basses.

18. Par conséquent, les seules dispositions de la Loi type qui peuvent être utilisées pour aborder la question des offres anormalement basses sont celles qui traitent des qualifications des fournisseurs et de l'évaluation des offres.

19. L'article 6 de Loi type réglemente la procédure de qualification des fournisseurs et indique que ces derniers doivent satisfaire aux critères de l'entité adjudicatrice concernant (entre autres) les qualifications et les compétences professionnelles et techniques, les compétences de gestion, les ressources financières, la capacité de contracter, les conditions de solvabilité, et qu'ils doivent s'être acquittés de leurs obligations en matière d'impôts et de cotisations sociales, que leurs administrateurs ou leurs dirigeants ne doivent pas faire l'objet d'enquêtes criminelles ou de poursuites, et toutes autres conditions énoncées dans le dossier de sollicitation. Le Guide pour l'incorporation énonce que l'évaluation des qualifications devrait donner à l'entité adjudicatrice "assez de latitude pour déterminer dans quelle mesure exactement il y a lieu d'examiner les qualifications dans une procédure donnée de passation des marchés"[17].

20. En ce qui concerne l'évaluation des offres, l'entité adjudicatrice, aux termes de l'article 34-4 a) de la Loi type:

> "Évalue et compare les offres qui ont été acceptées afin de déterminer l'offre à retenir, telle qu'elle est définie à l'alinéa b) du présent paragraphe,

---

[14] Soudry O., "Promoting economy: electronic reverse auctions under the EC directives on public procurement", 2004, Journal of Public procurement, vol. 4, n° 3, p. 365, bien que d'autres commentateurs aient noté que la répartition des attributions (plusieurs sources) dans les grands marchés pouvait compenser ce risque. Voir par exemple, Gilbert R. et Klemperer P., 2000, "An equilibrium theory of rationing", RAND Journal of Economics, vol. 31-1), p. 20 et 21.

[15] Par exemple les accords-cadres, dont il est question dans le Rapport du groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004) A/CN.9/568, par. 68 à 78.

[16] Passation de marchés, Rapport du Secrétaire général (1989), par. 170, voir note 4 ci-dessus.

[17] Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services et Guide pour l'incorporation dans le droit interne (1994) (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/49/17), annexe I, Annuaire 1994 de CNUDCI troisième partie, chap. I), par. 23.

conformément aux procédures et critères énoncés dans le dossier de sollicitation. Aucun critère qui ne figure pas dans le dossier de sollicitation ne peut être utilisé."[18]

21. Lors de la modification de la Loi type pour y incorporer des dispositions relatives aux services, l'article 41 *quater* a été proposé, de manière à établir comme un des critères d'évaluation[19], la mesure dans laquelle la proposition soumise permet de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice, à côté des qualifications, de l'expérience, etc. du fournisseur et de son personnel[20]. L'entité adjudicatrice aurait alors la possibilité d'éliminer une proposition dont les aspects techniques et qualitatifs ont été forcés par rapport au prix proposé pour les articles concernés. (Ces dispositions figurent maintenant à l'article 39.2 de l'actuel Guide pour l'incorporation.)

22. La Loi type ne fournit cependant pas d'indications détaillées sur l'évaluation à effectuer, mais dispose que "l'entité adjudicatrice ne peut considérer une offre comme étant conforme que si elle satisfait à toutes les conditions énoncées dans le dossier de sollicitation" (art. 34-2 a)), sous réserve de la correction d'erreurs matérielles et similaires. En vertu de l'article 34-4 b) l'offre à retenir est l'offre proposant le prix le plus bas (ou, si l'entité adjudicatrice l'a stipulé dans le dossier de sollicitation, l'offre la plus basse selon l'évaluation effectuée sur la base de critères spécifiés dans le dossier de sollicitation). En ce qui concerne les coûts d'exécution d'un marché, une entité adjudicatrice ne peut tenir compte que "[du] coût de l'utilisation, de l'entretien et de la réparation des biens ou des travaux, [du] délai de livraison des biens, d'achèvement des travaux ou de fourniture des services, [des] caractéristiques fonctionnelles des biens ou des travaux, [des] conditions de paiement et [des] conditions de garantie des biens, des travaux ou des services". (art. 34-4 c) ii)) et seulement dans le cas de l'offre la plus basse selon l'évaluation. Les majorations de coûts auxquelles pourrait donner lieu une offre anormalement basse, comme celles qui sont indiquées au paragraphe 15 ci-dessus, peuvent donc ne pas être prises en compte dans une évaluation réalisée en application de ces dispositions.

23. Aux termes de l'article 34-1 a) l'entité adjudicatrice peut demander des éclaircissements sur une offre, mais aucune modification quant au fond, notamment une modification du prix n'est autorisée, et en vertu de l'article 31 elle peut fixer une période de validité des offres suffisamment longue pour permettre une procédure de clarification et la proroger si nécessaire. Lorsqu'il a rédigé ces dispositions, le Groupe de travail a cependant exprimé la crainte d'un risque d'abus[21], et noté que la proposition "ne [vise] pas par exemple un prix soumissionné anormalement bas semblant résulter d'un malentendu ou d'autres erreurs non apparentes dans l'offre[22]. Par conséquent, la Loi type ne donne pas à l'entité

---

[18] Cette analyse n'aborde pas les questions socioéconomiques, telles que les marges de préférence et la balance des paiements.

[19] Projet d'amendements au Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés de biens et de travaux: Note du secrétariat (A/CN.9/394), par. 21.

[20] Voir discussions de l'article 39-2 dans le Guide pour l'incorporation.

[21] Rapport du Groupe de travail sur le nouvel ordre économique international sur les travaux de sa onzième session (New York, 5-16 février 1990) (A/CN.9/331), par. 144.

[22] Projet de Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés,

adjudicatrice le moyen de clarifier des offres anormalement basses éventuelles en tant que telles avec les fournisseurs.

24. La Loi type ne permet pas à une entité adjudicatrice de rejeter une offre anormalement basse en tant que telle, bien que son article 12 autorise cette entité à rejeter toutes les soumissions, propositions ou offres, ou tous les prix. Il est indiqué dans le Guide pour l'incorporation, que l'objet de l'article 12 est de permettre à l'entité adjudicatrice de rejeter toutes les offres pour des motifs d'intérêt général (par exemple lorsqu'il semble que la concurrence a été insuffisante), à condition que cette possibilité ait été prévue dans le dossier de sollicitation.

III. Étude comparative – les offres anormalement basses dans la législation existante

25. La présente section examinera trois aspects de la législation actuelle: premièrement, les moyens utilisés pour détecter les offres susceptibles d'être anormalement basses; deuxièmement, les mesures que l'on peut prendre pour établir s'il existe effectivement une offre anormalement basse; et troisièmement, les mesures que l'on peut prendre pour combattre une offre anormalement basse une fois celle-ci détectée. La législation des marchés aborde généralement ces trois aspects et la présente section examinera brièvement, en outre, les aspects correspondants de la législation et de la politique en matière de concurrence.

A. Interdiction de soumettre des offres anormalement basses dans la passation de marchés publics

26. Le secrétariat a constaté que peu de législations interdisent explicitement la soumission d'offres anormalement basses. Parmi elles figurent la loi chinoise sur les appels et les soumissions d'offres, selon laquelle "un soumissionnaire ne peut enchérir à un prix inférieur au coût, ni enchérir au nom d'une autre personne ou recourir à d'autres moyens frauduleux et mensongers pour emporter le marché en trichant"[23], et la Federal Acquisition Regulation 3.501 des États-Unis, qui interdit de pratiquer tout prix abusivement bas[24]. En Thaïlande, la réglementation prévoit une peine d'emprisonnement ou une amende lorsque la soumission d'une offre anormalement basse se solde par l'attribution d'un marché qu'il n'est pas possible d'honorer, et prévoit l'obligation d'indemniser l'entité adjudicatrice des frais supplémentaires qu'elle a engagés[25]. Aux Philippines, il existe une interdiction générale des activités frauduleuses de la part des soumissionnaires, assortie de sanctions pénales[26].

---

note du secrétariat (A/CN.9/375), Annuaire de la CNUDCI, 1993, p. 122.

[23] Article 33 de la loi chinoise sur les appels et les soumissions d'offres.

[24] La France interdit la vente à perte, mais seulement lorsqu'il s'agit de vente à des consommateurs privés, non à des entités publiques. Voir l'article L.420-5 du Code de commerce.

[25] Loi sur les infractions relatives à la soumission d'offres, sect. 8.

[26] Article XXI b) 4) de la loi de modernisation, de normalisation et de réglementation des activités publiques de passation de marchés (loi n° 9184 du 22 juillet 2002).

B. Mesures législatives utilisées pour détecter les offres susceptibles d'être anormalement basses et mesures prises pour les combattre

27. Le secrétariat constate qu'il y avait plus de lois sur les passations de marchés qui visaient à prévenir les offres anormalement basses, généralement dans le cadre des procédures d'évaluation globale et de sélection des fournisseurs. Les mesures législatives cherchent à éviter les risques liés à l'exécution, prévoient des procédures de détection des offres anormalement basses et des mesures pour les combattre.

28. Les systèmes étudiés font apparaître diverses méthodes, y compris la détection des offres susceptibles d'être anormalement basses par l'évaluation des offres, l'analyse des risques et l'analyse des prix. Une analyse des risques ou des prix vise à déterminer si une offre par ailleurs conforme exposerait l'entité adjudicatrice à un risque au stade de l'exécution du fait que, par exemple, le prix du marché ne permettrait pas de dégager une marge bénéficiaire normale ou suffisante pour le fournisseur (et au risque connexe d'insolvabilité). D'autres systèmes autorisent (ou obligent) les entités adjudicatrices à rechercher, avant de pouvoir rejeter des offres, les offres anormalement basses potentielles en demandant au(x) fournisseur(s) concerné(s) de justifier ses (leurs) prix.

29. La réglementation de l'évaluation des offres, la sélection des fournisseurs et la façon dont ces procédures permettent de détecter et de traiter les offres anormalement basses et les risques liés à l'exécution sont, par conséquent, examinés ensemble dans la présente section.

1. Détection des offres anormalement basses

30. La première chose à faire, pour lever les risques que présentent les offres susceptibles d'être anormalement basses, est de les détecter. Les principales méthodes utilisées à cette fin sont des techniques arithmétiques ou statistiques qui permettent de repérer les offres qui sortent de la fourchette normale de prix ("analyse statistique") en utilisant les informations sur le marché pour déterminer des prix de référence à des fins de comparaison et en analysant la structure du prix des fournisseurs ("analyse des prix"), et en se demandant si une offre particulière semble présenter un risque au stade de l'exécution ("analyse du risque"). La présente section examinera tour à tour chacune de ces techniques, même si une évaluation des offres et des fournisseurs ne les inclura pas nécessairement toutes les deux et ne traitera pas non plus nécessairement chacune comme une étape distincte de l'évaluation.

a) Analyse statistique

31. Plusieurs systèmes sont utilisés pour détecter les offres susceptibles d'être anormalement basses au moyen de méthodes arithmétiques ou statistiques (parfois appliquées dans le cadre de l'analyse des prix), notamment:

a) Des systèmes arithmétiques qui mesurent l'écart (généralement de 10 à 15 %) entre un prix soumissionné particulier et la moyenne de tous les prix

soumissionnés; ces systèmes sont utilisés, par exemple, en Belgique, en Italie, en Lituanie, au Portugal, en Espagne et en Grèce[27];

b) Des systèmes permettant de déterminer si les prix et les coûts procurent à l'entrepreneur une marge bénéficiaire inférieure à une marge "normale"; et

c) Des systèmes permettant de déterminer si le prix proposé semble exceptionnellement bas (soit de manière générale, comme le prévoient les nouvelles directives de la Commission européenne relatives à la passation des marchés[28], soit, par exemple, en fixant un seuil en dessous duquel une offre est jugée anormalement basse).

32. Par exemple, la loi espagnole relative à la passation des marchés publics[29] considère que des offres sont anormalement basses ("téméraires") s'il n'y a qu'un fournisseur et que son prix est inférieur de 25 % au prix de référence, s'il n'y a que deux fournisseurs et que le prix de l'un d'entre eux est inférieur de plus de 20 % à celui de l'autre, et ainsi de suite avec un pourcentage dégressif lorsqu'il y a plus de deux fournisseurs[30].

33. Des commentateurs ont noté que des pourcentages fixes ou d'autres "méthodes arithmétiques" peuvent être arbitraires et mettent en doute leur efficacité, en particulier dans la mesure où ces méthodes peuvent être faussées par des offres dont le prix est élevé par rapport à la moyenne[31]. Au Bangladesh, la pratique qui consistait à rejeter les offres inférieures de plus de 5 % au prix estimatif de l'entité adjudicatrice a été abandonnée dans la nouvelle réglementation des marchés publics

---

[27] Voir le Groupe de travail de la Direction générale III de la Commission européenne, voir note 3 ci-dessus.

[28] Les références aux directives de l'Union européenne renvoient aux nouvelles directives régissant la passation de marchés publics (Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (*Journal officiel de l'Union européenne*, n° L.134 du 30 avril 2004, p. 1 et 114, respectivement. Consultables toutes deux à l'adresse http://europa.eu.int/comm/internal_market/ publicprocurement/ legislation_fr.htm) (première et deuxième nouvelles Directives de l'Union européenne, respectivement. Les précédentes Directives de l'Union européenne relatives à la passation de marchés publics contenaient des dispositions largement similaires (Directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993 (Fournitures), *Journal officiel des Communautés européennes*, n° L.199 du 9 août 1993, p. 1, modifiée par la Directive 97/52/CE du 13 octobre 1997, *Journal officiel des Communautés européennes*, n° L.328 du 28 novembre 1997, p. 1; Directive 93/37/CEE du 14 juin 1993 (Travaux), *Journal officiel des Communautés européennes*, n° L.199 du 09 août 1993, p. 54, modifiée par la Directive 97/52/CE ci-dessus).

[29] *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto Legislativo 2/2000*.

[30] Exceptionnellement, l'entité adjudicatrice peut réduire le pourcentage d'un tiers, si le dossier de sollicitation a prévu cette possibilité, et peut prendre en considération le rapport existant entre la solvabilité du fournisseur et l'offre présentée. Voir, en outre, l'article 85 de la réglementation applicable en vertu de la *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000),* le *Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto 1.098/2001.*

[31] Le système français, par exemple, a rejeté une telle méthode, car elle ne permet pas une véritable comparaison (Avis du Conseil de la concurrence, 96-A-08, 2 juillet 1996 et Avis 97-A-11, 5 mars 1997).

de 2003, qui dispose, à l'article 31-8, qu'"il n'existe aucune exclusion automatique d'offres supérieures ou inférieures à un pourcentage prédéterminé des estimations officielles", changement que des commentateurs ont lié à l'arbitraire des méthodes arithmétiques[32].

b) Analyse des prix

34. Une entité adjudicatrice peut ne pas disposer, pour certains produits ou services qu'elle souhaite acquérir, de prix de référence ou de prix du marché. Des articles sur mesure, nouveaux ou non habituellement achetés dans les quantités dont a besoin l'entité adjudicatrice n'auront pas de prix de référence ou de prix du marché, et pour les articles qui ne sont pas des produits courants, il sera difficile d'assurer l'exactitude de prix de référence ou de prix du marché. L'entité adjudicatrice, qui plus est, ne disposera pas toujours des ressources ou des données qui seraient nécessaires pour estimer les prix de référence ou les prix du marché.

35. Dans certains pays d'Amérique latine, notamment au Brésil et en Argentine, il peut être fixé, dans les annonces des possibilités de marché, des prix de référence (ou prix maxima) auxquels les prix soumissionnés peuvent être comparés à des fins d'analyse[33]. Au Brésil, le système électronique de passation des marchés publics, COMPRASNET[34], fournit des prix de référence historiques récents et la loi exige que chaque acquisition s'accompagne d'un budget prévisionnel correspondant. La législation exige aussi des entités adjudicatrices qu'elles évaluent les propositions en analysant les coûts et prix locaux[35].

36. En Indonésie, l'entité adjudicatrice est tenue de déterminer un "prix auto-estimé" qui servira à évaluer le caractère raisonnable du prix soumissionné et de ses éléments constitutifs. Ce prix auto-estimé peut aussi servir à déterminer la valeur d'une garantie indépendante requise en cas d'offre anormalement basse[36], mais ne peut servir de base pour faire baisser le prix soumissionné lui-même[37].

37. La Federal Acquisition Regulation (FAR) des États-Unis oblige à effectuer une analyse des prix pour évaluer et examiner "un prix proposé sans évaluer ses différents éléments de coût et le bénéfice proposé"; c'est ce que l'on appelle une analyse du "réalisme des prix". La FAR comprend une liste non exhaustive de techniques et de procédures qui peuvent être utilisées à cette fin, y compris la comparaison des prix soumissionnés entre eux et avec ceux proposés précédemment, avec les prix de marchés précédents, avec des estimations de coûts indépendantes réalisées par les pouvoirs publics, avec des prix et indices publiés compétitifs, et avec des prix obtenus par des études de marché. Elle suggère également d'utiliser des estimations statistiques et autres pour mettre en évidence

---

[32] Cette observation a été portée à l'attention du secrétariat lors de consultations tenues aux fins de l'élaboration de la présente note.

[33] Voir la loi générale brésilienne 8.666 relative à la passation de marchés, art. 40, et la réglementation argentine des marchés, Décret 436/2000, art. 41, consultable à l'adresse http://infoleg.mecon.gov.ar/normas/texactdto436%2D2000.htm.

[34] Consultable à l'adresse www.comprasnet.gov.br.

[35] La loi générale brésilienne 8.666 relative à la passation des marchés exige que chaque acquisition s'accompagne d'un budget prévisionnel correspondant.

[36] Voir, en outre, le paragraphe 64 ci-dessous.

[37] *Keppres* 80/2003.

d'importantes disparités justifiant des recherches supplémentaires, et d'analyser les informations communiquées par le fournisseur pour ce qui est de la fixation de ses prix. Curieusement, on ne peut demander de renseignements sur les coûts (alors qu'on peut le faire pour les prix)[38].

38. Au Mexique, en revanche, la réglementation dispose que l'évaluation des offres doit démontrer que tant les coûts que les prix correspondent aux conditions existantes sur le marché régional ou autre où les travaux seront réalisés, exige que les budgets soient cohérents, et oblige à analyser les composantes des prix et des coûts, y compris en les comparant aux normes, marges bénéficiaires et autres dépenses pratiquées[39]. De même, à Buffalo City (Afrique du Sud), les entités adjudicatrices déterminent des prix (appelés prix virtuels) en prenant en considération (notamment) les obligations statutaires, les devis quantitatifs, l'ampleur des travaux, les conditions locales, les rythmes de production, les taux de salaire obligatoires, les obligations et prescriptions contractuelles, les niveaux de rémunération du personnel, le bénéfice, les frais généraux ainsi que l'achat et le remplacement des outils[40].

39. Pour autant, la fixation de prix maxima ou minima[41] n'est généralement pas jugée appropriée. Aux Philippines, la réglementation dispose qu'"il n'existe aucune limite inférieure ou plancher à la valeur du marché"[42]. Des commentateurs ont noté, en particulier, que la passation de marché risque de tourner à la loterie si l'on fixe un prix minimum, les fournisseurs soumissionnant alors tous à ce prix[43].

c) Analyse du risque et évaluation des offres

40. Les divers systèmes multinationaux et nationaux étudiés par le secrétariat contiennent tous des indications sur l'évaluation à effectuer, mais le niveau de détail de cette évaluation varie considérablement. (Les dispositions pertinentes de la Loi type figurent aux paragraphes 20 à 24 ci-dessus.) Les deux principaux critères d'attribution sont l'offre proposant le prix le plus bas et l'offre la plus basse selon l'évaluation effectuée[44], ce dernier critère offrant davantage de souplesse pour évaluer la qualité d'une offre particulière. Certains systèmes, cependant, lient explicitement les critères d'attribution à la qualification du fournisseur, comme on le verra dans les paragraphes ci-après.

---

[38] FAR 15.404-1 b), consultable à l'adresse www.arnet.gov, et comme porté à l'attention du secrétariat par des experts lors de consultations tenues aux fins de l'élaboration de la présente note.

[39] Article 37 de la loi sur les travaux publics et les services apparentés (*Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados*), consultable à l'adresse http://www.funcionpublica.gob.mx/unaopspf/dgaop/lopt1cu.htm.

[40] Voir http://www.buffalocity.gov.za/municipality/internalaudit_tenders.stm (art. 3.9 de la politique relative à la passation de marchés).

[41] Voir, par exemple, Parlane S., "Procurement contracts under limited liability," *Economic and Social Review*, 34, 1-21, p.13.

[42] Sect. 31 du règlement d'application, partie A (IRR-A) de la loi relative à la réforme des marchés publics.

[43] Cette observation a été portée à l'attention du secrétariat lors de consultations tenues aux fins de l'élaboration de la présente note.

[44] Voir par. 20 à 22 ci-dessus.

i) Évaluation des offres dans une législation multilatérale

41. L'article 44 de la deuxième nouvelle directive de l'Union européenne traite de la vérification de l'aptitude et du choix des participants ainsi que de l'attribution des marchés, et outre les procédures prévues lorsqu'on suspecte une offre anormalement basse (art. 55, voir par. 52 ci-après)[45], l'entité adjudicatrice est tenue de vérifier "l'aptitude des opérateurs économiques non exclus en vertu des articles 45 et 46 ... conformément aux critères relatifs à la capacité économique et financière, aux connaissances ou capacités professionnelles et techniques visées aux articles 47 à 52 et, le cas échéant, aux règles et critères non discriminatoires visés au paragraphe 3 [de l'article 44]". L'entité adjudicatrice est par conséquent tenue de prendre en considération à la fois la conformité de l'offre et l'aptitude du fournisseur.

42. L'article 53 de la deuxième nouvelle directive de l'Union européenne énonce les critères d'attribution des marchés eux-mêmes, notant que ses dispositions ne portent pas atteinte aux "dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales relatives à la rémunération de certains services", et que lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, l'entité adjudicatrice doit indiquer, dans son dossier de sollicitation, ou dans tout document équivalent, le coefficient de pondération relative qu'elle confère à chacun des critères retenus pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse (par exemple la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution)[46].

43. Aux termes de l'Accord sur les marchés publics (APM), les entités adjudicatrices sont tenues d'adjuger le marché au soumissionnaire qui aura été reconnu pleinement capable d'exécuter le contrat et dont la soumission sera soit la soumission la plus basse, soit celle qui aura été reconnue comme étant la plus avantageuse selon les critères d'évaluation spécifiés[47]. L'APM énonce également, pour ce qui est de l'évaluation de l'aptitude d'un fournisseur, des principes généraux fondés sur la non-discrimination, mais note que "la capacité financière, commerciale et technique d'un fournisseur sera jugée à la fois d'après son activité commerciale globale et d'après son activité sur le territoire de l'entité contractante, compte dûment tenu des liens juridiques existant entre les organismes fournisseurs"[48].

44. L'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) autorise une entité adjudicatrice à se renseigner, dans le cadre de l'évaluation des soumissions, sur une

---

[45] En laissant de côté la possibilité de "variantes" autorisées prévue à l'article 24.

[46] La pondération peut être exprimée en prévoyant une fourchette comportant un écart maximal et, s'il est impossible de le pondérer, les documents doivent indiquer l'ordre décroissant d'importance de ces critères.

[47] Article XIII:4. Pour une description générale des dispositions de l'APM, voir http://www.wto.org/ french/tratop_f/gproc_f/over_f.htm. L'Organisation mondiale du commerce (OMC) négocie actuellement des projets de révisions de l'Accord sur les marchés publics (APM) (voir l'Annexe 4 b) de l'Acte final, qui présente les résultats des Négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay, consultables à l'adresse http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94_f.pdf).

[48] Article VIII:b.

offre suspectée d'être anormalement basse, et note que l'offre qui l'emportera sera celle qui est la plus basse ou celle qui aura été jugée la plus avantageuse et pour laquelle le fournisseur "aura été reconnu pleinement capable d'exécuter le marché". Le texte dispose également que si une entité "a reçu une soumission anormalement inférieure aux autres soumissions présentées, elle pourra se renseigner auprès du fournisseur pour s'assurer qu'il est en mesure de remplir les conditions de participation et qu'il est ou sera apte à satisfaire aux modalités du marché"[49].

ii) Évaluation d'offres dans la législation nationale

45. Au Chili, la législation oblige à effectuer une analyse économique et technique des avantages et des coûts actuels et futurs des biens et services mentionnés dans chaque offre, et stipule que les critères d'évaluation doivent comprendre le prix, l'expérience du fournisseur, la qualité, l'assistance technique, le soutien technique, le service après-vente, les délais de livraison, les coûts de transports et d'autres points jugés pertinents[50].

46. À Singapour (qui est signataire de l'APM), la passation de marchés est largement décentralisée vers les ministères, mais il existe deux autorités centrales d'enregistrement[51], qui assurent des services d'achat centralisés pour les articles courants. Ces autorités sont tenues d'évaluer les références et la capacité financière des fournisseurs potentiels et ceux qui sont jugés aptes reçoivent un certificat qui peut être présenté lors de soumissions ultérieures[52]. L'enregistrement auprès d'une autorité centrale peut être spécifié dans le dossier de sollicitation comme étant indispensable, facultatif ou non exigé pour un marché particulier[53]; s'il n'est pas exigé, cependant, les entités adjudicatrices doivent effectuer une évaluation équivalente.

47. Dans la RAS de Hong Kong, qui est également signataire de l'APM, les fournisseurs potentiels peuvent être tenus, d'après les conditions des appels d'offres, d'apporter aux pouvoirs publics la preuve de leur capacité financière[54].

48. À Buffalo City (Afrique du Sud), les entités adjudicatrices sont tenues d'effectuer une analyse du risque (en sus de l'analyse des prix décrite au paragraphe 38 ci-dessus) pour s'assurer que l'offre n'exposera pas le conseil municipal ou l'entité adjudicatrice à un risque excessif si elle est acceptée. La réglementation oblige à prendre en considération les éléments suivants et note que les fournisseurs peuvent, à cette fin, être interrogés: premièrement, le prix de l'offre et ses éléments constitutifs, en particulier tout déséquilibre des prix et l'application de taux indûment élevés ou faibles; deuxièmement, l'aptitude du fournisseur à obtenir, au besoin, une garantie indépendante, son expérience, ses ressources

---

[49] Article 1015.

[50] Loi 19886, art. 37 et 38.

[51] Le Service des politiques de dépense et d'achat et l'Autorité chargée du bâtiment et de la construction, respectivement. Pour une description de la réglementation singapourienne des marchés, voir http://www.gebiz.gov.sg/scripts/itt_gitis/biz_oppG_itt_procure_regime.jsp.

[52] Appendice B22 des Procédures de passation de marchés et d'achat, consultables à l'adresse www.gebiz.gov.sg/.

[53] Article 264 des Procédures de passation de marchés et d'achat, consultables à l'adresse www.gebiz.gov.sg/.

[54] Voir http://www.fstb.gov.hk/tb/eng/procurement/tender04.html.

financières et humaines, ses antécédents, son aptitude à superviser et à contrôler la main-d'œuvre et, au besoin, à fournir du matériel, des installations et des moyens de transport, ainsi que sa compréhension de l'ampleur des travaux requis. Des offres pourront être écartées si "la composition du prix de certaines parties du travail à accomplir diffèrent sensiblement du prix estimé et si le [fournisseur] n'est pas en mesure d'expliquer ces écarts"[55].

49. Au Royaume-Uni, les entités adjudicatrices sont autorisées, pour déterminer si un fournisseur satisfait aux "critères minima de capacité économique et financière", à demander à ses banques des déclarations en sus de ses états financiers publiés[56].

2. Mesures pouvant être prises pour combattre une offre anormalement basse une fois celle-ci détectée

a) Possibilité ou obligation de demander une justification de prix en cas de suspicion d'offre anormalement basse

50. La plupart des systèmes autorisent ou obligent, en termes largement similaires, les entités adjudicatrices à donner aux fournisseurs la possibilité d'expliquer des prix qui semblent indiquer la possibilité d'une offre anormalement basse, et à tenir compte des explications reçues pour estimer si des offres sont conformes.

i) Justification du prix dans une législation multilatérale

51. L'article XIII-4 de l'AMP autorise (sans l'exiger) une étape de justification ou d'explication avant rejet d'une offre, le but étant de s'assurer que le fournisseur est en mesure de remplir les conditions de participation et qu'il est apte à satisfaire aux modalités du marché.

52. L'article 55 de la deuxième nouvelle directive de l'Union européenne traite, notamment, des offres anormalement basses, de leur identification et des mesures à prendre, et stipule ce qui suit:

> "1. Si, pour un marché donné, des offres apparaissent anormalement basses par rapport à la prestation, le pouvoir adjudicateur, avant de pouvoir rejeter ces offres, demande, par écrit, les précisions sur la composition de l'offre qu'il juge opportunes.
>
> Ces précisions peuvent concerner notamment:
>
> a) L'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;
>
> b) Les solutions techniques adoptées et/ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;

---

[55] Voir http://www.buffalocity.gov.za/municipality/internalaudit_tenders.stm (art. 3.8 de la politique relative à la passation de marchés).

[56] Public Supply Contracts Regulations 1995 (S.I. 1995 n° 201), dont le texte sera modifié lorsque les nouvelles directives de l'Union européenne entreront en vigueur.

c) L'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;

d) Le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser;

e) L'obtention éventuelle d'une aide d'État par le soumissionnaire.

2. Le pouvoir adjudicateur vérifie, en consultant le soumissionnaire, cette composition en tenant compte des justifications fournies.

3. Le pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'État par le soumissionnaire ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que s'il consulte le soumissionnaire et si celui-ci n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur, que l'aide en question a été octroyée légalement. Le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre dans ces conditions en informe la Commission."[57]

ii) Justification du prix dans une législation nationale

53. La France applique une approche identique à celle de l'Union européenne exposée ci-dessus, prévoyant que si une offre apparaît anormalement basse, elle peut être rejetée (avec justification écrite) après qu'une clarification écrite de sa composition a été demandée, et après qu'ont été prises en compte les explications reçues[58]. On trouve des dispositions similaires en Autriche[59], en Suède[60] et au Royaume-Uni[61]. Aux États-Unis, la FAR prévoit également une étape de justification du prix, comme énoncé au paragraphe 37 ci-dessus, mais on notera qu'à la différence d'autres systèmes, il ne peut être demandé des renseignements que sur le prix (et non sur les coûts).

54. L'approche de l'Union européenne a également été suivie par la plupart des pays d'Europe centrale et orientale (comme la République slovaque)[62].

55. En Chine, si l'on suspecte une offre anormalement basse, le comité d'évaluation demande des explications au fournisseur concerné. Si les explications ne sont pas satisfaisantes, le comité peut décider de ne pas attribuer le marché à ce fournisseur[63].

---

[57] Voir note 28 ci-dessus. Une disposition équivalente figure à l'article 57 de la première directive de l'Union européenne et, comme porté à l'attention du secrétariat lors de consultations tenues aux fins de l'élaboration de la présente note, l'entité adjudicatrice dispose, dans les nouvelles directives de l'Union européenne, d'une plus grande souplesse pour la prise en compte des explications acceptables d'apparentes offres anormalement basses.

[58] Article 55 du Code de commerce.

[59] Loi de 2002 sur les marchés publics, sect. 93 à 99, consultable à l'adresse http://www.ris.bka.gv.at/erv/erv_2002_1_99.pdf.

[60] Loi (SFS 1992:1528) sur les marchés publics, sect. 23, consultable à l'adresse http://www.nou.se/loueng.html.

[61] Utilities Contracts Regulations 1996 (S.I. 1996 no. 2911).

[62] Loi n° 523/2003 (24 octobre 2003) sur la passation de marchés publics, Sect. 43-5.

[63] Loi chinoise sur les appels et les soumissions d'offres, art. 33. Voir par. 26 ci-dessus.

56. Une entité adjudicatrice peut être autorisée à demander la prolongation de la période de validité des offres de façon à achever l'évaluation pendant que les offres sont encore valables, comme au Tamil Nadu (Inde)[64].

b) Évaluation des explications fournies suite à une procédure de justification du prix

57. Les lois de divers États sur la passation de marchés et les nouvelles directives de l'Union européenne indiquent quelques-uns ou la totalité des facteurs que l'entité adjudicatrice peut pondérer lorsqu'elle examine les explications données par des fournisseurs en cas de prix apparaissant anormalement bas, notamment les conditions favorables dont dispose le soumissionnaire.

58. Les facteurs énoncés dans les nouvelles directives de l'Union européenne sont:

a) L'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;

b) Les solutions techniques adoptées et/ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;

c) L'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;

d) Le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser;

e) L'obtention éventuelle d'une aide d'État par le soumissionnaire[65].

c) Possibilité de rejet d'une offre anormalement basse

59. En vertu de l'article 55 de la deuxième nouvelle directive de l'Union européenne, une entité adjudicatrice doit, lorsqu'elle prévoit de rejeter une offre, demander au fournisseur des explications justifiant le prix, comme énoncé ci-dessus, mais est autrement libre d'accepter ou de rejeter une offre de la manière normale.

60. Le secrétariat n'a connaissance d'aucun système qui autorise le rejet d'une offre susceptible d'être anormalement basse sans évaluation (en d'autres termes, le recours à des méthodes arithmétiques ou statistiques pour écarter ce type d'offre n'est pas permis). Ce principe a été réaffirmé par les décisions de la Cour de Justice des Communautés européennes, laquelle a statué que les offres ne peuvent être automatiquement exclues au motif qu'elles s'écartent de la moyenne des autres offres soumises de plus d'un pourcentage déterminé[66]. Les lois allant dans ce sens sont nombreuses et les systèmes qui autorisent le rejet des offres anormalement basses en tant que telles (voir, par exemple, les nouvelles directives européennes en

---

[64] Section 26 de la réglementation de la transparence des offres, 2000.

[65] Article 57 de la première et art. 55 de la deuxième nouvelle Directive de l'Union européenne. Voir note 28 ci-dessus.

[66] Voir Arrêt du 18 juin 1991 dans l'affaire C-295/89 ("Alfonso"); Arrêt du 26 octobre 1995 dans l'affaire C-143/94 ("Furlanis"); et Arrêt du 16 octobre 1997 dans l'affaire C-304/96 ("Genova").

cas d'aide illégale d'un État, au paragraphe 52 ci-dessus, les règles de la municipalité de Buffalo City, voir au paragraphe 48, et la législation chinoise, au paragraphe 55) exigent une procédure préalable de consultation ou de justification. Ainsi, les offres basses sont rejetées généralement pour non-conformité (par exemple, l'entité adjudicatrice peut estimer que le fournisseur n'est pas en mesure d'exécuter le marché dans les délais ou conformément aux exigences de qualité stipulées). Les maintiens d'un lien entre exclusion d'une offre et respect de spécifications semble indispensable si l'on veut prévenir le risque de rejet abusif.

61. Les dispositions régissant le traitement des offres anormalement basses exigent en outre que tout rejet soit rapidement notifié au soumissionnaire concerné[67].

C. Autres questions concernant les offres anormalement basses

1. Recours aux garanties de soumission ou aux garanties autonomes

62. Une garantie de soumission engage un fournisseur à conclure le marché si son offre est retenue et à fournir des cautions de bonne fin et de paiement pour l'exécution de ce marché, si celles-ci sont exigées dans le dossier de sollicitation. Une garantie autonome, quant à elle, garantit l'exécution du marché selon les conditions requises, au prix convenu et dans les délais impartis. La caution de paiement protège certains prestataires de services, fournisseurs de matériaux et sous-traitants en cas de défaut de paiement de l'entrepreneur principal[68]. Les garanties de soumission et cautions sont des mécanismes très courants en Europe, en Amérique du Nord, mais aussi dans des régimes comme les Règles uniformes de la CCI pour les "Contract Bonds"[69] et la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (1995)[70].

63. En ce qui concerne les garanties autonomes, la législation chilienne, par exemple, prévoit que "lorsque le prix d'une offre est inférieur à 50 % de celui de l'offre suivante et que l'entité adjudicatrice constate qu'il est sans fondement économique, elle peut, dans une décision motivée, retenir l'offre la plus basse, en demandant que la garantie de bonne exécution soit augmentée jusqu'à concurrence du montant de la différence entre les deux prix". (Une nouvelle réglementation ramènera ce chiffre à 20 %.)[71]

64. En Indonésie, la réglementation dispose que le fournisseur ayant présenté une offre susceptible d'être anormalement basse peut être tenu d'offrir une garantie autonome supplémentaire pouvant atteindre 80 % du prix estimé par l'entité

---

[67] Voir, par exemple, l'article 21-3 de la loi lettonne sur la passation de marchés pour les besoins de l'administration centrale ou locale.

[68] Voir Groupe de travail de la Direction générale III de la Commission européenne, note 3, ci-dessus.

[69] Règles uniformes de la CCI pour les "Contract Bonds", publication de la CCI n° 524F.

[70] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17* (A/50/17), annexe I (Annuaire 1995, première partie, sect. D, annexe).

[71] Règlement de l'application de la loi 19886, art. 42.

adjudicatrice et qu'en cas de refus de sa part il perdra sa garantie de soumission, sera disqualifié et sera inscrit sur une liste noire[72].

65. Lorsqu'il y a une garantie autonome, on peut penser que le garant a examiné les capacités et la solvabilité du fournisseur. C'est pourquoi on a pu dire qu'un système de garantie autonome réduisait sensiblement la probabilité de défaillance de l'entreprise exécutant le marché et, partant, les risques inhérents à la soumission d'offres anormalement basses.

66. Mais on a dit aussi que les garanties de soumission (par opposition aux garanties autonomes) ne protégeaient pas contre les offres normalement basses[73] et que le coût de constitution d'une caution quelconque était un sérieux obstacle à la participation des petites et moyennes entreprises (PME). Ce à quoi il a été répondu que l'obligation de bonne fin imposée aux fournisseurs et l'impact négatif du non-respect de cette obligation sur leurs activités futures étaient des éléments suffisamment incitatifs pour ne pas soumettre d'offre anormalement basse. D'autre part, il a été noté que les PME pouvaient pâtir du fait qu'elles étaient perçues comme risquant de ne pas être fiables en raison de leur taille et qu'un système de garantie autonome pourrait améliorer cette image.

67. Il a également été soutenu que le coût des garanties autonomes était exorbitant pour les PME et ne faisait que s'ajouter aux autres coûts dans la passation de marchés. Le recours à ce type de garantie pour décourager les offres anormalement basses n'est donc pas universellement accepté, selon certains commentateurs, une évaluation appropriée (comme pour les garanties de soumission) est une solution plus efficace et moins coûteuse[74].

2. Enchères électroniques inversées et offres anormalement basses

68. Comme il est indiqué au paragraphe 16, le phénomène des offres anormalement basses est observé aussi dans les enchères électroniques inversées, dont l'utilisation dans différents systèmes est décrite dans le document A/CN.9/WG.I/WP.35. Des commentateurs ont noté que l'âpreté de la concurrence et la polarisation sur le prix, dans ce type d'enchère, augmentaient le risque d'offres anormalement basses[75].

69. Au Brésil, les participants à une enchère électronique inversée peuvent, pendant son déroulement, dialoguer en ligne avec le commissaire-priseur sous le couvert de l'anonymat. Si ce dernier juge qu'une offre est anormalement basse, il peut utiliser cet outil de communication pour le signaler et inviter l'enchérisseur à retirer son offre. Bien que conçu pour parer au risque d'offres anormalement basses, un tel outil peut, selon certains commentateurs, être source de fraudes[76]. Certaines

---

[72] *Keppres* 80/2003, chapitre II de l'annexe.

[73] Certains commentateurs pensent qu'un système de caution pourrait empêcher la soumission répétée d'offres anormalement basses.

[74] Pour un examen plus détaillé des garanties de soumission et des offres anormalement basses, voir le rapport du Construction Task Group 1 de la Commission européenne (YP, ICIA 08/2001), à l'adresse http://europa.eu.int/comm/enterprise/construction/alo/bonds/bondsfin.htm.

[75] Voir Soudry O., p. 356 et 357, note 14 ci-dessus. Information confirmée au secrétariat lors des consultations tenues pour l'élaboration de la présente note.

[76] Comme en a été informé le secrétariat pendant les consultations tenues pour l'élaboration de la

institutions multilatérales de prêt ont décidé de ne pas financer les enchères comportant un dispositif de dialogue en ligne (et, d'ailleurs, ne financent que les enchères entièrement automatisées).

70. Il est indiqué dans le document A/CN.9/WG.I/WP.35 que, dans certains systèmes, les enchères électroniques inversées sont principalement ou exclusivement destinées à l'achat de biens standardisés ou produits courants[77] et l'exécution de ces marchés de fournitures ne comporte guère de risque en dehors de l'insolvabilité du fournisseur. Pour schématiser, ces enchères consistent à réunir virtuellement des soumissionnaires qui vont sous-enchérir les uns contre les autres. À supposer que chacun connaisse son prix de base, un fournisseur rationnel ne fera pas une offre qui reviendrait à exécuter le marché à perte. Les commentateurs estiment donc que le phénomène des offres anormalement basses dans les enchères électroniques inversées ne devrait pas durer et que plus les fournisseurs disposeront d'informations (par exemple, sur les offres des autres candidats) durant l'enchère elle-même, plus faible sera le risque d'offres anormalement basses[78].

3. Droit de la concurrence

71. Le secrétariat a examiné, dans le cadre de son étude, les éléments du droit de la concurrence qui régissent les pratiques anticoncurrentielles, tels que la législation antidumping (qui vise à prévenir l'exportation d'un produit à un prix inférieur à celui qui est pratiqué sur le marché intérieur) et les mesures interdisant la fixation de prix inférieurs au coût de revient dans l'intention de conquérir ou de conserver des parts de marché et d'évincer des concurrents[79]. Au Canada, par exemple, la législation interdit aux entreprises de se livrer à des agissements anticoncurrentiels, définis notamment comme le fait de vendre des articles à un prix inférieur à leur coût d'acquisition dans le but de discipliner ou d'éliminer un concurrent[80]. D'autres dispositions interdisant les ventes à perte sont évoquées plus haut[81].

72. L'article 86 du Traité instituant la Communauté européenne (Traité CE)[82], que les États membres de l'Union européenne sont tenus d'appliquer dans leur droit interne, interdit aux entreprises d'exploiter de façon abusive une "position dominante" sur un marché commun[83]. Le Traité CE et la Commission européenne

---

présente note.

77 Voir par. 20 du document A/CN.9/WG.I/WP.35.

78 Voir Soudry O., p. 356 et 357, note 14 ci-dessus. Information confirmée au secrétariat lors des consultations tenues pour l'élaboration de la présente note.

79 Pour une définition de cette pratique, appelée pratique des "prix d'éviction", voir note 8 ci-dessus.

80 "Cut-throat competition or abuse of dominant position? Challenges to the conduct of firms in a new technological era," WS 13 National Report for CANADA, de A. Neil Campbell et Jeffrey P. Roode, disponible à l'adresse http://www.globalcompetitionforum.org/regions/n_america/canada/Cutthroat%20Competition%20Report%20with%20Appendices_Aug%202001.pdf.

81 Voir, par exemple, par. 26 et notes 8 et 24 ci-dessus.

82 Dont le texte est disponible à l'adresse http://europa.eu.int/abc/obj/treaties/fr/frtoc05.htm.

83 La Cour de Justice des Communautés européennes a défini la notion de "position dominante" dans l'affaire 27/76 United Brands (arrêt du 14 février 1978) comme "une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de

donnent des exemples de pratiques abusives, parmi lesquelles le fait de fixer des prix très faibles visant à éliminer un concurrent[84]. De nombreux États membres de l'Union européenne ont prévu, dans leur législation, que les entreprises abusant de leur position dominante (par exemple en soumettant systématiquement des offres anormalement basses) sont passibles d'amendes pouvant atteindre 10 % de leur chiffre d'affaires annuel[85].

73. Les mesures recensées par le secrétariat se fondent sur la notion de fixation intentionnelle de prix inférieurs au coût de revient ou de prix anormalement bas. Elles peuvent donc être invoquées lorsqu'il est établi qu'un soumissionnaire a sciemment présenté une offre anormalement basse, mais non lorsqu'une telle offre a été présentée involontairement pour les motifs exposés au paragraphe 12 ci-dessus. Le facteur temps peut également être un problème dans l'application du droit de la concurrence à une procédure de passation particulière, dans ce sens que le temps nécessaire pour établir une violation de la législation de la concurrence peut être bien supérieur au temps imparti pour l'attribution d'un marché.

IV. Conclusions

74. En résumé, l'étude réalisée par le secrétariat a montré que le phénomène des offres anormalement basses est traité dans les systèmes de passation tant multinationaux qu'internes. En revanche, il n'est pas expressément abordé dans la Loi type. Les mesures existantes pour prévenir ce type d'offres se trouvent principalement dans les règles sur l'évaluation des offres et la qualification des fournisseurs, qui exigent des entités adjudicatrices qu'elles vérifient si le prix proposé est objectivement raisonnable (et si la qualité est suffisante) et si le fournisseur semble capable d'exécuter le marché selon les modalités prévues. Les mesures visant à prévenir les pratiques anticoncurrentielles, telles que la soumission d'offres anormalement basses dans l'intention d'évincer des concurrents, sont généralement prévues dans le droit de la concurrence et non dans le droit de la passation des marchés.

75. Le Groupe de travail considérera peut-être que les offres anormalement basses présentées involontairement devraient être traitées dans la réglementation de la passation des marchés, à l'aide de critères d'évaluation et de qualification, ainsi que dans les dispositions régissant la justification des prix, mais que les offres présentées intentionnellement pourraient être traitées plus efficacement par les lois et politiques en matière de concurrence (en effet, l'entité adjudicatrice ne verra peut-être aucune raison de rejeter une offre anormalement basse sauf si l'exécution du marché comporte des risques[86]. Le Groupe de travail pourrait néanmoins

---

comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs.". Le principal indice d'une position dominante est la possession d'une part de marché importante. Entrent également en considération la faiblesse économique des concurrents, l'absence de concurrence latente et la maîtrise de l'accès aux ressources et à la technologie.

[84] Pour d'autres exemples, voir http://www.europarl.eu.int/facts/3_3_2_fr.htm.

[85] Par exemple au Royaume-Uni, voir http://www.oft.gov.uk/NR/rdonlyres/0620258B-3006-4B1C-ADC6-5CC69E6EF4F1/0/OFT402.pdf.

[86] Ces lois pourraient également traiter le cas, inhabituel, où un tel risque est inexistant, par

envisager d'insérer dans la Loi type, dans la réglementation, ou dans le Guide pour l'incorporation, des dispositions sur la nécessité d'une coordination entre ces deux domaines du droit et d'une coopération entre les organes chargés de la concurrence et les entités adjudicatrices.

76. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi prendre en considération les mesures ci-après lorsqu'il examinera comment prévenir la soumission d'offres anormalement basses dans le cadre des règles générales sur les procédures de passation:

a) Sensibiliser les intéressés aux effets préjudiciables des offres anormalement basses et former les personnes chargées de la passation des marchés;

b) Traiter de l'administration des contrats dans le droit de la passation des marchés, par exemple en limitant la possibilité de modifier le marché attribué, en assumant le strict respect des spécifications, en abordant les relations entre entrepreneur et sous-traitant et en prévoyant des mesures adéquates de règlement des litiges dans le cas où il serait nécessaire de résilier le marché ou de révoquer l'entrepreneur;

c) Veiller à ce qu'une importance appropriée soit accordée tant au critère de prix qu'aux autres critères dans la procédure de passation;

d) Respecter l'interdiction générale de négocier après la soumission des offres et limiter de manière appropriée les négociations[87];

e) Imposer une obligation stricte de communication et d'établissement de procès-verbaux, en exigeant par exemple qu'un organe central de surveillance de la passation des marchés soit informé du rejet d'une offre anormalement basse;

f) Examiner si l'utilisation des garanties de soumission et des garanties autonomes est efficace.

77. En ce qui concerne la conduite de la procédure de passation elle-même, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les mesures suivantes:

Avant la passation:

a) Faire en sorte que l'entité adjudicatrice dispose de ressources et d'informations suffisantes, notamment de prix de référence lorsque c'est possible;

b) Veiller à ce que les spécifications soient rédigées aussi clairement que possible et déterminer si les fournisseurs potentiels devraient être consultés lors de la phase de rédaction[88];

---

exemple lors d'appels d'offres organisés par des entités publiques qui ne font pas appel à du capital-risque privé. Par exemple, la loi slovène sur les marchés publics (art. 53-4) exige que le Bureau de la protection de la concurrence donne son avis dans le cas d'une offre anormalement basse du fait d'une aide de l'État.

87 Les dispositions actuelles traitant ces questions figurent à l'article 35 de la Loi type ("Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs"). Au Brésil, le commissaire-priseur dans une enchère électronique inversée est autorisé à négocier avec le soumissionnaire retenu.

88 Les dispositions actuelles traitant ces questions se trouvent aux articles 25 ("Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection"),

c) Déterminer si les coûts de maintenance et de remplacement devraient être pris en compte dans l'analyse du prix;

d) Prévoir suffisamment de temps pour chaque étape de la procédure; et

e) Appliquer des critères de qualification efficaces et autoriser éventuellement la compilation d'informations exactes et détaillées sur les qualifications et les antécédents d'un soumissionnaire.

Pendant la procédure:

a) Indiquer dans le dossier de sollicitation que l'entité adjudicatrice n'est pas obligée d'accepter l'offre la plus basse ni du reste aucune offre;

b) Indiquer dans le dossier de sollicitation qu'une entité adjudicatrice peut, en plus éventuellement des critères de qualification analyser le risque et le prix;

c) Assurer une évaluation complète des qualifications et des offres des soumissionnaires, y compris une analyse du risque et du prix;

d) Exiger une justification du prix en cas de suspicion d'offre anormalement basse;

e) Indiquer les facteurs dont les entités adjudicatrices pourraient tenir compte lorsqu'elles évaluent les réponses des fournisseurs priés de justifier leur prix; et

f) Exiger que toutes les mesures prises pour traiter une offre susceptible d'être anormalement basse soient dûment consignées dans le procès-verbal de la procédure[89].

78. Le Groupe de travail pourrait donc dans un premier temps examiner si les mesures énumérées au paragraphe précédent, relatives à des phases de la procédure qui ne sont pas actuellement réglementées par la Loi type, à savoir la phase préalable à la passation ou phase de planification et la phase d'administration du marché, devraient l'être.

79. Le Groupe de travail pourrait, dans un deuxième temps, examiner si les dispositions actuelles de la Loi type relatives à l'évaluation des offres et aux critères de qualification pourraient être utilement développées dans le Guide pour l'incorporation afin de faciliter la détection des offres anormalement basses, l'évaluation des risques liés à l'exécution et le traitement de ces questions.

80. Le Groupe de travail pourrait, dans un troisième temps, étudier la possibilité de modifier, éventuellement comme suit l'article 34-4 b) de la Loi type afin d'y indiquer expressément que l'offre proposant le prix le plus bas ou l'offre la plus basse selon l'évaluation effectuée est celle soumise par un fournisseur pleinement qualifié:

---

27 ("Teneur du dossier de sollicitation"), 28 ("Clarification et modification du dossier de sollicitation") de la Loi type en ce qui concerne l'appel d'offres ouvert. Des dispositions équivalentes sont prévues pour les autres méthodes de passation.

89 Les règles relatives au procès-verbal de la procédure sont énoncées à l'article 11 de la Loi type.

"b) L'offre à retenir est celle qui est soumise par un fournisseur jugé pleinement qualifié pour exécuter le marché et qui est:

i) L'offre proposant le prix le plus bas, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa d) du présent paragraphe; ou ..."

81. Le Groupe de travail souhaitera peut-être en outre examiner s'il est nécessaire d'insérer des explications et renvois supplémentaires dans le Guide pour l'incorporation en ce qui concerne les articles 6 (Qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs) et 34-4 b).

82. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l'article 34-4 b) ou le Guide pour l'incorporation devraient énumérer les paramètres susceptibles d'être pris en considération dans l'analyse du prix (pour une description de cette analyse, voir les paragraphes 34 à 39 ci-dessus), qui pourrait consister à comparer entre eux les prix (totaux) soumis par les fournisseurs, d'une part, et, d'autre part, les prix soumissionnés, les prix proposés précédemment pour des articles similaires, les paramètres de marché et les estimations de coût disponibles et l'analyse équivalente de la composition de chaque offre. Le Groupe de travail pourrait également envisager d'inclure un commentaire sur les risques inhérents à l'utilisation des méthodes statistiques dans l'analyse du prix (ces risques sont décrits aux paragraphes 31 à 33 ci-dessus). Il souhaitera peut-être aussi insérer des développements sur les modalités d'analyse lorsqu'il n'existe pas de prix de marché ou prix de référence.

83. Enfin, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il faut modifier le commentaire du Guide pour l'incorporation concernant l'article 34-1 a) de la Loi type de sorte que cette disposition puisse être appliquée pour demander une justification du prix en cas de suspicion d'une offre anormalement basse.

III. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL ET CONCILIATION

A. Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante et unième session (Vienne, 13-17 septembre 2004)

(A/CN.9/569) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-10
II.	Délibérations et décisions	11
III.	Projet d'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires	12-72
	Paragraphe 7	13-72
	Remarques générales	13-17
	Possibilité d'exclure/de choisir l'application de la disposition	18-22
	Alinéa a)	23-32
	Alinéa b)	33-38
	Alinéa c)	39-43
	Alinéa d)	44-51
	Alinéa e)	52-61
	Alinéa f)	62-64
	Alinéa g)	65
	Alinéa h)	66-68
	Débat général et marche à suivre pour les travaux futurs	69-72
IV.	Insertion éventuelle de la Convention de New York dans la liste des instruments internationaux auxquels s'applique le projet de convention sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux	73-79
V.	Questions diverses	80

I. Introduction

1. À sa trente-deuxième session, tenue à Vienne du 17 mai au 4 juin 1999, la Commission avait jugé que l'heure était venue, notamment, d'évaluer au sein de l'instance universelle qu'elle constituait l'acceptabilité des idées et propositions d'amélioration des lois, règles et pratiques en matière d'arbitrage. Elle avait confié la tâche au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) et décidé que les points prioritaires que devrait aborder ce dernier seraient, entre autres, la force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires.

2. Le document A/CN.9/WG.II/WP.130 (par. 5 à 17) contient le compte rendu le plus récent des débats que le Groupe de travail a tenus, notamment, sur un projet révisé de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ("Loi type") relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires et sur une proposition de nouvel article à insérer dans la Loi type de la CNUDCI concernant l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires (provisoirement numéroté 17 *bis*). Le secrétariat avait été prié d'établir une version révisée de ces textes pour que le Groupe de travail les examine à sa quarante et unième session.

3. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quarante et unième session à Vienne du 13 au 17 septembre 2004. Ont participé à cette session les États membres du Groupe de travail ci-après: Algérie, Allemagne, Argentine, Autriche, Bélarus, Belgique, Brésil, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Croatie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Italie, Japon, Kenya, Liban, Maroc, Mexique, Nigéria, Pakistan, Pologne, Qatar, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Rwanda, Serbie-et-Monténégro, Singapour, Suède, Suisse, Tunisie, Turquie et Venezuela.

4. Ont également participé à la session des observateurs des États suivants: Bulgarie, Finlande, Grèce, Iraq, Irlande, Malaisie, Myanmar, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pérou, Philippines, Slovaquie et Yémen.

5. Y ont aussi participé des observateurs des organisations ci-après du système des Nations Unies: Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI).

6. Ont également participé à la session des observateurs des organisations internationales intergouvernementales ci-après, invitées par la Commission: Comité consultatif sur l'Article 2022 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), Conseil de l'Assemblée interparlementaire des États membres de la Communauté d'États indépendants et Cour permanente d'arbitrage.

7. Y ont en outre participé des observateurs des organisations internationales non gouvernementales ci-après, invitées par la Commission: American Arbitration Association (AAA), Arab Union of International Arbitration, Association of the Bar of the City of New York (ABCNY), *Association suisse de l'arbitrage* (ASA), Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration, Center for International Legal Studies, Chambre de commerce internationale (CCI), Chartered Institute of Arbitrators, Club d'arbitres de la Chambre d'arbitrage de Milan, Commission interaméricaine d'arbitrage commercial (CIAC), Conseil international pour

l'arbitrage commercial, Forum for International Commercial Arbitration (FICA), Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (KLRCA), London Court of International Arbitration (LCIA), Regional Centre for International Commercial Arbitration (Lagos), School of International Arbitration et *Union des avocats européens*.

8. Le Groupe de travail a élu le Bureau ci-après:

Président: M. José María ABASCAL ZAMORA (Mexique);

Rapporteur: M. Il Won KANG (République de Corée).

9. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: a) ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.130); b) note du secrétariat contenant une version nouvellement révisée d'un projet de disposition sur le pouvoir d'un tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, établie conformément aux décisions prises par le Groupe de travail à sa trente-neuvième session (A/CN.9/WG.II/WP.131); c) note du secrétariat concernant une proposition d'insertion d'une référence à la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ("la Convention de New York") dans le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (A/CN.9/WG.II/WP.132); et d) rapport du Groupe de travail sur sa quarantième session (A/CN.9/547).

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. Élaboration de dispositions uniformes sur les mesures provisoires ou conservatoires en vue de leur inclusion dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.
5. Insertion éventuelle de la Convention de New York dans la liste des instruments internationaux auxquels s'applique le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux.
6. Questions diverses.
7. Adoption du rapport.

II. Délibérations et décisions

11. Le Groupe de travail a examiné le point 4 de son ordre du jour en se fondant sur le texte figurant dans la note établie par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.131). Il est rendu compte de ses délibérations et conclusions sur ce point au chapitre III. Le secrétariat a été prié de réviser le texte de certaines dispositions en se fondant sur lesdites délibérations et conclusions. Le Groupe de travail a examiné le point 5 de son ordre du jour en se fondant sur les propositions contenues dans la note établie par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/ WP.132), ainsi que le point 6. Il est rendu compte

de ses délibérations et conclusions sur ces points aux chapitres IV et V, respectivement.

III. Projet d'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires

12. Le Groupe de travail a rappelé qu'il était convenu de reprendre ses débats sur une version révisée d'une disposition relative au pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires. Il a examiné le texte d'une version nouvellement révisée de l'article 17 de la Loi type (ci-après "projet d'article 17"), que le secrétariat avait établie en tenant compte de ses discussions et décisions à sa quarantième session (A/CN.9/547, par. 68 à 116). Le texte, qui figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.131, était le suivant:

"1. Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, accorder des mesures provisoires ou conservatoires.

2. Une mesure provisoire ou conservatoire est toute mesure temporaire, qu'elle prenne la forme d'une sentence ou une autre forme, par laquelle, à tout moment, avant le prononcé de la sentence qui tranchera définitivement le litige, le tribunal arbitral ordonne à une partie:

a) De préserver ou de rétablir le statu quo en attendant que le litige ait été tranché;

b) De prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer, immédiatement ou sous peu un préjudice [, ou de porter atteinte à la procédure arbitrale elle-même];

c) De fournir un moyen de sauvegarder des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence ultérieure; ou

d) De sauvegarder les éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du litige.

3. La partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire convainc le tribunal arbitral que:

a) Un préjudice ne pouvant être réparé de façon adéquate par l'octroi de dommages-intérêts sera probablement causé si la mesure n'est pas ordonnée, et qu'un tel préjudice l'emporte largement sur celui que subira probablement la partie contre laquelle cette mesure est dirigée si celle-ci est accordée; et

b) Il y a une possibilité raisonnable de voir le demandeur obtenir gain de cause sur le fond, étant entendu qu'aucune décision à cet égard ne porte atteinte à la liberté d'appréciation du tribunal arbitral lorsqu'il prendra une décision ultérieure quelconque.

4. Le tribunal arbitral peut faire obligation au demandeur ou à toute autre partie de constituer une garantie appropriée en liaison avec une telle mesure provisoire ou conservatoire.

5. Le demandeur divulgue sans tarder tout changement important des circonstances sur la base desquelles il a demandé, ou le tribunal arbitral a accordé, la mesure provisoire ou conservatoire.

6. Le tribunal arbitral peut modifier, suspendre ou annuler une mesure provisoire ou conservatoire qu'il a accordée, à tout moment, à la demande de l'une quelconque des parties ou, dans des circonstances exceptionnelles, de sa propre initiative, à condition d'en aviser préalablement les parties.

6 *bis*. Le demandeur est responsable de tous les dommages et de tous les frais causés par la mesure provisoire ou conservatoire à la partie contre laquelle elle est dirigée, si le tribunal arbitral décide par la suite qu'en l'espèce la mesure n'aurait pas dû être accordée. Le tribunal arbitral peut ordonner le versement de frais et de dommages-intérêts à tout moment pendant la procédure.

7. a) [Sauf convention contraire des parties,] lorsque la divulgation préalable d'une mesure provisoire à la partie contre laquelle elle est dirigée risque de compromettre cette mesure, le demandeur peut former sa demande sans en aviser cette partie et demander une mesure préliminaire [l'enjoignant à préserver le statu quo jusqu'à ce qu'elle se soit manifestée auprès du tribunal arbitral et que celui-ci se soit prononcé sur la demande].

b) Les dispositions des paragraphes [2,] 3, 5, 6 et 6 *bis* du présent article s'appliquent à toute mesure préliminaire que le tribunal arbitral peut accorder en vertu du présent paragraphe.

c) [Le tribunal arbitral peut accorder une mesure préliminaire s'il conclut que la mesure provisoire demandée risque autrement d'être compromise avant que toutes les parties puissent être entendues.]

d) Une fois que le tribunal arbitral a pris une décision concernant une mesure préliminaire, il adresse immédiatement notification à la partie contre laquelle cette mesure préliminaire est dirigée de la demande, de la mesure préliminaire, le cas échéant, et de toutes autres communications entre une partie quelconque et le tribunal arbitral relatives à la demande [, à moins qu'il ne décide [conformément à l'alinéa i) du présent paragraphe][1] qu'une telle

---

[1] Alinéa proposé concernant le report de la notification pour permettre l'exécution par une juridiction étatique:

"[i) Si la notification par le tribunal arbitral risque de compromettre l'exécution de la mesure préliminaire par une juridiction étatique, le tribunal arbitral peut reporter la notification à la partie contre laquelle la mesure préliminaire est dirigée, de la demande, de la mesure préliminaire et de toutes autres communications entre une partie quelconque et le tribunal arbitral relatives à la demande. La durée d'un tel report doit être indiquée dans la décision et ne peut dépasser la durée maximale de la mesure préliminaire. À l'expiration de la période fixée pour le report de la notification, le tribunal arbitral avise immédiatement la partie concernée de la demande, de la mesure préliminaire et de toutes autres communications entre une partie quelconque et le tribunal arbitral relatives à la demande. La possibilité est donnée à la partie

notification devrait être différée jusqu'à exécution par une juridiction étatique ou expiration de la mesure préliminaire].

e) La partie contre laquelle la mesure préliminaire est dirigée a la possibilité de présenter ses arguments devant le tribunal arbitral le plus rapidement possible et [en tout état de cause] dans un délai ne dépassant pas 48 heures après la notification, ou à toutes [autres] dates et heures [antérieures] appropriées dans les circonstances.

f) Une mesure préliminaire ordonnée en vertu du présent paragraphe expire après 20 jours à compter de la date à laquelle le tribunal arbitral l'a ordonnée, à moins qu'il ne la confirme, la proroge ou la modifie sous la forme d'une mesure provisoire ou conservatoire [ou sous toute autre forme]. Cette confirmation, prorogation, ou modification n'intervient qu'après que la partie contre laquelle la mesure préliminaire est dirigée a été avisée et que la possibilité lui a été donnée de présenter ses arguments.

g) Le tribunal arbitral fait obligation au demandeur de constituer une garantie appropriée en liaison avec une telle mesure préliminaire.

h) Tant que la partie contre laquelle la mesure préliminaire est dirigée n'a pas présenté ses arguments en vertu de l'alinéa e) ci-dessus, le demandeur a l'obligation d'informer le tribunal arbitral de toutes les circonstances que celui-ci est susceptible de juger pertinentes pour sa décision d'accorder ou non une mesure préliminaire en vertu de l'alinéa c) ci-dessus."

Paragraphe 7

Remarques générales

13. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quarantième session (New York, 23-27 février 2004), il n'avait pas examiné le texte du paragraphe 7 du projet d'article 17 faute de temps. Il a été noté que la Commission, à sa trente-septième session (New York, 14-25 juin 2004), avait rappelé que la question des mesures *ex parte*, qui – elle en convenait – demeurait une question importante et un point controversé, ne devait pas retarder la progression des travaux de révision de la Loi type. Elle avait toutefois constaté que le Groupe de travail n'avait pas consacré beaucoup de temps à l'examen de cette question à ses dernières sessions et exprimé l'espoir qu'il parviendrait à un consensus sur ce point à sa prochaine session, sur la base d'un projet révisé devant être établi par le secrétariat (A/59/17, par. 58).

14. Le Groupe de travail a également rappelé qu'il avait déjà débattu de la question de l'insertion d'une disposition sur les mesures *ex parte* (voir A/CN.9/468, par. 70; A/CN.9/485, par. 89 à 94; A/CN.9/487, par. 69 à 76; A/CN.9/508, par. 77 à 79; A/CN.9/523, par. 15 à 76; A/CN.9/545, par. 49 à 92 et A/CN.9/547, par. 109 à 116).

---

contre laquelle la mesure préliminaire est dirigée de présenter ses arguments devant le tribunal arbitral le plus rapidement possible et [en tout état de cause] au plus tard dans un délai ne dépassant pas 48 heures après la notification ou à toutes [autres] dates et heures [antérieures] appropriées dans les circonstances.]"

15. Il a aussi été rappelé qu'une disposition autorisant un tribunal arbitral à ordonner des mesures provisoires *ex parte* devait son origine en partie au fait que la nécessité d'un élément de surprise avait été admis dans certains cas, à savoir lorsqu'il se pouvait que la partie touchée tente de priver la mesure de sa substance en intervenant pour la rendre sans objet ou inexécutable (A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 69). Il a été ajouté que les juridictions étatiques octroyaient très fréquemment des mesures *ex parte* et que le fait que celles-ci soient rarement demandées dans le cadre de l'arbitrage tenait peut-être en partie à l'absence de règles légales favorisant ce type de mesures. La suppression de cette disposition, a-t-on estimé, contraindrait les parties ayant opté pour un règlement extrajudiciaire de leur litige à saisir quand même les juridictions étatiques pour des questions de mesures *ex parte*.

16. On s'est déclaré opposé à l'insertion d'une disposition sur les mesures *ex parte*. Il a été dit qu'une telle disposition allait à l'encontre des principes de confiance et de consensus qui présidaient à l'arbitrage international et était contraire au principe de l'équité et de l'égalité de traitement des parties à la procédure arbitrale. On a dit aussi qu'une telle disposition serait extrêmement difficile à concilier avec les dispositions actuelles de la Loi type, notamment l'article 18 (aux termes duquel les parties devaient être traitées sur un pied d'égalité et avoir toute possibilité de faire valoir leurs droits), l'article 24-3 (qui exigeait que tous les documents soient communiqués aux deux parties) et l'article 36-1 a) ii) (qui autorisait une juridiction étatique à refuser de reconnaître ou de faire exécuter une sentence si une partie n'avait pas pu faire valoir ses droits). Il a en outre été estimé que le paragraphe 7 compliquait les choses et pouvait empêcher certains pays d'incorporer la Loi type dans leur droit interne, dans la mesure où les mesures *ex parte* pouvaient être considérées dans ces pays comme contraires à l'ordre public, aux règles constitutionnelles ou aux traités internationaux. On a fait observer que, dans les pays où les mesures *ex parte* seraient acceptables, elles pouvaient être demandées conformément à un arrangement contractuel en l'absence de législation spécifique. De ce point de vue, l'insertion d'une disposition telle que le paragraphe 7 risquait même d'être considérée comme limitant l'autonomie des parties. Enfin, il a été dit que, dans les pays où les mesures *ex parte* étaient rares, voire inconnues, il serait peut-être difficile pour les juridictions étatiques de faire exécuter des mesures provisoires ordonnées *ex parte* par un tribunal arbitral.

17. En réponse, des arguments supplémentaires ont été avancés en faveur d'une disposition reconnaissant les mesures provisoires ou conservatoires *ex parte*. Il a été dit que le droit à une procédure régulière et l'égalité de traitement des parties en litige étaient des principes essentiels pour la plupart des systèmes de justice, mais que des pratiques *ex parte* s'étaient néanmoins développées dans ces derniers parce qu'il avait été admis que, dans certains cas, on ne pouvait éviter l'injustice venant de ce qu'une partie faisait échouer la procédure arbitrale qu'en recourant à une procédure *ex parte*. Afin d'apaiser les préoccupations suscitées par les mesures *ex parte*, les juridictions étatiques avaient conçu des garde-fous sévères. Il a été souligné que le paragraphe 7 tenait compte de ces précédents dans les procédures engagées devant les juridictions étatiques et prévoyait des mesures de protection strictes, en limitant rigoureusement la durée des mesures *ex parte*, en exigeant que la possibilité soit donnée à la partie visée par la mesure *ex parte* d'être entendue le plus rapidement possible, et en obligeant le demandeur à constituer une garantie et à divulguer tous les faits. Il a été rappelé cependant que, si les procédures *ex parte* étaient acceptables dans le cas des juridictions étatiques compte tenu de leur

caractère public, il serait sans doute moins acceptable de créer un mécanisme parallèle pour les tribunaux arbitraux. On a également craint que les tentatives de mettre exactement sur le même plan les tribunaux arbitraux et les juridictions étatiques ne soient contre-productives et ne compromettent le développement de l'arbitrage commercial international dans certains pays.

Possibilité d'exclure/de choisir l'application de la disposition

18 Afin de rapprocher les vues divergentes exprimées ci-dessus, le Groupe de travail a examiné si la Loi type devrait ou non traiter la question des mesures *ex parte* en énonçant une disposition que les parties pourraient choisir d'exclure ou d'appliquer.

19. La formule "Sauf convention contraire des parties" figurant entre crochets au début du paragraphe 7 illustrait la solution consistant à autoriser les parties à "exclure" la disposition. Un certain soutien a été exprimé en faveur de cette solution car elle reflétait davantage le caractère contractuel de l'arbitrage. Il a été dit que cette solution était plus conforme à l'approche législative adoptée dans d'autres dispositions de la Loi type et qu'il était très inhabituel dans la tradition législative observée par de nombreux pays d'autoriser les parties à choisir l'application d'une disposition. Il a également été dit que le fait de laisser aux parties le soin de trancher la question des mesures *ex parte* ne favoriserait pas l'uniformité sur ce point.

20. Toutefois, un certain nombre de délégations se sont déclarées favorables à ce que les parties puissent "choisir l'application" de la disposition sur les mesures *ex parte* et ont proposé de faire commencer cette disposition par une formule du type "Si les parties en ont ainsi expressément convenu" ou "Si les parties habilitent le tribunal arbitral à cette fin". On a fait valoir que cette solution était plus susceptible de préserver le caractère contractuel de l'arbitrage en limitant la possibilité d'une application automatique de la disposition relative aux mesures *ex parte*. Il a également été estimé que le fait de permettre aux parties d'exclure l'application de la disposition pourrait susciter des objections dans certains pays pour des motifs d'ordre public.

21. Le Groupe de travail n'est pas parvenu à un consensus à ce stade sur la question de savoir si la disposition devrait autoriser les parties à exclure ou à choisir l'application du régime *ex parte*. L'avis selon lequel il était peut-être impossible de traiter la question au moyen d'une règle harmonisée a été appuyé. Il fallait peut-être, par conséquent, laisser aux législateurs des États incorporant la Loi type le soin de trancher la question. Concernant la présentation du paragraphe 7 sous la forme d'une disposition facultative, il a été dit qu'on trouverait des précédents dans la note relative à l'article 35-2 de la Loi type ou dans la note accompagnant l'article 4 de la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale.

22. Avant de décider s'il faudrait mentionner expressément les mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* dans une version révisée de l'article 17 de la Loi type et, dans l'affirmative, de quelle façon, le Groupe de travail a entrepris d'examiner dans le détail le texte du paragraphe 7 du projet d'article 17 tel qu'il figurait dans la note du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.131). Au cours de ses délibérations, il a aussi examiné un texte proposé par une délégation comme variante possible du projet d'article 17. Faute de temps, il n'en a examiné que le paragraphe 7. Le texte proposé complet était le suivant:

"1. Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, accorder des mesures provisoires ou conservatoires ou les modifier.

2. Une mesure provisoire ou conservatoire est toute mesure temporaire, qu'elle prenne la forme d'une sentence ou une autre forme, par laquelle, à tout moment avant le prononcé de la sentence qui tranchera définitivement le litige, le tribunal arbitral ordonne à une partie:

a) De préserver ou de rétablir le statu quo en attendant que le litige ait été tranché;

b) De prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer, immédiatement ou sous peu un préjudice;

c) De fournir un moyen de sauvegarder des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence ultérieure; ou

d) De sauvegarder les éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du litige.

3. Excepté en ce qui concerne la mesure visée à l'alinéa d) du paragraphe 2, la partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire convainc le tribunal arbitral que:

a) Un préjudice ne pouvant être réparé de façon adéquate par l'octroi de dommages-intérêts sera probablement causé si la mesure n'est pas ordonnée, et qu'un tel préjudice l'emporte largement sur celui que subira probablement la partie contre laquelle cette mesure est dirigée si celle-ci est accordée; et

b) Il y a une possibilité raisonnable de voir le demandeur obtenir gain de cause sur le fond, étant entendu qu'aucune décision à cet égard ne porte atteinte à la liberté d'appréciation du tribunal arbitral lorsqu'il prendra une décision ultérieure quelconque.

4. Le tribunal arbitral peut faire obligation au demandeur ou à toute autre partie de constituer une garantie appropriée en liaison avec une telle mesure provisoire ou conservatoire.

5. Si le tribunal arbitral le lui ordonne, le demandeur divulgue sans tarder tout changement important des circonstances sur la base desquelles il a demandé, ou le tribunal a accordé, la mesure provisoire ou conservatoire.

6. (supprimé)

6 *bis*. Le demandeur est responsable de tous les dommages et de tous les frais causés par la mesure provisoire ou conservatoire à la partie contre laquelle elle est dirigée, si le tribunal arbitral décide par la suite qu'en l'espèce la mesure était injustifiée. Le tribunal peut ordonner le versement de frais et de dommages-intérêts à tout moment pendant la procédure.

7. a) Sauf convention contraire des parties, une partie demandant une mesure provisoire ou conservatoire peut former sa demande sans en aviser l'autre partie et demander également une mesure préliminaire nécessaire pour

empêcher que la mesure provisoire ou conservatoire demandée ne soit compromise.

b) Les dispositions des paragraphes [2,] 3, 4, 5, 6 et 6 *bis* du présent article s'appliquent à toute mesure préliminaire que le tribunal arbitral peut accorder en vertu du présent paragraphe.

c) [Le tribunal arbitral peut accorder une mesure préliminaire s'il conclut que la mesure provisoire demandée risque autrement d'être compromise avant que toutes les parties puissent être entendues.]

d) Une fois que le tribunal arbitral a pris une décision concernant une mesure préliminaire, il adresse immédiatement notification à la partie contre laquelle cette mesure préliminaire est dirigée de la demande, de la mesure préliminaire, le cas échéant, et de toutes autres communications entre une partie quelconque et le tribunal arbitral relatives à la demande, à moins qu'il ne décide qu'une telle notification devrait être différée jusqu'à exécution par une juridiction étatique ou expiration de la mesure préliminaire.

e) La partie contre laquelle la mesure préliminaire est dirigée a la possibilité de présenter ses arguments devant le tribunal arbitral le plus rapidement possible. Dans les 48 heures ou tout autre laps de temps court suivant l'expiration du délai accordé à l'autre partie pour présenter ses arguments, le tribunal arbitral décide s'il doit confirmer, proroger ou modifier une mesure préliminaire.

f) Une mesure préliminaire ordonnée en vertu du présent paragraphe expire après 20 jours à compter de la date à laquelle le tribunal arbitral l'a ordonnée, à moins qu'il ne la confirme, la proroge ou la modifie sous la forme d'une mesure provisoire ou conservatoire [ou sous toute autre forme].

g) (supprimé)

h) (supprimé)"

Alinéa a)

"[Sauf convention contraire des parties]"

23. Le Groupe de travail est convenu de ne pas aborder la question de savoir s'il fallait ou non insérer les mots "[Sauf convention contraire des parties]" avant d'avoir fini d'examiner le paragraphe 7.

Nature des mesures préliminaires

24. Des doutes ont été exprimés quant à savoir si le concept de "mesure préliminaire" devait ou non être considéré comme un sous-ensemble de celui, plus large, de "mesure provisoire". On a fait valoir que, si ces deux concepts relevaient de la même catégorie juridique, la distinction établie entre eux risquait d'être jugée artificielle et de créer des difficultés dans l'application et dans la pratique. Il a été dit que, si les mesures provisoires étaient censées avoir la même nature et le même effet que les mesures préliminaires, il serait alors peut-être préférable, pour éviter toute confusion, d'utiliser le même terme pour les deux concepts.

25. Pour montrer que les mesures préliminaires et les mesures provisoires avaient la même nature juridique, on a fait observer que les renvois dans le paragraphe 7 b) aux paragraphes 2, 3, 5, 6 et 6 *bis* rendaient la définition et le régime juridique des mesures provisoires applicables aux mesures préliminaires. Il a été expliqué que la définition des mesures provisoires au paragraphe 2 était si large qu'une mesure préliminaire entrerait nécessairement dans son champ.

Objet, fonction et régime juridique des mesures préliminaires

26. Il a été précisé que, même si les mesures préliminaires pouvaient être considérées comme un sous-ensemble des mesures provisoires, elles pouvaient se distinguer d'autres mesures provisoires par leur objet plus limité, car elles visaient uniquement à empêcher que la mesure provisoire demandée ne soit compromise. Un autre élément distinctif était que la mesure préliminaire n'avait pour fonction que d'enjoindre à une partie de préserver le statu quo jusqu'à ce qu'elle se soit manifestée auprès du tribunal arbitral et que ce dernier se soit prononcé sur la demande de mesure provisoire. La mesure préliminaire se distinguait également par son régime juridique, qui la soumettait à des délais plus stricts que ceux prévus pour les autres mesures provisoires. Pour résumer les particularités des mesures préliminaires, il a été dit que ces mesures n'étaient en fait qu'un dispositif transitoire qui s'appliquait jusqu'à ce que les deux parties puissent être entendues à propos d'une mesure provisoire demandée.

Versions remaniées proposées pour l'alinéa a)

27. Afin de bien faire la distinction entre mesures provisoires et mesures préliminaires et de limiter davantage les fins auxquelles ces dernières pouvaient être utilisées, la variante ci-après – qui a reçu un écho favorable – a été proposée pour l'alinéa a):

> "Sauf convention contraire des parties, une partie demandant une mesure provisoire ou conservatoire peut former sa demande sans en aviser l'autre partie et demander également une mesure préliminaire nécessaire pour empêcher que la mesure provisoire ou conservatoire demandée ne soit compromise."

28. On a fait valoir que cette variante avait plus de chances de rallier tous les suffrages car elle fixait apparemment des conditions plus strictes, en limitant la possibilité d'accorder une mesure préliminaire aux situations dans lesquelles le tribunal arbitral considérait qu'une mesure *ex parte* était nécessaire pour empêcher que la mesure provisoire ou conservatoire ne soit compromise. Il a été dit qu'en ne mentionnant pas le maintien du statu quo, la nouvelle variante offrait une plus grande souplesse au tribunal arbitral. On a également estimé qu'elle constituait une amélioration par rapport au projet de texte précédent, car elle précisait bien les différences entre mesure provisoire et mesure préliminaire.

29. D'un point du vue rédactionnel, il a été proposé de remplacer les mots "une mesure préliminaire nécessaire" par "toute mesure préliminaire éventuellement nécessaire". Une autre proposition rédactionnelle a été faite en réponse à la question de savoir si l'absence de notification valait à la fois pour la mesure provisoire et la mesure préliminaire. Pour faire ressortir très clairement que l'autre partie n'était avisée ni de la demande de mesure provisoire ni de la demande de mesure

préliminaire, on a proposé de déplacer les mots “sans en aviser l’autre partie” à la fin de l’alinéa a). Ces propositions ont recueilli un certain soutien.

30. Il a été dit que l’alinéa a) était censé refléter une pratique existante, qui consistait pour les arbitres à aviser une partie d’une demande de mesure provisoire tout en lui ordonnant (on parlait parfois dans ce cas de “stop order”), de ne rien faire qui puisse modifier la situation des parties jusqu’à ce qu’elles aient toutes deux été entendues. Afin de limiter encore la fonction des mesures préliminaires de manière à tenir compte de cette pratique, il a été proposé de libeller l’alinéa a) à peu près comme suit:

> “Sauf convention contraire des parties, une partie demandant une mesure provisoire ou conservatoire peut former sa demande sans en aviser l’autre partie et demander également une mesure préliminaire enjoignant à l’autre partie de ne rien faire qui compromette la mesure provisoire ou conservatoire demandée.”

31. Bien que certaines délégations l’aient jugée trop restrictive, cette proposition a bénéficié d’un large soutien, car elle pouvait rapprocher les vues divergentes exprimées à propos des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte*. Il a aussi été fait observer que le libellé proposé serait particulièrement utile pour établir une distinction entre l’objet limité d’une mesure préliminaire et les fonctions plus générales des mesures provisoires. En réponse à plusieurs questions, il a été expliqué que les mots “enjoignant à l’autre partie de ne rien faire qui compromette la mesure provisoire ou conservatoire” ne signifiaient pas que la partie était uniquement tenue de s’abstenir de tout acte mais devaient être interprétés de manière large comme désignant également une obligation d’agir. Il a en outre été signalé que le terme “order”, dans la version anglaise, ne devait pas être interprété comme imposant des conditions particulières quant à la forme que devrait revêtir une mesure préliminaire.

32. À l’issue de son débat, le Groupe de travail a adopté la variante proposée aux paragraphes 30 et 31, sous réserve de ses délibérations futures concernant l’emplacement du paragraphe 7 et sa formulation de sorte que les parties puissent éventuellement en exclure ou en choisir l’application.

Alinéa b)

Renvois aux paragraphes 2, 3, 5, 6 et 6 bis

33. On a exprimé la crainte que les renvois aux paragraphes 2, 3, 5, 6 et 6 *bis* ne soient interprétés comme soumettant les mesures provisoires et les mesures préliminaires à un seul et même régime. À cela, il a été répondu que les renvois aux paragraphes 3, 5, 6 et 6 *bis* étaient destinés à imposer les mêmes limites et conditions qui s’appliquaient aux mesures provisoires et ne devaient pas être interprétés comme assimilant une mesure préliminaire à d’autres mesures provisoires.

34. Étant donné qu’il était convenu de circonscrire les mesures préliminaires de manière plus stricte (voir par. 30 à 32), le Groupe de travail a décidé, après discussion, de supprimer le renvoi au paragraphe 2. Il est également convenu de conserver les renvois aux paragraphes 3, 5, 6 et 6 *bis*.

Renvoi possible au paragraphe 4

35. Il a été proposé que l'alinéa b) renvoie au paragraphe 4, lequel disposait que le tribunal arbitral "pouvait" exiger la constitution d'une garantie lorsqu'une mesure provisoire était demandée. Il a également été proposé de supprimer par voie de conséquence l'alinéa g) (qui faisait obligation au tribunal arbitral d'exiger du demandeur la constitution d'une garantie en liaison avec le prononcé d'une mesure préliminaire). Il a été rappelé que le Groupe de travail avait, lors de débats antérieurs, conclu que la constitution d'une garantie appropriée devait être impérativement exigée pour l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* (voir A/CN.9/545, par. 69). Un certain soutien a été exprimé en faveur du maintien de cette exigence impérative étant donné que la constitution d'une garantie était l'une des principales mesures de protection dans une situation *ex parte*.

36. On a craint toutefois que, dans certains cas, il ne soit pas possible d'exiger la constitution d'une garantie, par exemple lorsqu'un demandeur était insolvable en raison de mesures prises par le défendeur ou lorsque la réparation d'un dommage déjà causé était ordonnée. Il a été répondu que l'alinéa g) était déjà censé tenir compte de ces préoccupations car il parlait de garantie "appropriée".

37. Toutefois, l'idée qu'il serait préférable de laisser au tribunal arbitral une certaine marge d'appréciation lorsqu'il était amené à trancher la question de la garantie a été fermement appuyée. À cette fin, il a été proposé de modifier l'alinéa g) de sorte à obliger le tribunal arbitral à examiner la question de la garantie, tout en laissant cependant la décision d'exiger ou non la constitution d'une telle garantie à son appréciation. On s'est toutefois inquiété des conséquences éventuelles du non-respect de cette obligation par le tribunal arbitral. Pour apaiser ces préoccupations, il a été proposé de ne pas insérer à l'alinéa b) de renvoi au paragraphe 4, mais d'ajouter plutôt à la fin de l'alinéa g) les mots suivants: "sauf s'il est convaincu qu'il y a des raisons particulières de ne pas le faire". Cette proposition a été très favorablement accueillie sur le fond. Sur le plan rédactionnel, il a été demandé si l'adjectif "particulières" devrait être employé au risque de laisser entendre qu'il faudrait présenter au tribunal arbitral des motifs spécifiques prédéfinis. En réponse, il a été proposé d'utiliser éventuellement une formule du type "à moins qu'il ne le juge inapproprié ou inutile". Le secrétariat a été prié d'élaborer une version révisée de l'alinéa g) qui tienne compte de cette discussion.

38. On a noté avec préoccupation que le moment où la garantie pouvait être exigée n'était pas clairement défini. On s'est en outre inquiété du fait que le Groupe de travail n'avait pas à ce jour prêté suffisamment attention à la relation entre l'alinéa g) et les dispositions relatives à l'exécution figurant dans le projet d'article 17 *bis*. Il a été rappelé que cette question avait précédemment fait l'objet de discussions au sein du Groupe de travail mais que ce dernier n'avait pas examiné pleinement l'impact de la décision d'un tribunal arbitral d'exiger la constitution d'une garantie ni la mesure dans laquelle celle-ci serait prise en compte dans une procédure judiciaire d'*exequatur* engagée par la suite (pour les débats antérieurs voir A/CN.9/524, par. 72 à 75). Il a été convenu qu'il faudrait peut-être étudier plus avant cette question à un stade ultérieur.

Alinéa c)

39. Le Groupe de travail a examiné ensuite l'alinéa c). Il a été suggéré que cet alinéa soit supprimé car il n'était qu'une redite de l'alinéa a). Selon une autre proposition, dans la mesure où l'alinéa c) donnait des orientations qui pouvaient être utiles aux arbitres, son contenu pourrait être intégré à un texte explicatif visant à préciser le sens de l'alinéa a).

40. Selon d'autres opinions, cependant, il fallait conserver l'alinéa c) dans le corps du paragraphe 7. Il a été dit que l'alinéa a) traitait de la procédure à suivre par une partie lorsqu'elle demandait une mesure préliminaire, alors que l'alinéa c) traitait cette question du point de vue des pouvoirs du tribunal arbitral et donnait des orientations sur les aspects que celui-ci devait prendre en compte lorsqu'il accordait une telle mesure. On pouvait ainsi considérer que l'alinéa c) appuyait et renforçait l'alinéa a).

41. Afin de souligner le caractère exceptionnel des mesures préliminaires et de faire en sorte que l'alinéa c) complète l'alinéa a) au lieu de le répéter, il a été proposé de remplacer l'alinéa c) par le texte ci-après: "Le tribunal arbitral ne peut accorder une mesure préliminaire à moins qu'il conclue qu'il existe des raisons de craindre que la mesure provisoire demandée sera autrement compromise avant que toutes les parties puissent être entendues". On a appuyé cette proposition, en faisant valoir qu'elle faisait bien ressortir les circonstances exceptionnelles requises pour justifier l'octroi d'une mesure préliminaire. Il a été suggéré, pour mettre davantage l'accent sur les graves conséquences d'une mesure préliminaire, de remplacer les mots "des raisons de craindre" (dont on estimait qu'ils étaient imprécis et avaient un sens trop large) par "une forte probabilité" ou "des motifs raisonnables de craindre". À cet égard, il a été proposé que le projet de disposition porte non seulement sur le risque que la mesure soit compromise, mais aussi sur le bien-fondé de la mesure.

42. On s'est inquiété de ce qu'un texte exigeant des arbitres qu'ils appliquent des critères tels que "une forte probabilité" ou "des motifs raisonnables de craindre", risquait d'aboutir à des résultats incertains et de ne pas donner les orientations simples dont avaient besoin, en particulier, les arbitres moins expérimentés. Le Groupe de travail a pris note de cette préoccupation.

43. Selon un autre avis, l'alinéa c) serait peut-être plus utile s'il était exprimé à la forme affirmative plutôt que négative. Sur un point de rédaction, il a été proposé de remplacer "conclut" par "considère" et de supprimer le mot "autrement", qui était superflu. Il a été suggéré de remanier l'alinéa c) à peu près comme suit: "Le tribunal arbitral ne peut accorder une mesure préliminaire que s'il considère qu'il existe des motifs raisonnables de craindre que la mesure provisoire demandée ne soit compromise avant que toutes les parties puissent être entendues". Après un débat, le Groupe de travail a adopté cette proposition sur le fond.

Alinéa d)

Notification

44. Le Groupe de travail a concentré son attention sur la première partie de l'alinéa d) qui n'était pas placée entre crochets. Étant donné que, dans certains cas, il serait difficile au tribunal arbitral d'aviser la partie contre laquelle la mesure préliminaire était dirigée, il a été suggéré que, conformément à l'approche adoptée

dans d'autres dispositions de la Loi type, la question de savoir qui devait donner notification reste ouverte. Par exemple, l'article 24-2 de la Loi type disposait que les parties "recevront suffisamment longtemps à l'avance notification", sans préciser qui donnerait cette notification. Il a été dit que cette approche permettrait au tribunal arbitral d'enjoindre au demandeur de donner notification. Le Groupe de travail est convenu que l'alinéa d) devrait donner cette latitude au tribunal arbitral.

45. Il a été dit que l'alinéa d) exigeait qu'il soit donné notification de la demande de mesure préliminaire, mais ne prévoyait pas expressément la même obligation pour la demande de mesure provisoire. Il a été proposé, même si cette demande était peut-être déjà visée par les mots "toutes autres communications", d'insérer les termes "de la demande de mesure provisoire" après la première occurrence du mot "demande" à l'alinéa d) afin de dissiper tout doute à cet égard. Le Groupe de travail a adopté cette proposition sur le fond et a prié le secrétariat de remanier l'alinéa c) en conséquence.

Report de la notification et exequatur

46. Le Groupe de travail s'est ensuite penché sur la possibilité, prévue dans le texte entre crochets figurant à la fin de l'alinéa d), de reporter la notification jusqu'à ce que la juridiction étatique ait donné force exécutoire à la mesure préliminaire.

47. Il a été dit que l'insertion de ce texte entraînerait l'instauration, entre la partie demandant la mesure préliminaire et le tribunal arbitral, d'un dialogue continu dont serait exclue l'autre partie et contraindrait le tribunal à proroger épisodiquement un tel report. On a fait valoir que la confiance dans la procédure arbitrale serait entamée par un texte qui ferait fi du droit à une procédure régulière en autorisant un tribunal arbitral à prendre une décision durable contre une partie sans l'avoir d'abord entendue. Il a été répondu que la question était d'empêcher que la mesure provisoire demandée ne soit compromise et qu'en tout état de cause l'alinéa f) limiterait la durée maximale du report de la notification à 20 jours. Quant à l'opinion selon laquelle l'insertion du texte entre crochets entamerait la confiance dans l'arbitrage, on a souligné qu'il arrivait souvent, dans le cours d'un arbitrage, que les arbitres prennent des décisions allant à l'encontre des souhaits de l'une ou l'autre partie, par exemple lorsqu'ils définissaient leur mission et fixaient des délais. L'avis a été exprimé que la confiance dans l'arbitrage venait de ce qu'il permettait d'empêcher qu'une partie obtienne un avantage indu, et non d'éviter des décisions mal accueillies. Il a été rétorqué que ces exemples étaient mal choisis car ces questions étaient réglées entre les parties si bien que le droit à une procédure régulière était préservé.

48. On a également été d'avis que le fait d'exiger d'un tribunal arbitral qu'il prenne en compte la nécessité d'un *exequatur* présupposait une culture de coopération entre les tribunaux arbitraux et les juridictions étatiques, culture qui n'existait pas dans tous les pays. Il a été fait observer que, lorsque l'*exequatur* d'une mesure préliminaire semblait nécessaire (à savoir, lorsqu'un élément de surprise était indispensable pour empêcher que la mesure provisoire demandée ne soit compromise) il serait plus logique et plus pratique que le demandeur saisisse directement la juridiction étatique compétente pour obtenir une mesure préliminaire plutôt que de prolonger la phase unilatérale devant le tribunal arbitral. À cela on a rétorqué que, dans certains arbitrages complexes, il serait plus judicieux que les parties demandent une mesure préliminaire au tribunal arbitral qui connaissait déjà

l'affaire. Il a également été dit qu'en tout état de cause le choix de saisir une juridiction étatique ou un tribunal arbitral pour demander le prononcé d'une mesure préliminaire devrait être laissé aux parties.

49. Il a été noté que l'alinéa i) du paragraphe 7, qui figurait actuellement dans une note de page se rapportant à l'alinéa d), énonçait une procédure détaillée pour le report de la notification devant permettre à une juridiction étatique de donner force exécutoire à la mesure préliminaire. Un certain nombre de délégations ont estimé que cette disposition entrait trop dans les détails, lesquels, a-t-on dit, ne se prêtaient pas aisément à une harmonisation au moyen d'une législation uniforme, étaient inutilement complexes, risquaient d'enfermer les arbitres dans un cadre procédural qui s'inspirait de manière trop rigide des règles de procédure suivies par certaines juridictions étatiques et ne tenaient peut-être pas suffisamment compte de tous les aspects pratiques que pouvait comporter l'interaction entre juridictions étatiques et tribunaux arbitraux. Selon l'opinion qui l'a emporté, il fallait simplifier la procédure de report de la notification. À cette fin, il a été convenu de supprimer le renvoi à l'alinéa i) figurant dans l'alinéa d) ainsi que l'alinéa i) lui-même.

50. Sur le plan rédactionnel, il a été proposé de remplacer les mots "jusqu'à exécution par une juridiction étatique ou expiration de la mesure préliminaire", qui figuraient à la fin du texte entre crochets par "jusqu'à ce que la juridiction étatique décide de donner ou non force exécutoire à la mesure préliminaire ou jusqu'à expiration de la mesure". Toujours sur le plan rédactionnel, il a aussi été proposé, pour faire ressortir clairement que le report devrait être aussi bref que possible, d'ajouter à la fin de l'alinéa d) une formule du type: "si celle-ci intervient avant". Le Groupe de travail a pris note de ces propositions.

51. Après discussion, le Groupe de travail n'est pas parvenu à un consensus sur la question de savoir si le projet révisé d'article 17 devrait aborder la question de l'*exequatur* des mesures préliminaires. Il a été décidé de conserver tel quel le texte entre crochets à la fin de l'alinéa d), sous réserve de supprimer le renvoi à l'alinéa i), pour la suite des débats à une prochaine session. Le secrétariat a été prié d'élaborer une version révisée de l'alinéa d) qui tienne compte des débats du Groupe de travail. Il a été rappelé à ce dernier, à l'issue de ses délibérations, que la suppression de toutes les dispositions traitant de l'*exequatur* des mesures préliminaires rendrait probablement le texte du paragraphe 7 dans son ensemble, y compris la formule permettant aux parties d'en exclure l'application, plus acceptable pour un certain nombre de délégations.

Alinéa e)

52. On a rappelé que l'alinéa e) traitait de la possibilité pour le défendeur de présenter ses arguments après avoir reçu notification du tribunal arbitral et fixait un délai correspondant. L'alinéa précisait que ce délai devait être le plus court possible et, en tout état de cause, ne pas excéder 48 heures après que la notification avait été donnée au défendeur.

53. Il a été proposé, pour indiquer clairement que le tribunal arbitral avait l'obligation de donner au défendeur la possibilité de présenter ses arguments, de remanier le début de l'alinéa à peu près comme suit, en mettant le tribunal comme sujet: "Le tribunal arbitral donne à la partie contre laquelle la mesure préliminaire

est dirigée la possibilité de présenter ses arguments…". Le Groupe de travail a adopté cette proposition.

54. On s'est inquiété de ce que le délai de 48 heures prévu ne soit pas suffisant, étant donné qu'un défendeur pourrait avoir besoin de plus de temps pour préparer et présenter ses arguments. En réponse, on a expliqué que le fait que soit donnée à "la partie contre laquelle la mesure préliminaire est dirigée la possibilité de présenter ses arguments" avait pour objet d'établir le droit de cette partie à être entendue, et non de l'obliger à réagir dans les 48 heures.

55. Diverses propositions ont été faites à des fins de clarification et pour éviter que la disposition ne soit interprétée à tort comme créant une obligation pour le défendeur de réagir dans les 48 heures. Selon l'une d'elles, la disposition devrait accorder un délai plus souple au défendeur pour présenter ses arguments en disant simplement "le plus rapidement possible". Dans le même ordre d'idées, on a proposé de remplacer les mots "le plus rapidement possible" par "dès qu'elle pourra le faire". Selon une autre proposition, il faudrait modifier la référence au délai de 48 heures ou tout autre laps de temps court de sorte à parler plutôt du délai dans lequel le tribunal arbitral devait statuer sur la mesure après avoir entendu le défendeur. Si l'on combinait ces diverses propositions, l'alinéa e) serait libellé à peu près comme suit: "Le tribunal arbitral donne à la partie contre laquelle la mesure préliminaire est dirigée la possibilité de lui présenter ses arguments dès qu'elle pourra le faire. Dans les 48 heures ou tout autre laps de temps court suivant l'expiration du délai accordé à cette partie pour présenter ses arguments, le tribunal arbitral décide s'il doit confirmer, proroger ou modifier une mesure préliminaire".

56. Sur un point de rédaction, il a été suggéré de remplacer les mots "confirmer, proroger ou modifier une mesure préliminaire" figurant dans la nouvelle version proposée de l'alinéa e) par "confirmer, proroger ou modifier la mesure préliminaire sous la forme d'une mesure provisoire ou l'annuler", de sorte que tous les cas de figure soient pris en compte. On a également proposé, en vue d'éviter tout risque de confusion entre le fait d'être entendu à propos de la mesure préliminaire et l'audience sur le fond de la demande sous-jacente de mesure provisoire, d'insérer, après "de présenter ses arguments", le membre de phrase "en vue de l'annulation de la mesure préliminaire".

57. On a fait observer que cette nouvelle version proposée de l'alinéa e) assouplissait le délai dans lequel le défendeur devait présenter ses arguments. On s'est toutefois inquiété de ce que la suppression du délai de 48 heures prévu à l'origine privait cette partie d'une garantie fondamentale. Pour apaiser cette crainte, on a proposé d'insérer les mots "en principe dans les 48 heures" à la fin de la première phrase de la version remaniée. Bien que cette inquiétude ait été largement partagée, l'avis a également été exprimé que l'expression "en principe" n'était généralement pas employée dans les textes législatifs et qu'il faudrait trouver une autre formule, éventuellement inspirée du texte original de l'alinéa e) ou faisant référence au délai approprié "compte tenu des circonstances".

58. Une autre inquiétude suscitée par la nouvelle version proposée de l'alinéa e) était que, une fois que le tribunal arbitral avait entendu le défendeur, la mesure préliminaire devenait obsolète et le régime des mesures provisoires devait alors s'appliquer. Après un débat, les auteurs de la version remaniée ont décidé de retirer la seconde phrase. Cependant, on a fait observer que la suppression de cette phrase

risquait de créer un vide car on ne savait pas exactement ce qu'il advenait de la mesure préliminaire après que la partie avait eu la possibilité de présenter ses arguments.

59. Il a également été proposé de remanier l'alinéa e) comme suit: "Le tribunal arbitral donne à la partie contre laquelle la mesure préliminaire est dirigée la possibilité de présenter ses arguments au plus tard dans les 48 heures après la notification ou dans un dans un délai plus long si cette partie le lui demande". On a expliqué que cette proposition avait pour objet de prévoir expressément un délai plus long et d'autoriser expressément le défendeur à le demander au lieu de laisser au seul tribunal arbitral le soin de trancher cette question en fonction des circonstances.

60. Il a été fait remarquer que l'alinéa e) n'indiquait pas ce qu'il advenait lorsqu'une partie cherchait intentionnellement à retarder la présentation de ses arguments au tribunal arbitral en vue de tirer profit de la durée de 20 jours des mesures préliminaires pour faire échouer la demande de mesure provisoire ou conservatoire. En réponse, on a fait valoir que cette question ne devait pas faire l'objet de règles trop contraignantes et que la disposition devait viser à offrir au tribunal arbitral une procédure souple pour traiter ce cas.

61. Après un débat, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir une version révisée du projet d'alinéa e) rendant compte des préoccupations, propositions et suggestions ci-dessus.

Alinéa f)

62. Il a été suggéré de supprimer la deuxième phrase de l'alinéa f) dont le contenu se trouvait déjà reflété au paragraphe 6, qui s'appliquait à une mesure préliminaire en vertu de l'alinéa b) du paragraphe 7. Il a été convenu que cette deuxième phrase pouvait de ce fait être supprimée. On a toutefois signalé qu'il serait peut-être important de conserver une référence à la "prorogation" de la mesure préliminaire, car ce terme n'était pas expressément mentionné au paragraphe 6. Il a été répondu que le mot "modification" sous-entendait le droit pour le tribunal arbitral de proroger la mesure préliminaire. On a toutefois estimé qu'il faudrait apporter au paragraphe 6 de plus amples éclaircissements sur la possibilité de proroger une mesure provisoire.

63. En ce qui concerne la première phrase de l'alinéa f), il a été proposé de supprimer la deuxième partie commençant par "à moins qu'il". On a fait valoir que ce membre de phrase n'était pas nécessaire, risquait de créer une confusion entre la mesure provisoire et la mesure préliminaire et pouvait être contraire au principe selon lequel une mesure préliminaire avait une durée de vie fixe de 20 jours. On a cependant fait observer que, sans ce membre de phrase, il risquait d'y avoir un décalage entre le moment où la mesure préliminaire expirait et celui où la mesure provisoire prenait effet, ce qui pouvait être le cas, par exemple, s'il fallait plus de 20 jours pour rendre exécutoire une mesure préliminaire. Il a été dit, en réponse, qu'il serait peut-être nécessaire de préciser à l'alinéa f) que la prorogation d'une mesure préliminaire impliquerait sa conversion en mesure provisoire. On a proposé, pour apporter cette précision, de remplacer les mots "à moins qu'il ne la confirme, la proroge ou la modifie sous la forme d'une mesure provisoire ou conservatoire [ou sous toute autre forme]" par une nouvelle phrase qui serait libellée à peu près

comme suit: “Le tribunal arbitral peut convertir la mesure préliminaire en mesure provisoire ”. Ce point de vue a recueilli un certain soutien. Il a toutefois été estimé qu’il serait peut-être plus simple de dire que le tribunal pouvait prononcer une mesure provisoire qui reprenait tout ou partie du contenu d’une mesure préliminaire.

64. Pour bien insister sur le fait qu’un tribunal arbitral ne pouvait proroger la phase *ex parte* de la procédure au-delà de la limite de 20 jours (que l’on a qualifiée de “date butoir” pour illustrer l’avis selon lequel une mesure préliminaire ne pouvait être prorogée au-delà de cette limite que sous la forme d’une mesure provisoire *inter partes*), il a été proposé de remanier l’alinéa f) comme suit: “En tout état de cause, une mesure préliminaire ordonnée en vertu du présent paragraphe expire après 20 jours à compter de la date à laquelle le tribunal arbitral l’a prononcée”. Cette proposition a bénéficié d’un certain soutien. Le secrétariat a été prié de tenir compte des propositions et suggestions ci-dessus lorsqu’il élaborerait une version révisée de l’alinéa f) que le Groupe de travail examinerait à un stade ultérieur.

Alinéa g)

65. Le Groupe de travail est convenu, lors de son débat sur l’alinéa b) (voir ci-dessus, par. 35 à 38), de modifier l’alinéa g) en ajoutant à la fin de ce dernier un texte du type: “à moins qu’il ne le juge inapproprié ou inutile”.

Alinéa h)

66. Il a été rappelé que l’alinéa h) était inspiré de la règle en vigueur dans certains pays, selon laquelle un avocat avait une obligation spéciale d’informer la juridiction étatique de toutes les questions, y compris celles qui lui étaient défavorables, et que cette règle était considérée comme une garantie fondamentale et une condition essentielle de l’acceptabilité des mesures provisoires *ex parte* (pour les débats antérieurs, voir A/CN.9/545, par. 88). Il a toutefois été dit que l’alinéa h) répétait une obligation qui était déjà énoncée au paragraphe 5, lequel, conformément à l’alinéa b) du paragraphe 7, figurait dans la liste des dispositions s’appliquant au paragraphe 7.

67. Selon un avis, les deux dispositions se distinguaient probablement par le fait que l’alinéa h) énonçait une obligation continue de divulgation, ce que ne faisait pas le paragraphe 5. Il a donc été proposé à propos du paragraphe 5 de remplacer les mots “Le demandeur divulgue sans tarder” par “Le demandeur a l’obligation continue de divulguer”, ce à quoi il a été répondu que, dans sa rédaction actuelle, le paragraphe 5 instaurait déjà une obligation continue.

68. Il a été dit que l’alinéa h) établissait une obligation plus large en exigeant que le demandeur révèle toutes les circonstances que le tribunal arbitral était susceptible de juger pertinentes pour sa décision, que celles-ci aient ou non un lien avec la demande, alors que le paragraphe 5 ne faisait référence qu’aux changements importants des circonstances sur la base desquelles la mesure provisoire avait été demandée ou accordée. Il a été ajouté que le paragraphe 5 traitait des changements importants de circonstances après l’octroi de la mesure provisoire, alors que l’alinéa h) énonçait l’obligation d’informer le tribunal arbitral jusqu’à ce que le défendeur ait fait valoir ses arguments. Étant donné ces différences entre les deux dispositions, le Groupe de travail est convenu de conserver l’alinéa h) de sorte que le demandeur soit impérativement tenu de révéler tous les éléments jusqu’à ce que

l'autre partie ait été entendue. Toutefois, compte tenu du fait que, dans de nombreuses législations nationales, l'obligation faite à une partie de présenter des arguments qui lui étaient défavorables était inconnue ou contraire aux principes généraux du droit procédural, il a été proposé d'étudier éventuellement plus avant la possibilité d'insérer une note de bas de page s'inspirant de l'approche adoptée à l'article 35-2 de la Loi type. Le secrétariat a été invité à prendre note de cette proposition lorsqu'il élaborerait une révision révisée de l'alinéa h) pour que le Groupe de travail l'examine à un stade ultérieur.

Débat général et marche à suivre pour les travaux futurs

69. Faute de temps, le Groupe de travail n'a pas examiné les paragraphes 1 à 6 *bis* du projet d'article 17 (voir ci-dessus, par. 12). On a indiqué qu'il serait nécessaire de rouvrir le débat sur ces projets de dispositions, y compris les propositions de variantes possibles (voir ci-dessus, par. 22) à une session future. Après avoir examiné chacune des dispositions du paragraphe 7, le Groupe de travail est revenu sur son débat général afin de déterminer si une version révisée de l'article 17 devrait chercher à établir un régime juridique pour les mesures provisoires prononcées *ex parte* par un tribunal arbitral et, dans l'affirmative, quelle forme pourrait revêtir un tel régime. Il a été rappelé qu'en l'absence de consensus pour reconnaître ces mesures *ex parte* par le biais de dispositions types qui étaient décrites, par certaines délégations, comme potentiellement préjudiciables à la Loi type et à l'arbitrage commercial en général, la possibilité de ne pas traiter du tout de ces mesures devait rester ouverte. Un autre motif invoqué pour ne pas reconnaître les mesures *ex parte* dans l'arbitrage commercial était le fait qu'un régime comme celui prévu au paragraphe 7 pourrait être particulièrement difficile à appliquer pour les non-juristes (également appelés "arbitres non professionnels"). L'espoir a été exprimé que, même si le Groupe de travail ne parvenait pas à un consensus sur un régime juridique applicable aux mesures provisoires *ex parte*, un certain nombre d'options pourraient au moins être décrites dans le texte révisé de la Loi type à l'intention des législateurs nationaux et d'autres utilisateurs de cet instrument. Selon l'avis qui a prévalu, toutefois, aucun effort ne devait être épargné pour préserver les progrès accomplis par le Groupe de travail à la session en cours pour parvenir à s'entendre unanimement sur une reconnaissance limitée des mesures *ex parte* sous la forme de mesures préliminaires.

70. Le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir une version révisée du paragraphe 7, en exposant différentes options qu'il faudrait peut-être prendre en considération lors de la finalisation de dispositions législatives types visant à assurer cette reconnaissance limitée des mesures *ex parte*. Il a été convenu en particulier qu'il faudrait peut-être envisager différentes variantes pour le texte suivant les quatre approches ci-après susceptibles d'être adoptées à propos du paragraphe 7: possibilité pour les parties d'opter pour le paragraphe; ou de l'exclure; et possibilité pour l'État adoptant d'opter pour le paragraphe; ou de l'exclure (voir ci-dessus, par. 18 à 21). À cet égard, il a été souligné que, lors de l'élaboration d'une version révisée, les aspects ci-après devraient éventuellement être pris en compte: une disposition qui serait insérée dans un ensemble de règles similaires au paragraphe 7 pour permettre aux parties de choisir l'application desdites règles devrait préserver la liberté des parties de conclure des accords contenant d'autres règles juridiques sur les mesures provisoires *ex parte*; une telle disposition devrait préciser si elle donnait la possibilité aux parties de déroger aux

dispositions de la Loi type concernant l'égalité entre parties et le droit des parties d'être entendues; il faudrait également préciser les conséquences de telles dérogations en ce qui concerne les articles 34 et 36 de la Loi type; dans le cas où une disposition de ce type serait élaborée pour les législateurs nationaux, il faudrait peut-être indiquer si, en l'absence de dispositions spécifiques concernant les mesures provisoires *ex parte*, le texte devrait être interprété comme autorisant ou n'autorisant pas les tribunaux arbitraux à prononcer de telles mesures.

71. Il a été également convenu que le Groupe de travail devrait examiner plus avant si la possibilité de demander l'*exequatur* des mesures préliminaires devrait ou non être prévue et, dans l'affirmative, si des règles détaillées pourraient être énoncées à ce sujet dans le projet d'article 17 *bis*.

72. Le Groupe de travail a noté qu'à sa prochaine session prévue à New York du 10 au 14 janvier 2005, il devrait décider si quelques-uns au moins des projets d'articles de la Loi type actuellement inscrits à son programme de travail (à savoir les projets d'articles 7, 17, 17 *bis* et 17 *ter*) ainsi que les conclusions de ses travaux sur l'interprétation des conditions de forme prescrites par la Convention de New York pour la Convention d'arbitrage pourraient être présentés à la Commission pour examen final et adoption à sa trente-huitième session (Vienne, 4-22 juillet 2005).

IV. Insertion éventuelle de la Convention de New York dans la liste des instruments internationaux auxquels s'applique le projet de convention sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux

73. Le Groupe de travail a entendu une brève introduction au projet de convention en cours d'élaboration par le Groupe de travail IV, sa relation avec la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et son objectif, qui est de fournir un régime uniforme pour l'utilisation des communications électroniques dans la formation et l'exécution des contrats internationaux.

74. On s'est déclaré favorable dans l'ensemble à l'insertion dans le projet de convention d'une référence à la Convention de New York, qui devrait apporter la clarté nécessaire en ce qui concerne la prescription de la forme écrite mentionnée à l'article II-2 et les autres prescriptions concernant les communications écrites dans le texte de la Convention de New York. Selon un avis largement partagé, une autre raison impérieuse de mentionner la Convention de New York dans le projet de convention serait d'éviter certaines des difficultés que l'on pouvait prévoir si la Convention de New York elle-même devait être modifiée.

75. Une crainte générale a été que si l'on faisait référence à la Convention de New York dans le projet de convention, on risquait d'avoir deux groupes d'États, selon que ceux qui étaient parties à la Convention de New York avaient ou non ratifié aussi le projet de convention. En réponse, on a fait observer que, bien qu'il soit peut-être nécessaire d'examiner plus avant la relation entre les deux instruments, l'utilisation à grande échelle de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, dont s'inspirait le projet de convention, avait déjà créé une situation dans laquelle il était possible de faire une distinction entre les États parties

à la Convention de New York en fonction de leur adoption éventuelle de la Loi type et de l'impact de cette adoption au regard de l'article VII de la Convention de New York.

76. Il était entendu que l'insertion dans le projet d'instrument d'une référence à la Convention de New York n'apporterait pas de solution à toutes les questions soulevées par l'interprétation de l'article II-2 de cette Convention. Il était entendu aussi qu'une telle insertion n'aurait pas d'effet négatif sur les délibérations futures qu'il pourrait être nécessaire au Groupe de travail de tenir à cet égard.

77. Pour ce qui est du libellé détaillé des dispositions du projet de convention qui influerait sur l'interprétation de la Convention de New York, un certain nombre de remarques ont été faites. Selon l'une d'elles, il faudrait examiner avec soin le champ d'application du projet de convention tel qu'il figure à l'alinéa 4 de son article premier à la lumière des variantes A et B. Selon une autre remarque, les exclusions prévues, entre autres, aux alinéas c) et g) du projet d'article 2 étaient peut-être formulées de manière trop générale pour être vraiment conciliables avec la Convention de New York. Selon une autre remarque encore, il faudrait indiquer clairement si la notion de "contrat", telle qu'elle est employée dans le projet de convention, englobait une convention d'arbitrage. Il serait peut-être nécessaire aussi de se montrer plus précis pour ce qui est de l'application du projet de convention non seulement à la formation mais aussi à l'exécution du contrat. L'avis a été exprimé que, tandis que l'article IV-1 de la Convention de New York permettait l'utilisation d'une "copie réunissant les conditions requises pour son authenticité" pour obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale, cette notion n'était peut-être pas traitée de façon satisfaisante dans le projet de convention.

78. Il a été demandé si la règle énoncée au paragraphe 2 de l'article 10 du projet de convention, selon laquelle une communication électronique est présumée être reçue par le destinataire lorsqu'elle entre "dans un système d'information de ce destinataire" couvrait de façon satisfaisante le type de communications échangées aux fins d'une convention d'arbitrage.

79. Le Groupe de travail est convenu qu'une étroite coordination avec le Groupe de travail IV était nécessaire et que les questions ci-dessus pourraient être examinées plus avant à sa prochaine session. Les délégations ont été encouragées à avoir des consultations et à communiquer leurs observations au secrétariat pour la préparations des délibérations futures des deux groupes.

V. Questions diverses

80. Le Groupe de travail a pris note d'une proposition selon laquelle, lors de la planification de ses travaux futurs, il pourrait examiner en priorité les questions relatives à la résolution en ligne des conflits et à la révision éventuelle des Règles d'arbitrage de la CNUDCI.

B. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux – mesures provisoires ou conservatoires, soumise au Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation à sa quarante et unième session

(A/CN.9/WG.II/WP.131) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
	Introduction	1-3
I.	Projet d'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires	4-45
	A. Texte du projet d'article 17	4
	B. Questions à examiner plus avant	5-8
	C. Notes sur le projet d'article 17	9-45
II.	Projet de disposition sur la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires (destiné à être inséré dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international en tant que nouvel article, numéroté provisoirement 17 *bis*)	46-73
	A. Texte du projet d'article 17 *bis*	46
	B. Questions à examiner plus avant	47-53
	C. Notes relatives au projet d'article 17 *bis*	54-73

Introduction

1. À sa quarantième session (New York, 23-27 février 2004), le Groupe de travail a examiné une version nouvellement révisée du projet d'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ("La Loi type") relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires (voir A/CN.9/547, par. 68 à 116)[1].

2. À cette session, le Groupe de travail a examiné également une nouvelle version révisée de la disposition relative à la reconnaissance et à l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires (destinée à être insérée dans la Loi type en

[1] A/CN.9/545, par. 19 à 92; A/CN.9/523, par. 15 à 76; A/CN.9/508, par. 51 à 94; A/CN.9/487, par. 64 à 75; A/CN.9/468, par. 80 à 84.

tant que nouvel article numéroté provisoirement 17 *bis*) (A/CN.9/547, par. 12 à 67)[2].

3. La présente note contient deux dispositions révisées sur la base des discussions et décisions du Groupe de travail à sa quarantième session, l'une relative à l'article 17 de la Loi type sur le pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires (Partie I), l'autre relative à la reconnaissance et à l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires (Partie II).

I. Projet d'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires

A. Texte du projet d'article 17

4. Pour faciliter la reprise des discussions, le texte ci-après présente une version nouvellement révisée de l'article 17 de la Loi type sur la base des discussions et décisions du Groupe de travail à sa quarantième session (A/CN.9/547, par. 68 à 116), (ci-après "le projet d'article 17"):

"1) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, accorder des mesures provisoires ou conservatoires.

2) Une mesure provisoire ou conservatoire est toute mesure temporaire, qu'elle prenne la forme d'une sentence ou une autre forme, par laquelle, à tout moment, avant le prononcé de la sentence qui tranchera définitivement le litige, le tribunal arbitral ordonne à une partie:

a) De préserver ou de rétablir le statu quo en attendant que le litige ait été tranché;

b) De prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer, immédiatement ou sous peu un préjudice [, ou de porter atteinte à la procédure arbitrale elle-même];

c) De fournir un moyen de sauvegarder des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence ultérieure; ou

d) De sauvegarder les éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du litige.

3) La partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire convainc le tribunal arbitral que:

a) Un préjudice ne pouvant être réparé de façon adéquate par l'octroi de dommages-intérêts sera probablement causé si la mesure n'est pas ordonnée, et qu'un tel préjudice l'emporte largement sur celui que subira

---

[2] A/CN.9/545, par. 93 à 112; A/CN.9/524, par. 16 à 75; A/CN.9/523, par. 78 à 80; A/CN.9/487, par. 76 à 87; A/CN.9/485, par. 78 à 103; A/CN.9/468, par. 60 à 79.

probablement la partie contre laquelle cette mesure est dirigée si celle-ci est accordée; et

b) Il y a une possibilité raisonnable de voir le demandeur obtenir gain de cause sur le fond, étant entendu qu'aucune décision à cet égard ne porte atteinte à la liberté d'appréciation du tribunal arbitral lorsqu'il prendra une décision ultérieure quelconque.

4) Le tribunal arbitral peut faire obligation au demandeur ou à toute autre partie de constituer une garantie appropriée en liaison avec une telle mesure provisoire ou conservatoire.

5) Le demandeur divulgue sans tarder tout changement important des circonstances sur la base desquelles il a demandé, ou le tribunal a accordé, la mesure provisoire ou conservatoire.

6) Le tribunal arbitral peut modifier, suspendre ou annuler une mesure provisoire ou conservatoire qu'il a accordée, à tout moment, à la demande de l'une quelconque des parties ou, dans des circonstances exceptionnelles, de sa propre initiative à condition d'en aviser préalablement les parties.

6 *bis*) Le demandeur est responsable de tous les dommages et de tous les frais causés par la mesure provisoire ou conservatoire à la partie contre laquelle elle est dirigée, si le tribunal arbitral décide par la suite qu'en l'espèce la mesure n'aurait pas dû être accordée. Le tribunal peut ordonner le versement de frais et de dommages-intérêts à tout moment pendant la procédure.

7) a) [Sauf convention contraire des parties,] lorsque la divulgation préalable d'une mesure provisoire à la partie contre laquelle elle est dirigée risque de compromettre cette mesure, le demandeur peut former sa demande sans en aviser cette partie et demander une mesure préliminaire [l'enjoignant à préserver le statu quo jusqu'à ce qu'elle se soit manifestée auprès du tribunal et que celui-ci se soit prononcé sur la demande].

b) Les dispositions des paragraphes [2),] 3), 5), 6) et 6 *bis*) du présent article s'appliquent à toute mesure préliminaire que le tribunal arbitral peut accorder en vertu du présent paragraphe.

c) [Le tribunal arbitral peut accorder une mesure préliminaire s'il conclut que la mesure provisoire demandée risque autrement d'être compromise avant que toutes les parties puissent être entendues.]

d) Une fois que le tribunal arbitral a pris une décision concernant une mesure préliminaire, il adresse immédiatement notification à la partie contre laquelle cette mesure préliminaire est dirigée de la demande, de la mesure préliminaire, le cas échéant, et de toutes autres communications entre une partie quelconque et le tribunal arbitral relative à la demande [, à moins qu'il ne décide [conformément à l'alinéa i) du présent paragraphe[3]] qu'une telle

---

[3] Alinéa proposé concernant le report de la notification pour permettre l'exécution par une juridiction étatique:

"[i) Si la notification par le tribunal arbitral risque de compromettre l'exécution de la

notification devrait être différée jusqu'à exécution par une juridiction étatique ou expiration de la mesure préliminaire].

e) La partie contre laquelle l'ordonnance préliminaire est dirigée a la possibilité de présenter ses arguments devant le tribunal arbitral le plus rapidement possible et [en tout état de cause] dans un délai ne dépassant pas 48 heures après la notification, ou à toutes [autres] dates et heures [antérieures] appropriées dans les circonstances.

f) Une mesure préliminaire ordonnée en vertu du présent paragraphe expire après 20 jours à compter de la date à laquelle le tribunal arbitral l'a ordonnée, à moins qu'il ne la confirme, la proroge ou la modifie sous la forme d'une mesure provisoire ou conservatoire [ou sous toute autre forme]. Cette confirmation, prorogation, ou modification n'intervient qu'après que la partie contre laquelle la mesure préliminaire est dirigée a été avisée et que la possibilité lui a été donnée de présenter ses arguments.

g) Le tribunal arbitral fait obligation au demandeur de constituer une garantie appropriée en liaison avec une telle mesure préliminaire.

h) Tant que la partie contre laquelle la mesure préliminaire est dirigée n'a pas présenté ses arguments en vertu de l'alinéa e) ci-dessus, le demandeur a l'obligation d'informer le tribunal arbitral de toutes les circonstances que celui-ci est susceptible de juger pertinentes pour sa décision d'accorder ou non une mesure préliminaire en vertu de l'alinéa c) ci-dessus."

B. Questions à examiner plus avant

5. À sa quarantième session, le Groupe de travail est convenu qu'il pourrait être nécessaire d'examiner plus avant les questions de fond ci-après.

Alinéa b) du paragraphe 2 – Injonctions antipoursuites (Anti-suit injunctions)

6. À sa quarantième session, le Groupe de travail a entendu des points de vue divergents sur la question de savoir si le paragraphe 2 de l'article 17 pouvait être interprété comme autorisant un tribunal arbitral à prononcer une injonction antipoursuites (A/CN.9/547, par. 75 à 83). Après un débat, le Groupe de travail est convenu de modifier l'alinéa b) du paragraphe 2 pour préciser que les injonctions antipoursuites étaient comprises dans la définition des mesures provisoires ou

---

mesure préliminaire par une juridiction étatique, le tribunal arbitral peut reporter la notification à la partie contre laquelle la mesure préliminaire est dirigée, de la demande, de la mesure préliminaire et de toutes autres communications entre une partie quelconque et le tribunal arbitral relative à la demande. La durée d'un tel report doit être indiquée dans la décision et ne peut dépasser la durée maximale de la mesure préliminaire. À l'expiration de la période fixée pour le report de la notification, le tribunal arbitral avise immédiatement la partie concernée de la demande, de la mesure préliminaire et de toutes autres communications entre une partie quelconque et le tribunal arbitral relative à la demande. La possibilité est donnée à la partie contre laquelle la mesure préliminaire est dirigée de présenter ses arguments devant le tribunal arbitral le plus rapidement possible et [en tout état de cause] au plus tard dans un délai ne dépassant pas 48 heures après la notification ou à toutes [autres] dates et heures [antérieures] appropriées dans les circonstances.]"

conservatoires (voir par. 12 ci-dessous). Toutefois, notant que les incidences du libellé proposé n'avaient pas été examinées dans leur intégralité, le Groupe de travail est convenu d'examiner plus avant cette proposition lors d'une prochaine session (A/CN.9/547, par. 83).

Alinéa a) du paragraphe 3 – Interaction avec le paragraphe 2

7. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner aussi si les obligations générales énoncées au paragraphe 3 s'appliquent ou non de façon adéquate à tous les types de mesures provisoires énumérées au paragraphe 2. Il est rappelé qu'à la quarantième session du Groupe de travail, on a dit, par exemple, qu'il ne serait pas approprié de prévoir dans tous les cas qu'une partie demandant simplement une mesure provisoire pour sauvegarder des éléments de preuve au titre du paragraphe 2 d) doive nécessairement démontrer qu'un préjudice exceptionnel serait causé si la mesure provisoire n'était pas ordonnée, ou d'exiger de cette partie qu'elle satisfasse d'une autre manière au seuil très élevé établi au paragraphe 3 (A/CN.9/547, par. 91).

Paragraphe 7 – Mesures ex parte

8. À la quarantième session du Groupe de travail, la question de l'insertion d'une disposition habilitant le tribunal arbitral à ordonner des mesures provisoires *ex parte* restait très controversée (A/CN.9/547, par. 109 à 112), et elle est examinée plus avant ci-dessous aux paragraphes 27 à 45.

C. Notes sur le projet d'article 17

Paragraphe 1

9. Le paragraphe 1 a été reproduit tel qu'il figurait dans la version précédente contenue dans le document A/CN.9/547, par. 68 (A/CN.9/547, par. 69)[4].

Paragraphe 2[5]

Chapeau – "qu'elles prennent la forme d'une sentence ou une autre forme"

10. Il est rappelé que le Groupe de travail, après avoir examiné la forme sous laquelle une mesure provisoire pourrait être prononcée par un tribunal arbitral, a réitéré sa décision de ne pas modifier le chapeau du paragraphe 2 (A/CN.9/547, par. 70 à 72). Il est convenu que tout texte explicatif qui serait élaboré ultérieurement éventuellement, sous la forme d'un guide pour l'incorporation du projet d'article 17, devrait indiquer clairement que le libellé adopté, en ce qui concerne la forme sous laquelle une mesure provisoire pouvait être prononcée, ne devait pas être interprétée à tort comme une prise de position sur la question controversée de savoir si une mesure provisoire prononcée sous forme d'une

---

[4] A/CN.9/545, par. 20; A/CN.9/523, par. 34; A/CN.9/508, par. 52 à 54.

[5] A/CN.9/545, par. 21 à 27; A/CN.9/523, par. 35 à 38; A/CN.9/508 par. 64 à 76.

sentence serait ou non exécutoire en vertu de la Convention de New York (A/CN.9/547, par. 72)[6].

Alinéa a)

11. L'alinéa a) est reproduit tel qu'il figurait dans la version précédente contenue dans le document A/CN.9/547, par. 68.

Alinéa b) – Injonctions antipoursuites

12. Le texte de l'alinéa b) reflète la décision du Groupe de travail selon laquelle il faudrait, par souci de clarté, conférer expressément aux tribunaux arbitraux le pouvoir de prononcer des injonctions antipoursuites et, à cette fin, ajouter les mots "ou porter atteinte à la procédure arbitrale elle-même" à la fin de l'alinéa b). Toutefois, pour les raisons mentionnées au paragraphe 6 ci-dessus, cette proposition a été insérée entre crochets, et sera examinée plus avant lors d'une prochaine session (A/CN.9/547, par. 83).

Alinéa c) – [préliminaire]; [garantir] – [sauvegarder]

13. Le mot "préliminaire" a été supprimé car il prêtait à confusion et n'ajoutait rien au sens de la disposition (A/CN.9/547, par. 73); pour une discussion antérieure sur ce point, voir A/CN.9/545, par. 26) et le mot "sauvegarder" a été conservé de préférence au mot "garantir", car ce dernier pouvait être interprété comme un moyen particulier de protéger des biens (A/CN.9/547, par. 74)[7].

Alinéa d)

14. L'alinéa d) est reproduit tel qu'il figurait dans la version précédente contenue dans le document A/CN.9/547, paragraphe 68.

Paragraphe 3[8]

Alinéa a) – "Préjudice irréparable"

15. Le projet d'alinéa a) est conforme à la proposition du Groupe de travail de remplacer le terme "préjudice irréparable" par "préjudice ne pouvant être réparé de façon adéquate par l'octroi de dommages-intérêts" (A/CN.9/547, par. 89). On a fait valoir que cette proposition visait à répondre aux craintes selon lesquelles un préjudice irréparable pourrait constituer un seuil trop élevé et qu'elle ferait apparaître plus clairement le pouvoir d'appréciation du tribunal arbitral pour se prononcer sur l'octroi d'une mesure provisoire (A/CN.9/547, par. 84 à 89)[9].

Alinéa a) – Interaction avec le paragraphe 2

16. Selon un avis exprimé à la quarantième session du Groupe de travail, la référence au "préjudice", à l'alinéa a) du paragraphe 3, pouvait créer une confusion

---

[6] A/CN.9/523, par. 36; A/CN.9/508, par. 65 à 68.
[7] A/CN.9/545, par. 26.
[8] A/CN.9/545, par. 28 à 32; A/CN.9/523, par. 39 à 44; A/CN.9/508, par. 55 à 58.
[9] A/CN.9/545, par. 29; et A/CN.9/508, par. 56.

avec les mots “immédiatement ou sous peu un préjudice” figurant à l’alinéa b) du paragraphe 2, et le critère énoncé au paragraphe 3 risquerait alors d’être interprété comme s’appliquant uniquement aux mesures accordées aux fins de l’alinéa b) du paragraphe 2 (A/CN.9/547, par. 90). On estime toutefois que la définition large des mesures provisoires qui figure au paragraphe 2 n’est pas en contradiction avec le fait que la partie demandant la mesure provisoire doit présenter des éléments de preuve indiquant un “préjudice ne pouvant être réparé de façon adéquate par l’octroi de dommages-intérêts” (voir A/CN.9/WG.II/WP.123, par. 15)[10].

Alinéa b)

17. L’alinéa b) est reproduit tel qu’il figurait dans la version précédente contenue dans le document A/CN.9/547, paragraphe 68[11].

Paragraphe 4[12]

18. Le projet de paragraphe 4 tient compte de la proposition faite par le Groupe de travail à sa quarantième session de le modifier de manière que la constitution d’une garantie ne devrait pas être considérée comme une condition suspensive de l’octroi d’une mesure provisoire (A/CN.9/547, par. 92), et interprétée comme une disposition indépendante autorisant le tribunal à ordonner la constitution d’une garantie à tout moment pendant la procédure, ou comme limitant l’ordre de constituer une garantie uniquement au moment où il était saisi de la demande (A/CN.9/547, par. 94).

“en liaison avec”

19. Le Groupe de travail a précisé que selon lui, au projet de paragraphe 4 tel qu’adopté, l’expression “en liaison avec” devrait être interprétée de façon étroite de manière que le sort de la mesure provisoire soit lié à la constitution d’une garantie (A/CN.9/547, par. 94).

“ou”

20. Sur le plan rédactionnel, on a fait observer que l’emploi du mot “ou” était plus approprié que le mot “et” pour indiquer que le tribunal arbitral pouvait faire obligation soit au demandeur, soit à toute autre partie de constituer une garantie appropriée (A/CN.9/547, par. 95).

Paragraphe 5[13]

Obligation d’informer

21. Le projet de paragraphe 5 reflète la décision du Groupe de travail selon laquelle l’obligation d’informer devrait être exprimée de façon plus neutre et éviter

---

[10] A/CN.9/523, par. 42.
[11] A/CN.9/545, par. 31 et 32.
[12] A/CN.9/545, par. 33 et 34; A/CN.9/523, par. 45 à 48; A/CN.9/508, par. 59 à 63.
[13] A/CN.9/545, par. 44 à 48; A/CN.9/543, par. 49.

de tirer la conclusion que le paragraphe excluait l'obligation prévue à l'article 24-3 de la Loi type (A/CN.9/547, par. 97 et 98)[14].

Sanction pour non-respect

22. Il est rappelé que le Groupe de travail était convenu qu'il était inutile d'inclure expressément une sanction au paragraphe 5 en cas de non-respect de l'obligation d'informer de tout changement important des circonstances ou au paragraphe 6, car en tout état de cause, la sanction habituelle, en cas du non-respect de l'obligation de divulguer, était soit la suspension ou l'annulation de la mesure, soit l'octroi de dommages-intérêts (A/CN.9/547, par. 99 et 100)[15].

Paragraphe 6[16]

"qu'il a accordée"

23. Les mots "qu'il a accordée" ont été conservés sans crochets, pour montrer que le tribunal arbitral pouvait modifier ou annuler uniquement la mesure provisoire qu'il avait lui-même prononcée (A/CN.9/547, par. 102 à 104).

Paragraphe 6 *bis*

24. Il est rappelé, qu'afin de faciliter les délibérations sur le paragraphe 6 *bis*, le secrétariat avait établi une note (A/CN.9/WG.II/WP.127) contenant des informations communiquées par les États à propos des régimes de responsabilité prévus dans leur législation interne pour les mesures provisoires ou conservatoires. Il a été fait observer que les lois nationales décrites dans la note en question appliquaient le même régime de responsabilité aux mesures *inter partes* et aux mesures *ex parte*. Pour cette raison, il a été suggéré que les crochets entourant le paragraphe soient supprimés et que le Groupe de travail examine les améliorations pouvant être apportées au texte (A/CN.9/547, par. 105)[17].

25. Le projet de paragraphe 6 *bis* contient la proposition adoptée par le Groupe de travail à sa quarantième session (A/CN.9/547, par. 106 à 108) et reflète son point de vue selon lequel la décision finale sur le fond ne devait pas constituer un facteur essentiel pour déterminer si la mesure provisoire était justifiée ou non.

26. Il a également été convenu que tout texte explicatif accompagnant le paragraphe 6 *bis* devrait préciser que le mot "procédure" figurant dans ce paragraphe désignait la procédure arbitrale et non la procédure relative à la mesure provisoire (A/CN.9/547, par. 108).

---

[14] A/CN.9/454, par. 45.
[15] A/CN.9/523, par. 49.
[16] A/CN.9/454, par. 35 à 43; A/CN.9/523, par. 50 à 52.
[17] A/CN.9/545, par. 48, 60 et 61, 64 à 66.

Paragraphe 7

Mesures ex parte

27. À sa trente-neuvième session, le Groupe de travail avait procédé à un examen détaillé du paragraphe 7 et était convenu de débattre à sa session suivante de la question de savoir si, sur le plan des principes, une décision sur les mesures provisoires accordées *ex parte* devait être maintenue dans le projet d'article 17 (A/CN.9/547, par. 110). Le projet de paragraphe 7, tenant compte des discussions du Groupe de travail à sa trente-neuvième session, est reproduit dans les documents A/CN.9/547, paragraphe 68 et A/CN.9/WG.II/WP.128 ("version du secrétariat").

28. À la quarantième session du Groupe de travail, un certain nombre de variantes ont été proposées pour la version du secrétariat (A/CN.9/547, par. 68 et A/CN.9/WG.II/WP.128). Ces variantes sont reproduites dans le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa quarantième session (A/CN.9/547, par. 114 et 115).

29. À la trente-septième session de la Commission (New York, 14-25 juin 2004), l'opinion selon laquelle la question des mesures provisoires *ex parte*, dont la Commission a convenu qu'elle restait un sujet important et controversé, ne devrait pas retarder les progrès sur la révision de la Loi type a été réitérée, et l'on a exprimé l'espoir que le Groupe de travail parviendrait à un consensus sur cette question à sa prochaine session, sur la base d'une version révisée à établir par le secrétariat.

30. Tenant compte des diverses propositions faites à la quarantième session du Groupe de travail, le secrétariat a établi une version révisée de paragraphe 7 en vue de trouver un consensus ("la version révisée").

Alinéa a) de la version révisée

31. L'alinéa a) de la version révisée définit les mesures provisoires *ex parte*. Les principales modifications sont les suivantes:

"[Sauf convention contraire des parties]"

32. Les mots entre crochets "[Sauf convention contraire des parties]" reflètent le principe selon lequel les mesures provisoires *ex parte* devraient être disponibles par défaut, approche qui correspond à celle qui est adoptée dans la Loi type. La formule de l'option positive, qui a été examinée par le Groupe de travail à sa trente-neuvième session et a conduit à l'insertion dans la version du secrétariat (A/CN.9/547, par. 68 et A/CN.9/WG.II/WP.128) des mots entre crochets "[si les parties en sont expressément convenues]", serait inhabituelle pour un instrument législatif et n'a pas été incluse dans la version révisée. Cette question reste néanmoins une question ouverte que le Groupe de travail devra examiner plus avant (A/CN.9/545, par. 52).

"Mesure préliminaire"

33. Le terme "mesure préliminaire" est employé, au lieu de "mesure provisoire", pour désigner une mesure provisoire *ex parte*. L'objectif est de souligner le caractère temporaire et extraordinaire de la mesure.

34. Le Groupe de travail devra décider s'il faudrait ou non définir "mesure préliminaire" et, dans l'affirmative, si cette définition devrait se limiter à une

mesure qui est à la fois strictement limitée dans sa durée (voir par. 39 ci-dessous) et destinée exclusivement à préserver le statu quo jusqu'à ce que l'autre partie se soit manifestée auprès du tribunal et que celui-ci ait statué sur la demande comme il est indiqué entre crochets à l'alinéa a) du texte révisé (voir par. 36 ci-dessous).

"exceptionnellement" – "besoin urgent de prendre cette mesure"

35. La version révisée ne conserve pas l'adverbe "exceptionnellement" ni le "besoin urgent". Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner plus avant si ce sont des conditions spécifiques pour l'octroi d'une mesure provisoire *ex parte*.

Alinéa b) de la version révisée

"Conditions énoncées au paragraphe 3"

36. Au lieu de conserver une référence à l'application des conditions énoncées au paragraphe 3, qui a été considéré comme ambigu et pouvait être interprété à tort comme signifiant que les paragraphes 5 et 6 ne s'appliquaient pas aux mesures provisoires prononcées *ex parte*, l'alinéa b) de la version révisée comprend une référence plus large à l'application de l'article 17, en indiquant que: "les dispositions des paragraphes [2], 3, 5, 6 et 6 *bis* du présent article s'appliquent à toute mesure préliminaire qu'un tribunal arbitral peut accorder en vertu du présent paragraphe" (voir aussi A/CN.9/545, par. 56). Le Groupe de travail souhaitera peut-être confirmer en outre lesquelles des dispositions générales applicables aux mesures provisoires s'appliquent également aux mesures préliminaires. Selon la définition de "mesure préliminaire" au paragraphe 7 a), il ne serait nécessaire de conserver, dans le paragraphe 7 b), la référence au paragraphe 2, que si le Groupe de travail décidait que la définition de mesure préliminaire et de mesure provisoire devrait être la même. Si les mesures préliminaires sont définies au paragraphe 7 a) comme un sous-ensemble des mesures provisoires, la référence au paragraphe 2 serait supprimée. Il est fait observer que le paragraphe 4 ne s'appliquerait pas à une mesure préliminaire, car l'exigence de la disposition relative à la sécurité dans le contexte d'une mesure préliminaire est énoncée au paragraphe 7 g).

Alinéa c) de la version révisée

37. L'alinéa c) a été inséré pour conférer un peu plus de sécurité en ce qui concerne le pouvoir du tribunal arbitral d'accorder une mesure préliminaire. Le Groupe de travail souhaitera peut-être décider si une telle disposition est ou non nécessaire.

Alinéa d) de la version révisée

38. L'alinéa d) traite de la question de la notification à l'autre partie à la fois de la demande *ex parte* et de la mesure préliminaire, le cas échéant. Il reprend en partie l'alinéa e) de la version du secrétariat (A/CN.9/547, par. 68 et A/CN.9/WG.II/WP.128), avec les différences ci-après:

– La version révisée mentionne la notification de la demande et de toutes autres communications et non seulement la notification de la mesure;

– Tout en prévoyant une certaine flexibilité pour le tribunal arbitral pour ce qui est de savoir quand le défendeur devrait être entendu, la proposition précise le moment auquel la notification devrait être donnée;

– La deuxième partie de l'alinéa d) de la version révisée placée entre crochets aborde la question sensible de l'exécution de mesures provisoires *ex parte* et cherche à répondre à l'idée selon laquelle le fait de donner notification de la mesure provisoire dès qu'elle a été prononcée risquait de supprimer l'élément de surprise requis pour rendre des mesures *ex parte* efficaces et de ne pas laisser le temps de chercher à la faire exécuter auprès d'une juridiction étatique (A/CN.9/545, par. 78). L'alinéa d) renvoie à l'alinéa i) qui figure dans une note de bas de page accompagnant le texte, et qui a trait au report de la notification aux fins d'exécution par une juridiction étatique. Le Groupe de travail n'a pas encore examiné en détail la question de savoir s'il fallait ou non inclure une disposition autorisant l'exécution par une juridiction étatique d'une mesure provisoire *ex parte*. Il devra peut-être examiner le paragraphe i) proposé lorsqu'il discutera de la question de savoir si un régime applicable à l'exécution d'une mesure provisoire *ex parte* par une juridiction étatique devrait ou non être inclus dans la Loi type.

Alinéa e) de la version révisée

39. L'alinéa e) de la version révisée traite de la possibilité pour le défendeur de présenter ses arguments, et du délai dont il dispose pour le faire. À cet égard, il est rappelé qu'à la trente-neuvième session du Groupe de travail, des réserves avaient été exprimées quant à l'inclusion d'un délai de 48 heures ou de tout autre délai précis, qui pourrait se révéler trop rigide et inadéquat selon les circonstances. Il a été souligné par ailleurs que le fait d'introduire un libellé permettant au tribunal arbitral d'envisager toutes autres date et heure appropriées dans les circonstances pouvait conférer de la souplesse, mais risquait aussi de rendre illogique le maintien, dans la même disposition, d'une référence à un délai fixé. Selon un avis largement partagé, cependant, l'inclusion d'un délai fixe servait deux objectifs, à savoir souligner que la possibilité d'être entendu était urgente, et appeler l'attention du tribunal arbitral sur le fait qu'il devait être prêt à se réunir de nouveau pour accorder au défendeur la possibilité d'être entendu (A/CN.9/545, par. 79).

40. Il est rappelé qu'à sa trente-neuvième session, le Groupe de travail est convenu que les mots "possibilité d'être entendu" devraient être remplacés par "possibilité de présenter ses arguments", afin d'inclure à la fois l'audition et une soumission écrite du défendeur (A/CN.9/545, par. 80).

41. Le libellé de l'alinéa e) devra être remanié lorsque le Groupe de travail aura examiné la question de savoir si l'exécution d'une mesure provisoire *ex parte* devrait être autorisée.

Alinéa f) de la version révisée

42. La version révisée, qui s'inspire largement de l'alinéa f) de la version du secrétariat (A/CN.9/547, par. 68 et A/CN.9/WG.II/WP.128), reflète la décision du Groupe de travail de simplifier cet alinéa (A/CN.9/545, par. 83 et 84).

Alinéa g) de la version révisée

43. Le libellé de l'alinéa g) reflète la décision du Groupe de travail selon laquelle, par souci de cohérence, il devrait être aligné sur celui du paragraphe 4 concernant la constitution d'une garantie dans le contexte des mesures provisoires *inter partes*, si ce n'est que les mots "peut faire obligation" pourraient être remplacés par les mots "fait obligation" (A/CN.9/545, par. 69) et que l'octroi d'une telle mesure devrait être subordonné à l'application de l'alinéa g) (A/CN.9/545, par. 70).

44. La version révisée tient compte de la décision du Groupe de travail selon laquelle la constitution d'une garantie ne devrait pas être une condition suspensive de l'octroi d'une mesure provisoire (A/CN.9/547, par. 92 à 94, voir également par. 18 ci-dessus).

Alinéa h) de la version révisée

45. L'alinéa h) de la version révisée tient compte des propositions faites par le Groupe de travail à sa trente-neuvième session (A/CN.9/545, par. 91 et 92).

II. Projet de disposition sur la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires (destiné à être inséré dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international en tant que nouvel article, numéroté provisoirement 17 *bis*)

A. Texte du projet d'article 17 *bis*

46. Pour faciliter la reprise des discussions, le texte ci-après présente une nouvelle version révisée de la disposition relative à la reconnaissance et à l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires (ci-après "projet d'article 17 *bis*"), fondée sur les discussions et décisions du Groupe de travail à sa quarantième session (A/CN.9/545, par. 12 à 67):

> "1) Une mesure provisoire ou conservatoire prononcée par un tribunal arbitral est reconnue comme s'imposant aux parties et, sauf indication contraire du tribunal arbitral, est mise à exécution sur demande auprès de la juridiction étatique compétente, quel que soit le pays où elle a été prononcée, sous réserve des dispositions du présent article*.
>
> 2) La juridiction étatique peut refuser de reconnaître ou de faire exécuter une mesure provisoire uniquement si:
>
> a) À la demande de la partie contre laquelle cette mesure est invoquée, elle a la conviction:

---

* Les conditions énoncées dans cet article visent à limiter le nombre de cas où la juridiction étatique peut refuser l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires. L'harmonisation que les dispositions types cherchent à réaliser ne serait pas compromise si un État décidait de retenir un nombre de cas plus réduit.

i) [Qu'une question de fond se pose à propos de l'un quelconque des motifs de refus] [Que ce refus est justifié par les motifs] exposés à l'article 36-1 a) i), iii) ou iv); ou

ii) Que ce refus est justifié par les motifs exposés à l'article 36-1 a) ii); ou

[iii) Que l'obligation de constituer une garantie appropriée en liaison avec la mesure provisoire prononcée par le tribunal arbitral n'a pas été respectée;] ou

iv) Que la mesure provisoire a été annulée ou suspendue par le tribunal arbitral ou, lorsqu'elle y est habilitée, par la juridiction étatique de l'État dans lequel, [ou conformément à la loi duquel, cette mesure a été accordée] [a lieu l'arbitrage]; ou

b) Si la juridiction étatique constate:

i) Que la mesure provisoire est incompatible avec les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, à moins qu'elle ne décide de reformuler cette mesure autant qu'il est nécessaire pour l'adapter à ses propres pouvoirs et procédures aux fins de la faire exécuter sans en modifier le fond; ou

ii) Que l'un quelconque des motifs exposés à l'article 36-1 b) i) ou ii) s'applique à la reconnaissance et à l'exécution de la mesure provisoire.

3) Toute décision prise par la juridiction étatique sur l'un quelconque des motifs exposés au paragraphe 2 du présent article n'a d'effet qu'aux fins de la demande de reconnaissance et d'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire. Lorsqu'elle exerce ce pouvoir, la juridiction étatique auprès de laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée n'examine pas la mesure provisoire ou conservatoire quant au fond.

4) La partie qui demande ou a obtenu la reconnaissance ou l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire informe sans retard la juridiction étatique de toute annulation, suspension ou modification de cette mesure.

5) La juridiction étatique auprès de laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée peut, si elle le juge approprié, ordonner au demandeur de constituer une garantie adéquate, à moins que le tribunal arbitral n'ait déjà pris une décision concernant la garantie, ou lorsqu'une telle mesure est nécessaire pour protéger les droits de tiers.

6) [L'exécution d'une mesure provisoire prononcée par un tribunal arbitral conformément à des règles sensiblement équivalentes à celles qui sont énoncées au paragraphe 7 de l'article 17 ne sera pas refusée en application du paragraphe 2 a) ii) du présent article au motif qu'il s'agit d'une mesure *ex parte*, à condition que toute décision de la juridiction étatique de faire exécuter cette mesure soit rendue dans un délai de vingt (20) jours après la date à laquelle le tribunal a prononcé la mesure.]"

B. Questions à examiner plus avant

47. À sa quarantième session, le Groupe de travail est convenu d'examiner plus avant les questions de fond suivantes relatives au projet d'article 17 *bis*.

Relation entre le projet d'article 17 *bis* et les articles 34 à 36 de la Loi type

Alinéa a) du paragraphe 2 et charge de la preuve en vertu des articles 34 et 36 de la Loi type

48. Le projet de paragraphe 2 reflète la décision du Groupe de travail de ne pas aborder la question de l'attribution de la charge de la preuve, laquelle devrait être laissée à la loi applicable (A/CN.9/524, par. 35 et 36, 42, 58 et 60). Le texte actuel, qui omet toute référence à la charge de la preuve, semble être en contradiction avec l'approche adoptée aux articles 34 et 36 de la Loi type. On risquait dans ce cas d'interpréter différemment ce silence, par exemple comme imposant la charge de la preuve à la partie demandant l'exécution ou impliquant qu'il incombait au tribunal arbitral de vérifier d'office que ces conditions étaient remplies. Si le Groupe de travail convient que ce libellé différent est justifié du fait que le projet d'article 17 *bis* et les articles 34 et 36 de la Loi type ont des objectifs différents, il devrait chercher à préciser les raisons de cette différence lors de la rédaction afin d'éviter toute incertitude dans l'interprétation.

Paragraphe 2 de l'article 17 bis *et emploi du mot "sentences" aux articles 34, 35-2 et 36-1*

49. Il est rappelé que, au paragraphe 2, le Groupe de travail avait conservé une référence à l'article 36-1 de la Loi type et que cet article parlait des sentences. Étant donné que le Groupe de travail avait décidé de ne pas définir la forme que devrait prendre une mesure provisoire (voir ci-dessus par. 10), il souhaitera peut-être examiner s'il est nécessaire de préciser que le terme "sentence" employé à l'article 36-1 devrait être interprété comme couvrant tous les types de mesures provisoires, et n'impliquait pas que les motifs énoncés dans cet article se limitaient aux seules mesures provisoires prononcées sous forme d'une sentence (A/CN.9/547, par. 43). Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il est approprié d'apporter la même précision pour les articles 34 et 35-2 de la Loi type (voir aussi ci-dessous par. 50 et 51).

Effet de l'alinéa a) iv) du paragraphe 2 et article 34

50. Dans le souci d'interpréter de façon uniforme l'interaction entre le projet d'article 17 *bis* et l'article 34 de la Loi type, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner plus avant la question de savoir si une mesure provisoire prononcée sous la forme d'une sentence pouvait être annulée en vertu de l'article 34 de la Loi type (A/CN.9/547, par. 26). Il est rappelé que cette question a été soulevée à la quarantième session du Groupe de travail dans le contexte d'une discussion sur le point de savoir si le sous-alinéa iv) aurait pour effet de permettre à la juridiction étatique d'annuler une mesure provisoire prononcée par le tribunal arbitral. En réponse, il a été rappelé qu'à sa trente-neuvième session, le Groupe de travail avait décidé de supprimer du paragraphe 1 la référence générale aux exigences de l'article 17, précisément pour éviter de créer un motif supplémentaire et caché de

refuser la reconnaissance et l'exécution d'une mesure provisoire (A/CN.9/545, par. 101 et 102). Le Groupe de travail est convenu que le sous-alinéa iv) ne devrait pas être interprété à tort comme créant un motif d'annulation par la juridiction étatique de la mesure provisoire prononcée par le tribunal arbitral. Il a été rappelé que l'article 17 *bis* avait pour objectif général d'établir des règles pour la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires, mais pas de faire pendant à l'article 34 de la Loi type en énonçant des dispositions sur l'annulation de ces mesures.

Article 35-2

51. L'article 35-2 de la Loi type dispose que "la partie qui invoque la sentence ou qui en demande l'exécution doit en fournir l'original dûment authentifié ou une copie certifiée conforme, ainsi que l'original de la convention d'arbitrage ... ou une copie certifiée conforme". Il dispose également que "si ladite sentence ou ladite convention n'est pas rédigée dans une langue officielle du présent État, la partie en produira une traduction dûment certifiée dans cette langue." À sa trente-huitième session, le Groupe de travail est convenu dans l'ensemble qu'"il fallait éviter, dans le libellé de la disposition, de s'écarter inutilement du texte des articles 35 et 36" (A/CN.9/524, par. 57). Sur cette base, le Groupe de travail souhaitera examiner s'il faudrait inclure dans le texte actuel un libellé se rapprochant de celui de l'article 35-2.

Disposition concernant la constitution d'une garantie et Convention de La Haye de 1954 relative à la procédure civile

Paragraphe 5

52. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi examiner la question de la garantie, qui comprend la garantie pour les frais ordonnés par les tribunaux, à la lumière des Conventions de La Haye relatives à la procédure civile de 1905 et 1954, qui interdisent l'imposition d'une garantie pour les frais demandés aux nationaux d'États contractants. L'article 17 de la Convention de La Haye de 1954 relative à la procédure civile est rédigé comme suit:

> "Aucune caution ni dépôt, sous quelque dénomination que ce soit, ne peut être imposé, à raison, soit de leur qualité d'étranger, soit du défaut de domicile ou de résidence dans le pays, aux nationaux d'un des États contractants, ayant leur domicile dans l'un de ces États, qui seront demandeurs ou intervenants devant les tribunaux d'un autre de ces États.
>
> La même règle s'applique au versement, qui serait exigé des demandeurs ou intervenants, pour garantir les frais judiciaires.
>
> Les Conventions, par lesquelles des États contractants auraient stipulé pour leurs ressortissants la dispense de la caution *judicatum solvi* ou du versement des frais judiciaires sans condition du domicile, continueront à s'appliquer."

Paragraphe 6

53. Étant donné le préjudice qu'une mesure *ex parte* pouvait causer à la partie contre laquelle elle était dirigée, le Groupe de travail est convenu que l'octroi à un tribunal arbitral du pouvoir de prononcer une telle mesure ne serait acceptable que

si des conditions strictes étaient imposées pour éviter tout abus (A/CN.9/547, par. 62; pour une discussion antérieure sur cette question, voir A/CN.9/523, par. 17). Compte tenu de cette préoccupation, une proposition de projet de paragraphe 6 a été faite et, comme l'avait décidé le Groupe de travail, elle a été placée entre crochets pour être examinée par lui lorsqu'il aura fini d'examiner le projet d'article 17 (A/CN.9/547, par. 62 à 67).

C. Notes relatives au projet d'article 17 *bis*

Paragraphe 1[18]

54. Le projet de paragraphe 1 reflète la décision du Groupe de travail (A/CN.9/547, par. 13 et 17) de supprimer les mots "formée par écrit" figurant entre crochets (pour une discussion antérieure sur ce point, voir A/CN.9/545, par. 96), ainsi que les termes "qui satisfait aux exigences de l'article 17"[19].

55. Il est rappelé que le Groupe de travail avait jugé la note de bas de page accompagnant le paragraphe 1 généralement acceptable quant au fond (A/CN.9/547, par. 13).

Paragraphe 2

Chapeau – "[et] [ou]" – "uniquement"

56. Par souci de cohérence avec l'article 36 de la Loi type, et aussi pour mieux tenir compte des options dont dispose la juridiction étatique, le mot "ou" a été retenu à la place du mot "et"; en outre, le mot "uniquement" a été placé à la fin du chapeau. Le Groupe de travail souhaitera peut-être confirmer s'il est d'accord ou non avec ces modifications.

Alinéa a) i) – Référence à l'article 36 de la Loi type

57. Comme convenu par le Groupe de travail, l'alinéa a) i) fait directement référence à l'article 36, au lieu d'en reproduire le contenu (A(CN.9/547, par. 18 et 19)[20].

"such refusal" (dans la version anglaise)

58. Dans la version anglaise, le mot "*such*" qui, dans la version précédente (telle qu'elle figure dans le document A/CN.9/547, par. 12) précède le mot "*refusal*", a été supprimé, pour qu'il apparaisse plus clairement que le refus dont il était question était le refus de reconnaître ou d'exécuter une mesure provisoire et non une sentence arbitrale définitive au titre de l'article 36 (A/CN.9/547, par. 19).

---

[18] A/CN.9/545, par. 95 à 102; A/CN.9/524, par. 24 à 29, 32 et 33, 64 à 66; A/CN.9/487, par. 77 à 82; A/CN.9/485, par. 80 à 83.

[19] A/CN.9/545, par. 102 et aussi par. 107 à 110.

[20] A/CN.9/545, par. 105 et 106; A/CN.9/524, par. 57; A/CN.9/468, par. 72 à 74.

"[qu'une question de fond se pose] – [que ce refus est justifié par les motifs]"

59. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner également si les mots "qu'une question de fond se pose" devraient être remplacés par les mots "que ce refus est justifié par les motifs" par souci de cohérence avec les termes employés ailleurs dans le projet d'article 17 *bis* ou s'ils devraient être maintenus du fait qu'ils indiquent l'importance du principe selon lequel les juridictions étatiques ne devraient pas préjuger de la décision du tribunal arbitral quant à sa propre compétence (A/CN.9/547, par. 20).

Alinéa a) ii)

60. Le Groupe de travail étant convenu de conserver la variante 2 sans modification (A/CN.9/547, par. 22), les sous-alinéas ii) et iii) ont été fusionnés (A/CN.9/547, par. 24).

Alinéa a) iii)

61. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l'alinéa a) iii) qui est nouveau, répond à sa préoccupation de savoir si le défaut de constitution d'une garantie ordonnée par le tribunal arbitral devrait être un motif pour la juridiction étatique de refuser l'exécution de la mesure provisoire (A/CN.9/547, par. 21, 45 à 48).

Alinéa a) iv)[21] *– "ou par une décision d'une juridiction étatique compétente"*

62. Il est rappelé que, après avoir examiné s'il était nécessaire de se référer au cas où une mesure provisoire avait été annulée par une "juridiction étatique compétente", le Groupe de travail est convenu que les juridictions étatiques d'un État ayant adopté la Loi type devraient être autorisées à refuser de reconnaître et de faire exécuter une mesure provisoire annulée par une juridiction étatique d'un autre pays (A/CN.9/547, par. 28 à 33). Le texte reflète:

- La décision du Groupe de travail de conserver la formulation révisée proposée lors sa quarantième session pour poursuivre la discussion à un stade ultérieur (A/CN.9/547, par. 33); le mot "pays" dans le membre de phrase "par la juridiction étatique du pays dans lequel" a été remplacé par le mot "État" par souci de cohérence avec la terminologie employée dans la Loi type; et
- L'observation selon laquelle il faudrait peut-être remplacer les mots "ou conformément à la loi duquel cette mesure a été accordée" par une référence au pays où le tribunal arbitral avait son siège (A/CN.9/547, par. 33).

Alinéa b) i)[22]

63. Il est rappelé que le Groupe de travail avait jugé le sous-alinéa i) de l'alinéa b) généralement acceptable quant au fond (A/CN.9/547, par. 36). Sur le plan rédactionnel, l'adjectif "sollicitée", entre "la mesure provisoire" et "est incompatible" qui apparaissait dans la version précédente figurant dans le document

---

[21] A/CN.9/524, par. 47.
[22] A/CN.9/524, par. 48 et 49.

A/CN.9/547, par. 12, a été supprimé, et le Groupe de travail souhaitera peut-être confirmer s'il est d'accord avec cette suppression.

64. Sur le plan rédactionnel, la référence aux "règles qui lui sont applicables" a été remplacée par une référence à "la loi" (A/CN.9/547, par. 44).

Alinéa b) ii)[23]

65. Le projet d'alinéa b) ii) reflète la décision du Groupe de travail de conserver la variante 2 de la version précédente (telle qu'elle figure dans le document A/CN.9/547, par. 12), sans modification, sous réserve de revenir sur la formulation employée pour les références, au paragraphe 2 a) et b), à l'article 36 1) a) et b) de la Loi type lorsqu'il aura fini d'examiner l'article 17 *bis* (A/CN.9/547, par. 41, et aussi par. 37 à 42).

Paragraphe 3[24]

66. La première phrase du paragraphe 3 a été reproduite par le Groupe de travail tel qu'elle figurait dans la version précédente contenue dans le document A/CN.9/547, par. 12 (A/CN.9/547, par. 49).

67. La deuxième phrase de ce paragraphe reflète la suggestion d'inclure dans le paragraphe 3 la variante C du paragraphe 5 de la version précédente contenue dans le document A/CN.9/545, paragraphe 12, qui énonçait l'important principe selon lequel la juridiction étatique auprès de laquelle l'exécution de la mesure provisoire a été demandée ne devait pas examiner ladite mesure quant au fond (A/CN.9/547, par. 50 et 60).

Paragraphe 4[25]

68. Par souci de cohérence avec la terminologie employée aux articles 17 et 17 *bis*, le mot "amendement" a été remplacé par le mot "modification" (A/CN.9/547, par. 53 et 101; pour une discussion antérieure sur ces termes, voir A/CN.9/545, par. 35) et les mots "la reconnaissance ou" ont été ajoutés avant les mots "l'exécution" (A/CN.9/547, par. 53).

Paragraphe 5[26]

69. Il est rappelé que, sur les quatre variantes proposées dans la version précédente figurant dans le document A/CN.9/547, paragraphe 12, qui reflétaient les différentes vues exprimées sur la question à la trente-huitième session du Groupe de travail, ce dernier a indiqué sa référence pour le maintien de la variante A et du premier texte entre crochets, à savoir "à moins que le tribunal arbitral n'ait déjà ordonné la constitution d'une telle garantie" (A/CN.9/547, par. 55).

---

[23] A/CN.9/545, par. 103 à 111; A/CN.9/524, par. 35 à 39, 42 à 52; A/CN.9/487, par. 83 à 86; A/CN.9/485, par. 84 à 89, 95 à 101.

[24] A/CN.9/524, par. 40 et 56.

[25] A/CN.9/524, par. 67 à 71.

[26] A/CN.9/524, par. 72 à 75.

"décision"

70. Afin de préciser qu'il était totalement exclu pour une juridiction étatique d'examiner la décision d'un tribunal arbitral d'ordonner ou non la constitution d'une garantie, les mots "n'ait déjà ordonné", qui figuraient dans la variante A, ont été remplacés par les mots "n'ait déjà pris une décision" (A/CN.9/547, par. 56).

"garantie pour frais"

71. Le Groupe de travail est convenu que le terme "garantie pour frais" était trop restrictif et il a donc été remplacé par le terme "garantie appropriée", employé au paragraphe 4 du projet d'article 17 (A/CN.9/547, par. 58).

"l'autre partie"

72. Conformément à la décision du Groupe de travail, les mots "l'autre partie" ont été remplacés par les mots "le demandeur", de manière à préciser que, dans la plupart des cas recevables, la partie devant constituer la garantie serait celle qui demandait le prononcé d'une mesure provisoire (A/CN.9/547, par. 59).

"ou lorsqu'une telle mesure est nécessaire pour protéger les droits de tiers"

73. Les mots "ou lorsqu'une telle mesure est nécessaire pour protéger les droits de tiers" ont été ajoutés à la fin du paragraphe 5 conformément à la décision du Groupe de travail d'intégrer dans la variante A la variante D de la version précédente figurant dans le document A/CN.9/547, paragraphe 12, qui traitait d'un aspect important de la protection des tiers (A/CN.9/547, par. 61).

C. Note du Secrétariat concernant l'insertion d'une référence à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) dans le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, soumise au Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation à sa quarante et unième session

(A/CN.9/WG.II/WP.132) [Original: anglais]

1. À sa trente-septième session (New York, 14-25 juin 2004), la Commission a noté que le Groupe de travail devait encore achever ses travaux sur l'"exigence d'un écrit" énoncée à l'article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ("la Loi type") et à l'article II-2 de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) ("la Convention de New York"). À ce propos, il a été dit à la Commission que le Groupe de travail serait invité à examiner si la Convention de New York devrait figurer dans une liste d'instruments internationaux auxquels s'appliquerait le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux ("le projet de convention"), actuellement élaboré par le Groupe de travail IV (Commerce électronique)[1].

2. Le Groupe de travail sur l'arbitrage est prié d'examiner si la Convention de New York devrait ou non figurer dans la liste à l'article 19 du projet de convention, afin de progresser dans la réalisation de l'objectif consistant à parvenir à une interprétation uniforme de la prescription de la forme écrite énoncée à l'article II-2 de la Convention de New York. Le texte intégral du projet de convention figure dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.110.

3. Le projet de convention s'applique à l'échange de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat entre des parties ayant leur établissement dans des États différents, lorsque ces États sont des États contractants, que les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant, ou que les parties en ont ainsi convenu (projet d'article 1). Il contient actuellement une disposition destinée à préciser que des communications électroniques peuvent aussi être utilisées en rapport avec la formation ou l'exécution de contrats qui sont soumis à certaines conventions de la CNUDCI (projet d'article 19). La référence à la Convention de New York figure entre crochets à l'article 19 du projet de convention, car ni le Groupe de travail sur l'arbitrage ni le Groupe de travail sur le commerce électronique n'ont eu l'occasion d'examiner cette question.

4. On se souviendra que le Groupe de travail, à ses trente-deuxième, trente-troisième, trente-quatrième et trente-sixième sessions, a examiné un projet de disposition législative type modifiant l'article 7-2 de la Loi type[2] et un projet d'instrument interprétatif concernant l'article II-2 de la Convention de New York[3].

---

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

[2] Pour le projet de disposition législative type modifiant le paragraphe 2 de l'article 7, voir A/CN.9/468,

5. Aux termes du projet révisé d'article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI (qui figure au paragraphe 18 du document A/CN.9/508), "la 'forme écrite' comprend toute forme qui atteste [de façon tangible] l'existence de la convention ou est [de toute autre manière] accessible en tant que message de données pour être consultée ultérieurement". Le projet révisé définit le terme "message de données" 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" (A/CN.9/508, par. 18). Cette définition du "message de données" est conforme à celle qui figure dans le projet de convention (art. 4 c) du projet de convention).

6. Le projet d'instrument interprétatif concernant l'article II-2 de la Convention de New York dispose que "la définition du terme 'convention écrite' figurant à l'article II-2 de la Convention devrait être interprétée comme englobant [libellé inspiré du texte révisé de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international]" (A/CN.9/508, par. 41). Le Groupe de travail se souviendra qu'il n'est pas encore parvenu à un consensus quant à l'efficacité d'une déclaration interprétative pour remédier aux difficultés d'ordre pratique et au défaut d'harmonisation actuel dans l'application de l'article II-2 de la Convention de New York, étant donné qu'une déclaration n'aurait pas force obligatoire en droit international (A/CN.9/508, par. 42 à 50).

7. L'aspect le plus important du projet de convention est la reconnaissance juridique des communications électroniques. Lorsque la loi exige qu'un contrat soit sous forme écrite, une communication électronique satisfait à cette exigence "si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement" (projet d'article 9). Ce libellé reflète l'approche adoptée dans le projet révisé d'article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI (voir par. 5 ci-dessus).

8. La disposition du projet de convention énumérant les instruments internationaux auxquels pourrait s'appliquer ledit projet est actuellement rédigée comme suit:

"*Article 19 [Y]. Communications échangées conformément à d'autres conventions internationales*

Sauf indication contraire dans une déclaration faite conformément au paragraphe 3 du présent article, [chaque État contractant déclare qu'il applique les dispositions de la présente Convention] [les dispositions de la présente Convention s'appliquent] à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la [négociation] [formation] ou l'exécution d'un contrat [ou d'un compromis] régi par l'une quelconque des conventions internationales ci-après, auxquelles il est un État contractant ou peut le devenir".

Actuellement, les conventions ci-après sont énumérées:

[Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958)]

---

par. 88 à 99; A/CN.9/485, par. 21 à 59; A/CN.9/487, par. 22 à 41; et A/CN.9/508, par. 18 à 39.

[3] Pour le projet d'instrument interprétatif concernant le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York de 1958, voir A/CN.9/485, par. 60 à 77; A/CN.9/487, par. 42 à 63; et A/CN.9/508, par. 40 à 50.

Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 14 juin 1974) et Protocole y relatif (Vienne, 11 avril 1980)

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 11 avril 1980)

Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 19 avril 1991)

Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (New York, 11 décembre 1995)

Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (New York, 12 décembre 2001).

9. L'article 19 du projet de convention est destiné à clarifier la relation entre les règles énoncées dans ledit projet et celles énoncées dans d'autres conventions internationales. Il ne vise à modifier aucune convention internationale (pour de plus amples renseignements sur l'article 19 du projet de convention, voir la note de bas de page 55 du document A/CN.9/WG.IV/WP.110). Il semble que le projet de convention ne s'applique qu'à l'interprétation de la définition de la forme écrite d'une convention d'arbitrage, et il ne faudrait pas qu'une référence à la Convention de New York dans le projet de convention soit comprise comme réglant les nombreuses questions qui se posent en ce qui concerne les arbitrages en ligne (à savoir les arbitrages dans lesquels des parties importantes, voire l'intégralité de l'instance, ont eu lieu au moyen de communications électroniques). Le Groupe de travail se souviendra que la Commission a déjà décidé qu'il collaborerait avec le Groupe de travail sur le commerce électronique sur cette question, qui sera traitée séparément[4].

10. Si la référence à la Convention de New York est conservée dans le projet de convention, il faudra peut-être aussi insérer une disposition relative aux équivalents électroniques des documents "originaux", car le paragraphe 1 b) de l'article IV de la Convention de New York dispose que la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère doit fournir, entre autres, l'original ou une copie dûment authentifiée de la convention d'arbitrage. Pour régler cette question, l'article 9 du projet de convention comporte deux paragraphes, libellés comme suit:

"[4. Lorsque la loi exige qu'un contrat ou toute autre communication soit présentée ou conservée sous sa forme originale, ou prévoit des conséquences en l'absence d'un original, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique:

a) S'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information qu'elle contient à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive, en tant que communication électronique ou autre;

b) Si, lorsqu'il est exigé que l'information qu'elle contient soit présentée, cette information peut être montrée à la personne à laquelle elle doit être présentée.]

[5. Aux fins de l'alinéa a) du paragraphe 4:

---

[4] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 396.

a) L'intégrité de l'information s'apprécie en déterminant si celle-ci est restée complète et n'a pas été altérée, exception faite de l'ajout de tout endossement et de toute modification intervenant dans le cours normal de la communication, de la conservation et de l'exposition; et

b) Le niveau de fiabilité requis s'apprécie au regard de l'objet pour lequel l'information a été créée et à la lumière de toutes les circonstances y relatives.]"

11. L'article 9 du projet de convention fait référence à la définition d'un "contrat ou toute autre communication qui doit être présentée ou conservée sous sa forme originale", et le terme "communication" est défini, à l'article 4 du projet, comme désignant "toute mention, déclaration, mise en demeure, notification ou demande, y compris une offre et l'acceptation d'une offre, que les parties sont tenues d'adresser ou choisissent d'adresser en rapport avec la [négociation] [formation] ou l'exécution d'un contrat". La définition du terme "original" semble donc s'appliquer uniquement à l'exigence relative à l'original de la convention d'arbitrage énoncée au paragraphe 1 b) de l'article IV de la Convention de New York, et non à l'exigence relative à l'original de la sentence énoncée au paragraphe 1 a) du même article.

12. L'insertion d'une référence à la Convention de New York à l'article 19 du projet de convention fournirait une définition uniforme du terme "écrit", définition qui est plus compatible avec les pratiques techniques qui se développent dans l'arbitrage commercial international, et apporterait donc une contribution positive à l'uniformité de l'interprétation et de l'application de l'article II-2 de la Convention de New York. Elle apporterait également une solution à l'exigence relative à la fourniture de l'original de la convention d'arbitrage énoncée au paragraphe 1 b) de l'article IV de la Convention de New York.

13. Cependant, comme dans le cas d'un protocole portant modification de la Convention, il en résulterait deux groupes d'États parties, à savoir ceux qui n'auraient adhéré à la Convention de New York que sous sa forme initiale et ceux qui auraient adhéré en outre au projet de convention[5]. À tout le moins, pour les États qui seraient parties à la fois à la Convention de New York et au projet de convention, la première serait considérée comme subordonnée à la seconde.

14. Lorsqu'il examinera cette question, le Groupe de travail devrait avoir à l'esprit les progrès réalisés en ce qui concerne le projet de convention et le fait que le Groupe de travail sur le commerce électronique (Groupe de travail IV) a l'intention d'achever ses

---

[5] L'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui représente le droit international coutumier, dispose, en ce qui concerne l'application de traités successifs portant sur la même matière, que:

"3. Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur.

4. Lorsque les parties au traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur:

a) Dans les relations entre les États parties aux deux traités, la règle applicable est celle qui est énoncée au paragraphe 3;

b) Dans les relations entre un État partie aux deux traités et un État partie à l'un de ces traités seulement, le traité auquel les deux États sont parties régit leurs droits et obligations réciproques".

travaux relatifs au projet de convention pour que la Commission puisse les examiner et les approuver à sa prochaine session (qui doit se tenir à Vienne du 4 au 22 juillet 2005).

D. Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante-deuxième session (New York, 10 – 14 janvier 2005)

(A/CN.9/573) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-9
II.	Délibérations et décisions	10
III.	Projet d'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires	11-69
	Paragraphe 7	12-27
	Alinéa a)	28-30
	Alinéa b)	31
	Alinéa c)	32-36
	Alinéa d)	37-42
	Alinéa e)	43-51
	Alinéa f)	52-58
	Alinéa g)	59-64
	Alinéa h)	65-68
	Texte explicatif	69
IV.	Projet de disposition sur la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires (destiné à être inséré dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international en tant que nouvel article, numéroté provisoirement 17 *bis*)	70-89
	Paragraphe 1	71
	Paragraphe 2 a) – Chapeau	72-73
	Alinéa a) i) et ii)	74
	Alinéa a) iii)	75-76
	Alinéa a) iv)	77-81
	Alinéa b) i)	82
	Alinéa b) ii)	83
	Paragraphe 3	84
	Paragraphe 4	85

Paragraphe 5 86

Paragraphe 6 87-89

V. Projet de disposition concernant le pouvoir des juridictions étatiques d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'un arbitrage (destiné à être inséré dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international en tant que nouvel article, numéroté provisoirement 17 *ter*). 90-95

VI. Insertion éventuelle de la Convention de New York dans la liste des instruments internationaux auxquels s'appliquerait le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux 96-97

VII. Questions diverses 98-100

I. Introduction

1. À sa trente-deuxième session, tenue à Vienne du 17 mai au 4 juin 1999, la Commission avait jugé que l'heure était venue, notamment, d'évaluer au sein de l'instance universelle qu'elle constituait l'acceptabilité des idées et propositions d'amélioration des lois, règles et pratiques en matière d'arbitrage. Elle avait confié la tâche au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) et décidé que les points prioritaires que devrait aborder ce dernier seraient, entre autres, la force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires.

2. Le document A/CN.9/WG.II/WP.130 (par. 5 à 17) contient le compte rendu le plus récent des débats que le Groupe de travail a tenus, notamment, sur un projet révisé de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (ci-après "la Loi type de la CNUDCI") relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires et sur une proposition de nouvel article à insérer dans la Loi type concernant l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires (provisoirement numéroté 17 *bis*).

3. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quarante-deuxième session à New York du 10 au 14 janvier 2005. Ont participé à cette session les États membres du Groupe de travail ci-après: Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Argentine, Autriche, Bélarus, Belgique, Brésil, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Croatie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Guatemala, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Jordanie, Kenya, Liban, Madagascar, Maroc, Mexique, Nigéria, Pakistan, Paraguay, Pologne, Qatar, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Rwanda, Serbie-et-Monténégro, Sierra Leone, Singapour, Sri Lanka, Suède, Suisse, Thaïlande, Tunisie, Turquie, Uruguay, Venezuela (République bolivarienne du) et Zimbabwe.

4. Ont également participé à la session des observateurs des États suivants: Afghanistan, Bolivie, Cap-Vert, Congo, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Finlande, Irlande, Malaisie, Myanmar, Nicaragua, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Philippines, République arabe syrienne, Saint-Siège, Sénégal et Ukraine.

5. Y ont également participé les observateurs des organisations internationales intergouvernementales ci-après, invitées par la Commission: Comité consultatif international du coton (CCIC), Comité consultatif sur l'Article 2022 de l'Accord de libre-échange nord-américain, Conseil de l'Assemblée interparlementaire des États membres de la Communauté d'États indépendants, Cour permanente d'arbitrage et Union africaine.

6. Ont également participé à la session des observateurs des organisations internationales non gouvernementales ci-après, invitées par la Commission: American Arbitration Association (AAA), American Bar Association (ABA), Association arabe pour l'arbitrage international, Association européenne des étudiants en droit, Association of the Bar of the City of New York (ABCNY), Association suisse de l'arbitrage (ASA), Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration, Center for International Legal Studies, Chambre de commerce internationale (CCI), Chartered Institute of Arbitrators, Club d'arbitres de la Chambre d'arbitrage de Milan, Commission interaméricaine d'arbitrage commercial (CIAC), Forum for International Commercial Arbitration (FICA), Global Center for Dispute Resolution Research, International Law Institute (ILI), Inter-Pacific Bar Association (IPBA), Kuala Lumpur Regional Center for Arbitration (KLRCA), London Court of International Arbitration (LCIA), Regional Centre for International Commercial Arbitration (Lagos), School of International Arbitration et Union internationale des avocats (UIA).

7. Le Groupe de travail a élu le bureau ci-après:

Président: M. José María ABASCAL ZAMORA (Mexique);

Rapporteur: M. Lawrence BOO (Singapour).

8. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: a) l'ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.133); b) une note du secrétariat contenant une nouvelle version révisée du projet de paragraphe 7 de l'article 17 sur le pouvoir d'un tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires *ex parte*, établie conformément aux décisions prises par le Groupe de travail à sa quarante et unième session (A/CN.9/WG.II/WP.134); et c) une note du secrétariat contenant une version révisée du projet de disposition relative à la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires (destinée à être insérée dans la Loi type en tant que nouvel article, provisoirement numéroté 17 *bis*) (A/CN.9/WG.II/WP.131); d) une note du secrétariat contenant une proposition de projet de disposition relative au pouvoir des tribunaux d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui de l'arbitrage (destinée à être insérée dans la Loi type en tant que nouvel article, provisoirement numéroté 17 *ter*) (A/CN.9/WG.II/WP.125); e) une note du secrétariat relative à l'insertion d'une référence à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) dans le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (A/CN.9/WG.II/WP.132); et f) le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa quarante et unième session (A/CN.9/569).

9. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.

3. Adoption de l'ordre du jour.

4. Élaboration de dispositions uniformes sur les mesures provisoires ou conservatoires en vue de leur inclusion dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

5. Insertion éventuelle de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) (ci-après "la Convention de New York") dans la liste des instruments internationaux auxquels s'appliquerait le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux.

6. Questions diverses.

7. Adoption du rapport.

II. Délibérations et décisions

10. Le Groupe de travail a examiné le point 4 de l'ordre du jour en se fondant sur le texte figurant dans les notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.125, A/CN.9/WG.II/WP.131 et A/CN.9/WG.II/WP.134). Il est rendu compte de ses délibérations et conclusions sur ce point aux chapitres III, IV et V ci-dessous. Le secrétariat a été prié de réviser le texte de certaines dispositions en se fondant sur lesdites délibérations et conclusions. Le Groupe de travail a examiné le point 5 de son ordre du jour en se fondant sur les propositions contenues dans la note établie par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.132) ainsi que le point 6. Il est rendu compte de ses délibérations et conclusions sur ces points aux chapitres VI et VII respectivement.

III. Projet d'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires

11. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quarante et unième session (Vienne, 13-17 septembre 2004), il avait entrepris d'examiner dans le détail le texte du paragraphe 7 de la version révisée de l'article 17 relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte*, avant de décider s'il fallait mentionner expressément les injonctions préliminaires dans ce projet d'article (dans le projet d'article 17 et dans le présent rapport, le terme "injonction(s) préliminaire(s) renvoie d'une manière générale aux mesures provisoires accordées *ex parte*). Il a repris ses débats sur le paragraphe 7 et s'est fondé, pour ce faire, sur le texte que le secrétariat a établi en tenant compte de ses précédentes discussions et qui figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.134.

Paragraphe 7

12. La question de savoir s'il fallait insérer ou non une disposition sur les injonctions préliminaires dans le projet d'article 17 a continué de diviser le Groupe de travail.

13. Les partisans de l'insertion ont fait valoir que la pratique arbitrale internationale tirerait avantage de la possibilité donnée aux tribunaux arbitraux de prononcer des injonctions préliminaires pour un certain nombre de raisons, notamment les suivantes:

- Les parties à une procédure arbitrale préféreraient probablement obtenir une injonction préliminaire auprès du tribunal arbitral plutôt que de demander à une juridiction étatique de prononcer une telle injonction;
- Les juridictions étatiques étaient déjà habilitées à accorder des mesures provisoires et les tribunaux arbitraux devaient jouir des mêmes pouvoirs qu'elles dans ce domaine;
- Faute de règles sur les injonctions préliminaires, un tribunal arbitral pouvait ordonner et faire exécuter de telles injonctions et il importait d'insérer le paragraphe 7 car celui-ci offrait une protection appréciable et donnait des orientations utiles aux États qui souhaitaient adopter une législation sur les injonctions préliminaires.

14. Les opposants à l'insertion du paragraphe 7 ont quant à eux avancé un certain nombre d'arguments, dont les suivants:

- Le paragraphe 7 était contraire au principe de l'égalité de traitement des parties, consacré par l'article 18 de la Loi type, ainsi qu'à la disposition de l'article 36-1 a) ii) de cette même Loi;
- Le Groupe de travail n'était pas parvenu à un consensus sur la question de savoir si la Loi type devait d'une manière générale chercher à établir une parfaite parité entre les pouvoirs des tribunaux arbitraux et ceux des juridictions étatiques, comme en témoignait la divergence d'opinions à propos des injonctions préliminaires.

15. Après discussion, le Groupe de travail est convenu d'examiner plus avant la question de savoir si le paragraphe 7 devrait être libellé de façon à ce que les États et/ou les parties à une procédure arbitrale puissent en accepter ou en exclure expressément l'application et celle de savoir si un régime d'exécution judiciaire devrait s'appliquer aux injonctions préliminaires.

Acceptation ou exclusion par les États

16. Selon un avis, il était illogique et inutile d'insérer un mécanisme permettant aux États d'accepter ou d'exclure l'application du paragraphe 7 étant donné que le projet d'instrument revêtait la forme d'une loi type et que, par conséquent, les États étaient libres d'en incorporer ou non les dispositions dans leur droit interne ou de les modifier.

17. Selon un autre avis, en revanche, il fallait étudier la possibilité d'insérer un mécanisme d'exclusion afin de donner des orientations aux États qui doutaient de l'utilité des injonctions préliminaires. Ce mécanisme pourrait prendre la forme d'une note accompagnant le paragraphe 7, qui s'inspirerait de l'article 35-2 de la Loi type et serait libellée à peu près comme suit: "Le paragraphe 7 a pour objet de définir la procédure applicable aux injonctions préliminaires. Il ne serait pas contraire à l'harmonisation recherchée par la Loi type qu'un État décide de ne pas insérer ce paragraphe".

Acceptation ou exclusion par les parties

18. L'insertion d'un mécanisme d'acceptation a été considérée comme une solution souhaitable et en particulier a été fortement approuvée par les délégations opposées aux injonctions préliminaires. Il a été également souligné qu'une telle approche donnait un fondement juridique aux injonctions préliminaires en tant que manifestation de la volonté des parties. De plus, pour apaiser la crainte qu'un mécanisme d'acceptation aboutisse à ce qu'aucune injonction préliminaire ne soit prononcée dans la pratique, il a été dit que, dans certains cas, les règlements d'arbitrage appliqués par des institutions arbitrales prévoyaient le droit d'ordonner des mesures provisoires *ex parte* et que ces règlements pouvaient être incorporés dans les clauses compromissoires conclues par les parties à des opérations commerciales. Il a toutefois été admis que, si ces règlements n'étaient pas incorporés, le mécanisme d'acceptation ferait qu'aucune injonction préliminaire ne pourrait être prononcée dans la plupart des cas.

19. L'idée de prévoir un mécanisme d'exclusion pour les parties a été appuyée, car elle a été jugée davantage conforme à l'économie actuelle de la Loi type, qui contenait plusieurs règles supplétives de ce type s'appliquant sauf convention contraire des parties. On a fait observer en outre que si des dispositions permettant l'exclusion étaient communément utilisées dans les codes et d'autres textes de loi des pays de droit romain, ce n'était pas le cas des dispositions relatives à l'acceptation. On a également estimé que l'exclusion allait davantage dans le sens des efforts déployés par le Groupe de travail à ses précédentes sessions pour reconnaître les injonctions préliminaires à condition que des protections appropriées soient prévues pour prévenir tout abus.

Exécution

20. Il a été rappelé que le paragraphe 6 du projet d'article 17 *bis* (voir A/CN.9/WG.II/WP.131) contenait une disposition sur la mise à exécution d'une injonction préliminaire par les juridictions étatiques. Il a été largement estimé que les opposants aux injonctions préliminaires pourraient mieux accepter l'insertion du paragraphe 7 dans le projet d'article 17 si aucune disposition n'était prévue pour la mise à exécution de ces injonctions par les juridictions étatiques étant entendu qu'en général les parties à un arbitrage respectaient les décisions du tribunal arbitral.

Propositions

21. Plusieurs propositions ont été formulées pour la structure du paragraphe 7.

22. Tout d'abord il a été proposé, afin que le texte révisé rencontre l'agrément des délégations, de prévoir un mécanisme d'acceptation pour les parties et, parallèlement, de supprimer le paragraphe 6 de l'article 17 *bis* relatif à l'exécution d'une injonction préliminaire. Il a toutefois été fait observer que l'insertion d'une disposition sur l'exécution des injonctions préliminaires au paragraphe 6 de l'article 17 *bis* serait plus acceptable si le mécanisme d'acceptation était retenu et si les parties autorisaient le tribunal arbitral à appliquer les injonctions préliminaires.

23. Pour aplanir les vastes divergences de vues entre les partisans d'un mécanisme d'acceptation et les opposants à un tel mécanisme, il a été proposé par ailleurs de supprimer les formules "sauf convention contraire des parties" et "si les parties en

sont expressément convenues" et d'insérer dans des notes accompagnant le paragraphe 7 les explications suivantes:

- Les institutions arbitrales avaient le loisir de fixer leurs propres règles et les parties étaient libres de convenir d'autres dispositions;
- Le paragraphe 7 avait pour objet de définir la procédure applicable aux injonctions préliminaires et il n'était pas contraire à l'harmonisation recherchée par la Loi type qu'un État décide:
  - De ne pas insérer ce paragraphe;
  - De ne l'appliquer que lorsque les parties en convenaient;
  - De ne pas l'appliquer si les parties en convenaient autrement; ou
  - De fixer des conditions moins strictes que celles énoncées dans ce paragraphe.

24. Toujours dans le but d'éliminer les vastes divergences d'opinions concernant l'insertion d'un mécanisme d'acceptation ou d'exclusion, il a aussi été proposé, dans le cas où le Groupe de travail conviendrait de laisser aux parties la possibilité d'exclure l'application du paragraphe 7, d'accompagner l'alinéa a) de ce paragraphe d'une note indiquant qu'il ne serait pas contraire à l'harmonisation recherchée par la Loi type qu'un État décide de choisir le mécanisme d'acceptation pour les parties.

25. Les propositions offrant divers choix possibles dans une note ont bénéficié d'un certain soutien. Il a toutefois été signalé que l'énumération de toutes les solutions possibles dans une note accompagnant le paragraphe 7 irait à l'encontre de l'objectif d'harmonisation de la législation et ne permettrait pas de donner des orientations claires aux États sur ce point.

26. Une autre proposition encore était que le paragraphe 7 indique qu'une injonction préliminaire revêtait le caractère d'ordonnance de procédure (et non celui de sentence). Il a été déclaré que cette précision permettrait de distinguer les injonctions préliminaires des mesures provisoires ou conservatoires qui, aux termes de l'article 17-2, pouvaient prendre la forme d'une sentence ou une autre forme. Ainsi, les règles d'exécution prévues à l'article 17 *bis* ne s'appliqueraient qu'aux mesures provisoires ou conservatoires.

27. Après discussion, le Groupe de travail, malgré ces vastes divergences d'opinions, est convenu d'insérer le texte révisé du paragraphe 7 dans le projet d'article 17, étant entendu que ce paragraphe s'appliquerait sauf convention contraire des parties, qu'il devrait être clairement indiqué que les injonctions préliminaires avaient le caractère d'ordonnance de procédure et non celui de sentence, qu'aucune procédure d'exécution ne serait prévue à l'article 17 *bis* pour les injonctions préliminaires, et qu'aucune note ne serait ajoutée.

Alinéa a)

Mécanisme d'exclusion

28. Conformément à sa décision de donner aux parties la possibilité d'exclure l'application du paragraphe 7 (voir par. 27 ci-dessus), le Groupe de travail est convenu de conserver la formule "sauf convention contraire des parties" et de supprimer les mots "si les parties en sont expressément convenues".

"ne rien faire"

29. Il a été proposé de remplacer les mots "ne rien faire qui compromette" par "ne pas compromettre" afin de bien montrer qu'une injonction préliminaire pourrait être destinée non seulement à empêcher une partie d'agir mais également à l'obliger à prendre une mesure, par exemple, pour éviter que des biens ne soient détériorés ou les protéger contre une autre menace. Il a été estimé que cette proposition pourrait rendre la distinction entre injonctions préliminaires et mesures provisoires plus difficile à établir. Après un débat, cette proposition a été adoptée.

30. Selon un avis, l'alinéa a) pourrait être interprété à tort comme autorisant le tribunal arbitral à enjoindre uniquement aux parties, en termes généraux, de ne pas compromettre la mesure provisoire. Il a été convenu qu'il était loisible au tribunal arbitral de prononcer une injonction préliminaire appropriée et conforme aux circonstances de l'espèce, chose qu'il fallait clairement indiquer dans tout texte explicatif se rapportant à cette disposition.

Alinéa b)

31. La proposition d'insérer les mots "relatives aux mesures provisoires" et "également" respectivement avant et après "article" a été approuvée car ces mots montraient clairement que l'alinéa b) avait pour objet de rendre les obligations énoncées aux paragraphes 3, 4, 5, 6 et 6 *bis* applicables aux injonctions préliminaires.

Alinéa c)

Pouvoir du tribunal arbitral d'accorder une injonction préliminaire

32. À titre de remarque générale concernant l'économie du paragraphe 7, il a été dit que, si le tribunal arbitral était expressément habilité à accorder des mesures provisoires au paragraphe 1 du projet d'article 17, aucune disposition équivalente n'était prévue en ce qui concerne les injonctions préliminaires. Il a donc été proposé de modifier l'alinéa c) de sorte que ce droit soit expressément conféré au tribunal arbitral et, à cette fin, de remplacer "ne peut prononcer une injonction préliminaire que" par "peut prononcer une injonction préliminaire" et le mot "s'il" par "à condition qu'il". Cette proposition a été adoptée par le Groupe de travail.

"des motifs raisonnables de craindre"

33. Il a été suggéré de reformuler l'alinéa c) pour faire ressortir le caractère exceptionnel d'une injonction préliminaire en ne permettant au tribunal de la prononcer que lorsqu'il existait des motifs impérieux de craindre que la mesure provisoire demandée ne soit compromise avant que toutes les parties aient pu être entendues.

34. Il a été rappelé au Groupe de travail que la définition du critère que devait appliquer un tribunal arbitral pour décider de prononcer ou non une injonction préliminaire avait été débattue à une session antérieure (voir A/CN.9/569, par. 39 à 43) et que l'on s'était inquiété de l'utilisation de critères imprécis. Il a été déclaré que le fait de subordonner le prononcé d'une injonction préliminaire à l'existence de motifs impérieux pourrait créer une situation dans laquelle il serait difficile à un tribunal arbitral soit de prononcer l'injonction soit de la lever. Après discussion, le

Groupe de travail est convenu de conserver le texte tel quel et éventuellement de le simplifier en remplaçant les mots “des motifs raisonnables de craindre” par “des craintes raisonnables”.

définition du risque

35. Il a été dit que le risque défini à l’alinéa c), à savoir que la mesure soit compromise avant que toutes les parties aient pu être entendues, n’incluait pas le risque de divulgation de l’injonction préliminaire à la partie visée. Il a donc été proposé de modifier l’alinéa pour mieux rendre compte de ce risque. En conséquence, il a été suggéré de supprimer les mots “avant que toutes les parties puissent être entendues”. Il a été dit, à cet égard, que le texte d’une version antérieure du paragraphe 7 a), reproduit au paragraphe 4 du document A/CN.9/WG.II/WP.131 et au paragraphe 12 du document A/CN.9/569, à savoir “lorsque la divulgation préalable d’une mesure provisoire à la partie contre laquelle elle est dirigée risque de compromettre cette mesure”, était préférable. Le secrétariat a été prié de tenir compte de ce point de vue lors de la préparation d’un projet révisé de cette disposition.

36. Pour rendre compte de la décision selon laquelle une injonction préliminaire pouvait revêtir uniquement la forme d’une ordonnance de procédure et non celle d’une sentence (voir ci-dessus, par. 27), le Groupe de travail est convenu d’insérer après les mots “une injonction préliminaire” un libellé du type “sous la forme d’une ordonnance de procédure”. Il a toutefois été fait observer qu’une ordonnance de procédure se distinguait d’une mesure provisoire non seulement par la forme, mais également sur le fond, étant donné que les décisions de procédure n’étaient susceptibles d’exécution ni dans le cadre de la Convention de New York ni dans celui de l’article 36 de la Loi type. Le secrétariat a été prié d’examiner s’il était possible de trouver un libellé approprié qui mette en évidence le caractère procédural d’une injonction préliminaire sans toutefois laisser entendre que ce type d’injonction devait être rendu sous une forme procédurale particulière.

Alinéa d)

Communication des informations

37. Il a été déclaré que l’obligation de notifier à la partie visée par l’injonction préliminaire toutes les communications entre le demandeur et le tribunal arbitral relatives à la demande pouvait être aisément remplie en ce qui concerne les communications écrites. On voyait en revanche moins bien comment cette obligation serait satisfaite pour les communications orales. Devant cette préoccupation, il a été proposé d’ajouter à la fin de l’alinéa d) un libellé du type “y compris une transcription *in extenso* de toute communication orale” ou “y compris un compte rendu de toute discussion orale”. À cela, il a été répondu que l’ajout proposé risquait de créer une obligation trop lourde, notamment lorsqu’une injonction préliminaire était demandée dans l’urgence et qu’il n’était pas possible d’établir des comptes rendus *in extenso*. Afin d’assurer une plus grande souplesse, il a été suggéré de préciser que le tribunal arbitral était tenu non seulement de divulguer l’existence de communications orales, mais également d’en indiquer leur contenu. Cette solution, a-t-on estimé, laissait au tribunal arbitral une certaine marge d’appréciation pour déterminer comment s’acquitter au mieux de son

obligation d'information énoncée à l'alinéa d). Le secrétariat a été prié d'élaborer un texte approprié reprenant cette proposition.

"une décision concernant l'injonction préliminaire"

38. Il a été proposé de remplacer les mots "décision concernant l'injonction préliminaire" par "décision concernant une demande d'injonction préliminaire" pour aligner l'alinéa d) sur l'alinéa a), qui faisait référence à "une demande d'injonction préliminaire". Le secrétariat a été prié de tenir compte de cette proposition lorsqu'il reverrait le projet de texte.

"la partie visée par cette injonction"

39. Il a été déclaré que, comme une décision pouvait être favorable ou défavorable au prononcé d'une injonction préliminaire, il valait peut-être mieux parler de "la partie contre laquelle l'injonction préliminaire est demandée" ou "requise" plutôt que de "la partie visée par cette injonction". Cette proposition a été adoptée.

Notification

40. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quarante et unième session (voir A/CN.9/569, par. 44) il avait pris le parti – fermement appuyé – de laisser ouverte la question de savoir à qui devait incomber l'obligation de communiquer les documents et informations mentionnés à l'alinéa d). Cependant, après discussion, il a estimé que, dans sa rédaction actuelle, cet alinéa était ambigu et qu'il était préférable d'indiquer que l'obligation de notifier à l'autre partie ces documents et informations incombait au tribunal arbitral saisi de la demande. Cette proposition a été adoptée.

41. Il a été proposé de préciser que l'obligation du tribunal arbitral de communiquer les documents et informations à la partie contre laquelle l'injonction préliminaire était demandée s'appliquait, que le tribunal accepte ou refuse de prononcer une telle injonction. Le Groupe de travail a confirmé cette obligation et l'avis a été émis que la formulation actuelle l'exprimait de manière satisfaisante. Le Groupe de travail a toutefois pris note de la proposition, selon laquelle des éclaircissements supplémentaires pourraient être envisagés dans le contexte de tout texte explicatif sur l'article 17 susceptible d'être élaboré ultérieurement.

[", sauf si le tribunal... si celle-ci intervient avant"]

42. Le Groupe de travail est convenu de supprimer le texte entre crochets figurant à la fin de l'alinéa d) conformément à sa décision antérieure (voir ci-dessus, par. 27) de ne prévoir aucune disposition sur la mise à exécution des injonctions préliminaires par les juridictions étatiques dans la Loi type.

Alinéa e)

Variantes A et B

43. Le Groupe de travail a examiné les variantes A et B et s'est interrogé sur l'opportunité de fixer un délai pour que le défendeur présente ses arguments. Les deux variantes ont été appuyées.

44. La variante A, qui donnait 48 heures au défendeur pour faire valoir ses arguments, avait l'avantage, selon certaines délégations, de fixer une limite temporelle, ce qui substituait une garantie fondamentale, et de laisser ainsi clairement entendre au tribunal arbitral qu'il fallait agir rapidement. Elle a également été jugée souple, car elle permettait à la partie visée par l'injonction préliminaire de demander un autre délai. D'un point de vue rédactionnel, on a estimé qu'il vaudrait mieux exprimer le délai en "jours" conformément à la présentation adoptée dans la Loi type et non en "heures".

45. La variante B, qui n'établissait aucune limite dans le temps que ce soit en heures ou en jours, a été appuyée au motif qu'il était inutile de fixer un délai puisque la partie visée par l'injonction demanderait dans la plupart des cas à être entendue par le tribunal arbitral le plus rapidement possible. De plus, on a exprimé la crainte que, si un tel délai était fixé, le tribunal arbitral ne soit pas en mesure de prononcer une injonction préliminaire simplement parce qu'il ne pouvait, pour des raisons pratiques, entendre la partie visée par l'injonction dans les 48 heures imparties.

46. Il a été proposé de fusionner les variantes A et B à peu près comme suit: "dès que possible et, si faire se peut, dans les 48 heures après réception de la notification ou dans tout délai plus long demandé par la partie contre laquelle l'injonction préliminaire a été prononcée". Selon un avis, ce projet de texte était trop détaillé et risquait d'aboutir à une réglementation excessive de la question.

47. Une autre proposition était de reformuler l'alinéa e) de manière que le soin de fixer un délai plus long ne revienne pas au défendeur mais que le tribunal arbitral conserve le pouvoir de fixer un délai plus long qu'il pourrait juger approprié. Il a cependant été fait observer que les mots "dès que possible" laissaient déjà au tribunal arbitral une marge d'appréciation pour fixer un délai plus long même si le défendeur ne lui en faisait pas la demande.

48. Une autre proposition encore était d'établir une distinction entre l'obligation du tribunal arbitral et celle de la partie visée par l'injonction, en donnant à cette dernière la possibilité de présenter ses arguments "dès que possible" et en ajoutant un texte du type "le tribunal arbitral doit se prononcer aussi rapidement que possible compte tenu des circonstances".

49. Il a été dit que même lorsque aucune injonction préliminaire n'était prononcée, le défendeur pourrait néanmoins vouloir être entendu par le tribunal arbitral. Il fallait donc prévoir cette possibilité à l'alinéa e), en remplaçant les mots "la partie visée par l'injonction préliminaire" par "la partie contre laquelle l'injonction préliminaire est demandée". Il a été répondu que si un tribunal arbitral décidait de ne pas prononcer d'injonction préliminaire contre la partie concernée, cette dernière pourrait néanmoins se tourner vers lui à un stade ultérieur de la procédure, y compris lorsque celui-ci entendrait les deux parties sur une mesure provisoire.

50. Après débat, il a été décidé de libeller l'alinéa e) à peu près comme suit: "Le tribunal arbitral donne à la partie visée par l'injonction préliminaire la possibilité de présenter ses arguments dès que possible. Il se prononce aussi rapidement que nécessaire compte tenu des circonstances". Un commentaire ou une note explicative se rapportant à l'article 17, qui pourrait être rédigé à un stade ultérieur, pourrait mentionner à titre d'exemple un délai de deux jours afin d'indiquer l'intention de la disposition.

Notification

51. Il a été demandé si la notification mentionnée dans les variantes A et B était celle que le tribunal arbitral devait adresser conformément à l'alinéa d) ou s'il s'agissait d'une autre notification, donnée à un autre moment, par le tribunal arbitral à la partie visée par l'injonction préliminaire afin que cette dernière fasse valoir ses arguments. Selon un avis, on pouvait indiquer plus clairement à quel moment la notification devait être adressée, en disposant que le tribunal arbitral devrait donner la possibilité à cette partie de présenter ses arguments au même moment où il lui adressait la notification conformément à l'alinéa d). Il a donc été proposé d'ajouter, au début de l'alinéa e), l'adverbe "concomitamment". Cette proposition a été acceptée.

Alinéa f)

Période de 20 jours

52. En réponse à une question, il a été précisé que la période de 20 jours mentionnée à l'alinéa f) devait s'entendre comme commençant à courir à compter de la date à laquelle l'injonction préliminaire était prononcée et non à compter de la date à laquelle elle était demandée. Il a en outre été expliqué que l'alinéa avait pour objet de fixer la durée de validité de l'injonction préliminaire, laquelle expirait automatiquement après 20 jours. Toutefois, pendant cette durée, le tribunal arbitral pouvait décider, après avoir donné à la partie visée par l'injonction, la possibilité d'être entendue, de confirmer, de proroger ou de modifier celle-ci sous la forme d'une mesure provisoire ou conservatoire *inter partes*, qui ne serait pas assujettie à ce délai de 20 jours.

53. Afin de renforcer l'obligation du tribunal d'examiner rapidement la demande d'injonction préliminaire dans le délai le plus bref possible, il a été proposé de modifier l'alinéa f) comme suit: "Le tribunal arbitral confirme, proroge ou modifie l'injonction préliminaire ou y met fin, dans un délai de 48 heures si faire se peut, après que la partie visée par l'injonction a été avisée et que la possibilité lui a été donnée de présenter ses arguments." Le texte proposé a été jugé insuffisamment souple.

Économie de l'alinéa f)

54. On a exprimé la crainte que la référence, dans la première phrase de l'alinéa f), à la notion de mesure provisoire ou conservatoire ne crée la confusion, car le paragraphe 7 visait à définir uniquement le régime s'appliquant aux injonctions préliminaires. Il a été fait observer que le délai de 20 jours fixé dans cet alinéa risquait, dans la plupart des cas, d'être trop court pour permettre à un tribunal arbitral d'ordonner une mesure provisoire ou conservatoire confirmant, prorogeant ou modifiant l'injonction prononcée.

55. Afin de dissiper toute confusion à propos de l'objet de l'alinéa f), il a été suggéré de poser clairement le principe selon lequel une injonction préliminaire ne devait pas avoir une durée de vie supérieure à 20 jours, étant entendu toutefois que certaines mesures accordées dans cette injonction pouvaient être incorporées dans une mesure provisoire ou conservatoire *inter partes*. Il a donc été proposé d'intervertir les deux phrases de l'alinéa f) comme suit: "Une injonction

préliminaire rendue en vertu du présent paragraphe expire après 20 jours à compter de la date à laquelle elle a été prononcée par le tribunal arbitral. Toutefois, ce dernier peut prononcer une mesure provisoire ou conservatoire qui confirme, proroge, ou modifie l'injonction préliminaire, après que la partie visée par cette injonction a été avisée et que la possibilité lui a été donnée de présenter ses arguments". Cette proposition a été favorablement accueillie.

56. L'attention du Groupe de travail a été attirée sur le fait que le texte révisé qui serait éventuellement élaboré ne devait pas être interprété comme autorisant le tribunal arbitral à prononcer une injonction préliminaire dont la durée de vie dépasserait 20 jours, sauf si cette injonction était transformée en mesure provisoire *inter partes*. On a estimé que le mot "toutefois", employé dans la deuxième phrase de la proposition, risquait d'être interprété comme une dérogation au principe énoncé dans la première phrase qui limitait la durée d'une injonction à 20 jours.

57. Afin de renforcer l'obligation du tribunal arbitral, il a été proposé de remplacer les mots "peut prononcer" figurant après "ce dernier" par "prononce". Il a également été proposé de remplacer les mots "qui confirme, proroge" par "qui adopte", pour mieux faire ressortir que l'injonction préliminaire devait être transformée en mesure provisoire *inter partes*.

58. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a adopté la version révisée ci-après de l'alinéa f): "Une injonction préliminaire rendue en vertu du présent paragraphe expire après 20 jours à compter de la date à laquelle elle a été prononcée par le tribunal arbitral. Toutefois, ce dernier peut prononcer une mesure provisoire ou conservatoire qui adopte ou modifie l'injonction préliminaire, après que la partie visée par cette injonction a été avisée et que la possibilité lui a été donnée de présenter ses arguments".

Alinéa g)

La garantie comme condition suspensive

59. Il a été suggéré de reformuler l'alinéa g) pour y indiquer que le tribunal arbitral devrait subordonner le prononcé d'une injonction préliminaire à la constitution, par le demandeur, d'une garantie appropriée.

60. Des inquiétudes ont cependant été exprimées quant au fait d'énoncer une règle aussi rigide, qui risquait de susciter des difficultés dans la pratique. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait débattu de la question de la constitution d'une garantie par le demandeur à ses précédentes sessions (voir A/CN.9/569, par. 35 à 38, et A/CN.9/545, par. 69 et 70) et était convenu qu'afin de renforcer la protection nécessaire dans le cadre des injonctions préliminaires, l'alinéa g) devrait faire obligation au tribunal arbitral d'examiner la question de la garantie, mais que la décision d'exiger ou non une telle garantie devrait être laissée à l'appréciation de ce dernier.

Moment où la garantie pourrait être exigée

61. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quarante et unième session, on s'était inquiété de l'absence d'indication claire du moment où une garantie pouvait être exigée (voir A/CN.9/569, par. 38). Cette imprécision a été jugée appropriée car elle laissait au tribunal arbitral une certaine latitude pour trancher la question, par

exemple dans les cas où une partie pouvait avoir besoin de plus de temps, et s'en voyait accorder, pour constituer une garantie mais où l'injonction préliminaire était nécessaire immédiatement.

"garantie appropriée"

62. Il a été dit que les mots "garantie appropriée" et "inapproprié" employés à l'alinéa g) étaient source de confusion. En réponse, il a été proposé de supprimer l'adjectif "appropriée" ou de le remplacer par "adéquate".

"sauf s'il le juge inapproprié ou inutile"

63. Il a été suggéré de supprimer également le membre de phrase final "sauf s'il le juge inapproprié ou inutile", car il permettait expressément à un tribunal arbitral de décider de ne pas demander de garantie, ce à quoi on a objecté que, dans certains cas exceptionnels, il ne serait pas possible d'exiger une garantie, par exemple, lorsque le demandeur n'avait pas de biens lui permettant d'en constituer une en raison de mesures prises par le défendeur.

64. Le Groupe de travail est convenu de conserver le texte de l'alinéa g), en supprimant l'adjectif "appropriée".

Alinéa h)

Renvois aux alinéas c) et e)

65. Il a été proposé – et cette proposition a été acceptée par le Groupe de travail – de supprimer les renvois aux alinéas c) et e) car ils n'étaient plus nécessaires.

Relation entre l'alinéa h) et le paragraphe 5 de l'article 17

66. Il a été demandé si l'obligation énoncée à l'alinéa h) n'était pas redondante compte tenu de l'obligation de divulgation figurant au paragraphe 5 du projet d'article 17. En réponse, il a été expliqué que les deux obligations différaient: la seconde concernait la révélation de tout changement important des circonstances tandis que la première visait la divulgation de tous les faits, y compris ceux qui n'étayaient pas la demande d'injonction préliminaire. On a expliqué que la raison de la divulgation figurant au paragraphe 5 du projet d'article 17 était que, dans le cas d'une injonction préliminaire, le tribunal arbitral n'avait pas la possibilité d'entendre les deux parties et qu'il fallait par conséquent imposer au demandeur une obligation supplémentaire de révéler des faits qui n'étaient peut-être pas favorables à sa cause, mais qui étaient utiles au tribunal pour sa décision.

"visée"

67. Il a été proposé de remplacer les mots "la partie visée par l'injonction préliminaire" par "la partie contre laquelle l'injonction préliminaire a été demandée" pour bien montrer que l'obligation de divulgation imposée au demandeur s'appliquait dès l'instant où la demande d'injonction préliminaire était présentée par ce dernier et non à compter du moment où le tribunal arbitral se prononçait sur cette demande. Cette proposition a été acceptée.

Note accompagnant l'alinéa h)

68. Il a été rappelé que la note accompagnant l'alinéa h) avait été insérée pour tenir compte du fait que, dans de nombreuses législations nationales, l'obligation faite à une partie de présenter des informations qui lui étaient défavorables n'était pas admise et était contraire aux principes généraux du droit procédural (A/CN.9/569, par. 68). Le Groupe de travail est convenu de supprimer cette note car elle était inutile et la référence aux "exigences moins strictes" était difficile à manier en ce qui concerne une obligation de divulgation.

Texte explicatif

69. À la fin de l'examen du projet d'article 17-7, des échanges de vues ont eu lieu sur le point de savoir si les nouvelles dispositions que le Groupe de travail était en train d'élaborer en vue de les ajouter à la Loi type devraient être accompagnées d'un texte explicatif et, dans l'affirmative, quelle forme ce texte pourrait revêtir. Le Groupe de travail est provisoirement convenu que des explications devraient être fournies afin de faciliter l'incorporation et l'application de ces nouvelles dispositions. Étant donné que celles-ci pourraient être intégrées à la Loi type et que cette dernière était accompagnée d'une "Note explicative du secrétariat de la CNUDCI" dans la publication des Nations Unies où elle était reproduite (numéro de vente: F.95.V.18), il a également été convenu que les explications portant sur les nouvelles dispositions types pourraient figurer dans une version révisée de cette note explicative ou sous une autre forme.

IV. Projet de disposition sur la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires (destiné à être inséré dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international en tant que nouvel article, numéroté provisoirement 17 *bis*)

70. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 17 *bis*, tel qu'il est reproduit au paragraphe 46 du document A/CN.9/WG.II/WP.131.

Paragraphe 1

71. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1 sans modification.

Paragraphe 2 a) – Chapeau

72. Il a été proposé de modifier le chapeau du paragraphe 2 a) afin de permettre à la partie contre laquelle la mesure était invoquée et aux tiers intéressés de demander à une juridiction étatique de refuser de reconnaître ou de faire exécuter cette mesure. À cet effet, il a été proposé d'ajouter dans le chapeau du paragraphe 2 a), après les mots "À la demande", les mots "ou au nom". Afin de dissiper une crainte selon laquelle les mots "au nom de", qui pouvaient être interprétés comme s'appliquant aux seuls représentants des parties et non aux tiers, et risquaient de ne pas répondre entièrement à la question de la protection des droits des tiers, il a également été proposé d'insérer la formulation suivante dans le paragraphe 2): "Rien dans la présente disposition ne diminue le droit de tout tiers intéressé

d'invoquer toutes les exceptions dont il dispose en vertu de la loi appliquée par la juridiction étatique". Il a été fait objection à ces propositions au motif que les projets d'article 17 et 17 *bis* traitaient uniquement des parties à l'arbitrage et non des tiers, et que la modification proposée rendrait la disposition inutilement complexe. Néanmoins, compte tenu du fait que, dans la pratique, des tiers (par exemple, la personne ayant la garde des biens d'une partie contre laquelle une mesure provisoire était dirigée) pouvaient être concernés par l'exécution d'une telle mesure, il a été décidé de revenir le cas échéant sur cette question lors de l'examen du projet d'article 17 *ter*.

Charge de la preuve

73. On s'est déclaré préoccupé par le fait que le paragraphe 2 a) ne spécifiait pas qui devrait apporter la preuve à la juridiction étatique que soit une question de fond se posait à propos d'un motif de refus, soit ce refus était justifié. Il a été déclaré que la façon d'aborder la question de la charge de la preuve était différente de celle retenue dans l'article 36-1 a) de la Loi type. Il a été dit en outre que si le Groupe de travail décidait de ne pas modifier le chapeau du paragraphe 2 a) dans un souci de cohérence avec l'article 36-1 a), des explications appropriées devraient être fournies afin d'éviter la confusion ou des interprétations divergentes s'agissant de savoir qui devrait supporter la charge de la preuve. Il a été répondu que le chapeau du paragraphe 2 a) traduisait le fait que le Groupe de travail avait décidé à ses sessions précédentes de ne pas prévoir de disposition concernant l'attribution de la charge de la preuve et qu'il fallait s'en remettre pour cette question au droit interne applicable (A/CN.9/524, par. 35 et 36, 42, 58 et 60).

Alinéa a) i) et ii)

"[Qu'une question de fond se pose à propos de l'un quelconque des motifs de refus] [Que ce refus est justifié par les motifs]"

74. Il a été rappelé que le premier passage entre crochets avait été ajouté afin de tenir compte du point de vue selon lequel les motifs énumérés au paragraphe 2 a) i) étaient difficiles à évaluer de façon définitive au stade préliminaire auquel une mesure provisoire serait prononcée. Il a été souligné que le libellé de ce premier passage, offrait une certaine souplesse, car il était possible que la décision de la juridiction étatique concernant l'exécution de la mesure provisoire doive être réexaminée au stade final de la procédure. À l'opposé, on a estimé que le deuxième passage entre crochets plaçait la barre plus haut pour la justification du refus et soulignait plus clairement que la reconnaissance et l'exécution devraient être la règle plutôt que l'exception. Sur cette base, le Groupe de travail est convenu de conserver le deuxième passage entre crochets et de fusionner les alinéas i) et ii) comme suit: "que ce refus est justifié par les motifs exposés à l'article 36-1 a) i), ii), iii) ou iv); ou".

Alinéa a) iii)

75. Il a été proposé de supprimer le sous-alinéa iii) compte tenu d'une décision antérieure du Groupe de travail selon laquelle la constitution d'une garantie en vertu du projet d'article 17-4 ne serait pas automatiquement une condition suspensive de l'octroi d'une mesure provisoire et que le projet d'article 17 *bis*-5 permettait déjà aux juridictions étatiques d'enjoindre au demandeur de constituer une garantie

appropriée. Toutefois, il a été largement estimé que cette disposition devait être conservée car elle constituait une protection importante pour la partie contre laquelle la mesure était dirigée. Il a été noté en outre que le sous-alinéa iii) restait nécessaire car le projet d'article 17 *bis*-5 ne s'appliquait que si le tribunal arbitral n'avait pas pris de décision concernant la constitution d'une garantie, alors que le sous-alinéa iii) visait les cas où une telle décision avait été prise par le tribunal mais n'avait pas été respectée.

76. Il a été souligné que le sous-alinéa iii) visait uniquement le cas où l'obligation de constituer une garantie appropriée n'avait pas été satisfaite mais ne rendait pas pleinement compte du fait que le tribunal arbitral était libre de ne pas exiger la constitution d'une garantie ou qu'une garantie pouvait avoir été requise mais que sa constitution avait été différée. Afin de mieux prendre en considération ces situations, il a été proposé d'apporter au sous-alinéa iii) une modification consistant soit à remplacer les mots "l'obligation" par "toute obligation", soit à remplacer les mots "Que l'obligation de constituer une garantie appropriée" par "Que l'injonction du tribunal arbitral concernant la constitution d'une garantie". Il a été suggéré de remplacer dans cette proposition le mot "injonction" par "décision" afin de tenir compte de la possibilité de régler la question de la garantie par une sentence. Après débat, ces propositions ont été adoptées quant au fond et le secrétariat a été prié d'établir un texte révisé.

Alinéa a) iv)

77. Il a été proposé de supprimer l'alinéa iv) parce qu'il était inutile de traiter de la question de la suspension ou de l'annulation d'une mesure provisoire par un tribunal arbitral, étant donné qu'aucun motif ne pouvait être invoqué en faveur de la reconnaissance ou de l'exécution d'une telle mesure. En outre, il a été déclaré qu'il était inutile de prévoir une disposition particulière concernant la suspension ou l'annulation d'une mesure provisoire par une juridiction étatique étant donné qu'une telle suspension ou annulation ne serait peut-être pas autorisée dans de nombreux systèmes juridiques. Cette proposition n'a pas été appuyée.

[ou conformément à la loi duquel, cette mesure a été accordée] [a lieu l'arbitrage]

78. Le Groupe de travail a examiné les passages entre crochets proposés dans le projet d'alinéa iv). On a fait observer que le libellé du premier passage entre crochets était similaire à ceux de l'article 36-1 a) v) de la Loi type et de l'article V de la Convention de New York, lesquels avaient donné lieu à des interprétations divergentes par les juridictions étatiques, en particulier sur le point de savoir si le mot "loi" désignait le droit procédural ou le droit substantiel de l'État concerné. Toutefois, il a été jugé préférable de conserver un libellé uniforme.

79. Pour assurer la cohérence entre le projet d'article 17 *bis*-2 iv) et l'article 36-1 a) v) de la Loi type, il a été proposé comme autre solution de conserver les deux passages entre crochets mais d'en inverser l'ordre. Après débat, cette proposition a été adoptée.

set aside

80. Pour s'aligner sur le texte de l'article 36, il a été proposé d'ajouter dans la version anglaise, après le mot "suspended", les mots "set aside", au motif que, dans

certains États, ce mot avait un sens différent de celui du mot "termination". Il a été répondu que l'objectif du projet d'article 17 *bis* était de fixer des règles pour la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires et non de faire pendant à l'article 34 de la Loi type. Afin d'éviter de devoir ajouter une telle mention, il a été proposé de supprimer les mots "ou, lorsqu'elle y est habilitée, par la juridiction étatique de l'État dans lequel, [ou conformément à la loi duquel, cette mesure a été accordée] [a lieu l'arbitrage]". Le Groupe de travail a pris note de ces deux propositions.

Disposition supplémentaire

81. Il a été proposé d'ajouter une disposition traitant expressément des cas où la loi du lieu de l'arbitrage, ou la loi en vertu de laquelle la mesure provisoire avait été accordée, ne permettait pas l'octroi d'une telle mesure par un tribunal arbitral, ou encore les cas où les parties avaient exclu que le tribunal arbitral puisse octroyer une mesure provisoire. Le texte suivant a été proposé pour cette nouvelle disposition: "que le tribunal arbitral n'avait pas compétence pour accorder une mesure provisoire ou conservatoire". Il a été dit cependant que ces cas étaient déjà couverts par le renvoi à l'article 36-1 iii) figurant dans le projet d'article 17 *bis*-2 a) i). Cette proposition n'a pas été adoptée.

Alinéa b) i)

82. Il a été proposé de supprimer les mots "par la loi" car ils pouvaient être interprétés à tort comme signifiant qu'une juridiction pouvait agir sur le fondement d'une loi autre que celle dont elle tirait ses pouvoirs. Le Groupe de travail a accepté cette proposition.

Alinéa b) ii)

83. Le Groupe de travail a adopté tel quel l'alinéa b) ii) quant au fond.

Paragraphe 3

84. Il a été proposé d'ajouter la phrase suivante au paragraphe 3: "Si l'un quelconque des faits visés au paragraphe 2 est invoqué à l'encontre de l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire accordée par un tribunal arbitral, rien n'empêche la juridiction étatique saisie de la demande d'exécution ni aucune autre juridiction étatique d'octroyer, conformément aux pouvoirs qui lui sont conférés par la loi qui s'applique à elle, des mesures identiques en substance à celles ordonnées par le tribunal arbitral". Il a été déclaré qu'il était nécessaire d'ajouter une disposition allant dans le sens du libellé proposé afin de préserver les cas où, en vertu de la loi existante, une juridiction étatique pouvait prononcer sa propre mesure provisoire au lieu de faire exécuter celle prononcée par le tribunal arbitral et d'éviter que cette juridiction ne soit confrontée aux conditions plus restrictives résultant de la deuxième phrase du paragraphe 3. Afin d'empêcher une partie de demander à une juridiction étatique l'octroi d'une mesure provisoire qu'elle ne pouvait pas obtenir du tribunal arbitral, il a également été proposé d'ajouter la phrase suivante à la fin du paragraphe 3: "Rien n'empêche une juridiction étatique d'octroyer, sous réserve des lois qui s'appliquent à elle, des mesures identiques en substance à celles ordonnées par le tribunal arbitral". Comme autre solution, il a été suggéré d'insérer le libellé proposé dans un commentaire du projet d'article 17 *bis*.

Le Groupe de travail a pris note de cette proposition et a décidé de l'examiner plus avant dans le contexte du projet d'article 17 *ter*.

Paragraphe 4

85. Le Groupe de travail a adopté tel quel le paragraphe 4 quant au fond.

Paragraphe 5

86. Afin de préciser que l'on souhaitait que la juridiction étatique puisse, si elle le jugeait approprié, enjoindre à un demandeur de constituer une garantie lorsque le tribunal arbitral ne l'avait pas déjà fait ou lorsqu'une telle injonction était nécessaire pour protéger les droits de tiers, il a été suggéré de reformuler le paragraphe 5 de manière à ce qu'il se lise à peu près comme suit: "La juridiction de l'État où la reconnaissance ou l'exécution est demandée peut, si elle le juge approprié, enjoindre au demandeur de constituer une garantie adéquate, si le tribunal arbitral n'a pas déjà pris de décision concernant la garantie ou lorsqu'une telle injonction est nécessaire pour protéger les droits de tiers." Il a également été proposé d'ajouter l'adjectif "expresse" après le mot "décision" afin d'indiquer que le tribunal arbitral devait examiner expressément la situation même si en fin de compte il n'exigeait pas la constitution d'une garantie. Il a également été suggéré de remplacer les mots "enjoindre au demandeur de constituer" par "exiger que le demandeur constitue" et les mots "une telle injonction" par "une telle décision" afin d'éviter de limiter l'effet de cette disposition aux décisions de procédure. Le secrétariat a été prié de tenir compte de ces propositions lors de l'élaboration d'une version révisée du projet de paragraphe 5.

Paragraphe 6

Injonctions préliminaires et exécution

87. Tenant compte du fait qu'il avait décidé antérieurement qu'une injonction préliminaire ne serait pas susceptible d'exécution par les juridictions étatiques, le Groupe de travail est convenu de supprimer le projet de paragraphe 6. Il a ensuite entrepris d'examiner la question de savoir s'il fallait ou non indiquer expressément dans le projet d'article 17 *bis* que celui-ci ne s'appliquait pas aux injonctions préliminaires. On a exprimé la crainte que le fait d'indiquer expressément que les injonctions préliminaires n'étaient pas susceptibles d'exécution pourrait avoir un effet négatif sur ces injonctions (dans la mesure où cela pourrait mettre en doute leur nature contraignante) et, par conséquent, on a estimé qu'il serait peut-être préférable d'indiquer simplement que l'article 17 *bis* s'appliquait uniquement aux mesures provisoires *inter partes*.

88. On a émis l'opinion qu'une telle déclaration expresse était inutile étant donné que le projet d'article 17 *bis*-2 a) ii) permettait déjà de refuser l'exécution sur la base des motifs énoncés à l'article 36-1 b) ii) où il était notamment fait mention du cas où la partie contre laquelle la mesure était prononcée avait été dans l'impossibilité "de faire valoir ses droits". Il a été répondu que le fait qu'une injonction préliminaire ne serait pas susceptible d'exécution devrait être mentionné expressément et non pas découler d'une application opaque des projets de dispositions. En outre, il a été noté que tant l'article 36 que le projet d'article 17 *bis* accordaient à la juridiction étatique le pouvoir discrétionnaire de refuser l'exécution

et que, par conséquent, celle-ci aurait toujours la possibilité d'ordonner l'exécution d'une injonction préliminaire.

89. Il a été noté qu'un tel risque était accru par le fait que la note accompagnant l'article 17 *bis*-1 autorisait un État à retenir un nombre de cas plus réduit où l'exécution pouvait être refusée. Pour cette raison, il a été convenu d'une manière générale qu'il serait préférable d'écarter expressément tout doute sur ce point. À cet effet, il a été décidé que le secrétariat élabore, en vue de son insertion dans l'article 17 *bis*, un projet de paragraphe énonçant le principe que les injonctions préliminaires n'étaient pas susceptibles d'exécution par les juridictions étatiques, en ayant à l'esprit des formulations qui ne portaient pas atteinte à la nature contraignante des injonctions préliminaires.

V. Projet de disposition concernant le pouvoir des juridictions étatiques d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'un arbitrage (destiné à être inséré dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international en tant que nouvel article, numéroté provisoirement 17 *ter*)

90. Le Groupe de travail a examiné ensuite deux variantes proposées pour le texte concernant le pouvoir d'une juridiction étatique d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'un arbitrage (figurant au paragraphe 42 du document A/CN.9/WG.II/WP.125).

Variantes 1 et 2

91. Selon un point de vue, la variante 1 accordait à une juridiction étatique un pouvoir plus souple d'ordonner des mesures provisoires en lui permettant de se référer à ses propres règles et procédures, alors que la variante 2 exigeait que ce pouvoir soit exercé "conformément aux dispositions énoncées à l'article 17". Pour cette raison, on a déclaré préférer la variante 1.

Relation entre les articles 17 bis *et 17* ter

92. Il a été proposé de remanier le début du texte de la variante 1 de manière à ce qu'il se lise comme suit: "Sous réserve des dispositions de l'article 17 *bis*, la juridiction étatique dispose", afin de préciser qu'une juridiction étatique ne devrait pas connaître d'une demande de mesure provisoire ou conservatoire lorsque cette mesure avait déjà été refusée par un tribunal arbitral. Toutefois, il a été déclaré qu'une juridiction étatique ne pouvait être empêchée d'examiner une affaire *de novo* lorsqu'une partie le demandait, même si elle avait déjà pris une décision en vertu du projet d'article 17 *bis*.

Relation entre le projet d'article 17 ter *et l'article 9 de la Loi type*

93. S'agissant de la relation entre l'article 9 et l'article 17 *ter*, il a été noté que le domaine d'application de l'article 9 et celui de l'article 17 *ter* n'étaient pas les mêmes, l'article 9 traitant du droit des tiers de demander une mesure provisoire ou conservatoire à une juridiction étatique, tandis que l'article 17 *ter* donne

expressément aux juridictions étatiques le pouvoir de prononcer de telles mesures à l'appui d'un arbitrage.

Tiers

94. Il a également été proposé qu'un membre de phrase tel que celui-ci soit ajouté à la fin de la deuxième phrase de la variante 1: "à condition que les restrictions de l'article 17 *bis* ne s'appliquent pas aux objections invoquées par des tiers à l'encontre de ces mesures ". Bien que le Groupe de travail ait convenu que la question des tiers mériterait une analyse plus approfondie, cette proposition n'a pas été appuyée. En tout état de cause, il a été généralement estimé que la question de la protection des tiers serait mieux abordée dans le projet d'article 17 *bis* plutôt que dans le projet d'article 17 *ter* (voir ci-dessus, par. 72).

95. Après discussion, le Groupe de travail est convenu d'adopter la variante 1 de l'article 17 *ter* telle qu'elle figure au paragraphe 42 du document A/CN.9/WG.II/WP.125.

VI. Insertion éventuelle de la Convention de New York dans la liste des instruments internationaux auxquels s'appliquerait le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux

96. Le Groupe de travail a rappelé ses précédents débats relatifs au projet de convention en cours d'élaboration par le Groupe de travail IV, sa relation avec la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et son objectif, qui est de fournir un régime uniforme pour l'utilisation de communications électroniques dans la formation et l'exécution des contrats internationaux (A/CN.9/569, par. 73). On s'est déclaré favorable dans l'ensemble à l'insertion dans le projet de convention d'une référence à la Convention de New York, qui devrait apporter la clarté nécessaire en ce qui concerne la prescription de la forme écrite mentionnée à l'article II-2 et les autres prescriptions concernant les communications écrites dans le texte de la Convention de New York. Différentes opinions, craintes et interrogations exprimées lors de la précédente session du Groupe de travail ont été réitérées (A/CN.9/569, par. 75, 76 et 78). On a souligné que l'insertion dans le projet de convention d'une référence à la Convention de New York ne devait pas nuire aux délibérations que le Groupe de travail pourrait devoir mener à l'avenir au sujet des questions soulevées par l'interprétation de l'article II-2 de la Convention de New York.

97. Pour ce qui est du libellé détaillé des dispositions du projet de convention qui influeraient sur l'interprétation de la Convention de New York, les propositions émises lors de la précédente session ont également été réitérées (A/CN.9/569, par. 77). Il a notamment été fait remarquer qu'il faudrait indiquer clairement si la notion de "contrat", telle qu'elle est employée dans le projet de convention, englobait une convention d'arbitrage. Il a également été dit qu'il serait peut-être nécessaire de clarifier en quels termes le projet de convention établirait l'équivalent fonctionnel d'un original dûment authentifié ou d'une "copie certifiée conforme" au sens de l'alinéa a) du paragraphe 1) de l'article IV de la Convention de New York. Les délégations ont été invitées à se consulter et à remettre leurs commentaires au

secrétariat en vue de l'élaboration des délibérations que mènera la Commission à sa trente-huitième session (prévue à Vienne du 4 au 15 juillet 2005), durant laquelle le projet de convention doit être finalisé.

VII. Questions diverses

98. Pour ce qui est de ses délibérations futures, le Groupe de travail a rappelé que, outre les questions relatives au projet d'article 17 *bis* identifiées à sa session en cours (voir ci-dessus, par. 70 à 89), il devrait examiner les propositions faites lors de sa précédente session concernant les paragraphes 1 à 6 *bis* du projet d'article 17 (voir A/CN.9/569, par. 22). Il a également été rappelé que certaines questions soulevées au sujet du projet d'article 17 *bis*, dans la note du secrétariat, notamment au paragraphe 51 du document A/CN.9/WG.II./WP.131, restaient en suspens. En vue de finaliser son examen des projets d'articles 17, 17 *bis* et 17 *ter* ainsi que ses travaux sur le projet d'article 7 de la Loi type et l'interprétation de l'article II-2 de la Convention de New York, le Groupe de travail est convenu de demander à la Commission de lui allouer du temps pour deux sessions supplémentaires avant la trente-neuvième session de la Commission (2006), au cours de laquelle celle-ci devrait examiner et adopter ces projets de dispositions. Il a été noté que, sous réserve de l'approbation de la Commission, la quarante-troisième session du Groupe de travail se tiendrait à Vienne du 3 au 7 octobre 2005.

99. Pour ce qui est de la relation entre la version actuelle de la Loi type et les projets d'articles révisés, le secrétariat a été prié de se pencher sur la question de la forme sous laquelle les dispositions actuelles et révisées pourraient être présentées, et de soumettre d'éventuelles variantes que le Groupe de travail examinerait à une session future.

100. Le Groupe de travail a pris note de suggestions selon lesquelles, lors de la planification de ses travaux futurs, il pourrait penser en priorité aux questions d'arbitrabilité notamment à l'arbitrabilité des litiges internes aux entreprises, mais aussi par exemple à l'arbitrabilité dans les domaines des biens immeubles, de l'insolvabilité ou de la concurrence déloyale. Selon une autre suggestion, il faudrait qu'il se penche sur les questions soulevées par la résolution en ligne des conflits ainsi que sur l'éventuelle révision du règlement d'arbitrage de la CNUDCI. D'autres suggestions pourraient également être formulées lors des sessions futures. Le secrétariat a été invité à examiner si certaines de ces questions pourraient servir de base à des propositions spécifiques à soumettre au Groupe de travail lors d'une session future.

E. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux - mesures provisoires ou conservatoires, soumise au Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation à sa quarante-deuxième session

(A/CN.9/WG.II/WP.134) [Original: anglais]

1. À sa quarante et unième session (Vienne, 13-17 septembre 2004), le Groupe de travail a examiné le texte du paragraphe 7 du projet d'article 17, en se fondant sur un projet établi par le secrétariat, qui figure dans le document A/CN.9/WG.II/WP.131, et sur une proposition d'une délégation, qui est reproduite dans son rapport sur les travaux de cette même session (A/CN.9/569, par. 22). Il a été noté que la Commission, à sa trente-septième session (New York, 14-25 juin 2004), avait rappelé que la question des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte*, qui – elle en convenait – demeurait un point important et controversé, ne devait pas retarder la progression des travaux de révision de la Loi type. Elle avait toutefois constaté que le Groupe de travail n'avait pas consacré beaucoup de temps à l'examen de cette question à ses dernières sessions et exprimé l'espoir qu'il parviendrait à un consensus sur ce point à sa prochaine session (A/59/17, par. 58).

2. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait déjà débattu la question de l'insertion d'une disposition sur les mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* (voir A/CN.9/468, par. 70; A/CN.9/485, par. 89 à 94; A/CN.9/487, par. 69 à 76; A/CN.9/508, par. 77 à 79; A/CN.9/523, par. 15 à 76; A/CN.9/545, par. 49 à 92; A/CN.9/547, par. 109 à 116; et A/CN.9/569, par. 12 à 72).

3. Pour faciliter la reprise des débats, la présente note contient une version nouvellement révisée du paragraphe 7 du projet d'article 17 de la Loi type de la CNUDCI ("le texte révisé"), qui tient compte des discussions et décisions du Groupe de travail à sa quarante et unième session.

Texte révisé du paragraphe 7 du projet d'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires

"7 a) [Sauf convention contraire des parties,] [Si les parties en sont expressément convenues,] une partie peut présenter, sans en aviser l'autre partie, une demande de mesure provisoire ou conservatoire ainsi qu'une demande d'injonction préliminaire ordonnant à cette autre partie de ne rien faire qui compromette la mesure provisoire ou conservatoire demandée.

b) Les dispositions des paragraphes 3, 5, 6 et 6 *bis* du présent article s'appliquent à toute injonction préliminaire que le tribunal arbitral peut prononcer en vertu du présent paragraphe.

c) Le tribunal arbitral ne peut prononcer une injonction préliminaire que s'il considère qu'il existe des motifs raisonnables de craindre que la

mesure provisoire ou conservatoire demandée soit compromise avant que toutes les parties puissent être entendues.

d) Immédiatement après que le tribunal arbitral a pris une décision concernant l'injonction préliminaire, la partie visée par cette injonction est avisée de la demande de mesure provisoire ou conservatoire, de la demande d'injonction préliminaire, de l'injonction préliminaire éventuellement prononcée et de toutes autres communications entre une partie quelconque et le tribunal relatives à la demande [, sauf si le tribunal estime qu'une telle notification devrait être différée jusqu'à ce que la juridiction étatique décide de donner ou non force exécutoire à l'injonction ou jusqu'à expiration de cette dernière, si celle-ci intervient avant].

e) Le tribunal arbitral donne à la partie visée par l'injonction préliminaire la possibilité de présenter ses arguments

Variante A: au plus tard dans les 48 heures après la notification, ou dans un délai plus long si cette partie le lui demande [compte tenu des circonstances].

Variante B: dès qu'elle le pourra après la notification [compte tenu des circonstances].

f) Le tribunal arbitral peut prononcer une mesure provisoire ou conservatoire qui confirme, proroge ou modifie l'injonction préliminaire, ou mettre fin à cette injonction, après que la partie visée par l'injonction a été avisée et que la possibilité lui a été donnée de présenter ses arguments. En tout état de cause, une injonction préliminaire rendue en vertu du présent paragraphe expire après 20 jours à compter de la date à laquelle le tribunal l'a prononcée.

g) Le tribunal arbitral exige du demandeur qu'il constitue une garantie appropriée en rapport avec l'injonction préliminaire, sauf s'il le juge inapproprié ou inutile.

h) Tant que la partie visée par l'injonction préliminaire n'a pas présenté ses arguments conformément à l'alinéa e) ci-dessus, le demandeur a l'obligation continue de divulguer au tribunal arbitral toutes les circonstances que ce dernier est susceptible de juger pertinentes pour sa décision de prononcer ou non une injonction préliminaire en vertu de l'alinéa c) ci-dessus*."

Options

4. À sa quarante et unième session, le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait peut-être examiner diverses options avant d'arrêter définitivement un ensemble de dispositions législatives types destinées à assurer une reconnaissance limitée des mesures *ex parte*. En particulier, il est rappelé que les options ci-après ont été envisagées comme des solutions possibles pour le paragraphe 7 (A/CN.9/569, par. 18 à 21 et 70):

---

* Cet alinéa énonce une exigence maximale. Il ne serait donc pas contraire à l'harmonisation recherchée par la Loi type qu'un État retienne des exigences moins strictes.

– Possibilité pour les parties de choisir ou d'exclure l'application du paragraphe:

  - Si le Groupe de travail adopte la première possibilité, la formule "[Si les parties en sont expressément convenues,]" devrait alors être conservée dans le texte. En outre, afin de préserver la liberté des parties de conclure des accords qui prévoient d'autres règles juridiques pour les mesures provisoires ou conservatoires *ex parte*, le libellé ci-après pourrait être inséré dans l'alinéa b): "Sans préjudice des dispositions des paragraphes 3, 5, 6 et 6 *bis* du présent article, les parties sont libres de convenir d'une procédure pour autoriser le tribunal arbitral à prononcer une injonction préliminaire. À défaut d'un tel accord, les dispositions du paragraphe 7 du présent article s'appliquent".
  - Si le Groupe de travail adopte la seconde possibilité, la formule "[Sauf convention contraire des parties,]" devrait alors être conservée.

– Possibilité pour l'État adoptant de choisir ou d'exclure l'application du paragraphe:

  - Le Groupe de travail pourrait exprimer la première possibilité en insérant le paragraphe 7 en note de bas de page accompagnant la version révisée de l'article 17 et en faisant précéder le paragraphe de la phrase liminaire ci-après (inspirée de l'article 4 de la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale):

    "La Commission suggère le texte ci-après à l'intention des États qui souhaiteraient adopter une disposition concernant les injonctions préliminaires:"
  - Le Groupe de travail pourrait exprimer la deuxième possibilité en conservant le paragraphe 7 dans le corps même du texte révisé de l'article 17 mais en insérant une note de bas de page (sur le modèle de la note accompagnant l'article 35-2 de la Loi type) qui serait libellée à peu près comme suit:

    "Le paragraphe 7 a pour objet de définir la procédure applicable aux injonctions préliminaires. Il ne serait pas contraire à l'harmonisation recherchée par la Loi type qu'un État décide de ne pas insérer ce paragraphe."

5. Dans le cas où le Groupe de travail déciderait de prévoir la possibilité pour les législateurs nationaux de choisir ou d'exclure l'application de ce paragraphe, il faudrait peut-être indiquer si, en l'absence de dispositions spécifiques concernant les mesures provisoires ou conservatoires *ex parte*, le texte devrait être interprété comme autorisant ou n'autorisant pas les tribunaux arbitraux à prononcer de telles mesures.

Alinéa a)

6. Le projet révisé tient compte de la décision qu'a prise le Groupe de travail à sa quarante et unième session de clarifier la distinction entre mesures provisoires ou

conservatoires et injonctions préliminaires et de limiter encore les fonctions remplies par ces injonctions (A/CN.9/569, par. 30 et 31).

Alinéa b)

Renvois aux paragraphes 3, 5, 6 et 6 bis

7. Le projet révisé reflète la décision du Groupe de travail de conserver à l'alinéa b) les renvois aux paragraphes 3, 5, 6 et 6 *bis* (A/CN.9/569, par. 34).

Alinéa c)

8. Le projet révisé d'alinéa c) tient compte des décisions ci-après du Groupe de travail (A/CN.9/569, par. 39 à 43):

– Exprimer cette disposition à la forme affirmative plutôt que négative;

– Souligner le caractère exceptionnel des injonctions préliminaires et faire en sorte que l'alinéa c) complète l'alinéa a) au lieu de le répéter. L'alinéa a) traite de la procédure à suivre par une partie lorsqu'elle demande une injonction préliminaire, alors que l'alinéa c) traite cette question du point de vue des pouvoirs du tribunal arbitral et donne des orientations sur les aspects que celui-ci doit prendre en compte lorsqu'il prononce une telle injonction.

– Faire en sorte que le projet de disposition porte sur le risque que la mesure soit compromise et sur le bien-fondé de la mesure.

Alinéa d)

Notification

9. Comme d'autres articles de la Loi type (par exemple l'article 24-2), le projet révisé d'alinéa d) laisse ouverte la question de savoir qui doit donner notification (A/CN.9/569, par. 44). En outre, comme l'a décidé le Groupe de travail, les mots "de la demande de mesure provisoire ou conservatoire" ont été ajoutés afin d'établir clairement que l'alinéa d) exige que cette demande soit également notifiée (A/CN.9/569, par. 45).

Report de la notification et décision judiciaire donnant force exécutoire à l'injonction

10. Il est rappelé que le Groupe de travail n'est pas parvenu à un consensus sur la question de savoir si le projet révisé d'article 17 devrait aborder les décisions judiciaires donnant force exécutoire aux injonctions préliminaires. Il a été décidé de conserver entre crochets le texte à la fin de l'alinéa d) pour la suite des débats à une prochaine session (A/CN.9/569, par. 51).

Alinéa e)

11. Conformément à la décision du Groupe de travail, pour indiquer clairement que le tribunal arbitral a l'obligation de donner au défendeur la possibilité de présenter ses arguments, le début de l'alinéa a été mis à la forme active (A/CN.9/569, par. 53).

12. Le Groupe de travail a souligné que, quelle que soit l'approche retenue en ce qui concerne l'obligation de donner au défendeur la possibilité de présenter ses

arguments, il fallait éviter que la disposition ne soit interprétée à tort comme exigeant de celui-ci qu'il réagisse dans les 48 heures (A/CN.9/569, par. 54 et 55). Les variantes A et B proposées dans le projet révisé de paragraphe 7 tiennent compte des discussions du Groupe de travail sur l'opportunité de définir un délai dans lequel le défendeur devrait présenter ses arguments.

13. La variante A fixe un délai de 48 heures. Certaines délégations ont considéré cette limite comme une garantie fondamentale. Cette variante prévoit expressément la possibilité de proroger le délai et autorise le défendeur à demander une telle prorogation au lieu de laisser au seul tribunal arbitral le soin de trancher cette question en fonction des circonstances (A/CN.9/569, par. 57).

14. La variante B ne prévoit ni délai ni possibilité pour le défendeur de demander un délai plus long pour présenter ses arguments.

15. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de fusionner les variantes A et B de sorte que la disposition se lise comme suit: "dès qu'elle le pourra, mais au plus tard dans les 48 heures après la notification, ou dans un délai plus long si elle le lui demande [compte tenu des circonstances]".

Alinéa f)

16. Comme l'a décidé le Groupe de travail, le nouveau projet de paragraphe 7 mentionne la possibilité pour le tribunal arbitral de modifier une injonction préliminaire (A/CN.9/569, par. 62).

17. Le projet révisé tient compte de la décision du Groupe de travail d'indiquer clairement à l'alinéa f) qu'une injonction préliminaire a une durée de vie limitée de 20 jours et renforce le principe selon lequel un tribunal arbitral ne peut proroger la phase *ex parte* de la procédure au-delà de cette limite. À cette fin, la phrase ci-après a été ajoutée: "En tout état de cause, une injonction préliminaire rendue en vertu du présent paragraphe expire après 20 jours à compter de la date à laquelle le tribunal arbitral l'a prononcée" (A/CN.9/569, par. 63 et 64).

Alinéa g)

18. Le projet révisé d'alinéa g) tient compte de la décision du Groupe de travail de donner au tribunal arbitral une plus grande latitude sur la question de la constitution de garantie par le demandeur. Les mots suivants ont été ajoutés à la fin de l'alinéa: "sauf s'il le juge inapproprié ou inutile" (A/CN.9/569, par. 65).

Alinéa h)

19. Conformément à la décision du Groupe de travail, une note de bas de page, inspirée de celle accompagnant l'article 35-2 de la Loi type, a été insérée à l'alinéa h) pour tenir compte du fait que, dans de nombreuses législations nationales, l'obligation faite à une partie de présenter des arguments qui lui sont défavorables est inconnue et contraire aux principes généraux du droit procédural. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner plus avant cette proposition (A/CN.9/569, par. 68), en tenant compte de la décision qu'il prendra sur la question de savoir si les législateurs nationaux devraient avoir la possibilité de choisir d'appliquer ou d'exclure l'ensemble du paragraphe 7 (voir ci-dessus, par. 4).

IV. DROIT DES TRANSPORTS

A. Rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa quatorzième session (Vienne, 29 novembre-10 décembre 2004)

(A/CN.9/572) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
	Introduction	1-7
I.	Délibérations et décisions	8-9
II.	Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]	10-157
	Projet d'article 14. Fondement de la responsabilité	10-80
	Débat général	10-11
	Projet d'article 14-1	12-19
	Projet d'article 14-2	20-26
	Débat général	21
	Alinéas a) et b) du projet d'article 14-2	22
	Alinéa c) du projet d'article 14-2	23-26
	Première version révisée des projets de paragraphes 1 et 2	27-30
	Seconde version révisée des projets de paragraphes 1 et 2	31-33
	Projet d'article 14-3	34-66
	Projet d'article 14-4 "causes concurrentes"	67-74
	Nouvelle version des projets d'articles 14-3 et 14-4	75-80
	Liberté contractuelle (projets d'articles 1er, 2, 88 et 89)	81-104
	Champ d'application	83-90
	Tiers	91-96
	Projet d'article xx. Accords de services réguliers de transport maritime	97-104
	Nouveau texte des dispositions relatives au champ d'application	105-109
	Compétence	110-150
	Débat général	110-113
	Projet d'article 72	114-136
	Projet d'article 73	137-139

Projet d'article 74 140-141
Projet d'article 75 142-144
Projet d'article 75 *bis* 145-150
Arbitrage 151-157
III. Questions diverses 158-166
Commerce électronique 158-162
Dates des quinzième et seizième sessions 163-164
Organisation des travaux futurs 165-166

Introduction

1. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission a créé le Groupe de travail III (Droit des transports) et l'a chargé d'élaborer, en étroite coopération avec les organisations internationales intéressées, un instrument législatif sur des questions liées au transport international de marchandises telles que le champ d'application, les obligations du transporteur, sa responsabilité et la durée de cette dernière, les obligations du chargeur et les documents de transport[1]. Le Groupe de travail a commencé à examiner un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] à sa neuvième session, en 2002. La compilation la plus récente retraçant l'historique de ce projet d'instrument figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.38.

2. Le Groupe de travail III (Droit des transports), qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quatorzième session à Vienne du 29 novembre au 10 décembre 2004. Ont assisté à cette session des représentants des États membres suivants: Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Bélarus, Belgique, Brésil, Cameroun, Canada, Chine, Croatie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Inde, Italie, Japon, Lituanie, Mexique, Nigéria, République de Corée, République tchèque, Rwanda, Singapour, Suède, Suisse, Thaïlande, Tunisie, Turquie et Venezuela.

3. Ont également assisté à la session des observateurs des États suivants: Antigua-et-Barbuda, Arabie saoudite, Cuba, Danemark, Finlande, Grèce, Indonésie, Koweït, Lettonie, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pérou, République démocratique du Congo, Roumanie, Sénégal, Slovaquie, Slovénie et Yémen.

4. Ont aussi assisté à la session des observateurs des organisations internationales ci-après:

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, supplément n° 17* et correctif (A/56/17 et Corr.3), par. 345.

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

b) **Organisations intergouvernementales invitées par la Commission**: Commission européenne (CE);

c) **Organisations internationales non gouvernementales invitées par la Commission**: Association of American Railroads (AAR), Chambre de commerce internationale (CCI), Chambre internationale de la marine marchande, Comité maritime international (CMI), Conseil maritime baltique et international (BIMCO), Fédération internationale des associations de transitaires et assimilés (FIATA), International Group of Protection and Indemnity (P&I) Clubs, International Multimodal Transport Association (IMMTA) et Union internationale d'assurances transports.

5. Le Groupe de travail a élu le Bureau ci-après:

Président: M. Rafael Illescas (Espagne)

Rapporteur: M. Walter De Sá Leitão (Brésil)

6. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:

a) Ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.III/WP.38);

b) Note du secrétariat contenant une première version révisée du projet d'instrument (A/CN.9/WG.III/WP.32);

c) Nouvelle version provisoire des articles du projet d'instrument examinés dans les rapports du Groupe de travail sur ses douzième (A/CN.9/WG.III/WP.36) et treizième (A/CN.9/WG.III/WP.39) sessions;

d) Commentaires du Danemark, de la Finlande, de la Norvège et de la Suède (pays nordiques) sur la liberté contractuelle (A/CN.9/WG.III/WP.40);

e) Commentaires du secrétariat de la CNUCED (A/CN.9/WG.III/WP.41);

f) Proposition des États-Unis d'Amérique (A/CN.9/WG.III/WP.42).

7. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Élection du Bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer].
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

I. Délibérations et décisions

8. Le Groupe de travail a poursuivi l'examen du projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] ("le projet d'instrument") en se fondant sur:

– Le texte figurant en annexe à une note du secrétariat (A/CN.9/WG.III/WP.32); et

– Une nouvelle version provisoire proposée pour les articles qu'il avait examinés à ses douzième (A/CN.9/WG.III/WP.36) et treizième (A/CN.9/WG.III/WP.39) sessions.

9. Le secrétariat a été prié d'établir une version révisée de plusieurs dispositions en tenant compte des délibérations et conclusions du Groupe de travail, dont il est rendu compte dans la section II ci-après.

II. Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]

Projet d'article 14. Fondement de la responsabilité

Débat général

10. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait examiné pour la dernière fois le projet d'article 14 à sa douzième session (voir A/CN.9/544, par. 85 à 144) et les articles s'y rattachant, à savoir les articles 22 (Responsabilité du transporteur en ce qui concerne le transport par mer) et 23 (Déroutement) à sa treizième session (voir A/CN.9/552, par. 92 à 99 et 100 à 102, respectivement).

11. Le groupe informel de consultation (voir A/CN.9/552, par. 167) chargé de poursuivre les débats entre les sessions du Groupe de travail afin d'accélérer l'échange de vues, la formulation de propositions et l'émergence d'un consensus sur le projet d'instrument a fait un bref rapport. Il a dit avoir procédé à un échange de vues sur le projet d'article 14 pour étudier les améliorations susceptibles d'être apportées à son libellé.

Projet d'article 14-1

12. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 14-1, qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.36 (par. 7 et 8). Il a été proposé de conserver, dans ce paragraphe, le principe général de la responsabilité du transporteur en cas de préjudice sans cause en apportant, cependant, certaines améliorations d'ordre rédactionnel. Il a été suggéré d'insérer entre crochets les mots "la nature et le montant du préjudice" entre "prouve" et "que" à la fin du chapeau. Il a en outre été proposé de mettre entre crochets le membre de phrase "qu'aucune faute de sa part ni de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 14 bis n'a causé cette perte, ce dommage ou ce retard ou y a contribué" et d'insérer, immédiatement après, entre crochets également, une autre variante possible rédigée comme suit: "que l'événement qui a causé cette perte, ce dommage ou ce retard ou y a contribué n'est pas imputable à une faute de sa part ni de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 14 *bis*".

13. On a estimé que le texte qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.36 comme celui suggéré ci-dessus étaient trop complexes et qu'il fallait les simplifier et clarifier. Une autre variante, libellée comme suit, a été proposée:

> "1. Le transporteur est responsable de la perte des marchandises ou du dommage subi par celles-ci ainsi que du retard de livraison survenus pendant la durée de sa responsabilité telle que celle-ci est définie au chapitre 3, à moins qu'il ne prouve, et sauf preuve contraire, qu'aucune faute ou négligence de sa part ni de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 14 *bis* n'a causé cette perte, ce dommage ou ce retard ou n'y a contribué. Il incombe au demandeur de prouver la nature et le montant du préjudice."

14. Certains ont exprimé la crainte que le texte proposé ci-dessus ne permette pas de régler efficacement et clairement des questions complexes mais importantes telles que l'attribution de la charge de la preuve pour déterminer la responsabilité. Le Groupe de travail a décidé de poursuivre son examen du paragraphe 1 sur la base du texte du document A/CN.9/WG.III/WP.36, en étudiant les propositions de modification à mesure que celles-ci seraient présentées.

"la nature et le montant du préjudice"

15. Il a été avancé que, dans sa rédaction actuelle, l'article 14-1 pouvait donner à penser que le demandeur devait prouver la perte matérielle, le dommage ou le retard de livraison, mais non le montant du préjudice qui en résultait. Pour résoudre ce problème, il a été proposé d'insérer, comme au paragraphe 12 ci-dessus, le membre de phrase "la nature et le montant du préjudice". Cette proposition, bien qu'ayant bénéficié d'un certain soutien, a été retirée car elle soulevait des questions de mesure du dommage qui n'ont pas été jugées appropriées dans le contexte du régime de responsabilité énoncé au projet d'article 14-1.

"demandeur"

16. Le Groupe de travail a confirmé son avis (voir A/CN.9/544, par. 105 et 133) selon lequel le terme "demandeur" était plus approprié que celui de "chargeur" pour exprimer l'identité de la partie qui demanderait réparation au transporteur. Nonobstant la proposition figurant à la note de bas de page 26 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, selon laquelle le Groupe de travail voudrait peut-être se demander s'il faudrait insérer une définition de "demandeur" dans le projet d'article 63 du projet d'instrument, sous l'intitulé "droits d'action", il a été proposé d'insérer cette définition dans le projet d'article premier. Il a été conseillé, le terme "demandeur" apparaissant dans d'autres dispositions du projet d'instrument, par exemple dans les projets d'articles 19, 65, 68, 75 et 78, que le Groupe de travail veille à ce qu'une définition, quelle qu'elle soit, soit conforme au sens attribué à ce terme lorsqu'il est utilisé ailleurs dans le projet d'instrument.

"ou y a contribué"

17. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les crochets entourant l'expression "ou y a contribué" les deux fois où celle-ci apparaissait dans le projet d'article. Il a été dit que ce membre de phrase était nécessaire pour inclure le cas des causes concurrentes de perte, de dommage ou de retard, comme cela était envisagé dans le projet d'article 14-4. Il a été noté que ce texte risquait de poser un problème dans certaines langues et qu'il faudrait le réexaminer dans cette optique.

"et dans la mesure où"

18. Il a été suggéré de supprimer le texte entre crochets "et dans la mesure où", qui risquait de contredire le projet de paragraphe 4 traitant des causes concurrentes de perte, de dommage ou de retard si le Groupe de travail décidait que toutes les questions ayant trait à la détermination de la part de responsabilité du transporteur en cas de causes concurrentes devaient être tranchées par le tribunal saisi de la demande. Il a été proposé cependant, de conserver le texte afin d'énoncer clairement que c'était le transporteur qui portait la charge de la preuve en cas de causes concurrentes. Le Groupe de travail est convenu de supprimer le texte "et dans la mesure où" compte tenu des craintes formulées au sujet de la charge de la preuve en cas de causes concurrentes.

Conclusions du Groupe de travail quant au paragraphe 1

19. Après un débat, le Groupe de travail est convenu de transmettre à un groupe de rédaction informel les conclusions suivantes, dont il devra être tenu compte lors de l'élaboration d'un texte révisé (voir par. 27 et 28 et 31 à 33 ci-après):

- Il faudrait insérer le terme "demandeur" dans le projet d'article 14-1 en veillant à ce que sa définition, quelle qu'elle soit, soit conforme à l'utilisation qui est faite de ce terme dans d'autres dispositions du projet d'instrument;
- Il faudrait supprimer les crochets entourant l'expression "ou y a contribué" les deux fois où celle-ci apparaît;
- Il faudrait supprimer le membre de phrase "et dans la mesure où".

Projet d'article 14-2

20. Il a été dit au Groupe de travail que le projet d'article 14-2 figurant au paragraphe 7 du document A/CN.9/WG.III/WP.36 était considéré comme reflétant avec précision ses opinions concernant le déplacement de la charge de la preuve suite à l'établissement, par le demandeur, du bien-fondé de sa réclamation en vertu du paragraphe 1 du même article. L'avis a cependant été émis que le texte du paragraphe 2, dans le document A/CN.9/WG.III/WP.36, était lourd et difficile à lire. Dans le souci de préserver l'orientation générale exposée dans ce document, mais de régler les problèmes perçus, il a été proposé de remplacer le texte par le suivant:

"2. Si le transporteur, au lieu de prouver l'absence de faute comme prévu au paragraphe 1, prouve que la perte, le dommage ou le retard a été causé par l'un des événements énumérés au paragraphe 3, il n'est responsable de cette perte, de ce dommage ou de ce retard que si le demandeur prouve que:

a) L'événement invoqué par le transporteur en vertu du présent paragraphe a été causé par la faute du transporteur ou d'une personne mentionnée à l'article 14 *bis* [auquel cas, la responsabilité est déterminée conformément au paragraphe 1];

b) Un événement autre que ceux énumérés au paragraphe 3 a contribué à cette perte, à ce dommage ou à ce retard, [auquel cas, la responsabilité est déterminée conformément au paragraphe 4]; ou

[c) Le navire n'était pas en état de navigabilité, n'était pas convenablement armé, équipé et approvisionné, ou les cales ou d'autres parties du navire où les marchandises sont chargées (y compris les conteneurs éventuellement fournis par le transporteur dans ou sur lesquels les marchandises sont chargées) n'étaient pas en bon état pour leur réception, transport et conservation, [auquel cas le transporteur n'est pas responsable s'il prouve qu'il s'est acquitté de son obligation d'exercer une diligence raisonnable comme l'exige l'article 13-1 ou que le fait qu'il n'ait pas exercé une diligence raisonnable n'a pas contribué à cette perte, à ce dommage ou à ce retard]; ou]

c) La perte, le dommage ou le retard a été causé par le fait que:

i) Le navire n'était pas en état de navigabilité;

ii) Le navire n'était pas convenablement armé, équipé et approvisionné; ou

iii) Les cales ou d'autres parties du navire où les marchandises sont chargées (y compris les conteneurs éventuellement fournis par le transporteur dans ou sur lesquels les marchandises sont chargées) n'étaient pas en bon état pour leur réception, transport et conservation,

auquel cas, le transporteur est responsable en vertu du paragraphe 1 à moins qu'il ne prouve qu'il s'est acquitté de son obligation d'exercer une diligence raisonnable comme l'exige l'article 13-1."

Débat général

21. Il a été dit au Groupe de travail que les alinéas i) et ii) du projet d'article 14-2 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.36 avaient été reformulés et étaient devenus les alinéas a) et b) du paragraphe 2 du texte proposé, et que le paragraphe 3 du même projet d'article avait été reformulé pour faire apparaître les deux variantes figurant à l'alinéa c) du texte proposé. Ces deux variantes, qui ont trait à la charge de la preuve pesant sur le demandeur en cas d'innavigabilité du navire, sont examinées de façon plus approfondie ci-après (voir par. 23 à 25). Le Groupe de travail est convenu d'utiliser, pour poursuivre l'examen de ce projet de disposition, le texte du projet d'article 14-2 proposé au paragraphe 20 ci-dessus.

Alinéas a) et b) du projet d'article 14-2

22. Le Groupe de travail s'est, dans son ensemble, déclaré favorable au texte proposé pour les alinéas a) et b) du projet d'article 14-2. Selon un avis, le texte entre crochets figurant à la fin de l'alinéa a) était inutile et devrait être supprimé compte tenu, en particulier, de la précision apportée dans la première phrase du paragraphe 2, selon laquelle la preuve apportée par le transporteur en vertu de cette disposition l'était "au lieu de prouver l'absence de faute comme prévu au paragraphe 1". Il a été suggéré aussi de supprimer le texte figurant entre crochets à la fin de l'alinéa b) au motif qu'il était inutile et qu'en tout état de cause, c'était au paragraphe 1 du projet d'article 14, qui traitait de l'évaluation de la responsabilité d'un événement supplémentaire, qu'il aurait fallu renvoyer et non au paragraphe 4, qui traite des causes concurrentes. Ces deux propositions ont été appuyées, tandis qu'un certain soutien a été exprimé en faveur du maintien du texte figurant à la fin de l'alinéa b)

du projet et de la suppression des crochets qui l'entouraient. Le Groupe de travail est convenu de prier un groupe de rédaction informel d'examiner le texte des alinéas a) et b) du projet d'article 14-2 à la lumière de ces propositions et d'élaborer une nouvelle version clarifiant le texte.

Alinéa c) du projet d'article 14-2

Les deux variantes proposées

23. Le Groupe de travail a examiné les deux variantes ayant trait à la charge de la preuve pesant sur le demandeur en cas d'innavigabilité, énoncée dans le texte proposé de l'alinéa c) du projet d'article 14-2. On a fait observer que, pour renverser la charge de la preuve sur le transporteur, la première variante faisait seulement obligation au demandeur de prouver que le navire n'était pas en état de navigabilité ou que le transporteur ne l'avait pas convenablement armé, équipé et approvisionné ou bien que les cales n'étaient pas en bon état, tandis que la seconde lui faisait obligation de prouver que la perte, le dommage ou le retard avait été causé par l'un de ces manquements de la part du transporteur. On s'est inquiété de la charge qui serait placée sur le demandeur ayant à prouver le lien de causalité dans la deuxième variante. On s'est inquiété aussi de la charge que la première variante ferait peser sur le transporteur en exigeant qu'il prouve à la fois l'état de navigabilité du navire et la cause de la perte. L'avis a été exprimé que la première variante ramènerait le régime à l'époque antérieure aux Règles de La Haye, avec une obligation absolue de navigabilité, de sorte qu'il ne serait pas nécessaire que la perte ait été causée par l'innavigabilité pour que la demande aboutisse. Les deux variantes énoncées à l'article 14-2 c) ont l'une et l'autre reçu un appui au sein du Groupe de travail.

Positions de compromis possibles

24. Le Groupe de travail a entendu une proposition selon laquelle il serait possible de parvenir à une position de compromis entre les deux variantes envisagées à l'alinéa c) en réduisant la charge pesant sur le demandeur pour prouver la causalité. À cet égard, il a été suggéré que le demandeur soit tenu de prouver à la fois l'innavigabilité et le fait qu'elle avait causé ou pouvait être raisonnablement considérée comme ayant causé la perte ou le dommage. Si un soutien a été exprimé au sein du Groupe de travail en faveur de l'adoption d'une telle position de compromis, on a émis la crainte que les juridictions étatiques internes la perçoivent négativement et y voient une tentative de réglementer la procédure concernant les modalités d'évaluation de la charge de la preuve. On a également exprimé la crainte que l'emploi d'une clause conditionnelle à cet égard ne soit une source d'ambiguïtés et n'entraîne en conséquence des procès plus nombreux. Enfin, il a été dit que, si cette position de compromis était adoptée, il faudrait en tenir compte dans le contexte de l'équilibre global des droits et des responsabilités dans le projet d'instrument.

25. Un deuxième compromis possible a été proposé. Il a été noté que, aux termes de l'article 20-4 du projet d'instrument, les parties à la demande devaient se donner réciproquement toutes les facilités raisonnables pour l'inspection et l'accès aux enregistrements et documents concernant le transport de marchandises en cas d'avis de perte, de dommage ou de retard. Il a été suggéré d'adopter une disposition similaire pour la deuxième variante, afin d'aider le demandeur qui pourrait avoir des

difficultés pratiques à accéder aux renseignements nécessaires pour prouver que l'innavigabilité a été la cause de la perte ou du dommage. Cette position a bénéficié d'un appui au sein du Groupe de travail.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 14-2

26. Après un débat, le Groupe de travail a décidé qu'un groupe de rédaction informel devrait être prié d'élaborer une nouvelle version du projet d'article 14-2 (voir par. 29 à 33 ci-après) en tenant compte:

– Du souhait de clarifier le texte des alinéas a) et b) de ce projet d'article;

– De l'objectif consistant à trouver une position de compromis pour l'alinéa c) conforme aux opinions exposées ci-dessus aux paragraphes 24 et 25.

Première version révisée des projets de paragraphes 1 et 2

27. Un groupe de travail informel composé d'un certain nombre de délégations a élaboré une version révisée des projets de paragraphes 1 et 2 de l'article 14, sur la base des discussions du Groupe de travail (voir par. 12 à 26 ci-dessus).

Débat général sur le paragraphe 1

28. Il a été dit au Groupe de travail que seules avaient été révisées les cinq dernières lignes du paragraphe 1, dont le texte avait été clarifié et scindé en deux phrases comme suit: "s'est produit pendant la durée de sa responsabilité telle que celle-ci est définie au chapitre 3. Le transporteur est exonéré de sa responsabilité s'il prouve que l'événement qui a causé la perte, le dommage ou le retard ou y a contribué n'est pas attribuable à sa faute ou à la faute de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 14 bis". D'autre part, dans le texte anglais, l'expression "shall be liable" a été remplacée par "is liable" pour tenir compte de l'usage moderne.

Débat général sur le paragraphe 2

29. Il a été dit au Groupe de travail que le texte entre crochets, à la fin des projets d'alinéas a) et b) du paragraphe 2, avait été supprimé. Pour clarifier le projet d'alinéa b), on avait inséré, après les mots "perte, dommage ou retard", le texte suivant inspiré du paragraphe 1: "sauf s'il prouve que cet événement n'est pas attribuable à sa faute ou à la faute de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 14 *bis*". En outre, pour l'alinéa c) du paragraphe 2, le groupe de travail informel avait retenu la deuxième variante énoncée au paragraphe 20 ci-dessus, comme l'avait demandé le Groupe de travail et, dans le souci de trouver une position de compromis, les termes "ou a probablement été " avaient été insérés entre les mots "a été" et "causé". De plus, la phrase introductive de l'alinéa, précédant le sous-alinéa i) avait été modifiée comme suit: "a causé, ou contribué à causer la perte, le dommage ou le retard, le fait que".

30. Bien que ce texte révisé ait été appuyé dans l'ensemble, quelques préoccupations ont été exprimées. Des doutes ont été émis quant à l'impact des termes "ou y a contribué" à la deuxième ligne du chapeau de l'alinéa 2 b), car il a été estimé que si le transporteur prouvait que l'un des éléments de la liste des périls exclus avait simplement contribué à la perte ou au dommage, il pouvait être

totalement exonéré de responsabilité, ou du moins renverser la charge de la preuve sur le demandeur, et il a été demandé si cela était compatible avec l'effet visé du paragraphe 4 de l'article 14. D'autre part, l'opinion a été réitérée que le transporteur ne devrait pas être tenu responsable des pertes sans cause, mais l'opinion contraire a également été exprimée, de même que l'avis selon lequel les projets de paragraphes 1 et 2 de l'article représentait une clarification du droit existant en vertu duquel les transporteurs étaient responsables des pertes sans cause. Une certaine préférence a été exprimée en faveur de la formulation "pouvait être raisonnablement considéré comme ayant causé ou contribué à" au lieu de "a probablement causé ou contribué à causer" à la première ligne de l'alinéa c) du paragraphe 2, car ce dernier texte semblait exiger une charge de la preuve plus élevée et a été estimé potentiellement déconcertant dans les pays où la norme de la preuve répondait au "critère de la plus grande probabilité". Il a cependant été rappelé au Groupe de travail que la formulation choisie visait à être une position de compromis destinée à rendre acceptable l'ensemble de l'article 14.

Seconde version révisée des projets de paragraphes 1 et 2

31. Sur la base du débat au sein Groupe de travail sur la première version révisée des projets de paragraphes 1 et 2 (voir par. 27 à 30 ci-dessus), un groupe de travail informel composé d'un certain nombre de délégations a élaboré une deuxième version, dont le texte soumis au Groupe de travail pour examen était le suivant:

"1. Le transporteur est responsable du préjudice matériel résultant de la perte ou du dommage subi par les marchandises ainsi que du retard de livraison, si le demandeur prouve que:

a) la perte, le dommage ou le retard; ou

b) l'événement qui a causé la perte, le dommage ou le retard ou y a contribué

s'est produit pendant la durée de la responsabilité du transporteur telle que celle-ci est définie au chapitre 3. Le transporteur est exonéré de tout ou partie de sa responsabilité s'il prouve que la cause ou l'une des causes de la perte, du dommage ou du retard n'est pas attribuable à sa faute ou à la faute de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 14 *bis*.

2. Si le transporteur, au lieu de prouver l'absence de faute comme prévu au paragraphe 1, prouve qu'un événement énuméré au paragraphe 3 a causé la perte, le dommage ou le retard ou y a contribué, il est exonéré de tout ou partie de sa responsabilité sauf dans les cas suivants:

a) Si le demandeur prouve que la faute du transporteur ou d'une personne mentionnée à l'article 14 *bis* a causé l'évènement invoqué par le transporteur ou y a contribué, le transporteur est responsable de tout ou partie de la perte, du dommage ou du retard.

b) Si le demandeur prouve qu'un évènement autre que ceux énumérés au paragraphe 3 a contribué à la perte, au dommage ou au retard, et que le transporteur ne peut prouver que cet évènement n'est pas attribuable à sa faute ou à la faute de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 14 *bis*, le transporteur est responsable de la perte, du dommage ou du retard.

c) Si le demandeur prouve que les circonstances suivantes ont effectivement ou probablement causé la perte, le dommage ou le retard ou y ont effectivement ou probablement contribué:

i) Le navire n'était pas en état de navigabilité;

ii) Le navire n'était pas convenablement armé, équipé et approvisionné;

iii) Les cales ou d'autres parties du navire où les marchandises sont chargées (y compris les conteneurs éventuellement fournis par le transporteur, dans ou sur lesquels les marchandises sont chargées) n'étaient pas en bon état pour leur réception, transport et conservation,

et que le transporteur ne peut prouver:

A) Qu'il s'est acquitté de son obligation d'exercer une diligence raisonnable comme l'exige l'article 13-1; ou

B) Que la perte, le dommage ou le retard n'a pas été causé par l'une quelconque des circonstances mentionnées en i), ii) et iii) ci-dessus,

le transporteur est responsable de tout ou partie de la perte, du dommage ou du retard."

32. On a craint que cette seconde version révisée des projets de paragraphes 1 et 2 de l'article 14 ne permette au transporteur d'échapper à "tout ou partie de sa responsabilité" en prouvant qu'il y avait au moins une cause, aussi incidente soit-elle, de la perte, du dommage ou du retard qui ne lui était pas imputable à faute, même si cette perte, ce dommage ou ce retard ne se serait pas intégralement produit en l'absence d'une faute de sa part. En réponse, on a appuyé l'opinion selon laquelle les dispositions devaient être interprétées comme faisant référence à des causes juridiquement pertinentes, et que l'on pouvait se fier aux tribunaux nationaux pour les interpréter de cette manière et attribuer en conséquence la responsabilité de ces causes.

Conclusions du Groupe de travail quant aux projets de paragraphes 1 et 2

33. Le Groupe de travail est convenu que le texte de la seconde version révisée des projets de paragraphes 1 et 2 proposé au paragraphe 31 ci-dessus était globalement acceptable.

Projet d'article 14-3

Débat général

34. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 14-3 reproduit dans le document A/CN.9/WG.III/WP.36. Il a été proposé d'améliorer la rédaction et la lisibilité de l'article 14 en déplaçant la liste des "périls exclus", qui figurait auparavant au paragraphe 2, pour en faire un nouveau projet de paragraphe 3. Il a en outre été suggéré, dans un souci de cohérence, de limiter cette liste à des périls illustrant l'absence de faute de la part du transporteur et de traiter les autres périls, comme l'incendie, dans des dispositions distinctes. Le Groupe de travail a pris note de ces propositions et a décidé d'examiner sur le fond chacun des périls énumérés

dans le texte figurant au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.III/WP.36. Il a également décidé de renvoyer les questions générales d'ordre rédactionnel qui se poseraient lors de cet examen à un groupe de rédaction informel (voir par. 75 à 80 ci-dessous).

Maintien de la liste des "périls exclus" et emplacement de certains périls

35. Pendant le débat, il a été proposé à plusieurs reprises de supprimer certains périls, en particulier ceux mentionnés aux alinéas a), b) et g) ainsi que l'incendie, au motif qu'ils étaient déjà pris en compte par la règle générale de responsabilité énoncée au paragraphe 1 du projet d'article 14. On a cependant rappelé au Groupe de travail que celui-ci avait estimé à ses précédentes sessions (voir A/CN.9/525, par. 38 et 39, et A/CN.9/544, par. 117 et 118) qu'il importait de conserver la liste, en des termes analogues à ceux employés dans les Règles de La Haye-Visby, à des fins de sécurité juridique, même si cette liste pouvait être considérée comme logiquement inutile. Il a toutefois été rétorqué que certains périls, notamment ceux mentionnés aux alinéas a) et i) ainsi que l'incendie, risquaient d'être incompatibles avec l'objet du projet d'article 14, à savoir indiquer des situations claires dans lesquelles le transporteur n'était pas fautif. Le Groupe de travail a décidé de laisser également à un groupe de rédaction informel le soin d'examiner quel serait l'emplacement le plus approprié dans le texte pour ces périls.

"a) ['Acte de Dieu'], guerre, hostilités, conflit armé, piraterie, terrorisme, émeutes et troubles civils"

36. Il a été proposé de supprimer les mots "Acte de Dieu" à l'alinéa a) dans le souci de contribuer à la modernisation du droit des transports et de respecter la logique du projet d'article 14. On a toutefois fait observer qu'il serait utile de conserver ce péril, en raison de son importance traditionnelle et surtout du fait que sa suppression risquait d'être interprétée à tort comme ayant des incidences sur le fond. Un certain soutien a été exprimé en faveur du maintien des mots "acte de Dieu" entre crochets et il a été proposé de les déplacer, avec ou sans crochets, pour en faire un alinéa distinct car, a-t-on estimé, ce péril ne correspondait pas à la logique du projet d'article 14. Il a en outre été suggéré d'utiliser éventuellement un autre terme, par exemple, "phénomènes naturels". Finalement, la proposition de conserver les mots "Acte de Dieu" sans les crochets a été appuyée.

37. Après discussion, le Groupe de travail est convenu de renvoyer à un groupe de rédaction informel la décision suivante:

– Supprimer les crochets entourant les mots "Acte de Dieu";

– Déplacer éventuellement ces mots pour en faire un nouveau projet d'alinéa distinct.

"b) Restrictions de quarantaine; intervention ou obstacles créés par des gouvernements, des autorités publiques, des dirigeants ou des personnes [y compris une intervention judiciaire ou faisant suite à une procédure judiciaire]"

38. La proposition de conserver le texte entre crochets a recueilli un certain appui. On s'est toutefois inquiété de ce que le texte en question s'écartait du libellé de l'article IV.2 g) des Règles de La Haye-Visby, qui parlaient de "saisie judiciaire", terme qui, selon un avis, devait être conservé pour préserver la jurisprudence. Il a

également été proposé d'ajouter le mot "immobilisation" après "saisie", si l'intention du texte entre crochets était d'élargir la portée des Règles pour viser des cas autres que la saisie. Il a été noté que certains jugeaient le texte des Règles de La Haye-Visby difficile à comprendre et que, parfois, le navire pourrait être immobilisé en raison d'une faute commise par le transporteur, lequel par conséquent ne devrait pas être exonéré de responsabilité. On a fait remarquer que le navire pouvait aussi être immobilisé sans qu'il y ait faute du transporteur. Il a été proposé, pour régler le problème, de lier l'intervention à des actes des pouvoirs publics ou des autorités. cette solution a toutefois suscité des doutes car des auxiliaires de justice procédant au recouvrement de créances contre le transporteur pouvaient être considérés comme des autorités.

39. Il a été noté que le Groupe de travail était généralement favorable au principe énoncé à l'alinéa b), à savoir que le transporteur devrait bénéficier d'une exonération de responsabilité si la saisie ou l'immobilisation du navire n'était pas due à une faute de sa part mais qu'il ne devrait pas être exonéré en cas de faute.

40. Après discussion, le Groupe de travail est convenu de renvoyer à un groupe de rédaction informel la décision suivante:

– Maintenir le principe selon lequel le transporteur devrait pouvoir invoquer le péril exclu lorsque la saisie ou l'immobilisation du navire n'était pas due à une faute de sa part et clarifier le libellé du texte.

"c) Acte ou omission du chargeur, de la partie contrôlante ou du destinataire"

41. Il a été proposé de mentionner également dans cet alinéa les personnes agissant pour le compte du "chargeur", en particulier celles énumérées à l'article 32 du projet d'instrument, pour éviter que le transporteur soit tenu responsable d'actes accomplis par des parties qui n'étaient pas sous sa supervision. Il a également été suggéré de coordonner cette disposition avec le projet d'alinéa h) (voir par. 57 et 58 ci-dessous).

42. Après discussion, le Groupe de travail a décidé:

– De laisser au groupe de rédaction informel le soin d'examiner s'il fallait ou non mentionner les parties agissant au nom du chargeur.

"d) Grèves, lock-out ou arrêts ou entraves apportés au travail"

43. Bien que l'expression "entraves apportées au travail" figure à l'article IV.2.j des Règles de La Haye-Visby, on s'est inquiété de sa signification et, en particulier, de son application aux diverses formes de grève, qui pourraient inclure des grèves résultant de la faute du transporteur. Il a aussi été déclaré que même si le sens précis de cette expression n'était pas absolument clair, il était préférable de la conserver, car elle était manifestement plus large que les termes "grèves" et "lock-out". Il a en outre été proposé de remplacer le texte "entraves apportées au travail" par l'expression plus moderne du droit du travail "conflits de travail". Il a été préconisé, cependant, pour bénéficier de la jurisprudence existante, de conserver le texte des Règles de La Haye-Visby, à moins qu'il n'ait créé une ambiguïté.

44. Le Groupe de travail est convenu de conserver le texte de l'alinéa d) en l'état.

"e) Freinte en volume ou en poids ou toute autre perte ou dommage résultant d'un vice caché, de la nature spéciale ou d'un vice propre des marchandises"

45. Le Groupe de travail est convenu que le texte de l'alinéa e) correspondait à la pratique commerciale établie et l'a conservé en l'état.

"f) Insuffisance ou état défectueux de l'emballage ou de marques"

46. Il a été proposé de supprimer cet alinéa, jugé redondant compte tenu de l'alinéa c) examiné plus haut ou, sinon, d'ajouter, à la fin de l'alinéa f), le texte "réalisés ou apposés par le chargeur" (voir A/CN.9/WG.III/ WP36, note de bas de page 39). En réponse, il a été dit qu'il ne fallait pas réviser le texte des Règles de La Haye-Visby pour traiter une question qui ne semblait pas avoir posé de problème. Il a aussi été fait remarquer que le projet d'instrument énonçait clairement qu'il incombait au chargeur de proposer au transporteur les marchandises prêtes pour l'expédition, ce qui impliquait un emballage et des marques appropriés. Il a été estimé que pour moderniser le texte de la convention, il fallait tenir compte des pratiques modernes d'expédition, dont le recours accru à des entreprises de logistique.

47. Il a été proposé de clarifier l'alinéa en ajoutant, à la fin de la disposition, le membre de phrase "sauf lorsque ceux-ci sont réalisés ou apposés par le transporteur ou en son nom".

48. Après discussion, le Groupe de travail est convenu de renvoyer à un groupe de rédaction informel la décision suivante:

– Ajouter, à la fin de l'alinéa, le membre de phrase "sauf lorsque ceux ci sont réalisés ou apposés par le transporteur ou en son nom".

"g) Vices cachés concernant le navire échappant à une diligence raisonnable"

49. On s'est demandé si le membre de phrase "échappant à une diligence raisonnable" était redondant par rapport au concept de vice caché. En outre, l'avis selon lequel les mots "concernant le navire" s'écartaient du texte de l'article IV.2.p des Règles de La Haye-Visby et devaient donc être supprimés si l'on voulait maintenir l'uniformité d'interprétation a reçu un certain soutien. Il a été estimé que des vices cachés dont le transporteur ne saurait être tenu responsable pouvaient également se produire hors du navire, par exemple dans des machines telles que des grues. Il a aussi été proposé de supprimer l'ensemble de l'alinéa g) en faveur de l'application de la règle générale d'exonération de responsabilité en l'absence de faute, énoncée à l'article 14-1.

50. Le Groupe de travail est convenu de conserver le texte actuel, les variantes rédactionnelles proposées n'ayant pas recueilli un soutien suffisant.

"h) Manutention, chargement, arrimage ou déchargement des marchandises par le chargeur, la partie contrôlante ou le destinataire, ou en leur nom"

51. On s'est inquiété de ce que l'expression "ou en leur nom" rendait la disposition trop large; aussi a-t-on proposé de limiter l'alinéa aux situations où le chargeur exerçait un contrôle réel sur l'opération exécutée en son nom. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'il fallait examiner cet alinéa en tenant compte du projet d'article 11-2 relatif aux clauses BAB (bord à bord) et FIOS (franco

chargement et déchargement, cargaison arrimée), en vertu duquel certaines des obligations du transporteur, y compris l'arrimage, pouvaient être exécutées au nom du chargeur. Il a aussi été noté qu'il faudrait, pour toute clarification de l'alinéa g), tenir compte du projet d'article 32 et de l'alinéa c) (voir par. 41 et 42 ci-dessus).

52. Après discussion, le Groupe de travail est convenu de renvoyer à un groupe de rédaction informel la décision suivante:

– Supprimer l'expression "ou en leur nom";

– Placer entre crochets le mot "arrimage" dans l'attente de l'issue des délibérations relatives au projet d'article 11-2.

"i) Actes accomplis par le transporteur ou une partie exécutante conformément aux pouvoirs conférés par les articles 12 et 13-2 lorsque les marchandises sont devenues dangereuses pour les personnes, les biens ou l'environnement ou ont été sacrifiées"

Relation avec les articles 12 et 13-2

53. Il a été proposé de reporter l'examen de l'alinéa i) concernant les marchandises dangereuses jusqu'à ce que les articles 12 et 13-2 aient été examinés et qu'il en ait été établi une version définitive. À cet égard, il a été noté que la formulation employée à l'alinéa i) n'était pas entièrement alignée sur celle des projets d'articles 12 et 13-2.

Emplacement de l'alinéa i)

54. Il a été estimé que l'alinéa i) était d'une nature entièrement différente de celle des alinéas a) à h) précédents. Il a été dit que ces derniers contenaient des présomptions d'absence de faute de la part du transporteur, alors que l'alinéa i) pouvait être considéré comme justifiant la décision prise par le transporteur d'autoriser la destruction de marchandises et ne s'accordait pas bien avec des dispositions fondant l'absence de faute. De même, il a été dit que si les alinéas a) à h) avaient bien leur place dans l'article 14, dans la mesure où ils traitaient de la charge de la preuve de la faute, l'alinéa i) y faisait totalement exception du fait qu'il excluait une responsabilité a priori. Pour cette raison, il a été suggéré de le reformuler de façon à énoncer expressément qu'il était soumis aux dispositions des articles 12 et 13-2. Il a également été proposé de retirer cet alinéa de l'article 14.

Avaries communes

55. En réponse à une remarque selon laquelle l'alinéa i) risquait de porter atteinte à la législation des avaries communes, il a été rappelé au Groupe de travail que cette question était traitée au chapitre 17 du projet d'instrument, aux termes duquel aucune disposition de l'instrument ne s'opposait à l'application des dispositions du contrat de transport ou de la législation nationale relatives au règlement des avaries communes. Il a été dit au Groupe de travail qu'il n'était pas prévu d'autoriser le transporteur à exercer son droit discrétionnaire de neutraliser des marchandises dangereuses sans encourir une éventuelle responsabilité en vertu de l'article 14. À cet égard, il a été noté que les articles 12 et 13-2 étaient également soumis à l'article 14.

Conclusions du Groupe de travail sur le projet d'alinéa i)

56. Après discussion, le Groupe de travail est convenu de transmettre à un groupe de rédaction informel la décision suivante:

– Maintenir l'alinéa entre crochets pour souligner le fait qu'il faudrait revoir son contenu et son emplacement dans le projet d'instrument une fois qu'aurait été fixée la teneur des articles 12 et 13-2;

– Ne pas interpréter l'alinéa comme portant atteinte aux règles régissant les avaries;

– Examiner la question de l'emplacement de l'alinéa i).

"j) Toute autre cause ne provenant pas du fait ou de la faute du transporteur ou du fait ou de la faute des agents ou préposés du transporteur, mais le fardeau de la preuve incombera à la personne réclamant le bénéfice de cette exception et il lui appartiendra de montrer que ni la faute personnelle ni le fait du transporteur n'ont contribué à la perte ou au dommage."

57. Après discussion, le Groupe de travail a décidé que cet alinéa devrait être supprimé car il était redondant, son contenu ayant été transféré au paragraphe 14-1 (voir par. 12 à 18 ci-dessus).

"d'un incendie à bord du navire, à moins qu'il ne soit causé par le fait ou la faute du transporteur"

58. Le Groupe de travail a rappelé que l'inclusion d'une exception spécifique relative à l'incendie dans la liste des périls exclus avait fait l'objet d'un débat tout récemment à sa treizième session (A/CN.9/552, par. 94 et 95), au cours de laquelle il avait été décidé de conserver l'exception et de l'étudier plus avant dans le cadre du projet d'article 14. Le texte de l'exception sur lequel le Groupe a fondé ses discussions était le suivant: "d'un incendie à bord du navire, à moins qu'il ne soit causé par le fait ou la faute du transporteur" (voir le projet d'article 22 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, repris au paragraphe 9 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, et au paragraphe 11 du document A/CN.9/WG.III/WP.39). Il a été noté que l'emplacement exact de cette exception restait encore à déterminer, mais que, conformément à une décision prise à la treizième session du Groupe de travail (A/CN.9/552, par. 99), il serait étudié plus avant dans le cadre du projet d'article 14, et qu'il pourrait peut-être être inclus comme alinéa dans la liste des périls exclus.

59. Trois options ont été proposées pour l'exception relative à l'incendie:

– Supprimer l'exception spécifique et traiter le risque d'incendie dans le cadre de la règle générale énoncée au projet d'article 14 au motif que le transporteur était le mieux placé pour déterminer les causes de l'incendie;

– À titre de position de repli par rapport à la première option, conserver l'exception relative à l'incendie dans la liste des périls exclus, mais la limiter à "l'incendie à bord du navire" et supprimer le reste du texte proposé;

– Inclure intégralement le texte proposé comme motif d'exonération en le plaçant en dehors de la liste, ce qui permettrait de suivre de plus près l'approche adoptée dans les Règles de La Haye-Visby.

60. Aussi bien la suppression que le maintien de l'exception relative à l'incendie ont été appuyés pour les raisons exposées précédemment au sein du Groupe de travail (voir de manière générale, le document A/CN.9/552, par. 94 et 95). À l'appui de la suppression, une raison supplémentaire avancée a été que l'inclusion de l'exception pour les navires dans un instrument multimodal pourrait être source d'iniquité et était inappropriée étant donné qu'elle ne s'appliquait pas dans d'autres modes de transport. À l'appui du maintien du texte intégral de La Haye-Visby, une raison supplémentaire invoquée a été que ce dernier représentait une règle bien établie tant dans la jurisprudence que dans la pratique.

61. Bien que l'on ait généralement exprimé, au cours de la discussion, des opinions très favorables aussi bien à la suppression qu'au maintien de l'exception relative à l'incendie, une position de compromis, selon plusieurs avis, pouvait aussi être acceptable. Cette position consistait dans la position de repli énoncée au paragraphe 59 ci-dessus.

Conclusions du Groupe de travail sur l'exception relative à l'incendie

62. Après discussion, le Groupe de travail est convenu de renvoyer à un groupe de rédaction informel, la décision suivante:

– Conserver, à titre de compromis acceptable, l'exception relative à l'incendie, si possible en tant qu'alinéa j) de la liste des périls exclus au projet d'article 14 et supprimer la fin du texte après les termes "incendie à bord du navire";

Autres périls exclus

63. Le Groupe de travail a examiné les projets d'alinéa k), l) m) et n) proposés pour la liste des périls exclus. Le texte dont s'inspirent ces alinéas a été repris du projet d'article 22 (voir A/CN.9/WG.III/WP.39, par. 11), pour être inséré dans le projet d'article 14, comme suite à la décision du Groupe de travail (voir A/CN.9/552, par. 93 et 99).

64. Après discussion, le Groupe de travail est convenu de renvoyer à un groupe de rédaction informel, la décision de tenir compte du texte suivant lors de l'élaboration d'un texte révisé de la liste des périls exclus au projet d'article 14:

"k) Sauvetage ou tentative de sauvetage de vies en mer;

l) Mesures raisonnables pour sauver ou tenter de sauver des biens en mer;

m) Mesures raisonnables pour éviter ou tenter d'éviter un dommage à l'environnement;

n) Périls, dangers ou accident de la mer ou d'autres eaux navigables."

Erreur du pilote

65. Il a été proposé que, malgré la décision du Groupe de travail de supprimer l'erreur de navigation comme fondement de l'exception à la responsabilité du

transporteur (A/CN.9/525, par. 36), on réintroduise l'erreur du pilote dans la liste des périls exclus en insérant le nouveau projet d'alinéa suivant: "acte, négligence ou défaut du pilote dans la navigation du navire". Trois raisons ont été invoquées à l'appui de cette proposition: l'erreur du pilote n'était pas nécessairement la faute de navigation pure du transporteur ou de son préposé; elle n'était pas couverte par la règle générale de responsabilité contenue au projet d'article 14-1, ni par l'exception des "périls de la mer". Des opinions en faveur de cette inclusion et contre elles ont été exprimées, similaires à celles auxquelles avait donné lieu au sein du Groupe de travail l'examen de la question de l'erreur du pilote et du pilotage imposé lors de sessions antérieures (voir A/CN.9/525, par. 43). On a aussi indiqué que l'erreur du pilote était déjà couverte dans le projet d'instrument: dans le cas du pilotage imposé, le transporteur pouvait prouver l'absence de faute en vertu du projet d'article 14, tandis que dans le cas du pilotage non imposé, le pilote agissait en tant qu'agent du transporteur, et ce dernier devait donc être responsable des actes du pilote. Il y a toutefois eu des hésitations sur le point de savoir si le projet d'article 14 pouvait être interprété comme couvrant l'erreur du pilote de cette façon.

66. Après discussion, le Groupe de travail a décidé que:

– L'erreur du pilote ne serait pas réintroduite dans le projet d'instrument comme cause d'exonération de la responsabilité du transporteur.

Projet d'article 14-4 "causes concurrentes"

67. Le Groupe de travail a examiné ensuite le projet d'article 14-4, reproduit dans le document A/CN.9/WG.III/WP.36, qui traitait de la question des causes concurrentes à l'origine de la perte, de l'avarie ou du retard. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait déjà débattu de ce paragraphe (A/CN.9/525, par. 46 à 56, et A/CN.9/544, par. 135 à 144).

Portée du paragraphe et relation avec les autres dispositions du projet d'article 14

68. Selon un avis, il pourrait y avoir trois cas de concurrence causale, les tribunaux devant, dans chacun d'eux, répartir la responsabilité conformément au paragraphe 4:

– Le cas où chaque événement aurait pu être à l'origine de la totalité de la perte, de l'avarie ou du retard, indépendamment des autres causes;

– Le cas où chaque événement n'a causé qu'une partie du préjudice; et

– Le cas où chaque événement était insuffisant à lui seul pour causer le préjudice, mais où le résultat combiné des événements a été à l'origine de la perte, de l'avarie ou du retard.

69. Il a été rappelé que le Groupe de travail était convenu que le paragraphe 4 ne devait pas traiter la question de la responsabilité, car celle-ci était abordée aux paragraphes 1 et 2 du projet d'article 14 (A/CN.9/544, par. 142) et qu'il était censé se limiter à la répartition du préjudice entre plusieurs parties en couvrant tous les cas de causes concurrentes. Il a en outre été rappelé que, lors de débats antérieurs, le Groupe de travail était parvenu à un accord de principe, à savoir qu'en cas de causes multiples à l'origine de la perte, de l'avarie ou du retard, le soin devrait être laissé aux tribunaux de répartir la responsabilité du préjudice en fonction de la cause.

70. On a exprimé la crainte que le paragraphe 4 ne s'applique jamais étant donné que le paragraphe 1 du projet d'article 14 semblait exonérer le transporteur de responsabilité s'il prouvait la survenue d'un événement ayant contribué au préjudice. Selon un point de vue minoritaire, le paragraphe 4 ne visait que les cas où chaque cause était à l'origine d'une partie du dommage; dans les autres cas, le transporteur serait entièrement responsable en vertu du paragraphe 1. Il a été proposé d'ajouter une disposition concernant les fautes concurrentes. Des inquiétudes ont également été exprimées quant à la façon dont serait appliqué le paragraphe 4 en cas d'innavigabilité. En réponse, il a été expliqué que le paragraphe 4 était censé s'appliquer aux situations où un événement dont le transporteur était responsable, y compris l'un des faits mentionnés au projet d'article 14-3 ou l'innavigabilité, avait contribué au préjudice, et où un événement dont il n'était pas responsable y avait également contribué.

Charge de la preuve

71. Il a été dit que le paragraphe 4 n'indiquait pas clairement quelle partie devait prouver l'existence et l'étendue des causes concurrentes et qu'il n'apportait pas de réponse suffisante à cette question pour chaque cas possible de concurrence causale. Il a été proposé de réinsérer les mots "dans la mesure où" au paragraphe 1 du projet d'article 14 pour bien montrer que la charge de la preuve devait peser sur le transporteur. On s'est également interrogé sur l'attribution de la charge de la preuve en cas d'innavigabilité.

72. Il a été répondu que l'intention était que les paragraphes 1 et 2 du projet d'article 14 traitent de la charge de la preuve des causes concurrentes dans chaque situation envisageable. Ainsi, il incombait d'abord au demandeur de prouver le bien-fondé de sa demande conformément au paragraphe 1, puis, d'après le paragraphe 2, il revenait au transporteur de prouver un événement l'exonérant de responsabilité et au demandeur de prouver l'existence d'une cause concurrente dont le transporteur était responsable. À ce stade, a-t-on déclaré, le paragraphe 4 s'appliquerait pour permettre au tribunal de déterminer la répartition de la responsabilité en fonction de la cause. En cas d'innavigabilité, a t on estimé, le projet d'article fonctionnerait de telle sorte que, s'il était prouvé que l'innavigabilité était à l'origine d'une partie du préjudice, le paragraphe 4 s'appliquerait alors et le transporteur serait responsable de cette partie du préjudice, mais non de celle qui n'avait pas été causée par sa faute.

"[Le tribunal ne peut répartir la responsabilité à parts égales que s'il n'est pas en mesure de déterminer la répartition effective ou s'il détermine que la responsabilité se répartit effectivement à parts égales]"

73. Il a été rappelé que, lors de l'examen du projet de paragraphe à une précédente session, le Groupe de travail avait inséré cette phrase entre crochets au paragraphe 4, estimant qu'elle pourrait servir de base aux discussions ultérieures (voir A/CN.9/544, par. 143). Compte tenu des débats que le Groupe de travail avait tenus à propos de sa décision de limiter ce paragraphe à la répartition du préjudice entre plusieurs personnes, il a été estimé que la disposition devrait rester aussi simple que possible pour viser tous les cas de causes concurrentes et qu'il fallait laisser aux tribunaux une large marge d'appréciation pour déterminer cette répartition. Aussi la phrase entre crochets a-t-elle été jugée inappropriée, car elle

pouvait être considérée comme encourageant les tribunaux à répartir d'office la responsabilité à parts égales ou comme portant inutilement atteinte à leur pouvoir d'appréciation. Selon un autre point de vue, la dernière phrase avait pour objectif d'encourager les tribunaux à répartir précisément la responsabilité et à ne se prononcer qu'en dernier recours pour une répartition à parts égales.

Conclusions du Groupe de travail sur le paragraphe 4

74. Après discussion, le Groupe de travail est convenu que la nouvelle version révisée du paragraphe (voir par. 75 à 80 ci-dessous) devrait tenir compte des conclusions suivantes:

– Le projet de paragraphe devrait laisser aux tribunaux le soin de répartir la responsabilité lorsque la perte, l'avarie ou le retard étaient dus à des causes concurrentes, dont certaines étaient imputables au transporteur et d'autres non;

– Il faudrait examiner et lever toute ambiguïté concernant l'application prévue des paragraphes 1, 2 et 4 du projet d'article 14;

– La phrase entre crochets figurant à la fin du paragraphe 4 devrait être supprimée.

Nouvelle version des projets d'articles 14-3 et 14-4

75. Un groupe de rédaction informel composé de plusieurs délégations a élaboré une nouvelle version des projets d'articles 14-3 et 14-4 tenant compte des délibérations du Groupe de travail (voir par. 34 à 74 ci-dessus). Le texte de la nouvelle version proposée pour examen au Groupe de travail était le suivant:

"3. Les événements visés au paragraphe 2 sont les suivants:

a) Acte de Dieu;

b) Périls, dangers ou accidents de la mer ou d'autres eaux navigables;

c) Guerre, hostilités, conflit armé, piraterie, terrorisme, émeutes et troubles civils;

d) Restrictions de quarantaine; intervention ou obstacles créés par des gouvernements, des autorités publiques, des dirigeants ou des personnes y compris une rétention, une immobilisation ou une saisie non imputable au transporteur ou à l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 14 *bis*[2];

e) Grèves, lock-out ou arrêts ou entraves apportés au travail;

f) Incendie à bord du navire;

g) Vices cachés concernant le navire échappant à une diligence raisonnable;

[2] Il faudra s'interroger sur la nécessité d'un renvoi à l'article 14 *bis*.

h) Acte ou omission du chargeur ou de toute personne mentionnée à l'article 32[3], de la partie contrôlante ou du destinataire;

i) Manutention, chargement, [arrimage] ou déchargement des marchandises [effectivement réalisé] par le chargeur ou toute personne mentionnée à l'article 32[4], la partie contrôlante ou le destinataire;

j) Freinte en volume ou en poids ou toute autre perte ou dommage résultant d'un vice caché, de la nature spéciale ou d'un vice propre des marchandises;

k) Insuffisance ou état défectueux de l'emballage ou de marques non réalisés par le transporteur [ou en son nom];

l) Sauvetage ou tentative de sauvetage de vies en mer;

m) Mesures raisonnables visant à sauver ou tenter de sauver des biens en mer;

n) Mesures raisonnables visant à éviter ou tenter d'éviter un dommage à l'environnement;

[o) Actes accomplis par le transporteur ou une partie exécutante conformément aux pouvoirs conférés par les articles 12 et 13-2 lorsque les marchandises sont devenues dangereuses pour les personnes, les biens ou l'environnement ou ont été sacrifiées.]

4. Lorsque le transporteur est dégagé d'une partie de sa responsabilité en vertu des paragraphes précédents du présent article, il n'est responsable que de la partie de la perte, du dommage ou du retard qui est imputable à l'événement ou à la situation dont il est responsable en vertu des précédents paragraphes, et la responsabilité est répartie sur la base fixée aux paragraphes précédents."

76. Le Groupe de travail a été informé que les décisions qu'il avait prises en ce qui concerne le projet d'article 14-3 (voir par. 34 à 66 ci-dessus) avaient été incorporées par le groupe de rédaction informel dans ce texte révisé. Selon certains avis, les alinéas h) et i) étaient répétitifs, de sorte qu'on pourrait supprimer le second, sa teneur étant couverte de façon appropriée par l'alinéa h). Selon un autre avis, cependant, l'alinéa i) renvoyait à des événements physiques qui n'étaient pas nécessairement couverts par l'alinéa h). Il a été rappelé au Groupe de travail qu'il avait décidé d'attendre, pour prendre une décision finale concernant l'alinéa i), d'avoir examiné plus avant le projet d'article 11-2; aussi a-t-il été convenu d'ajouter à l'alinéa i) une note de bas de page indiquant que le texte final de l'alinéa 3 i) dépendrait de l'issue des délibérations du Groupe de travail concernant le projet d'article 11-2.

77. Il a été souligné que le nouveau libellé du projet d'article 14-4 n'était pas censé constituer une divergence par rapport à la décision du Groupe de travail de laisser au tribunal le soin de répartir la responsabilité.

---

[3] Il faudra s'interroger sur la nécessité d'un renvoi à l'article 32.

[4] Il faudra s'interroger sur la nécessité d'un renvoi à l'article 32.

78. Le Groupe de travail a examiné le texte révisé du projet d'article 14-4 figurant au paragraphe 75 ci-dessus et l'a jugé acceptable.

79. Le Groupe de travail a remercié le professeur Berlingieri (Italie) pour la façon dont il avait dirigé les travaux sur cette question.

Conclusions du Groupe de travail quant aux articles 14-3 et 14-4

80. Le Groupe de travail a décidé que:

– Le texte des articles 14-3 et 14-4 était globalement acceptable, sous réserve de l'ajout, à l'alinéa 14-3 i), d'une note de bas de page indiquant que son texte final dépendrait de l'issue des délibérations concernant le projet d'article 11-2.

Liberté contractuelle (projets d'articles 1er, 2, 88 et 89)

81. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'il avait examiné pour la dernière fois les projets d'articles 1er et 2 à sa douzième session (voir A/CN.9/544, par. 51 à 84) et les projets d'articles 88 et 89 à sa onzième session (voir A/CN.9/526, par. 203 à 218).

82. Un bref rapport oral du groupe informel de consultation chargé de poursuivre les débats entre les sessions du Groupe de travail a été présenté (voir A/CN.9/552, par. 167 et par. 11 plus haut). Le Groupe de travail a été informé qu'un échange de vues avait eu lieu au sein du groupe informel de consultation au sujet des projets d'articles 1er, 2, 88 et 89 en vue de parvenir à un consensus sur la meilleure façon de traiter les questions relatives à la liberté contractuelle. Le Groupe de travail est convenu de classer ces questions dans trois grandes catégories aux fins de leur examen, à savoir le champ d'application, la protection des tiers et les accords de services réguliers de transport maritime, et de poursuivre les discussions sur cette base.

Champ d'application

83. S'agissant du champ d'application, il a été noté qu'il faudrait déterminer soit les types de situations et de contrats qui seraient soumis aux règles impératives du projet d'instrument et ceux qui ne le seraient pas, soit les dispositions du projet d'instrument dont l'application serait facultative dans telle ou telle situation. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 2 tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.36, et en particulier le paragraphe 3. On a émis l'opinion que trois approches théoriques étaient possibles pour définir le champ d'application du projet d'instrument et que chacune d'entre elle présentait des avantages et des inconvénients.

Approche documentaire

84. La première approche, qui est celle des règles de La Haye-Visby, privilégie l'utilisation de documents et nécessiterait l'émission d'un connaissement ou d'un document similaire pour que le projet d'instrument soit applicable. Cette approche aurait notamment pour avantage qu'une fois émis, le document serait automatiquement soumis au régime de responsabilité obligatoire. Il a été dit qu'elle présentait également l'avantage d'être bien connue car elle existait depuis

longtemps. Toutefois, on a estimé qu'elle présentait des inconvénients car, dans le contexte du commerce moderne, on n'utilisait pas nécessairement des connaissements ou des documents similaires et, en outre, il était possible qu'apparaissent à l'avenir de nouveaux documents qui ne correspondront pas à la définition qui pourra être élaborée aux fins de cette approche. Il a été dit cependant qu'en ajoutant une liste non exhaustive de documents devant être obligatoirement soumis au projet d'instrument qui comprendrait une dernière catégorie générique, on pourrait répondre aux préoccupations concernant la définition. Il a été répondu que l'ajout d'une catégorie générique à la fin de la liste ne règlerait pas nécessairement le problème, car cela pourrait constituer en soi une source d'insécurité. On a également exprimé l'opinion que l'approche documentaire était dépassée et ne s'intégrait pas facilement dans le dispositif défini par le projet d'instrument.

Approche contractuelle

85. La deuxième approche, utilisée dans les Règles de Hambourg et dans le projet d'article 2-3 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.36, était de type contractuel et exigerait qu'il soit émis un contrat de transport de marchandises pour que le projet d'instrument s'applique. Il a été dit que, bien qu'étant des contrats de transport, certains types de contrats ne devraient pas entrer dans le champ d'application du projet de convention, par exemple les chartes-parties au voyage ou des contrats de transport spécialisés tels que les contrats de tonnage, les contrats d'affrètement d'espaces, les contrats de transport de colis lourds et les contrats de remorquage, qui eux aussi risquaient de poser des problèmes de définition. Il a été avancé, cependant, que de nombreux contrats qui seraient exclus en vertu de l'approche contractuelle relevaient du transport régulier et seraient, de ce fait, également exclus en vertu de l'approche commerciale.

Approche commerciale

86. En vertu de la troisième approche, qui était de type commercial, le projet d'instrument s'appliquerait de façon impérative à tous les contrats de services réguliers de transport, mais ne s'appliquerait pas aux services non réguliers ou "*tramping*". Cette approche présentait l'avantage de refléter une pratique commerciale bien établie et évitait d'avoir à définir de façon exhaustive tous les types possibles de contrat auxquels s'appliquerait le projet d'instrument. Elle risquait aussi, cependant, de poser des problèmes pour ce qui est de la définition juridique des catégories concernées et pour ce qui est de la protection des tiers.

Contrats librement négociés

87. Il a aussi été noté qu'un autre aspect intéressant la question du champ d'application était le fait de savoir si un contrat de transport avait ou non été librement négocié entre les parties. Il a été dit que le projet d'instrument devrait s'appliquer de façon non impérative aux contrats librement négociés, à l'exception de certaines obligations qui ne devraient pas pouvoir être modifiées d'un commun accord telles que la navigabilité, tandis que les contrats qui n'étaient pas librement négociés seraient impérativement soumis au projet d'instrument. On s'est aussi inquiété, à cet égard, de la situation difficile des petits chargeurs qui avaient un pouvoir de négociation inférieur et qui, a-t-il été dit, risquaient d'être désavantagés

lors de la négociation de contrats qui pourraient ne pas entrer dans le champ d'application obligatoire de l'instrument.

Nature impérative de certaines dispositions du projet d'instrument

88. Un autre facteur que le Groupe de travail devrait prendre en compte était, a-t-il été dit, la question de savoir quelles dispositions du projet d'instrument, si tant est qu'il y en ait, devraient être impératives.

Conclusions du Groupe de travail quant au champ d'application

89. Après un débat, il s'est dégagé, au sein du Groupe de travail, un large consensus sur le fait que le projet d'instrument devrait obligatoirement s'appliquer aux envois pour lesquels des connaissements et des lettres de transport maritime traditionnels étaient utilisés et à ceux donnant lieu à l'établissement d'équivalents électroniques de ces documents. Selon un avis largement partagé, également, les chartes-parties traditionnelles, les contrats de tonnage conclus en dehors de services réguliers de transport, les contrats d'affrètement d'espaces conclus dans le cadre de services réguliers de transport et les contrats de remorquage et de transport de colis lourds devraient être exclus du champ d'application du projet d'instrument. La majorité des délégations était favorable à l'approche contractuelle. On a toutefois estimé qu'il serait possible de parvenir à un compromis en combinant les approches commerciale, contractuelle et documentaire. On pourrait également prendre en compte, pour définir le champ d'application obligatoire du projet d'instrument, d'autres facteurs tels que la question de savoir si un contrat avait ou non été librement négocié et celle de savoir si certaines dispositions du projet d'instrument devraient toujours être impératives.

90. Le Groupe de travail a décidé:

– Qu'il faudrait prier un groupe de rédaction informel d'élaborer une disposition relative au champ d'application en se fondant sur les points de vues exposés au paragraphe ci-dessus et en tenant compte, en tout état de cause, du texte du projet d'article 2-3 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.36 (voir par. 105 à 109 ci-dessous).

Tiers

91. Il a été rappelé que le Groupe de travail était convenu d'aborder, dans le deuxième volet de son analyse de la liberté contractuelle, le caractère impératif du projet d'instrument en ce qui concerne la protection des tiers qui détenaient des droits en vertu de ses dispositions (A/CN.9/544, par. 81). Le Groupe de travail a été saisi d'un projet de texte relatif aux tiers, à savoir le paragraphe 4 de l'article 2 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.36, lequel exigeait l'émission d'un document de transport négociable ou d'un enregistrement électronique négociable. Deux variantes, libellées comme suit, ont également été proposées:

> "Variante 1: Nonobstant le paragraphe 1, les dispositions du présent instrument s'appliquent à un document de transport ou à un enregistrement électronique émis en vertu d'une charte-partie, d'un contrat d'affrètement, d'un contrat de tonnage ou d'une convention similaire dans la mesure où ce document de transport ou cet enregistrement électronique régit la relation entre le transporteur et toute personne désignée comme étant l'expéditeur ou le

destinataire ou toute personne qui en est le détenteur, à condition que cette personne ne soit ni l'affréteur ni une autre partie au contrat mentionné au paragraphe 1.

Variante 2: Nonobstant le paragraphe 1, les dispositions du présent instrument s'appliquent entre le transporteur et un tiers auquel elles confèrent des droits ou des obligations à l'égard du transporteur, à condition que cette personne ne soit ni l'affréteur ni une autre partie au contrat mentionné au paragraphe 1."

92. Il a été indiqué au Groupe de travail que ces variantes posaient le principe selon lequel les tiers devaient être impérativement protégés dans le projet d'instrument sans que cette protection doive pour autant être liée à un quelconque document de transport négociable, tel qu'un connaissement. La variante 1 exigeait encore un lien entre le tiers et un document ou un enregistrement électronique mais non plus la négociabilité de ce document ou enregistrement, alors que la variante 2 ne faisait référence à aucun type de document de transport ou d'enregistrement électronique.

Définition de la catégorie des "tiers"

93. Selon un avis, la variante 2 offrait une plus grande protection aux tiers. Toutefois, on a craint qu'elle n'ait une portée trop large et que cette protection ne soit étendue involontairement à d'autres parties, telles qu'un assureur ou un créancier. On a également exprimé la crainte, à propos de cette variante, que les mots "des droits ou des obligations à l'égard du transporteur" ne permettent d'imposer des obligations aux tiers. La variante 1 a été appuyée au motif qu'elle exigeait un lien entre le tiers et un document ou un enregistrement électronique et précisait plus clairement qui pouvait se prévaloir de cette disposition. Une autre proposition, qui a reçu un certain soutien, était de ne faire entrer dans la catégorie des tiers que les expéditeurs, les destinataires, les parties contrôlantes, les porteurs, les personnes mentionnées dans le projet d'article 31 et la "partie à aviser". Il a été ajouté que les catégories des expéditeurs, destinataires et porteurs pouvaient englober les parties contrôlantes et la "partie à aviser", ces dernières n'ayant donc pas à être expressément incluses.

Question de savoir si la protection doit ou non se fonder sur un document, voire sur un document négociable

94. Selon une opinion, qui a été appuyée, l'absence de lien entre l'identité du tiers et un document rendrait difficile la délimitation de la catégorie et risquait d'obliger le transporteur à identifier lui-même les tiers, ce qui constituait une lourde tâche. Il a été dit en outre que les relations entre le transporteur et les tiers devraient être régies par des règles impératives qui permettraient de normaliser le contenu du document ainsi que de réduire le coût des opérations et en particulier du crédit documentaire. On a émis l'opinion que le bénéfice d'une telle protection obligatoire ne pourrait pas être étendu à des tiers en l'absence d'un document ou d'un enregistrement électronique. On a estimé également que les tiers devaient se fonder sur certains documents pour pouvoir prétendre à une protection. Toutefois, a-t-on déclaré, seuls les documents ou enregistrements électroniques transférant des droits devraient exiger la protection des tiers, car les parties pouvaient par ailleurs négocier leur propre protection dans le contrat de vente et d'autres arrangements commerciaux. On a évoqué la possibilité d'appliquer également ce raisonnement

aux bénéficiaires du droit de contrôle lorsque aucun document n'était émis et, en tout état de cause, de garder cette question à l'esprit lors des débats ultérieurs sur le droit de contrôle.

Autres aspects à prendre en considération

95. Il a été rappelé que le Groupe de travail devrait prendre en considération la question des tiers lorsqu'il déterminerait quelles dispositions du projet d'instrument seraient impératives, de sorte que leur protection ne soit pas illusoire. Il a été dit, en outre, que d'autres tiers pourraient prétendre à une protection dans le projet d'instrument et que la catégorie des tiers ne devait pas encore être considérée comme close. De plus, a-t-on estimé, il fallait faire preuve de prudence lorsqu'on octroyait à des tiers des droits fondés sur des documents autres que des titres représentatifs. Enfin, a-t-on déclaré, le terme "tiers" devait avoir la même signification que dans les dispositions concernant les accords de services réguliers de transport maritime et dans les chartes-parties.

Conclusions du Groupe de travail sur la question des tiers

96. Le Groupe de travail est convenu:

– Que les tiers devraient être protégés dans le projet d'instrument;

– Que ces tiers devraient être identifiés sur la base de documents suivant l'approche proposée dans la variante 1;

– Que la catégorie des tiers pouvant prétendre à une protection devrait être clairement définie mais ne devrait pas encore être considérée comme close;

– Que le Groupe de travail devrait tenir compte de la protection des tiers lorsqu'il déterminerait quelles dispositions du projet d'instrument seraient impératives;

– Que le terme "tiers" devrait avoir la même signification que dans les autres dispositions du projet d'instrument, en particulier lorsqu'il était employé dans des dispositions relatives aux accords de services réguliers de transport maritime et aux chartes-parties.

Projet d'article xx. Accords de services réguliers de transport maritime

97. Il a été rappelé que le Groupe de travail était convenu que le troisième aspect qu'il aborderait dans son analyse de la liberté contractuelle serait l'application du projet d'instrument aux accords de services réguliers de transport maritime (voir A/CN.9/WG.III/WP.42 et A/CN.9/WG.III/WP.34, par. 18 à 29 et 34 et 35), mentionnés précédemment à sa douzième session (voir A/CN.9/544, par. 78).

Présentation de la proposition

98. La disposition sur les accords de services réguliers de transport maritime a été présentée au Groupe de travail. Il a été dit que ces accords, qui seraient régis en principe par le projet d'instrument, mais auxquels certaines de ses dispositions pourraient ne pas être appliquées dans certaines conditions, iraient dans le sens des objectifs du projet d'instrument en apportant une solution souple correspondant à la pratique du marché qui satisferait également les besoins futurs du secteur. Il a été

indiqué que le projet d'article xx, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.42, visait à réaliser un équilibre prudent entre les intérêts des chargeurs, des transporteurs et des intermédiaires, ainsi qu'à protéger les parties plus faibles. Il a été ajouté que ces objectifs étaient atteints notamment en adoptant comme principes l'égalité de traitement des transporteurs non exploitants et exploitants de navires, la transparence concernant la dérogation, la dérogation librement et mutuellement négociée, l'objectivité, l'application automatique du projet d'instrument en l'absence de dérogation expresse, et la protection des tiers.

Débat général

99. Le Groupe de travail a examiné la proposition relative aux accords de services réguliers de transport maritime et a noté qu'elle avait pour principal effet d'autoriser les transporteurs à déroger au projet d'instrument, ce qui constituerait une exception majeure au régime obligatoire de ce dernier. Il a été dit que cela pouvait être particulièrement préoccupant étant donné l'important volume d'échanges sur lesquels porteraient ces accords. Il a été suggéré de définir plus largement les accords de services réguliers comme des contrats de tonnage en vue du transport futur d'une certaine quantité de marchandises pendant une période donnée sous la forme d'expéditions successives sur des navires de ligne, caractéristique bien connue du secteur.

100. Quelques préoccupations d'ordre général ont été exprimées en ce qui concerne les accords de services réguliers de transport maritime. Il a été estimé qu'il ne devrait pas être possible, pour les parties à de tels accords, de renoncer par contrat à certaines dispositions impératives du projet d'instrument. Il a aussi été déclaré que l'introduction d'un régime spécial pour ces accords risquait de créer des problèmes de concurrence. Il a été estimé, cependant, que la pratique commerciale montrait que tant les transporteurs que les chargeurs pouvaient, dans le cadre d'accords de services réguliers de transport maritime, obtenir des avantages commerciaux en dérogeant au régime de responsabilité standard et que, de surcroît, la plupart des réclamations relatives aux marchandises étaient le fait de tiers qui ne seraient pas touchés par une telle dérogation convenue entre des parties à un accord de services réguliers de transport maritime. Des inquiétudes ont également été exprimées en ce qui concerne la protection des petits chargeurs qui, du fait de leur faible pouvoir de négociation, risquaient d'être victimes d'abus potentiels de la part des transporteurs par le biais d'accords de services réguliers de transport maritime. Il a été dit, cependant, que dans la pratique commerciale actuelle, les petits chargeurs préféraient généralement recourir à des accords de fret, qui n'étaient pas des contrats de transport mais garantissaient un fret maximum sans spécifier de volume, plutôt que de conclure des contrats de tonnage, et que l'attrait d'accords de fret combinés aux forces du marché réduirait le risque d'exposition à des abus commis par des transporteurs dans le cadre du régime proposé d'accords de services réguliers de transport maritime. La proposition tendant à insérer dans le projet d'instrument des dispositions relatives à ces accords a été largement appuyée sous réserve qu'il soit tenu compte, entre autres, des préoccupations susmentionnées.

Définition des accords de services réguliers de transport maritime

101. Il a été estimé que la définition des accords de services réguliers de transport maritime figurant aux paragraphes 2 et 3 du projet d'article xx était excessivement

précise. En réponse, il a été dit que cette précision avait pour but de faire en sorte que toute dérogation aux dispositions du projet d'instrument ne soit pas accidentelle ou involontaire. Il a en outre été fait remarquer que l'obligation faite aux transporteurs de fournir "un service qu'ils n'étaient pas déjà tenus impérativement d'assurer" était relativement vague et risquait de donner lieu à des abus de la part de transporteurs qui souhaiteraient contourner les dispositions impératives du projet d'instrument en l'absence de tout critère concernant la signification du service supplémentaire. On s'est en outre inquiété de l'utilisation de l'expression "négocié mutuellement", qui pourrait poser des problèmes pour ce qui est de prouver la liberté contractuelle effective des parties. Une proposition tendant à lever cette difficulté en obligeant le transporteur à prouver le consentement effectif du chargeur a bénéficié d'un certain soutien. En réponse, cependant, il a été estimé que, étant donné la nature des accords de services réguliers de transport maritime, les parties à ces accords étaient des professionnels expérimentés capables de comprendre la signification de leurs actes sans garanties procédurales supplémentaires.

Compétence

102. L'un des aspects de la proposition relative aux accords de services réguliers de transport maritime consistait en ce que, dans l'intérêt de la sécurité commerciale, la disposition relative au choix obligatoire du for devrait être étendue aux tiers qui étaient informés par écrit, sous réserve que plusieurs conditions soient réunies, telles que l'existence d'un rapport raisonnable avec le for choisi (voir A/CN.9/WG.III/WP.34, par. 35 et A/CN.9/WG.III/WP.42, note 3). Des réserves ont été exprimées à l'égard de cette proposition en raison, notamment, de la proposition tendant à appliquer la disposition relative au for à des tiers non parties à l'accord, de la sensibilité de cette question et de la nécessité de la traiter dans un instrument international, compte tenu en particulier de la jurisprudence relative à l'extension à des tiers des clauses attributives de compétence.

Transport multimodal

103. Des inquiétudes ont été exprimées quant aux effets du régime proposé d'accords de services réguliers de transport maritime sur le système à réseau régissant le transport multimodal. Il a été avancé que le texte proposé ne portait pas atteinte au fonctionnement du système à réseau prévu à l'article 8 du projet d'instrument, les arrangements contractuels ne pouvant pas déroger aux clauses de responsabilité obligatoire des conventions relatives au transport unimodal. Il a aussi été fait remarquer, cependant, que le projet d'article sur les accords de services réguliers de transport maritime ne décrivait pas le rapport entre le régime contractuel et le droit interne impératif, ce qui pourrait créer des ambiguïtés.

Conclusions du Groupe de travail quant au projet d'article xx

104. Après un débat, le Groupe de travail a décidé:

– Qu'il n'était pas opposé à ce que soit insérée dans le projet d'instrument une disposition relative aux accords de services réguliers de transport maritime, sous réserve que soient clarifiées les questions concernant l'application du projet d'instrument aux contrats de tonnage en général;

– Qu'il faudrait prêter une attention particulière à la définition de ces accords de services réguliers de transport maritime et à la protection des intérêts des petits chargeurs et des tiers, et examiner plus avant la question de savoir quelles dispositions du projet de convention, si tant est qu'il y en ait, devraient être impérativement applicables à ces accords;

– Qu'il faudrait également rechercher quel serait l'emplacement optimal dans le projet d'instrument d'une disposition relative aux accords de services réguliers de transport maritime;

– D'inviter les auteurs de la proposition initiale concernant les accords de services réguliers de transport maritime à améliorer la définition de ces accords en collaboration avec les autres délégations intéressées.

Nouveau texte des dispositions relatives au champ d'application

105. Comme l'a demandé le Groupe de travail (voir par. 83 à 96 ci-dessus), un groupe de rédaction informel composé d'un certain nombre de délégations a élaboré un nouveau texte pour les dispositions relatives au champ d'application. Ce nouveau texte, a-t-on dit au Groupe de travail lorsqu'il lui a été présenté, appliquait une approche "hybride" incorporant des éléments des trois approches possibles. Il reposait sur le large consensus exprimé par le Groupe de travail et exposé aux paragraphes 83 à 96 ci-dessus, et s'inspirait du projet de paragraphe a) de l'article 1er ainsi que du projet d'article 2 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.36. Le texte proposé au Groupe de travail pour examen était le suivant:

"Article premier

a) Le terme 'contrat de transport' désigne un contrat par lequel un transporteur s'engage, contre paiement d'un fret, à transporter des marchandises d'un lieu à un autre. Cet engagement doit prévoir le transport par mer et peut prévoir le transport par d'autres modes avant ou après le transport par mer. [Un contrat qui prévoit une possibilité de transporter les marchandises par mer est considéré comme un contrat de transport, à condition que les marchandises soient effectivement transportées par mer.]

[...) Le terme 'service régulier' désigne un service de transport maritime:

i) Offert au public par voie de publicité ou autrement; et

ii) Assuré sur une base régulière entre des ports spécifiés conformément à des horaires ou des dates de départ annoncés.]

[...) Le terme 'service non régulier' désigne tout service de transport maritime qui n'est pas un service régulier.]

Article 2

1. Sous réserve des articles 3 à 5, le présent instrument s'applique aux contrats de transport dans lesquels le lieu de réception [contractuel] et le lieu de livraison [contractuel] sont situés dans des États différents, et le port de chargement [contractuel] et le port de déchargement [contractuel] sont situés dans des États différents, lorsque:

a) Le lieu de réception [contractuel] [ou le port de déchargement [contractuel]] est situé dans un État contractant, ou

b) Le lieu de livraison [contractuel] [ou le port de déchargement [contractuel]] est situé dans un État contractant, ou

c) [Le lieu de livraison effectif est l'un des lieux de livraison optionnels [prévus par le contrat] et est situé dans un État contractant, ou]

d) Le contrat de transport prévoit que le présent instrument, ou la loi de tout État lui donnant effet, doit régir le contrat.

[Les références aux lieux et ports [contractuels] désignent les lieux et ports prévus par le contrat de transport ou dans les données du contrat.]

[2. Le présent instrument s'applique quelle que soit la nationalité du navire, du transporteur, des parties exécutantes, du chargeur, du destinataire ou de toute autre partie intéressée.]

Article 3

1. Le présent instrument ne s'applique pas

a) Sous réserve de l'article 5, aux chartes-parties, qu'elles portent ou non sur des services réguliers;

b) Sous réserve de l'article 4, aux contrats de tonnage, contrats d'affrètement et contrats similaires prévoyant le transport de marchandises par expéditions successives, qu'ils portent ou non sur des services réguliers; et

c) Sous réserve du paragraphe 2, aux autres contrats portant sur des services non réguliers.

2. Le présent instrument s'applique aux contrats de transport portant sur des services non réguliers en vertu desquels le transporteur émet un document de transport ou un enregistrement électronique qui

a) Atteste la réception des marchandises par le transporteur ou par une partie exécutante; et

b) Atteste ou contient le contrat de transport,

sauf dans la relation entre les parties à une charte-partie ou à une convention similaire.

Article 4

Lorsqu'un contrat prévoit le transport de marchandises par expéditions successives, le présent instrument s'applique à chaque expédition conformément aux règles prévues aux articles 2, 3-1 a), 3-1 c) et 3-2.

Article 5

Si un document de transport ou un enregistrement électronique est émis en vertu d'une charte-partie ou d'un contrat visé à l'article 3-1 c), ce document de transport ou cet enregistrement électronique doit être conforme aux dispositions du présent instrument et les dispositions du présent instrument s'appliquent au contrat attesté par ce document ou cet enregistrement électronique à compter du moment où il régit la relation entre le transporteur

et la personne ayant des droits en vertu du contrat de transport, à condition que cette personne ne soit pas un affréteur ou une partie au contrat en vertu de l'article 3-1 c)."

106. Il a été dit au Groupe de travail que le groupe de rédaction informel n'avait pas eu suffisamment de temps pour examiner les accords de services réguliers de transport maritime ni les projets d'articles 88 et 89. De plus, la définition remaniée, à l'article premier, du terme "contrat de transport" n'avait pas été modifiée en substance par rapport au texte original figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.36, mais visait à déplacer l'exigence du parcours maritime international à l'article 2 de la nouvelle version. Il a été proposé d'inclure des définitions de "service régulier" et "service non régulier" dans la section de l'article premier relative aux définitions. Il a été dit au Groupe de travail que l'article 2 de la nouvelle version reprenait en grande partie le texte du projet d'article 2 original, si ce n'est que l'on avait ajouté une "double" obligation internationale (à la fois pour l'ensemble du contrat de transport et pour le voyage par mer lui-même), employé le mot "contractuel", entre crochets, pour préciser la définition des termes, et placé le paragraphe 2 entre crochets. Le projet d'article 1er-3 de la version remaniée visait à faire pendant à la clause d'exclusion de l'article 2-3 original, en traitant d'abord des chartes-parties, puis des contrats de tonnage, des contrats d'affrètement et des contrats similaires, l'alinéa c) de la nouvelle version représentant une tentative d'aider à identifier lesdits "contrats similaires". Le projet d'article 3-2 de la nouvelle version reprenait ensuite les éléments combinés de la définition du terme "document de transport" figurant dans le projet d'article 1er k) du projet d'instrument pour faire entrer dans le champ d'application du projet d'instrument certains contrats concernant des services non réguliers qui ne devraient pas être exclus. Il a été dit au Groupe de travail que l'article 3 de la nouvelle version, même s'il était compliqué, avait pour but de faire en sorte que les opérations visées par les Règles de La Haye et de La Haye-Visby continuent d'être couvertes par le projet d'instrument. L'article 4 de la nouvelle version, quant à lui, était analogue en substance au projet d'article 2-5 initial. Enfin, il a été dit que le projet d'article 5 de la nouvelle version avait pour but d'assurer aux tiers une protection dans le sens du projet d'article 2-4 original, mais que l'on avait adopté ici l'approche du "document non négociable" exposée plus haut au paragraphe 94.

107. Bien que le Groupe de travail ait convenu que la nouvelle version du texte devrait encore être examinée et discutée avant que des positions précises puissent être adoptées à son sujet, un certain nombre d'observations générales ont été faites. On s'est demandé si la nouvelle version traitait de façon satisfaisante la question de l'internationalité de la partie maritime du transport. Il a été dit que le nouveau texte exigeait en fait une "double" internationalité, en ce sens que le nouveau projet d'article 2-1 exigeait que le lieu de réception et le lieu de livraison soient situées dans des États différents, de même que le port de chargement et le port de déchargement.

108. On s'est demandé également si la nouvelle version du texte devrait préciser ce que l'on entendait à l'alinéa 2 b) par les termes "contrats de tonnage" et "contrats d'affrètement". Il a été suggéré d'en donner une définition, de manière à en assurer une interprétation cohérente par les tribunaux. À cet égard, il a été noté que l'alinéa 2 b) remanié avait pour but d'aider à normaliser l'interprétation de ces termes en indiquant que les "contrats similaires" prévoyaient "le transport de

marchandises par expéditions successives, qu'ils portent ou non sur des services réguliers". Quelques hésitations ont été exprimées quant à l'inclusion d'une définition plus précise de ces termes, compte tenu en particulier de leur usage divers dans différents pays.

109. Le Groupe de travail est convenu que la nouvelle version représentait un texte solide sur lequel s'appuyer pour des discussions futures sur le champ d'application, après de nouvelles réflexions et consultations.

Compétence

Débat général

110. Le Groupe de travail a entrepris d'examiner le projet de chapitre 15 relatif à la compétence figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, qui comprenait une variante A et une variante B, notant que la différence entre les deux variantes tenait à l'insertion, dans la variante A, du projet d'article 75 relatif aux actions en instance (*lis pendens*) (voir ci-après, par. 142 à 144). Il s'est vu présenter oralement un rapport succinct du groupe informel de consultation chargé de poursuivre les débats entre les sessions du Groupe de travail (voir A/CN.9/552, par. 167, et par. 11 et 82 ci-dessus). Il a été informé que le groupe informel de consultation avait procédé à un échange de vues non seulement sur les dispositions du projet de chapitre 15, mais aussi sur les grands principes sous-tendant la nécessité d'insérer, dans le projet d'instrument, des dispositions relatives à la compétence et sur la forme que ces dispositions pourraient prendre.

111. Globalement, le Groupe de travail s'est déclaré favorable à l'insertion d'un chapitre relatif à la compétence. Selon certains avis, la question de la compétence devrait être laissée entièrement au choix des parties au contrat de transport. En outre, on a craint que des négociations dans ce domaine complexe n'empêchent finalement de parvenir à un consensus sur les dispositions du projet d'instrument ou que des dispositions similaires à celles des Règles de Hambourg, comme c'était le cas actuellement dans le projet d'instrument, ne créent des obstacles pour les États qui souhaiteraient ratifier l'instrument. On s'est également demandé s'il faudrait, dans l'éventualité où le Groupe de travail conviendrait d'insérer un chapitre sur la compétence, supprimer l'alinéa d) du projet d'article 2-1 relatif au champ d'application du projet d'instrument (voir A/CN.9/WG.III/WP.36, note de bas de page 18).

112. Le Groupe de travail a été informé que la Communauté européenne disposait, en matière de compétence, de règles communes énoncées dans le Règlement I de Bruxelles (Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire et la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale), mais que cela n'empêcherait pas ses membres de négocier dans le projet d'instrument des règles qui y dérogeraient, au besoin.

Conclusions du Groupe de travail

113. Après un débat, le Groupe de travail est convenu d'insérer dans le projet d'instrument un chapitre relatif à la compétence.

Projet d'article 72

Compétence limitée aux États contractants

114. L'avis selon lequel la référence à une action "devant un tribunal" était trop large et qu'il faudrait la restreindre en insérant les mots "d'un État contractant" a bénéficié d'un large soutien. Dans le même ordre d'idée, on s'est interrogé sur le point de savoir s'il était approprié d'utiliser, comme on le faisait dans le chapeau du projet d'article 72, la législation nationale pour définir le tribunal compétent. À cet égard, il a été fait référence à l'article 33-1 de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international ("Convention de Montréal"), dont il a été dit qu'elle permettait le recours aux tribunaux tant nationaux qu'internationaux pour déterminer la compétence. Cependant, l'avis selon lequel le recours à la législation nationale était approprié et non inhabituel dans les conventions relatives aux transports a bénéficié d'un certain soutien.

Conclusions du Groupe de travail

115. Après un débat, le Groupe de travail est convenu d'ajouter, dans le chapeau du projet d'article 72, le membre de phrase "d'un État contractant" après les mots "devant un tribunal".

Parties auxquelles les règles devraient s'appliquer

116. Bien que plusieurs intervenants aient dit que les dispositions relatives à la compétence devraient couvrir toutes les questions contractuelles, le Groupe de travail a poursuivi ses délibérations en partant du principe que les dispositions du projet d'article 72 formaient une base appropriée de discussion s'agissant de la compétence pour connaître d'actions intentées contre le transporteur contractant par le titulaire d'un droit sur les marchandises. Il a été estimé, cependant, qu'en cas d'actions contre la partie exécutante maritime, les facteurs de rattachement servant à définir la compétence à l'encontre du transporteur contractant, tels qu'énoncés actuellement dans le projet d'article 72, ne seraient pas appropriés. En outre, il a été avancé qu'il faudrait, pour au moins deux types de parties exécutantes maritimes, énoncer des facteurs de rattachement différents pour que la compétence pour connaître d'actions intentées contre elles soit raisonnable: la compétence pour connaître d'actions intentées contre le manutentionnaire ou l'exploitant de terminal devrait probablement être limitée à leur établissement principal ou au lieu de prestation du service, tandis que celle pour connaître d'actions intentées contre le transporteur maritime pourrait sans doute être raisonnablement fixée au port de chargement ou au port de déchargement. Cet avis a bénéficié d'un certain soutien.

Conclusions du Groupe de travail

117. Après un débat, le Groupe de travail est convenu que:

- La liste de facteurs de rattachement figurant dans le projet d'article 72 ne serait appropriée que dans le cas d'actions intentées par le titulaire d'un droit sur les marchandises contre le transporteur contractant;
- Les actions intentées contre la partie exécutante maritime devraient être soumises à des facteurs de rattachement différents.

"demandeur"

118. Il a été estimé que le terme "plaintiff" utilisé actuellement dans la version anglaise du chapeau du projet d'article 72 pour décrire la personne ayant le droit d'élire un for n'était peut-être pas approprié. À cet égard, il a été noté qu'un transporteur contestant une réclamation pour perte ou endommagement de marchandises pourrait effectivement éviter d'être assigné devant le tribunal choisi par le demandeur en intentant lui-même une action en déclaration de non-responsabilité. Pour empêcher cela, il a été proposé que le terme utilisé dans le chapeau énonce clairement que l'élection de for devrait être réservée au titulaire d'un droit sur les marchandises. Il a été avancé qu'on pourrait, à cette fin, remplacer le terme anglais "plaintiff" par le terme "claimant" et définir, en français, le terme "demandeur" comme étant, par exemple, "la personne qui intente l'action contre le transporteur".

Conclusions du Groupe de travail

119. Après un débat, le Groupe de travail est convenu de remplacer le terme anglais "plaintiff" par un terme plus approprié indiquant clairement qu'il se référait au "titulaire d'un droit sur les marchandises" et non au transporteur.

Concours d'actions – Concentration de procès dans un même for

120. On s'est interrogé sur le fait de savoir s'il faudrait que le chapitre relatif à la compétence prévoie que plusieurs procès liés au même incident seront concentrés dans un for unique. On n'est parvenu, sur ce point, à aucun accord précis, mais il a été suggéré qu'en insérant, dans le projet d'article 72 (voir ci-après par. 128), le port de chargement et le port de déchargement comme facteurs de rattachement, on pourrait aider à fournir un point commun évident et essentiel sur lequel de nombreux titulaires d'un droit sur les marchandises choisiraient logiquement de fonder la compétence. Certains ont déclaré préférer des règles qui faciliteraient la concentration de procès dans un même for plutôt qu'une règle précise qui serait rédigée à cet effet. Il a aussi été avancé que le Règlement I de Bruxelles contenait une règle qui pourrait être instructive à cet égard.

Conclusions du Groupe de travail

121. Le Groupe de travail n'est pas parvenu, sur ce point, à un accord précis.

Alinéa a) Établissement principal ou résidence habituelle

122. Globalement, le Groupe de travail a approuvé le texte de l'alinéa a). Il a été fait remarquer qu'alors que l'alinéa a) se référait à l'établissement principal du défendeur, l'article 34 du projet d'instrument (données du contrat) n'exigeait que le nom et l'adresse du transporteur. On a demandé s'il fallait considérer que cette information indiquait l'établissement principal, ou s'il fallait clarifier cette prescription. Il a été avancé que l'on pourrait, dans l'éventualité où l'on supprimerait l'alinéa b), clarifier le texte de l'alinéa a), peut-être en faisant référence au domicile légal du défendeur. La question de savoir si le domicile et l'établissement principal étaient véritablement différents ayant été posée, il a été fait mention de l'article 33 de la Convention de Montréal, qui se référait au "tribunal du domicile du transporteur, du siège principal de son exploitation ou du lieu où il possède un établissement par le soin duquel le contrat a été conclu".

123. Compte tenu de ces délibérations, il a été convenu de placer les mots "l'établissement principal" entre crochets en vue d'en poursuivre l'examen et éventuellement d'en donner une définition, et d'insérer entre crochets, à la fin de cet alinéa, les mots "son domicile".

Conclusions du Groupe de travail quant à l'alinéa a)

124. Après un débat, le Groupe de travail est convenu:

– De placer les mots "l'établissement principal" entre crochets;

– D'insérer entre crochets, à la fin de ce membre de phrase, les mots "son domicile".

Alinéa b) Lieu du contrat

125. La proposition tendant à supprimer l'alinéa b) a bénéficié d'un vif soutien. Conformément aux notes de bas de page 223 et 30 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, il a été convenu que, dans la pratique actuelle des transports, le lieu de conclusion d'un contrat de transport n'avait pas grand rapport avec son exécution et que, étant donné que le projet d'instrument n'opérait pas de distinction entre les contextes documentaire et électronique, ce lieu pourrait être difficile, voire impossible, à déterminer. Il a été avancé que la succursale par l'intermédiaire de laquelle le contrat était conclu pourrait continuer de faire office de facteur de rattachement pour les procès intentés à des parties autres que le transporteur contractant, et que l'on pourrait garder cela à l'esprit lors des futurs débats.

Conclusions du Groupe de travail quant à l'alinéa b)

126. Après un débat, le Groupe de travail est convenu:

– De supprimer l'alinéa b);

– De continuer à se demander, lors des futurs débats, si la succursale par l'intermédiaire de laquelle le contrat était conclu pourrait faire office de facteur de rattachement aux fins d'actions intentées contre des parties exécutantes maritimes.

Alinéa c) Lieu de réception ou de livraison

127. La proposition tendant à insérer le lieu de réception et le lieu de livraison comme facteurs de rattachement sur lesquels on puisse fonder une compétence a bénéficié d'un soutien général. On s'est inquiété de ce qu'on ne percevait pas clairement si les termes "lieu de réception ou le lieu de livraison" se référaient aux lieux contractuels ou réels de réception et de livraison. Il a été proposé de clarifier ce point.

128. Il a été proposé, conformément au paragraphe 30 du document A/CN.9/WG.III/WP.34, d'indiquer deux lieux supplémentaires, à savoir le port de chargement et le port de déchargement. Cette insertion, a-t-il été avancé, était souhaitable si l'on voulait que tous les procès liés à un accident se déroulent dans le même for. Il a été estimé, cependant, que l'insertion de ces lieux supplémentaires risquait de créer des facteurs de rattachement excessivement larges, qui étaient inutiles et risquaient de compliquer les choses. Selon un avis, l'alinéa d), qui

permettait au demandeur de choisir tout autre lieu, répondait à la nécessité éventuelle de prendre en considération d'autres lieux.

Conclusions du Groupe de travail quant à l'alinéa c)

129. Après un débat, le Groupe de travail est convenu:

– D'insérer entre crochets une référence au port de chargement et au port de déchargement;

– D'insérer entre crochets les mots "réel" et "contractuel" après le mot "lieu", dans les deux cas.

Alinéa d) Lieu désigné dans le document de transport et dans les clauses de compétence

130. Trois avis se sont exprimés en ce qui concerne le projet d'alinéa d). Selon le premier avis, la compétence exclusive devrait être la règle principale, de sorte que l'alinéa d) représenterait la seule base de compétence et que le tribunal convenu dans le contrat de transport, qu'il fût ou non énuméré dans le projet d'instrument, serait le seul for applicable. L'avis selon lequel les parties commerciales devraient être libres d'élire le for a bénéficié d'un certain soutien, et il a été ajouté que cela serait un facteur de sécurité commerciale.

131. Selon un autre avis, l'alinéa d) devrait autoriser le choix exclusif du for par les parties contractantes, mais seulement si celles-ci choisissaient l'un des lieux énumérés aux alinéas a) et c). À titre d'illustration, il a été dit que les titulaires d'un droit sur les marchandises étaient des gens d'affaires avisés, mais qu'une liberté totale d'élection de for pourrait faire l'objet d'abus de la part du transporteur. Pour cette raison, il a été estimé que l'alinéa d) ne devrait autoriser qu'un choix de lieux ayant objectivement un rapport avec la transaction et situés dans un État contractant.

132. Selon un troisième avis, le for désigné dans le document de transport serait simplement considéré comme un for supplémentaire qui serait ajouté à la liste d'instances possibles proposées, dans le projet d'article, au titulaire d'un droit sur les marchandises. On a exprimé l'opinion que cette disposition permettait à celui-ci d'opérer un choix en sus des lieux énumérés actuellement aux alinéas a) et c), sans le contraindre à accepter le for spécifié dans la clause de compétence.

133. Le Groupe de travail n'est pas parvenu à s'entendre sur l'avis qui devrait prévaloir s'agissant des clauses attributives de compétence du contrat de transport.

Conclusions du Groupe de travail

134. Le Groupe de travail n'est parvenu à aucun accord spécifique, mais est convenu de poursuivre l'examen de la question compte tenu de ses délibérations.

Accords de services réguliers de transport maritime

135. Le Groupe de travail a ensuite été saisi d'une proposition (voir A/CN.9/WG.III/WP.34, par. 34 et 35) tendant à insérer, s'agissant des accords de services réguliers de transport maritime, deux exceptions aux règles générales régissant la compétence énoncées à l'article 72. Il a été proposé de donner aux parties à un accord de services réguliers de transport maritime la possibilité de

déroger aux dispositions du projet d'instrument, y compris à celles relatives à l'élection de for, et que le choix du for figurant dans l'accord soit exclusif. Il a été avancé que les conditions et critères à remplir pour prétendre à l'appellation d'accord de services réguliers de transport maritime protégerait de façon satisfaisante les parties au contrat. La seconde exception, qui était apparentée, serait la suivante: lorsque des parties à un accord de services réguliers de transport maritime désignaient un for pour les réclamations relatives aux marchandises, le choix de ce for devrait s'imposer aux tiers, à condition que ces derniers en aient été informés par écrit et que le lieu choisi ait un rapport raisonnable avec l'action intentée. Il a été dit que, comme le choix du for constituait une importante source de prévisibilité pour les parties commerciales, il fallait que ce choix s'impose à des tiers dont les droits découlaient de l'accord en question. Il a été estimé, enfin, que cette approche pouvait être considérée comme un compromis entre les trois avis exprimés s'agissant des clauses attributives de compétence, en ceci que le choix du for, dans les accords de services réguliers de transport maritime, serait exclusif, mais qu'autrement, il faudrait recourir à la liste de lieux énumérés dans le projet d'instrument.

136. Le Groupe de travail n'a pas examiné en détail la proposition relative aux accords de services réguliers de transport maritime pour ce qui est de la compétence, bien qu'un certain nombre de considérations générales aient été exprimées au sujet de la nécessité, s'agissant de ces accords, d'inclure une clause attributive de compétence.

Projet d'article 73

137. Le Groupe de travail a examiné la variante A du projet d'article 73, qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32. On a fait observer qu'une partie de l'alinéa a) et la totalité de l'alinéa b) de l'article 21-2 des Règles de Hambourg avaient été omises par inadvertance et qu'il faudrait tenir compte de ces dispositions jusqu'à ce que cet oubli puisse être réparé.

Débat général

138. Des inquiétudes ont été exprimées à propos de l'insertion d'une disposition sur la saisie dans le chapitre du projet d'instrument consacré à la compétence. Le fait de baser la compétence sur le lieu de la saisie du navire pouvait, a-t-on estimé, compliquer considérablement les choses et risquait de créer des problèmes avec la Convention internationale de 1952 pour l'unification de certaines règles sur la saisie conservatoire des navires de mer et la Convention internationale de 1999 sur la saisie conservatoire des navires ("les conventions régissant la saisie"). Il a également été déclaré que le fait de ne pas traiter dans le projet d'instrument la question de ses liens avec les conventions régissant la saisie pouvait être une source d'insécurité pour ce qui était de savoir si les clauses attributives de compétence de ces conventions pouvaient être invoquées dans le cas de demandes relevant du projet d'instrument. Ce point de vue a été appuyé, de même que l'idée d'examiner de plus près le lien entre le projet d'article 73 et les conventions en question avant que le Groupe de travail prenne une quelconque décision.

Conclusions du Groupe de travail sur le projet d'article 73

139. Après discussion, le Groupe de travail est convenu de mettre le projet d'article 73 entre crochets, en attendant d'étudier plus avant sa relation avec les conventions relatives à la saisie.

Projet d'article 74

140. Le Groupe de travail a examiné la variante A du projet d'article 74, qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32. Il a été expliqué que ce projet d'article constituait un compromis entre le titulaire d'un droit sur les marchandises et le transporteur, de sorte que le premier puisse choisir le lieu dans lequel engager une action conformément au projet d'article 72 et que le second ne puisse refuser d'être attrait dans un des lieux énumérés. Le revers de la monnaie, toutefois, était que le projet d'article 74 limitait le choix du titulaire aux seuls lieux énumérés. On a par ailleurs exprimé la crainte que la deuxième phrase du projet d'article 74, qui se référait aux mesures provisoires ou conservatoires, ne crée des problèmes avec les conventions relatives à la saisie. Selon l'avis contraire, cette phrase était censée éviter toute interférence avec ces mesures et, de ce fait, ne devrait pas entrer en conflit avec les conventions en question. L'ensemble du Groupe de travail a approuvé le projet d'article 74.

Conclusions du Groupe de travail sur le projet d'article 74

141. Après discussion, le Groupe de travail est convenu de conserver le projet d'article 74 sous réserve d'examiner les effets de la deuxième phrase de cet article lorsqu'il étudierait la relation entre le projet d'article 73 et les conventions relatives à la saisie.

Projet d'article 75

142. Le Groupe de travail a examiné la variante A du projet d'article 75, qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32. À propos de la note de bas de page 222 du même document, il a été expliqué que la variante A contenait une disposition sur la litispendance, comme les Règles de Hambourg, alors que la variante B n'en contenait pas conformément à la décision qu'avait prise en 1999 le Sous-Comité international du CMI sur l'uniformité du droit du transport maritime. Il a été ajouté que le CMI avait examiné et approuvé cette décision à sa trente-huitième Conférence internationale tenue en juin 2004.

143. Il a été proposé – et cette proposition a été appuyée – de supprimer la variante A du projet d'article 75 et de se fonder, par conséquent, sur la variante B du chapitre 15 pour la suite des débats, étant donné qu'il serait extrêmement difficile de s'entendre sur une règle de litispendance, en raison de la complexité de la question et de la diversité des solutions adoptées dans ce domaine dans différents pays. Il a été demandé quel effet aurait la suppression de cette disposition du projet d'instrument. Selon un avis, la question de la litispendance serait régie par le droit national. Il a cependant été rétorqué que le droit national n'apporterait probablement pas de solution adéquate, car certains pays n'avaient pas de règles de litispendance internationale et d'autres ne reconnaissaient et n'exécutaient peut-être pas les jugements rendus en la matière. Bien que la suppression de la variante A du projet

d'article 75 ait été appuyée, le Groupe de travail est convenu de conserver cette disposition entre crochets toutefois pour la suite des débats.

Conclusions du Groupe de travail sur le projet d'article 75

144. Après discussion, le Groupe de travail est convenu de mettre la variante A du projet d'article 75 entre crochets pour la suite de ses débats.

Projet d'article 75 *bis*

145. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 75 bis, variante A, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32. On a appuyé l'opinion selon laquelle les circonstances décrites dans cette disposition, qui permettait aux parties de se mettre d'accord sur le choix du for après la naissance d'un litige, différaient sensiblement des circonstances envisagées dans les clauses d'élection de for, qui survenaient avant toute perte ou tout dommage. De l'avis général, le principe énoncé au projet d'article 75 *bis*, variante A, était acceptable, mais il a aussi été fait observer que, si le Groupe de travail parvenait à un accord sur une disposition de compétence exclusive, ce projet d'article pourrait devenir redondant. En outre, les préoccupations suivantes ont été exprimées à propos de la clarté du texte du projet d'article.

"tout accord"

146. Des questions ont été soulevées quant à la forme de l'accord qui serait acceptable en vertu du projet de disposition. On s'est demandé en particulier si un accord exprès était nécessaire, ou si un accord implicite serait acceptable.

"conclu par les parties"

147. Des éclaircissements ont également été demandés sur le point de savoir si le terme "parties" dans cette disposition désignait les parties au contrat de transport ou bien les parties au litige découlant de la perte ou du dommage. On a appuyé l'opinion selon laquelle la disposition visait les parties au litige découlant de la perte ou du dommage, et non les parties au contrat de transport. Il a été suggéré que cette interprétation apparaisse clairement dans le texte de la disposition.

"après qu'un litige est né du contrat de transport"

148. Il a aussi été demandé si l'accord, en vertu du projet d'article, pouvait être conclu uniquement après l'engagement d'une procédure relative à la perte ou au dommage, ou s'il faisait référence au moment où la perte ou le dommage s'était produit. On a appuyé l'opinion selon laquelle l'intention était de faire référence aux accords conclus après la survenue de la perte ou du dommage. Selon un autre avis, le moment pertinent devrait être celui où les parties avaient connaissance de la perte ou du dommage. Le Groupe de travail est convenu de placer cette expression entre crochets en attendant une discussion plus approfondie.

Concours d'actions

149. Un certain soutien a été exprimé en faveur de l'opinion selon laquelle le problème des concours d'actions, dont il a été question de façon générale à propos de la compétence (voir ci-dessus par. 120 et 121) pouvait aussi se poser pour le

projet d'article 75 *bis*, dans ce sens que des actions pouvaient être intentées en même temps à l'égard du transporteur contractant et des parties exécutantes maritimes, ce qui compliquait peut-être le problème de l'accord sur la compétence. Il a été suggéré de garder ce problème à l'esprit dans les discussions futures.

Conclusions du Groupe de travail sur le projet d'article 75 bis

150. Après discussion, le Groupe de travail est convenu:

– De placer entre crochets les termes "après qu'un litige est né du contrat de transport", de manière à indiquer qu'il pouvait être nécessaire d'apporter des éclaircissements supplémentaires;

– D'examiner si d'autres éclaircissements étaient nécessaires en ce qui concerne la forme de l'accord requis et l'identité des parties.

Arbitrage

151. Le Groupe de travail a procédé à l'examen du chapitre 16 sur l'arbitrage figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, comprenant deux variantes A et B, la différence étant l'inclusion dans la variante A des projets d'articles 78 et 80 concernant respectivement le lieu de l'arbitrage et les dispositions obligatoires relatives à l'arbitrage. En ce qui concerne la note 225 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, il a été dit au Groupe de travail que, conformément à l'approche adoptée dans les Règles de Hambourg, la variante A reproduisait les dispositions relatives à l'arbitrage de ces règles, tandis que la variante B était conforme à la décision prise en 1999 par le Sous-Comité international du CMI sur l'uniformité du droit maritime. Il a été dit au Groupe de travail que le CMI avait examiné cette décision à sa trente-huitième Conférence internationale en juin 2004; le principe exprimé dans le projet d'article 36 avait été approuvé, et bien qu'il y ait eu également un soutien en faveur du projet d'article 79, aucun consensus ne s'était dégagé concernant le chapitre sur l'arbitrage.

152. Le Groupe de travail a entendu un bref rapport du groupe de consultation informel établi pour poursuivre la discussion entre ses sessions (voir A/CN.9/552, par. 167 et par. 11, 82 et 110 ci-dessus). Il lui a été dit qu'un échange de vues avait eu lieu au sein de ce groupe à propos de l'inclusion de règles d'arbitrage dans le projet d'instrument et des divers aspects qui pourraient découler de ces règles.

Relation avec la pratique générale de l'arbitrage international

153. Il a été noté que le projet de chapitre 16 était repris des Règles de Hambourg, qui ont été rédigées en 1978, avant la large acceptation de normes uniformes pour l'arbitrage international. Il a été suggéré d'aligner le projet d'instrument, en particulier, sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (la Loi type) et sur la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York de 1958), et de n'envisager de s'écarter de ces normes que pour des raisons précises tenant aux principes. Dans ce contexte, il a également été dit que trois points, en particulier, demandaient un examen attentif:

– Il pourrait être nécessaire de coordonner l'exigence, énoncée dans le projet d'article 76, d'une forme écrite pour les conventions d'arbitrage avec les travaux actuels de la CNUDCI sur l'article 7 de la Loi type, qui visait à libéraliser l'exigence en matière de forme;

– Il pourrait être nécessaire de coordonner l'exigence, énoncée au projet d'article 77, d'incorporation du pacte compromissoire dans le document de transport ou l'enregistrement électronique avec la norme générale d'arbitrage concernant l'incorporation par référence;

– Il pourrait être nécessaire de réexaminer le projet d'article 79, qui pourrait être interprété comme limitant la possibilité d'arbitrage *ex aequo et bono* (en justice et équité, c'est-à-dire en prévalant si nécessaire sur la stricte primauté du droit) étant donné que dans certaines parties du monde un tel arbitrage est également pratiqué dans le domaine du droit maritime.

Débat général

154. L'avis a été exprimé que le principe de la liberté de recourir à l'arbitrage, qui était profondément ancré tant dans la Loi type que dans la Convention de New York, exigeait qu'aucune disposition sur l'arbitrage ne soit incluse dans le projet d'instrument. On a fait observer qu'il était largement fait usage de clauses d'arbitrage dans les services de transport non réguliers et que toute interférence avec la pratique existante de la liberté de recourir à l'arbitrage ne serait pas acceptée par les parties commerciales. On a dit aussi que les services de transport non réguliers, qui incorporaient souvent les règles de La Haye-Visby dans leurs chartes parties, ne seraient pas disposés à incorporer le projet d'instrument dans des chartes parties futures si ledit instrument contenait des règles sur l'arbitrage. On a ajouté que des procédures d'arbitrage étaient essentielles dans le commerce international, comme l'étaient les centres et les règles d'arbitrage existants, de sorte que l'inclusion de règles d'arbitrage dans le projet d'instrument risquait d'être une source d'insécurité commerciale. Cette opinion a été soutenue.

155. Selon un autre avis, toutefois, il serait utile de régler avec le degré de détail nécessaire les questions relatives à l'arbitrage, si possible dans le sens des Règles de Hambourg.

156. Une troisième position a été que le projet d'instrument devrait contenir uniquement des dispositions de base sur l'arbitrage, afin de ne pas perturber le régime de l'arbitrage international, tout en assurant cependant l'application des dispositions obligatoires du projet d'instrument. En particulier, on a dit qu'il ne faudrait pas que l'on puisse, simplement en choisissant de recourir à l'arbitrage, contourner les règles relatives à la compétence qui, comme en était convenu le Groupe de travail, étaient utiles pour prévenir les abus dans le projet d'instrument. Cette approche a également été appuyée. Dans le même ordre d'idées, il a été dit que la présence d'une clause compromissoire dans un contrat ne devrait pas empêcher le demandeur d'intenter une action dans les lieux visés dans le projet d'instrument, à une exception près: si l'un de ces lieux avait été choisi pour l'arbitrage, il ne pouvait pas y intenter une action mais uniquement recourir à l'arbitrage. Il avait la possibilité d'intenter une action dans les autre lieux.

Conclusions

157. Après le débat général, le Groupe de travail a décidé que:

– La totalité du chapitre 16 devrait être placée entre crochets;

– Les mots “par un accord constaté par écrit”, au projet d’article 76, devraient être placés entre crochets;

– Le projet d’article 79 devrait être placé entre crochets;

– Le secrétariat devrait être prié d’étudier les conflits éventuels entre le projet d’instrument et la pratique uniforme de l’arbitrage international, telle qu’elle est reflétée dans les instruments et les lois types de la CNUDCI;

– L’on devrait envisager de trouver une formule pour empêcher que les éventuelles règles impératives du projet d’instrument ne puissent être contournées par le recours à l’arbitrage.

III. Questions diverses

Commerce électronique

158. Il a été dit au Groupe de travail que, après avoir fini d’élaborer la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques en 2001, la Commission avait demandé au Groupe de travail IV (Commerce électronique) d’examiner trois domaines dans lesquels des travaux pourraient être entrepris, à savoir: l’élaboration d’un instrument international sur des questions relatives aux contrats électroniques; la réalisation d’une étude détaillée des obstacles juridiques éventuels au développement du commerce électronique dans les conventions établissant des règles de droit uniforme et les accords commerciaux existants; et le traitement des problèmes posés par la négociabilité et le transfert de droits sur des biens meubles corporels.

159. Il a été indiqué que le Groupe de travail sur le commerce électronique avait conclu que la négociabilité et le transfert de droits étaient des questions juridiques sensibles qui exigeraient des solutions très spécifiques et que, de ce fait, le projet de convention ne devrait pas les aborder (A/CN.9/571, annexe). Il a été ajouté que le Groupe de travail sur le commerce électronique avait entrepris simultanément d’élaborer le projet de convention sur l’utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux et d’étudier les instruments internationaux existants, et qu’à sa quarante-quatrième session, il avait fini d’examiner ledit projet.

160. Il a été déclaré que ce projet de convention contenait deux dispositions qui intéressaient le Groupe de travail sur le droit des transports dans le cadre de ses travaux en cours. L’article 2-2 de ce projet excluait expressément tout “document (y compris un connaissement) ou instrument transférable donnant le droit au porteur ou au bénéficiaire de demander la livraison de marchandises ou le paiement d’une somme d’argent”. Le projet d’article 19-2 prévoyait quant à lui que le projet de convention s’appliquait “aux communications électroniques se rapportant à la formation ou à l’exécution d’un contrat auquel s’applique une autre convention ou un autre traité ou accord international, sauf si cet État a déclaré qu’il ne sera pas lié par le présent paragraphe”. Il a été noté que, nonobstant l’exclusion prévue au projet d’article 2-2, le projet d’article 19-2 risquait de faire entrer le contrat de transport,

qui n'était pas en soi un titre représentatif, dans le champ d'application des dispositions du projet de convention. Le Groupe de travail a été invité à examiner les implications de cette disposition.

161. Il a également été indiqué que, si le Groupe de travail sur le commerce électronique n'avait pas encore eu la possibilité d'examiner de près le chapitre sur les communications électroniques et les dispositions connexes du projet d'instrument en cours d'élaboration, un certain nombre de délégations au sein de ce Groupe avaient fait part de leurs vues sur la question de manière informelle. Elles avaient notamment exprimé des inquiétudes à propos de la notion, employée dans le projet d'instrument, de "document de transport électronique négociable", car il était difficile d'assurer une équivalence fonctionnelle entre les titres représentatifs sur papier et leurs pendants électroniques et, en particulier, de garantir l'unicité des enregistrements électroniques. D'autres aspects pouvant être étudiés plus avant étaient les dispositions sur l'authentification des communications entre les parties, compte tenu en particulier du caractère international du projet d'instrument.

162. Étant donné que les deux instruments abordaient des domaines complémentaires présentant un intérêt mutuel, il a été proposé, afin d'aider les deux Groupes de travail dans leur tâche, d'organiser une réunion informelle intersessions d'experts du commerce électronique et du droit des transports. Le Groupe de travail sur le droit des transports a accepté la proposition.

Dates des quinzième et seizième sessions

163. Le Groupe de travail a noté que sa quinzième session était prévue à New York du 18 au 28 avril 2005. Il a pris note avec satisfaction de la décision que la Commission avait prise à sa trente-septième session de lui allouer des sessions de deux semaines pour poursuivre ses travaux (voir A/59/17, par. 136).

164. Il a été noté que, sous réserve de l'approbation de la Commission à sa trente-huitième session, la seizième session du Groupe de travail se tiendrait à Vienne du 28 novembre au 9 décembre 2005 (voir A/59/17, par. 137).

Organisation des travaux futurs

165. Afin de structurer le débat sur les dispositions restantes du projet d'instrument, le Groupe de travail a adopté le programme provisoire ci-après pour ses deux prochaines sessions:

Quinzième session (New York, 18-28 avril 2005)

- Commerce électronique
- Documents de transport
- Droit de contrôle
- Transfert de droits
- Poursuite du débat sur la liberté contractuelle, y compris les accords de services réguliers de transport maritime et le champ d'application
- Poursuite du débat sur la compétence et l'arbitrage

Seizième session (Vienne, 28 novembre-9 décembre 2005, sous réserve d'approbation)

– Obligations du chargeur

– Livraison des marchandises

– Limites de responsabilité

– Droits d'action et délai pour agir

– Questions en suspens

Table ronde sur le commerce électronique, le droit de contrôle et le transfert de droits

166. Le Groupe de travail a noté l'initiative prise par plusieurs délégations de poursuivre les discussions entre les sessions au sein du groupe informel de consultation afin d'accélérer l'échange de vues, l'élaboration de propositions et l'émergence d'un consensus en vue d'une troisième et dernière lecture du projet d'instrument (voir A/CN.9/552, par. 167). Il a été indiqué que le groupe informel de consultation aborderait d'abord les questions qui devaient être examinées à New York au printemps 2005, et qu'il était prévu d'organiser une table ronde informelle sur le commerce électronique, le droit de contrôle et le transfert de droits à l'intention de tous les membres et observateurs intéressés les 24 et 25 février 2005, probablement à Londres. Il a également été indiqué que le groupe informel de consultation était ouvert à toutes les délégations et que les propositions étaient bienvenues dans toutes les langues officielles, celui-ci appliquant le principe du multilinguisme dans ses travaux. Il a en outre été noté que les travaux passés et futurs du groupe informel de consultation seraient archivés sur un site Web sécurisé, si le Groupe de travail le souhaitait.

B. Note du Secrétariat concernant l'élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – nouvelle version provisoire des articles du projet d'instrument examinés dans le Rapport du Groupe de travail III sur les travaux de sa treizième session (A/CN.9/552), soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa quatorzième session

(A/CN.9/WG.III/WP.39) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
	Introduction	1
I.	Chapitre 5. Responsabilité du transporteur (*suite*)	2-10
	A. Responsabilité des parties exécutantes (projet d'article 15, *suite*)	2
	B. Retard (projet d'article 16)	3
	C. Interprétation de l'instrument (projet d'article 2 *bis*)	4
	D. Calcul de la réparation (projet d'article 17)	5
	E. Limites de la responsabilité (projet d'article 18)	6
	F. Modification des limites (projet d'article 18 *bis*)	7
	G. Déchéance du droit de limiter la responsabilité (projet d'article 19)	8
	H. Avis de perte, de dommage ou de retard (projet d'article 20)	9
	I. Recours judiciaires (projet d'article 21)	10
II.	Chapitre 6. Dispositions supplémentaires relatives au transport par mer	11-13
	A. Responsabilité du transporteur (projet d'article 22)	11
	B. Déroutement (projet d'article 23)	12
	C. Marchandises en pontée (projet d'article 24)	13
III.	Chapitre 7. Obligations du chargeur	14-22
	A. Remise des marchandises prêtes pour le transport (projet d'article 25)	14
	B. Obligation faite au transporteur de fournir des informations et des instructions (projet d'article 26)	15
	C. Obligation faite au chargeur de fournir des informations, instructions et documents (projet d'article 27)	16
	D. Projet d'article 28	17
	E. Fondement de la responsabilité du chargeur (projets d'articles 29 et 30) et responsabilité du transporteur en cas de défaut de fourniture d'informations et d'instructions (projet d'article 13 *bis*)	18

F. Règles spéciales concernant les marchandises dangereuses (nouveau projet d'article 30) 19
G. Fausse déclaration du chargeur (projet d'article 29 *bis*) 20
H. Acceptation des droits et obligations du chargeur (projet d'article 31) 21
I. Responsabilité à l'égard des sous-traitants, employés et agents (projet d'article 32) 22
IV. Chapitre 9. Fret 23

Introduction

1. À sa treizième session, le Groupe de travail III a examiné plusieurs dispositions du projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] figurant à l'annexe de la note du secrétariat A/CN.9/WG.III/WP.32. Le secrétariat a été prié d'élaborer, sur la base des délibérations et conclusions de la treizième session du Groupe de travail figurant dans le rapport de cette session (A/CN.9/552), une version révisée des dispositions examinées. La nouvelle version provisoire de ces articles est présentée dans les sections I à IV ci-après.

I. Chapitre 5. Responsabilité du transporteur (*suite*)

A. Responsabilité des parties exécutantes (projet d'article 15, *suite*)

2. Le Groupe de travail a examiné le texte des projets d'articles 15-5 et 15-6 (voir A/CN.9/552, par. 10 à 17). Compte tenu des débats du Groupe de travail à sa treizième session, la version révisée provisoire des projets d'articles 15-5 et 15-6 serait la suivante:

"Article 15 *bis*[1]

1.[2] Si le transporteur et une ou plusieurs parties exécutantes maritimes sont responsables[3] de la perte, de l'endommagement ou du retard de livraison des

[1] Comme décidé au paragraphe 17 du document A/CN.9/552, les projets de paragraphes 5 et 6 ont été retirés du projet d'article 15 et fusionnés en une disposition distincte figurant maintenant au projet d'article 15 *bis*.

[2] Cette disposition, anciennement projet d'article 15-6 (A/CN.9/WG.III/WP.32) renuméroté projet d'article 15-5 (A/CN.9/WG.III/WP.36, par. 12), forme maintenant le paragraphe 1 du projet d'article 15 *bis*.

[3] À la note 82 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, il était indiqué qu'il faudrait limiter le champ d'application de ce paragraphe aux parties exécutantes maritimes. Vu que ce projet de paragraphe a maintenant été déplacé vers un projet d'article distinct, on a modifié, à des fins de clarté, le membre de phrase "Si plusieurs parties exécutantes maritimes sont responsables" figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.36 en "Si le transporteur et une ou plusieurs parties exécutantes maritimes sont responsables". Le Groupe de travail pourra également souhaiter se demander si cette clarification atténue les préoccupations soulevées au paragraphe 14 du document A/CN.9/552, à l'exception de celles ayant trait à la compensation,

marchandises, elles assument une responsabilité conjointe et solidaire [, de sorte que chacune d'entre elles est tenue de réparer la totalité du préjudice matériel résultant de cette perte, de cet endommagement ou de ce retard, sous réserve de l'action récursoire qu'elle pourrait exercer contre d'autres parties responsables,][4] mais uniquement dans les limites prévues aux articles 16, 24 et 18.

2.[5] Sans préjudice de l'article 19, le montant total de la responsabilité de ces personnes ne dépasse pas les limites globales de responsabilité prévues dans le présent instrument[6].

[3. Lorsqu'un demandeur s'est retourné avec succès contre une partie exécutante non maritime suite à la perte, à l'endommagement ou au retard de livraison des marchandises, le montant qu'il perçoit est déduit de toute réclamation ultérieure liée à cette perte, à cet endommagement ou à ce retard qu'il adresse à un transporteur ou à une partie exécutante maritime.][7]"

B. Retard (projet d'article 16)

3. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 16 (A/CN.9/552, par. 18 à 31). Compte tenu des débats du Groupe de travail à sa treizième session, la version révisée provisoire du projet d'article 16 serait la suivante:

"Article 16. Retard

1. Il y a retard de livraison lorsque les marchandises ne sont pas livrées au lieu de destination prévu dans le contrat de transport dans le délai

---

qui est traitée au paragraphe 3 du projet d'article 15 *bis*.

[4] Comme décidé aux paragraphes 12 et 17 du document A/CN.9/552, le membre de phrase entre crochets a été ajouté afin de clarifier la signification de l'expression "responsabilité conjointe et solidaire". Cependant, le Groupe de travail pourra souhaiter examiner l'usage qui est fait de cette expression dans de nombreux instruments internationaux, notamment à l'article 10-4 des Règles de Hambourg; à l'article 27-4 des Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des marchandises, telles qu'amendées par le Protocole de 1999 ("CIM-COTIF 1999"); à l'article 4-5 de la Convention de Budapest relative au contrat de transport de marchandises en navigation intérieure, 2000 ("CMNI"); à l'article 30-3 de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, telle qu'amendée par les protocoles de 1955 et 1975 ("Convention de Varsovie"); et à l'article 36-3 de la Convention concernant l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, Montréal 1999 ("Convention de Montréal").

[5] Cette disposition, anciennement projet d'article 15-7 (A/CN.9/WG.III/WP.32) renuméroté projet d'article 15-6 (A/CN.9/WG.III/WP.36, par. 12), forme maintenant le paragraphe 2 du projet d'article 15 *bis*.

[6] Comme noté aux paragraphes 13 et 17 du document A/CN.9/552, le principe général concernant le montant global de la responsabilité énoncé au paragraphe 6, désormais paragraphe 2 du projet d'article 15 *bis*, a été jugé approprié.

[7] Comme décidé aux paragraphes 14 et 17 du document A/CN.9/552, il a été élaboré une version révisée dans l'attente de la poursuite du débat concernant l'établissement d'une règle uniforme relative à la compensation, faute de quoi cette question devrait être régie par le droit interne applicable. Voir aussi, plus haut, la note 3.

expressément convenu[8] ou, en l'absence d'une telle convention, dans le délai qu'il serait raisonnable d'attendre d'un transporteur diligent, compte tenu des conditions du contrat, des caractéristiques du transport et des circonstances du voyage[9].

2. [Sauf convention contraire,][10] Si un retard de livraison cause un préjudice [indirect][11] qui ne résulte pas de la perte ou du dommage subi par les marchandises transportées et n'est donc pas couvert par l'article 17, le montant dû à titre de réparation de ce préjudice est limité à un montant équivalent à [une fois][12] le fret payable pour les marchandises ayant subi le retard. Le montant total payable en vertu de la présente disposition et de l'article 18-1 ne dépasse pas la limite qui serait fixée en vertu de l'article 18-1 pour la perte totale des marchandises concernées."

C. Interprétation de l'instrument (projet d'article 2 *bis*)

4. Comme noté au paragraphe 31 du document A/CN.9/552, le Groupe de travail a décidé d'introduire, pour favoriser une interprétation uniforme du projet d'instrument, une disposition s'inspirant de l'article 7-1 de la Convention des Nations Unies sur les ventes. Cette disposition pourrait être placée au chapitre premier du projet d'instrument relatif aux dispositions générales, provisoirement numéroté article 2 *bis*, et pourrait être libellé comme suit:

"Article 2 *bis*. Interprétation de l'instrument

Pour l'interprétation du présent instrument, 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."

---

[8] Comme indiqué au paragraphe 20 du document A/CN.9/552, l'expression "le délai expressément convenu" utilisée à l'article 5-2 des Règles de Hambourg est plus précise que l'expression "un délai quelconque expressément convenu".

[9] Comme décidé aux paragraphes 22 et 24 du document A/CN.9/552, le transporteur devant être responsable du retard de livraison et cette responsabilité devant être fondée sur la faute du transporteur, la règle supplétive figurant à la fin du paragraphe a été conservée sans crochets.

[10] Comme décidé aux paragraphes 28 et 31 du document A/CN.9/552, le texte "[Sauf convention contraire]" a été ajouté au début du paragraphe 2, mais il faudrait réexaminer la question dans le contexte du projet d'article 19 et du chapitre 19.

[11] Comme indiqué au paragraphe 25 du document A/CN.9/552, il faudrait décrire de manière plus claire la situation où des dommages indirects étaient subis. Le Groupe de travail pourra également souhaiter envisager l'alternative suivante à la première phrase du projet d'article 16-2:
"Le montant dû à titre de réparation en cas de perte physique ou d'endommagement des marchandises résultant d'un retard est calculé conformément à l'article 17 et, sauf convention contraire, celui dû à titre de réparation du préjudice économique résultant d'un retard est limité à un montant équivalent à [une fois] le fret payable pour les marchandises ayant subi le retard."

[12] Comme décidé aux paragraphes 26, 27 et 31 du document A/CN.9/552, le texte "[une fois] le fret payable pour les marchandises ayant subi le retard" a été ajouté au paragraphe 2 en vue de la poursuite du débat à une session ultérieure.

D. Calcul de la réparation (projet d'article 17)

5. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 17 (voir A/CN.9/552, par. 32 à 37). Compte tenu des débats du Groupe de travail à sa treizième session, la version révisée provisoire du projet d'article 17 serait la suivante:

"Article 17. Calcul de la réparation

1. Sous réserve de l'article 18, la réparation due par le transporteur pour la perte ou le dommage subi par les marchandises est calculée par référence à la valeur de ces marchandises au lieu et au moment de livraison prévus par l'article 7[13].

2. La valeur des marchandises est déterminée d'après le cours en bourse ou, à défaut, d'après le prix courant sur le marché ou, à défaut de l'un et de l'autre, d'après la valeur usuelle de marchandises de même nature et qualité au lieu de livraison[14].

3. En cas de perte ou de dommage subi par les marchandises, le transporteur n'est astreint au paiement d'aucune réparation dépassant ce qui est prévu dans les paragraphes 1 et 2 sauf lorsque le transporteur et le chargeur sont convenus de calculer la réparation d'une autre manière dans les limites de l'article 88."

E. Limites de la responsabilité (projet d'article 18)

6. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 18 (voir A/CN.9/552, par. 38 à 51). Compte tenu des débats du Groupe de travail à sa treizième session, la version révisée provisoire du projet d'article 18 serait la suivante:

"Article 18. Limites de la responsabilité

1. Sous réserve de l'article 16-2, la responsabilité du transporteur pour la perte ou le dommage subi par les marchandises [ou lié aux marchandises][15] est limitée à [...] unités de compte par colis ou autre unité de chargement, ou à [...] unités de compte par kilogramme de poids brut des marchandises perdues ou endommagées, la limite la plus élevée étant applicable, sauf lorsque la nature et la valeur des marchandises ont été déclarées par le chargeur avant l'embarquement et figurent dans les données du contrat, ou lorsqu'un montant

---

[13] Comme décidé aux paragraphes 33 et 34 du document A/CN.9/552, on a cherché à améliorer la cohérence avec le projet d'article 7 en remplaçant le membre de phrase "prévus par le contrat de transport" par le membre de phrase "prévus par l'article 7".

[14] Comme noté aux paragraphes 35 à 37 du document A/CN.9/552, le Groupe de travail a approuvé, quant au fond, les paragraphes 2 et 3.

[15] Comme décidé aux paragraphes 41, 42 et 44 du document A/CN.9/552, le membre de phrase "ou lié aux marchandises" a été placé entre crochets dans le présent et d'autres projets d'articles en vue de leur examen ultérieur.

supérieur à la limite de responsabilité fixée dans le présent article a été convenu entre le transporteur et le chargeur.

[2. Nonobstant le paragraphe 1, lorsque le transporteur n'est pas en mesure d'établir si les marchandises ont été perdues ou endommagées [ou si le retard de livraison a été causé][16] pendant le transport par mer ou pendant le transport qui l'a précédé ou suivi, c'est la limite de responsabilité la plus élevée prévue dans les dispositions impératives internationales ou nationales régissant les différentes parties du transport qui s'applique.]

3. Lorsque les marchandises sont transportées dans ou sur un conteneur[17], les colis ou les unités de chargement déclarés dans les données du contrat comme ayant été placés dans ou sur ce conteneur sont considérés comme colis ou unités de chargement. En l'absence d'une telle déclaration, les marchandises placées dans ou sur ce conteneur sont considérées comme une unité de chargement.

4. L'unité de compte visée dans le présent article est le droit de tirage spécial tel qu'il est défini par le Fonds monétaire international. Les montants mentionnés dans le présent article sont convertis dans la monnaie nationale d'un État suivant la valeur de cette monnaie à la date du jugement ou à une date convenue par les parties. La valeur, en droits de tirages spéciaux, de la monnaie nationale d'un État contractant qui est membre du Fonds monétaire international est calculée selon la méthode d'évaluation appliquée par le Fonds monétaire international à la date en question pour ses propres opérations et transactions. La valeur, en droits de tirages spéciaux, de la monnaie d'un État contractant qui n'est pas membre du Fonds monétaire international est calculée de la façon déterminée par cet État[18]."

F. Modification des limites (projet d'article 18 *bis*)

7. Comme noté aux paragraphes 40 et 44 du document A/CN.9/552, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'élaborer des projets de dispositions d'une procédure de modification rapide de la limitation de la responsabilité, en utilisant des modèles et propositions existants. L'article 18 *bis* contient une telle disposition, mais le Groupe de travail pourra souhaiter noter que dans d'autres instruments, les dispositions similaires figurent dans les "Clauses finales" situées à la fin de ces instruments:

---

[16] Comme décidé au paragraphe 47 du document A/CN.9/552, le texte du paragraphe 2 a été conservé entre crochets, et il a été introduit entre crochets une référence au retard de livraison en vue de la poursuite du débat sur cette question.

[17] Comme noté au paragraphe 49 du document A/CN.9/552, il faudrait peut-être examiner plus avant la définition du terme "conteneur" au projet d'article premier afin de faire en sorte qu'elle englobe les palettes.

[18] Comme noté au paragraphe 51 du document A/CN.9/552, le Groupe de travail a approuvé, quant au fond, le paragraphe 4.

"Article 18 *bis*. Modification des limites[19]

1. Sans préjudice des dispositions de l'article **[20], la procédure spéciale définie dans le présent article s'applique uniquement aux fins de modifier les limites fixées à l'article 18-1 du présent instrument.

2. À la demande d'au moins un quart[21] des États parties au présent instrument[22], le dépositaire[23] communique toute proposition visant à modifier les limites prévues à l'article 18-1 du présent instrument à tous les États parties[24] et réunit une commission composée d'un représentant de chaque État partie en vue d'examiner la modification proposée.

3. La réunion de la Commission se tient en même temps et au même endroit que la prochaine session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

4. Les amendements sont adoptés par la Commission à la majorité des deux tiers de ses membres présents et votants[25].

5. Lorsqu'elle se prononce sur une proposition visant à modifier les limites, la Commission tient compte de l'expérience acquise en matière d'événements et, en particulier, du montant des dommages en résultant, des fluctuations de la valeur des monnaies et de l'incidence de l'amendement proposé sur le coût des assurances[26].

6. a) Aucun amendement visant à modifier les limites en vertu du présent article ne peut être examiné avant l'expiration d'un délai de cinq[27] ans à compter de la date à laquelle le présent instrument a été ouvert à la signature,

---

[19] La présente proposition s'inspire de la procédure de modification énoncée à l'article 23 du Protocole de 2002 à la Convention d'Athènes ("Convention d'Athènes") et à l'article 24 de la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international.

[20] On renverrait ici à un article sur la révision et la modification, qui figurerait dans les "Clauses finales" de l'instrument, mais qui n'a pas encore été rédigé ni examiné. Voir, par exemple, l'article 32 des Règles de Hambourg ou l'article 16 des Règles de La Haye.

[21] Au paragraphe 23-2 de la Convention d'Athènes, il est fait mention de "la moitié" plutôt que d'"un quart" des États parties.

[22] Le paragraphe 23-2 de la Convention d'Athènes inclut le membre de phrase "et, en tout cas, d'un minimum de six" des États parties.

[23] Le Secrétaire général de l'ONU serait désigné comme dépositaire dans un article intitulé "Dépositaire" figurant dans les "Clauses finales" de l'instrument.

[24] Le paragraphe 23-2 de la Convention d'Athènes fait également référence aux membres de l'Organisation maritime internationale.

[25] Le paragraphe 23-5 de la Convention d'Athènes est libellé comme suit: "Les amendements sont adoptés à la majorité des deux tiers des États parties à la Convention, telle que révisée par le présent Protocole, présents et votants au sein du Comité juridique ... à condition que la moitié au moins des États parties à la Convention, telle que révisée par le présent Protocole, soient présents au moment du vote."

[26] Cette disposition est reprise du paragraphe 23-6 de la Convention d'Athènes. Voir, également, le paragraphe 24-4 de la Convention sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport.

[27] Aux paragraphes 11 et 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.34, le délai proposé pour ce projet de paragraphe est de sept ans, et non de cinq.

ni d'un délai de cinq ans à compter de la date d'entrée en vigueur d'un amendement antérieur adopté en vertu du présent article.

b) Aucune limite ne peut être relevée au point de dépasser un montant correspondant à la limite fixée dans le présent instrument majorée de 6 % par an, en intérêt composé, à compter de la date à laquelle le présent instrument a été ouvert à la signature[28].

c) Aucune limite ne peut être relevée au point de dépasser un montant correspondant au triple de la limite fixée dans le présent instrument[29].

7. Tout amendement adopté conformément au paragraphe 4 est notifié par le dépositaire à tous les États parties. L'amendement est réputé avoir été accepté à l'expiration d'un délai de dix-huit[30] mois après la date de sa notification, à moins que, durant cette période, un quart au moins[31] des États qui étaient des États parties au moment de l'adoption de l'amendement ne fassent savoir au dépositaire qu'ils ne l'acceptent pas, auquel cas l'amendement est rejeté et n'a pas d'effet.

8. Un amendement réputé avoir été accepté conformément au paragraphe 7 entre en vigueur 18 mois après son acceptation.

9. Tous les États parties sont liés par l'amendement, à moins qu'ils ne dénoncent la présente convention, conformément à l'article **[32] six mois au moins avant l'entrée en vigueur de cet amendement. Cette dénonciation prend effet lorsque l'amendement entre en vigueur.

10. Lorsqu'un amendement a été adopté mais que le délai d'acceptation de 18 mois n'a pas encore expiré, tout État devenant État partie durant cette période est lié par l'amendement si celui-ci entre en vigueur. Un État qui devient État partie après expiration de ce délai est lié par tout amendement qui a été accepté conformément au paragraphe 7. Dans les cas visés par le présent paragraphe, un État est lié par un amendement à compter de la date d'entrée en vigueur de l'amendement ou de la date d'entrée en vigueur du présent instrument à l'égard de cet État, si cette dernière date est postérieure."

---

[28] On ne trouve aucune disposition similaire dans la Convention sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport. On pourrait aussi adopter, conformément aux paragraphes 11 et 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.34, le texte suivant: "Aucune limite ne peut être relevée ou abaissée au-delà d'un montant correspondant à la limite fixée dans le présent instrument augmentée ou diminuée de 21 % en une seule fois."

[29] On ne trouve aucune disposition similaire dans la Convention sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport. On pourrait aussi adopter, conformément aux paragraphes 11 et 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.34, le texte suivant: "Aucune limite ne peut être relevée ou abaissée au-delà d'un montant dépassant, au total, de plus de 100 %, cumulativement, la limite fixée dans le présent instrument."

[30] Aux paragraphes 11 et 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.34, le délai proposé pour les projets de paragraphes 7, 8 et 10 est de douze mois, et non dix-huit.

[31] Au paragraphe 24-7 de la Convention sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport, il est spécifié "un tiers au moins des États qui étaient parties".

[32] On renverrait ici à un article sur la dénonciation, qui figurerait dans les "Clauses finales" de l'instrument, mais qui n'a pas encore été rédigé ni examiné. Voir, par exemple, l'article 34 des Règles de Hambourg ou l'article 15 des Règles de La Haye.

G. Déchéance du droit de limiter la responsabilité (projet d'article 19)

8. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 19 (voir A/CN.9/552, par. 52 à 62). Compte tenu des débats du Groupe de travail à sa treizième session, la version révisée provisoire du projet d'article 19 serait la suivante:

"Article 19. Déchéance du droit de limiter la responsabilité

Ni le transporteur ni aucune des personnes mentionnées à l'article 14 *bis*[33] ne peut limiter sa responsabilité conformément aux articles [16-2,] 24-4, et 18[34] du présent instrument, [ni conformément au contrat de transport][35] si le demandeur prouve que [le retard de livraison,][36] la perte ou le dommage subi par les marchandises [ou lié aux marchandises][37] résulte d'un acte ou d'une omission personnels[38] de la personne revendiquant le droit de limiter sa responsabilité qui a été commis soit avec l'intention de provoquer cette perte ou ce dommage, soit témérairement et en sachant que cette perte ou ce dommage en résulterait probablement."

H. Avis de perte, de dommage ou de retard (projet d'article 20)

9. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 20 (voir A/CN.9/552, par. 63 à 87). Compte tenu des débats du Groupe de travail à sa treizième session, la version révisée provisoire du projet d'article 20 serait la suivante:

---

[33] Comme noté au paragraphe 62 du document A/CN.9/552, on a remplacé les mots "l'article 15-3 et 4" par les mots "l'article 14 *bis*".

[34] Comme décidé aux paragraphes 55 et 62 du document A/CN.9/552, il pourrait être nécessaire de discuter plus avant, dans le contexte du chapitre 19, de la suggestion tendant à ajouter un renvoi à l'article 17.

[35] Comme décidé aux paragraphes 56, 57 et 62 du document A/CN.9/552, on a maintenu entre crochets les mots "[ni conformément au contrat de transport]" en attendant les discussions qui porteraient sur le chapitre 19.

[36] Comme décidé aux paragraphes 54 et 62 du document A/CN.9/552, il faudrait discuter plus avant de la question du retard sur la base d'un projet révisé que le secrétariat devrait établir compte tenu des propositions relatives au projet d'article 16-1 figurant aux paragraphes 20 à 24 du document A/CN.9/552, et au paragraphe 3 ci-dessus.

[37] Voir plus haut, note 15.

[38] Comme décidé aux paragraphes 59, 60 et 62 du document A/CN.9/552, le mot "personnels" a été conservé sans crochets.

"Article 20. Avis de perte, de dommage ou de retard

[Variante A du paragraphe 1[39]

1. Le transporteur est présumé, en l'absence de preuve contraire, avoir livré les marchandises telles que celles-ci sont décrites dans les données du contrat, à moins qu'un avis[40] de perte ou de dommage subi par les marchandises [ou lié aux marchandises][41] indiquant la nature générale de cette perte ou de ce dommage n'ait été donné [par le destinataire ou en son nom] avant la livraison ou au moment de la livraison au transporteur ou à la partie exécutante qui a livré les marchandises, ou, si la perte ou le dommage n'est pas apparent, dans [les trois jours ouvrables] [sept jours] [sept jours ouvrables au lieu de livraison] [sept jours consécutifs][42] suivant la livraison des marchandises. Un tel avis n'est pas nécessaire dans le cas d'une perte ou d'un dommage qui est constaté lors d'une inspection commune[43] des marchandises effectuée par le destinataire et le transporteur ou la partie exécutante dont la responsabilité est invoquée.]

[Variante B du paragraphe 1[44]

1. Un avis de perte ou de dommage subi par les marchandises [ou lié aux marchandises] indiquant la nature générale de cette perte ou de ce dommage est donné [par le destinataire ou en son nom] au transporteur ou à la partie exécutante qui a livré les marchandises avant la livraison ou au moment de la livraison ou, si la perte ou le dommage n'est pas apparent, dans [les trois jours ouvrables] [un délai raisonnable] [... jours ouvrables au lieu de livraison] [... jours consécutifs] suivant la livraison des marchandises. [Un tribunal [peut tenir] [tient] compte de l'absence d'un tel avis lorsqu'il détermine si le demandeur s'est acquitté de la charge de la preuve qui lui incombe en vertu de l'article 14-1.] Un tel avis n'est pas nécessaire dans le cas d'une perte ou d'un dommage qui est constaté lors d'une inspection commune des marchandises

---

[39] Comme décidé au paragraphe 75 du document A/CN.9/552, le texte initial et la version révisée proposée du paragraphe 1, suggérée au paragraphe 66 du document A/CN.9/552, ont été placés entre crochets en vue d'un débat ultérieur. La variante A du paragraphe 1 est le texte qui figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, exception faite de la suppression des mots "un délai raisonnable" comme décidé au paragraphe 75 du document A/CN.9/552, et des ajouts notés.

[40] Aux termes de l'article 5 du projet d'instrument, l'avis mentionné au projet de paragraphe 1, notamment, peut être communiqué par des moyens électroniques; dans le cas contraire, il doit être communiqué par écrit.

[41] Voir plus haut, note 15.

[42] Comme décidé au paragraphe 75 du document A/CN.9/552, on a supprimé les mots "un délai raisonnable" de la version initiale du paragraphe 1 et l'on y a introduit les mots "sept jours", le texte "sept jours consécutifs" et "sept jours ouvrables" apparaissant comme variantes entre crochets.

[43] Il a été déclaré, au paragraphe 96 du document A/CN.9/525, que l'expression "inspection contradictoire", en anglais "*concurrent inspection*", conviendrait peut-être mieux pour les pays de droit romain.

[44] Comme décidé au paragraphe 75 du document A/CN.9/552, le texte initial et la version révisée proposée du paragraphe 1, suggérée au paragraphe 66 du document A/CN.9/552, ont été placés entre crochets en vue d'un débat ultérieur. La variante B du paragraphe 1 est le texte du paragraphe 66 du document A/CN.9/552.

effectuée par le destinataire et le transporteur ou la partie exécutante dont la responsabilité est invoquée.]

2. Aucune réparation n'est due en vertu de l'article 16 à moins qu'un avis notifiant une perte résultant d'un retard[45] n'ait été donné au transporteur[46] dans un délai de 21 jours consécutifs à compter de la livraison des marchandises.

3. Lorsque l'avis visé dans le présent article[47] est donné à la partie exécutante qui a livré les marchandises, il a le même effet que s'il avait été donné au transporteur, et un avis donné au transporteur a le même effet qu'un avis donné à une partie exécutante maritime[48].

4. En cas de perte ou de dommage certain ou présumé, les parties à la demande ou au litige doivent se donner réciproquement toutes les facilités raisonnables pour procéder à l'inspection et au pointage des marchandises et doivent donner accès aux enregistrements et documents concernant le transport des marchandises[49]."

I. Recours judiciaires (projet d'article 21)

10. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 21 (voir A/CN.9/552, par. 88 à 91). Compte tenu des débats du Groupe de travail à sa treizième session, la version révisée provisoire du projet d'article 21 serait la suivante:

"Article 21. Recours judiciaires

Les exonérations et limitations de responsabilité prévues par le présent instrument et les obligations imposées par celui-ci sont applicables dans toute action contre le transporteur ou une partie exécutante maritime[50] pour perte ou dommage subi par les marchandises [ou lié aux marchandises][51] faisant l'objet d'un contrat de transport et pour retard de livraison de ces marchandises, que

---

45 Comme décidé aux paragraphes 77 et 81 du document A/CN.9/552, l'expression "cette perte" a été remplacée par l'expression "perte résultant d'un retard".

46 Comme décidé aux paragraphes 78 et 81 du document A/CN.9/552, le membre de phrase "la personne dont la responsabilité est invoquée" a été remplacé par les mots "le transporteur".

47 Comme noté au paragraphe 82 du document A/CN.9/552, on a remplacé l'expression "dans le présent chapitre" par "dans le présent article".

48 Comme décidé aux paragraphes 83 et 84 du document A/CN.9/552, il a été établi une version révisée de ce paragraphe, et l'on a remplacé l'expression "la partie exécutante qui a livré les marchandises" par "une partie exécutante maritime".

49 Comme décidé au paragraphe 87 du document A/CN.9/552, on a conservé le paragraphe 4, supprimé le texte "[pour accéder]" et conservé sans crochets le membre de phrase "doivent donner accès".

50 Comme décidé aux paragraphes 89 et 91 du document A/CN.9/552, il a été ajouté le mot "maritime".

51 Voir plus haut, note 15.

l'action soit fondée sur la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ou autrement[52]."

II. Chapitre 6. Dispositions supplémentaires relatives au transport par mer

A. Responsabilité du transporteur (projet d'article 22)

11. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 22 (voir A/CN.9/552, par. 92 à 99). Compte tenu des débats du Groupe de travail à sa treizième session, la version révisée provisoire des alinéas du projet d'article 22 serait réinsérée dans l'article 14 et serait la suivante:

"Article 22[53]

1. Nonobstant les dispositions de l'article 14-1, le transporteur n'est pas responsable de la perte, du dommage ou du retard résultant d'un incendie à bord du navire, à moins qu'il ne soit causé par le fait ou la faute du transporteur[54].

2. L'article 14 s'applique également dans le cas des événements suivants:

a) sauvetage ou tentative de sauvetage de vies ou mesures raisonnables pour sauver ou tenter de sauver des biens en mer[55];

b) tentative raisonnable d'éviter un dommage à l'environnement[56];

c) périls, dangers ou accidents de la mer ou d'autres eaux navigables[57]."

B. Déroutement (projet d'article 23)

12. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 23 (voir A/CN.9/552, par. 100 à 102). Compte tenu des débats du Groupe de travail à sa

---

52 Comme décidé aux paragraphes 90 et 91 du document A/CN.9/552, la nature potentiellement redondante du paragraphe 15-4 et du projet d'article 21 sera examinée plus avant à la prochaine itération du projet d'instrument.

53 Comme décidé aux paragraphes 93 et 99 du document A/CN.9/552, il sera élaboré un texte révisé dans lequel seront fusionnés les projets d'articles 22 et 14 suite à l'examen du projet d'article 14 prévu à la quatorzième session du Groupe de travail.

54 Comme décidé aux paragraphes 94, 95 et 99 du document A/CN.9/552, on a conservé l'exception relative à l'incendie, qui sera étudiée plus avant dans le cadre du projet d'article 14.

55 Comme décidé aux paragraphes 96 et 99 du document A/CN.9/552, on a remplacé les mots "sauvetage ou tentative de sauvetage de biens en mer" par "mesures raisonnables pour sauver ou tenter de sauver des biens en mer".

56 Comme décidé aux paragraphes 97 et 99 du document A/CN.9/552, il a été introduit le membre de phrase "tentative raisonnable d'éviter un dommage à l'environnement".

57 Comme noté au paragraphe 98 du document A/CN.9/552, le Groupe de travail dans son ensemble a approuvé la règle concernant les "périls, dangers ou accidents de la mer ou d'autres eaux navigables".

treizième session, la version révisée provisoire du projet d'article 23 serait la suivante:

"Article 23. Déroutement[58]

[Variante A[59]

1. Le transporteur n'est pas responsable de la perte, du dommage ou du retard de livraison dû à un déroutement pour sauver ou tenter de sauver des vies [ou des biens] en mer [ou à tout autre déroutement [raisonnable]].

2. Lorsque, en vertu du droit national, un déroutement constitue en soi un manquement aux obligations du transporteur, un tel manquement n'a d'effet que conformément au présent instrument[60].]

[Variante B[61]

1. Le transporteur n'est pas responsable de la perte, du dommage ou du retard de livraison dû à tout déroutement pour sauver ou tenter de sauver des vies ou des biens en mer ou à tout autre déroutement raisonnable.

2. Dans la mesure où un déroutement constitue un manquement de la part du transporteur selon une théorie juridique reconnue par le droit national ou dans le présent instrument, cette théorie ne s'applique que lorsqu'il y a eu déroutement déraisonnable en ce qui concerne le routage d'un navire de mer.

3. Lorsqu'un déroutement constitue un manquement de la part du transporteur, ce manquement n'a effet que conformément aux dispositions du présent instrument. En particulier, un déroutement ne prive pas le transporteur des droits que lui confère le présent instrument, sauf dans la mesure prévue à l'article 19.]"

C. Marchandises en pontée (projet d'article 24)

13. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 24 (voir A/CN.9/552, par. 103 à 117). Compte tenu des débats du Groupe de travail à sa treizième session, la version révisée provisoire du projet d'article 24 serait la suivante:

---

[58] Comme décidé au paragraphe 102 du document A/CN.9/552, on a placé entre crochets le texte du projet d'article 23 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32 et la variante proposée au paragraphe 38 du document A/CN.9/WG.III/WP.34 afin d'en poursuivre l'examen à une prochaine session.

[59] La variante A est le projet d'article énoncé dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

[60] Comme noté à la note 112 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, une variante de ce paragraphe serait la suivante: "Lorsque, en vertu du droit national, un déroutement constitue en soi un manquement aux obligations du transporteur, un tel manquement ne priverait le transporteur ou une partie exécutante d'aucune exonération ni limitation de responsabilité prévue par le présent instrument." Si cette variante est adoptée, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le paragraphe 1 est nécessaire.

[61] La variante B est le projet d'article proposé au paragraphe 38 du document A/CN.9/WG.III/WP.34.

"Article 24. Marchandises en pontée

1. Les marchandises ne peuvent être transportées sur le pont ou au-dessus du niveau du pont que si

a) Cela est exigé par les lois ou les règles ou règlements administratifs applicables; ou

b) Elles sont transportées dans ou sur des conteneurs [adaptés au transport de marchandises en pontée] sur des ponts qui sont spécialement équipés pour transporter de tels conteneurs; ou

c) [Dans les cas non couverts par les alinéas a) ou b) du présent article,] le transport en pontée soit est effectué conformément [au contrat de transport ou] aux coutumes, usages et pratiques du commerce, soit découle d'autres usages ou pratiques du commerce en question.

2. Si les marchandises ont été expédiées conformément au paragraphe 1 a) ou[62] c), le transporteur n'est pas responsable de la perte ou du dommage subi par ces marchandises ni du retard de livraison qui résultent des risques spéciaux que comporte leur transport en pontée. Si les marchandises sont transportées sur le pont ou au-dessus du niveau du pont conformément au paragraphe 1 b), le transporteur est responsable de la perte ou du dommage subi par ces marchandises ou du retard de livraison, en vertu des dispositions du présent instrument, sans qu'il soit tenu compte du fait qu'elles ont été transportées sur le pont ou au-dessus du niveau du pont. Si les marchandises sont transportées en pontée dans des cas autres que ceux autorisés en vertu du paragraphe 1, le transporteur est responsable, indépendamment de l'article 14, de la perte ou du dommage subi par ces marchandises ou du retard de livraison résultant exclusivement de leur transport en pontée[63].

3. Si les marchandises ont été expédiées conformément au paragraphe 1 c), le fait que certaines marchandises sont transportées en pontée doit être indiqué dans les données du contrat. Si tel n'est pas le cas, le transporteur assume la charge de prouver que le transport en pontée est effectué conformément au paragraphe 1 c) et, si un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable est émis, il n'a pas le droit d'opposer cette disposition à un tiers qui a obtenu ce document de transport ou cet enregistrement électronique de bonne foi[64].

[4. Si le transporteur visé par le présent article 24 est responsable de la perte ou du dommage subi par les marchandises transportées en pontée ou du retard

---

[62] Comme décidé aux paragraphes 107 et 109 du document A/CN.9/552, la conjonction "et" a été remplacée par "ou".

[63] Comme décidé aux paragraphes 108 et 109 du document A/CN.9/552, le paragraphe 2 sera examiné plus en détail à la lumière du projet d'article 14-4.

[64] Comme décidé aux paragraphes 110 et 111 du document A/CN.9/552, la discussion sur le paragraphe 3 et sur le point de savoir si son champ d'application devrait être élargi pour couvrir les cas où des tiers se fiaient à des documents de transport ou à des enregistrements électroniques non négociables se poursuivrait après l'examen des questions se posant à propos des droits des tiers et de la liberté contractuelle.

de livraison de ces marchandises, sa responsabilité est limitée comme prévu aux articles 16 et 18; cependant, si le transporteur et le chargeur ont [expressément][65] convenu que les marchandises seraient transportées en cale, le transporteur n'a pas le droit de limiter sa responsabilité pour toute perte ou tout dommage subi par les marchandises [qui résulte [exclusivement][66] de leur transport en pontée][67].][68]"

III. Chapitre 7. Obligations du chargeur[69]

A. Remise des marchandises prêtes pour le transport (projet d'article 25)

14. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 25 (voir A/CN.9/552, par. 118 à 123). Compte tenu des débats du Groupe de travail à sa treizième session, la version révisée provisoire du projet d'article 25 serait la suivante:

"Article 25. Remise des marchandises prêtes pour le transport

Le chargeur remet les marchandises prêtes pour le transport à moins qu'il n'en soit convenu autrement et[70] dans un état tel qu'elles résisteront au transport prévu, y compris aux opérations de chargement, de manutention, d'arrimage, de brêlage, d'immobilisation et de déchargement dont elles feront l'objet, et ne causeront pas de dommage corporel ou matériel. Au cas où les marchandises sont remises dans ou sur un conteneur ou une remorque où elles ont été placées par le chargeur, celui-ci doit les arrimer, les brêler et les immobiliser dans ou sur le conteneur ou la remorque de telle manière qu'elles résisteront au transport prévu, y compris aux opérations de chargement, de manutention et de déchargement du conteneur ou de la remorque, et ne causeront pas de dommage corporel ou matériel[71]."

---

[65] Comme décidé aux paragraphes 112 et 117 du document A/CN.9/552, on a conservé, entre crochets, l'adverbe "expressément".

[66] Comme décidé aux paragraphes 115 et 117 du document A/CN.9/552, on a placé entre crochets l'adverbe "exclusivement".

[67] Comme décidé aux paragraphes 113, 114 et 117 du document A/CN.9/552, on a placé entre crochets les mots "qui résulte exclusivement de leur transport en pontée".

[68] Comme décidé aux paragraphes 116 et 117 du document A/CN.9/552, on a placé entre crochets l'ensemble du paragraphe 4 pour rouvrir le débat à une prochaine session et étudier de plus près sa relation avec le projet d'article 19.

[69] Comme décidé au paragraphe 129 du document A/CN.9/552, il a été proposé des titres pour les projets d'articles du chapitre 7.

[70] Comme décidé aux paragraphes 119, 120 et 123 du document A/CN.9/552, on a conservé le projet d'article 25 ainsi que le principe selon lequel les obligations du chargeur étaient énoncées sous réserve des dispositions du contrat de transport, en supprimant toutefois les crochets. Pour apporter les éclaircissements suggérés au paragraphe 119 du document A/CN.9/552, on a supprimé le membre de phrase "[Sous réserve des dispositions du contrat de transport,]" et ajouté "à moins qu'il n'en soit convenu autrement et".

[71] Pour améliorer le libellé comme suggéré aux paragraphes 122 et 123 du document A/CN.9/552, le Groupe de travail pourra souhaiter étudier, pour la deuxième phrase du projet d'article 25, le

B. Obligation faite au transporteur de fournir des informations et des instructions (projet d'article 26)

15. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 26 (voir A/CN.9/552, par. 124 à 129). Compte tenu des débats du Groupe de travail à sa treizième session, la version révisée provisoire du projet d'article 26 serait la suivante:

"Article 26. Obligation faite au transporteur de fournir des informations et des instructions

Le transporteur fournit au chargeur, à sa demande [et en temps utile][72], les informations dont il a connaissance et les instructions qui sont raisonnablement nécessaires ou qui revêtent de l'importance pour le chargeur pour s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 25[73]. [Les informations et instructions données doivent être exactes et complètes.][74]"

C. Obligation faite au chargeur de fournir des informations, instructions et documents (projet d'article 27)

16. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 27 (voir A/CN.9/552, par. 130 à 133). Compte tenu des débats du Groupe de travail à sa treizième session, la version révisée provisoire du projet d'article 27 serait la suivante:

"Article 27. Obligation faite au chargeur de fournir des informations, instructions et documents

Le chargeur fournit au transporteur [en temps utile] les informations, instructions et documents [exacts et complets][75] qui sont raisonnablement nécessaires pour:

---

texte suivant: "Au cas où les marchandises sont remises dans ou sur un conteneur ou une remorque où elles ont été placées par le chargeur, cette obligation englobe l'arrimage, le brêlage et l'immobilisation des marchandises dans ou sur le conteneur ou la remorque".

[72] Comme décidé aux paragraphes 135 à 137 du document A/CN.9/552, on a supprimé le projet d'article 28 et on l'a remplacé par une mention, dans le projet d'article 26, du fait que le chargeur devrait fournir "[en temps utile]" les informations et instructions requises, en vue de la poursuite du débat après l'examen des projets d'articles 29 et 30.

[73] Comme décidé aux paragraphes 127 à 129 du document A/CN.9/552, on pourrait étudier plus avant le libellé proposé au paragraphe 128 du document A/CN.9/552, à savoir "à moins que le transporteur puisse raisonnablement supposer que cette information est déjà connue du chargeur".

[74] Comme décidé aux paragraphes 135 à 137 du document A/CN.9/552, il a été ajouté, en vue de la poursuite du débat, le texte "[les informations et instructions données doivent être exactes et complètes]". Voir plus haut, note 72.

[75] Comme décidé aux paragraphes 135 à 137 du document A/CN.9/552, il a été ajouté, en vue de la poursuite du débat, le texte "[en temps utile les informations, instructions et documents exacts et

a) La manutention et le transport des marchandises, y compris les précautions devant être prises par le transporteur ou une partie exécutante, à moins que le transporteur puisse raisonnablement supposer que cette information est déjà connue du chargeur[76];

b) Le respect des règles, règlements et autres exigences des autorités concernant le transport prévu, y compris les déclarations, demandes et autorisations concernant les marchandises;

c) La compilation des données du contrat et l'émission des documents de transport ou des enregistrements électroniques, y compris les renseignements visés à l'article 34-1 b) et c), le nom de la partie devant être identifiée comme le chargeur dans les données du contrat et le nom du destinataire ou l'ordre, à moins que le chargeur puisse raisonnablement supposer que cette information est déjà connue du transporteur."

D. Projet d'article 28

17. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 28 (voir A/CN.9/552, par. 134 à 137). Compte tenu des débats du Groupe de travail à sa treizième session, il a été convenu de supprimer le projet d'article 28 et de le remplacer par les membres de phrase notés dans les projets d'articles 26 et 27 au paragraphe 16 ci-dessus.

E. Fondement de la responsabilité du chargeur (projets d'articles 29 et 30) et responsabilité du transporteur en cas de défaut de fourniture d'informations et d'instructions (projet d'article 13 *bis*)

18. Le Groupe de travail a examiné le texte des projets d'articles 29 et 30 (voir A/CN.9/552, par. 138 à 148). Compte tenu des débats du Groupe de travail à sa treizième session, y compris l'examen de la proposition tendant à remplacer les projets d'articles 29 et 30 par un projet d'article unique exposé au paragraphe 139 du document A/CN.9/552, la version révisée provisoire des projets d'articles 29 et 30 pourrait être la suivante:

"Article 29. Fondement de la responsabilité du chargeur

1. Le chargeur est responsable[77] du préjudice matériel résultant de toute perte, tout dommage [, tout retard][78] ou tout préjudice corporel causés par les

---

complets]". Voir plus haut, note 72.

[76] Comme décidé aux paragraphes 132 et 133 du document A/CN.9/552, le texte actuel a été conservé en vue de la poursuite du débat mais il a été ajouté, à la fin de l'alinéa a), le texte "à moins que le transporteur puisse raisonnablement supposer que cette information est déjà connue du chargeur".

[77] Comme décidé au paragraphe 144 du document A/CN.9/552, le paragraphe 29-1 a été reformulé pour refléter la disposition du projet d'article 14-1 traitant de la responsabilité du transporteur, qui figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.36. Les parties envers lesquelles le chargeur est responsable ont été supprimées conformément au projet d'article 14 et, comme noté au paragraphe 144 du document A/CN.9/552, il faudrait peut-être réexaminer ultérieurement la

marchandises, et du non-respect des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 25 et de l'alinéa a) du paragraphe 27[79], sauf si [et dans la mesure où] il prouve qu'aucune faute de sa part ni de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 32 n'a causé cette perte, ce dommage [, ce retard] ou ce préjudice corporel [ou n'y a contribué].

[Variante A du paragraphe 2[80]

2. Le chargeur est responsable[81] du préjudice ou du dommage causé par le non-respect des obligations qui lui incombent en vertu des alinéas b) et c) de l'article 27.]

[Variante B du paragraphe 2[82]

2. Le chargeur est considéré avoir garanti au transporteur, au moment du chargement, l'exactitude des marques, du nombre, de la quantité et du poids tels qu'ils sont fournis par lui, et le chargeur indemnise le transporteur de toutes pertes, dommages et dépenses provenant ou résultant d'inexactitudes sur ces points. Le droit du transporteur à pareille indemnité ne limite d'aucune façon sa responsabilité et ses engagements sous l'empire du contrat de transport vis-à-vis de toute personne autre que le chargeur.]

3. Lorsque la perte ou le préjudice matériel [ou corporel] résulte du non-respect à la fois par le chargeur et par le transporteur de leurs obligations respectives, le chargeur et le transporteur sont solidairement responsables envers le destinataire ou la partie contrôlante[83] pour cette perte ou ce préjudice matériel [ou corporel][84].

---

question de la responsabilité envers le destinataire et la partie contrôlante, telle qu'initialement exposée au projet d'article 29 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

[78] Le mot "retard" est utilisé pour refléter le projet d'article 14, mais a été placé entre crochets car il n'a pas encore été spécifiquement examiné dans le contexte du projet d'article 29.

[79] La référence à l'article 28 a été supprimée en raison de la suppression de cet article au paragraphe 17.

[80] Comme décidé aux paragraphes 142 et 148 du document A/CN.9/552, on a conservé entre crochets une règle de responsabilité de plein droit dans les cas où le chargeur ne respectait pas les prescriptions des alinéas b) et c) du projet d'article 27.

[81] Voir plus haut, note 77.

[82] Comme décidé aux paragraphes 142 et 148 du document A/CN.9/552, il a été inséré, entre crochets, une disposition analogue à l'article III.5 des Règles de La Haye.

[83] Comme noté au paragraphe 144 du document A/CN.9/552, il faudrait peut-être réexaminer ultérieurement la question de la responsabilité envers le destinataire et la partie contrôlante.

[84] Comme décidé aux paragraphes 145 et 148 du document A/CN.9/552, on a conservé, en vue d'un débat ultérieur, le paragraphe 3 de la Variante B du projet d'article 29 (A/CN.9/WG.III/WP.32). Le Groupe de travail pourra souhaiter s'interroger sur le fait de savoir si cette disposition traitant de causes concomitantes devrait également refléter le paragraphe correspondant du projet d'article 14.

Article 13 *bis*. Responsabilité du transporteur en cas de défaut de fourniture d'informations et d'instructions[85]

Le transporteur est responsable[86] de toute perte, tout dommage [, tout retard][87] ou tout préjudice corporel causés par le non-respect des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 26, sauf si [et dans la mesure où] il prouve qu'aucune faute de sa part ni de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 14 n'a causé cette perte, ce dommage [, ce retard] ou ce préjudice corporel [ou n'y a contribué]."

F. Règles spéciales concernant les marchandises dangereuses (nouveau projet d'article 30)

19. Le Groupe de travail a examiné la question des marchandises dangereuses (voir A/CN.9/552, par. 146 à 148) et a décidé d'introduire, dans le projet d'instrument, une disposition spécifique traitant de cette question, disposition se fondant sur le principe de la responsabilité de plein droit du chargeur en cas d'information insuffisante ou défectueuse concernant la nature des marchandises. La version provisoire d'un projet d'article sur les marchandises dangereuses pourrait être la suivante:

"Article 30. Règles spéciales concernant les marchandises dangereuses[88]

1. 'Substances dangereuses'[89] signifie:

---

85 Comme décidé aux paragraphes 140 et 148 du document A/CN.9/552, les aspects des projets d'articles 29 et 30 traitant de la responsabilité du transporteur ont été appelés "article 13 *bis*", en vue d'un éventuel placement après le projet d'article 13, à la fin du "Chapitre 4. Obligations du transporteur".

86 Voir plus haut, note 77.

87 Voir plus haut, note 78, mais dans le contexte du projet d'article 26.

88 Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les paragraphes 2 à 5 du projet d'article 30, tirés de l'article 13 des Règles de Hambourg, font double emploi et ne sont pas toujours compatibles avec les projets d'articles 27 et 29 s'agissant des obligations et de la responsabilité du chargeur pour ce qui est de la fourniture d'informations relatives à la manipulation et au transport des marchandises, et avec les projets d'articles 12 et 14 s'agissant des droits et responsabilités du transporteur à l'égard de marchandises pouvant présenter un danger.

89 La présente définition est celle des "substances dangereuses et nocives" tirée de la Convention internationale sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses ("Convention SNPD", 1996). Le Groupe de travail voudra peut-être s'interroger sur le fait de savoir s'il s'agit là d'une définition appropriée des "marchandises dangereuses" et, le cas échéant, si l'alinéa b) du paragraphe 1 concernant les résidus est pertinent. Pour l'information du Groupe de travail, les modifications apportées en mai 2002 à la Convention internationale de 1974 pour la sauvegarde de la vie humaine en mer (SOLAS) (1974, Chapitre VII: Transport de marchandises dangereuses) ont rendu le Code maritime international des marchandises dangereuses mentionné à l'alinéa 1 iv) obligatoire au 1er janvier 2004 (quelques dispositions non pertinentes sont demeurées facultatives). Enfin, le Groupe de travail pourra souhaiter s'interroger sur l'emplacement de cette définition, et sur le fait de savoir s'il faudrait la placer dans le projet d'article premier, "Définitions".

a) Toute substance, toute matière et tout article transportés à bord d'un navire en tant que cargaison, qui sont visés aux points i) à vii):

i) Les hydrocarbures transportés en vrac qui sont énumérés à l'appendice I de l'annexe I de la Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires, telle que modifiée par le Protocole de 1978 y relatif et telle qu'amendée;

ii) Les substances liquides nocives transportées en vrac qui sont énumérées à l'appendice II de l'annexe II de la Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires, telle que modifiée par le Protocole de 1978 y relatif et telle qu'amendée, et les substances et mélanges provisoirement classés dans les catégories de pollution A, B, C ou D conformément à la règle 3-4) de ladite annexe II;

iii) Les substances liquides dangereuses transportées en vrac qui sont énumérées au chapitre 17 du Recueil international de règles relatives à la construction et à l'équipement des navires transportant des produits chimiques dangereux en vrac de 1983, tel que modifié, et les produits dangereux pour le transport desquels les conditions préliminaires appropriées ont été prescrites par l'Administration et les administrations des ports intéressées conformément au point 1.1.3 du Recueil;

iv) Les substances, matières et articles dangereux, potentiellement dangereux et nuisibles transportés en colis et visés par le code maritime international des marchandises dangereuses, tel que modifié;

v) Les gaz liquéfiés tels qu'ils sont énumérés au chapitre 19 du Recueil international de règles relatives à la construction et à l'équipement des navires transportant des gaz liquéfiés en vrac de 1983, tel que modifié, et les produits pour le transport desquels les conditions préliminaires appropriées ont été prescrites par l'Administration et les administrations des ports intéressées conformément au point 1.1.6 du Recueil;

vi) Les substances liquides transportées en vrac dont le point d'éclair ne dépasse pas 60 °C (mesuré en creuset fermé);

vii) Les matières solides en vrac possédant des propriétés chimiques dangereuses qui sont visées par l'appendice B du Recueil de règles pratiques pour la sécurité du transport des cargaisons solides en vrac, tel que modifié, dans la mesure où ces matières relèvent également des dispositions du code maritime international des marchandises dangereuses lorsqu'elles sont transportées en colis;

et

b) Les résidus d'un précédent transport en vrac de substances visées aux points a) i) à iii) et v) à vii).

2. Le chargeur appose sur les marchandises dangereuses une marque ou une étiquette indiquant de manière appropriée qu'elles sont dangereuses.

3. Lorsqu'il remet des marchandises dangereuses au transporteur ou à un transporteur substitué, le chargeur doit informer le transporteur ou le

transporteur substitué, selon le cas, du caractère dangereux des marchandises et, si besoin est, indiquer les précautions à prendre. Si le chargeur manque à cette obligation et si le transporteur ou le transporteur substitué n'a pas d'une autre manière connaissance du caractère dangereux des marchandises:

a) Le chargeur est responsable envers le transporteur et envers tout transporteur substitué du préjudice résultant de l'embarquement desdites marchandises; et

b) Les marchandises peuvent à tout moment être débarquées, détruites ou rendues inoffensives, selon ce qu'exigent les circonstances, sans qu'il y ait matière à indemnisation.

4. Les dispositions du paragraphe 3 du présent article ne peuvent pas être invoquées par une personne qui, au cours du transport, a pris en charge les marchandises en sachant qu'elles étaient dangereuses.

5. Si, dans les cas où les dispositions de l'alinéa b) du paragraphe 3 du présent article ne s'appliquent pas ou ne peuvent pas être invoquées, les marchandises dangereuses deviennent effectivement un danger pour les personnes ou les biens, elles peuvent être débarquées, détruites ou rendues inoffensives, selon ce qu'exigent les circonstances, sans qu'il y ait matière à indemnisation, sauf lorsqu'il existe une obligation de contribuer aux avaries communes ou que le transporteur est responsable conformément aux dispositions de l'article 14."

G. Fausse déclaration du chargeur (projet d'article 29 *bis*)

20. Le Groupe de travail a étudié la possibilité d'inclure dans le projet d'instrument un projet d'article 29 *bis* (A/CN.9/WG.III/WP.34, par. 43) (voir A/CN.9/552, par. 149 à 153). Compte tenu des débats du Groupe de travail à sa treizième session, la version révisée provisoire du projet d'article 29 *bis* serait la suivante:

["Article 29 *bis*. Fausse déclaration du chargeur

Un transporteur n'est pas responsable du retard de livraison, de la perte ou de l'endommagement des marchandises ou liés aux marchandises si le chargeur a fait sciemment une déclaration matériellement fausse sur la nature ou la valeur des marchandises dans le contrat de transport ou dans un document de transport."][90]

[90] Comme décidé aux paragraphes 150 à 153 du document A/CN.9/552, le projet d'article 29 *bis* a été placé entre crochets, et les questions de la causalité et de la prise en compte du préjudice résultant d'un retard seraient examinées lors d'une session ultérieure. En outre, on pourrait placer le projet d'article 29 *bis* dans le chapitre 5 portant sur la responsabilité du transporteur.

H. Acceptation des droits et obligations du chargeur (projet d'article 31)

21. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 31 (voir A/CN.9/552, par. 154 à 158). Compte tenu des débats du Groupe de travail à sa treizième session, la version révisée provisoire du projet d'article 31 serait la suivante:

"Article 31. Acceptation des droits et obligations du chargeur[91]

Si une personne identifiée comme "chargeur" dans les données du contrat, bien qu'elle ne soit pas le chargeur tel que défini à l'article 1 d), [accepte] [reçoit][92] le document de transport ou l'enregistrement électronique, elle est alors a) [soumise aux responsabilités et obligations][93] qui incombent au chargeur en vertu du présent chapitre et de l'article 57, et b) bénéficie des droits et exonérations dont bénéficie le chargeur en vertu du présent chapitre et du chapitre 13."

I. Responsabilité à l'égard des sous-traitants, employés et agents (projet d'article 32)

22. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 32 (voir A/CN.9/552, par. 159 à 161. Compte tenu des débats du Groupe de travail à sa treizième session, la version révisée provisoire du projet d'article 32 serait la suivante:

"Article 32. Responsabilité à l'égard des sous-traitants, employés et agents

Le chargeur répond des actes et omissions de toute personne à qui il a délégué l'exécution de l'une quelconque des obligations lui incombant en vertu du présent chapitre, y compris de ses sous-traitants, employés, agents et toutes autres personnes qui agissent, soit directement soit indirectement, à sa demande ou sous sa supervision ou son contrôle, comme s'il s'agissait de ses propres actes ou omissions. Le chargeur n'est tenu responsable en vertu de la présente disposition que lorsque la personne concernée a commis l'acte ou l'omission dans l'exercice de ses fonctions en tant que sous-traitant, employé ou agent.[94]"

---

[91] Comme décidé aux paragraphes 155 et 158 du document A/CN.9/552, il faudrait réfléchir davantage à la portée exacte de la disposition et déterminer si elle ne devait constituer qu'une règle supplétive applicable lorsque l'identité du chargeur contractuel n'était pas connue.

[92] Comme décidé aux paragraphes 157 et 158 du document A/CN.9/552, le mot "accepte" a été placé entre crochets en vue d'une discussion ultérieure, de même que le mot "reçoit".

[93] Comme décidé aux paragraphes 156 et 158 du document A/CN.9/552, le membre de phrase "soumise aux responsabilités et obligations" a été placé entre crochets.

[94] Comme décidé aux paragraphes 160 et 161 du document A/CN.9/552, le texte actuel a été conservé en vue de discussions ultérieures, et les questions soulevées concernant les interactions entre cette disposition, d'une part, et l'article 11-2 et le projet d'article 29 *bis*, d'autre part, devraient être examinées lors d'une session ultérieure.

IV. Chapitre 9. Fret

23. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet de chapitre 9 (voir A/CN.9/552, par. 162 à 164). Compte tenu des débats du Groupe de travail à sa treizième session, la version révisée provisoire du projet de chapitre 9[95], qui serait placée à un endroit approprié lors de la prochaine itération du projet d'instrument et renumérotée en conséquence, serait la suivante:

"[Article 43.

2. Lorsque le contrat de transport prévoit que la responsabilité du chargeur ou de toute autre personne identifiée dans les données du contrat comme étant le chargeur cessera, intégralement ou en partie, lors d'un certain événement ou après un moment donné, cette cessation n'a aucun effet:

a) Sur toute responsabilité incombant en vertu du chapitre 7 au chargeur ou à une personne visée à l'article 31; ou

b) Sur tout montant dû au transporteur en vertu du contrat de transport, sauf dans la mesure où le transporteur a, en vertu de l'article 45 ou autrement, une garantie suffisante couvrant le règlement de ce montant;

c) Dans la mesure où elle est incompatible avec l'article 62.]

[Article 44.

1. Lorsque les données du contrat figurant dans un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable contiennent la mention "fret payé d'avance" ou une mention similaire, ni le porteur ni le destinataire ne sont tenus de régler le fret. La présente disposition ne s'applique pas si le porteur ou le destinataire est également le chargeur.]"

---

[95] Comme décidé au paragraphe 164 du document A/CN.9/552, le chapitre 9 a été supprimé, à l'exception du projet d'article 43-2 et des deux premières phrases du projet d'article 44-1 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

C. Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – commentaires du Danemark, de la Finlande, de la Norvège et de la Suède (pays nordiques) sur la liberté contractuelle, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa quatorzième session

(A/CN.9/WG.III/WP.40) [Original: anglais]

Le 27 septembre 2004, le secrétariat a reçu des commentaires du Danemark, de la Finlande, de la Norvège et de la Suède (pays nordiques). On trouvera à l'annexe I la traduction de ces commentaires tels qu'ils ont été reçus par le secrétariat.

ANNEXE I

COMMENTAIRES DU DANEMARK, DE LA FINLANDE, DE LA NORVÈGE ET DE LA SUÈDE (PAYS NORDIQUES) SUR LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE

I. Généralités

1. La question de la liberté contractuelle a été examinée par le Groupe de travail III à sa douzième session, en 2003, et lors d'une table ronde tenue à Londres en février 2004. Depuis, les représentants du Danemark, de la Finlande, de la Norvège et de la Suède ont poursuivi l'examen de cette question en tenant compte des débats de la table ronde et de la nouvelle version provisoire des articles du projet d'instrument présentée par le secrétariat de la CNUDCI dans le document WP.36.

2. Les pays nordiques ont des codes maritimes similaires, promulgués en 1994. Les dispositions de ces codes relatives au transport de marchandises par mer s'inspirent des Règles de La Haye-Visby, que les pays nordiques ont ratifiées (y compris le Protocole de 1979). Les pays nordiques n'ont en revanche pas ratifié les Règles de Hambourg (1978), mais ils ont, au niveau national, tenu compte de ces règles dans leurs codes maritimes dans la mesure où elles ne contredisaient pas les Règles de La Haye-Visby.

3. Pour faciliter l'élaboration du projet d'instrument, les pays nordiques exposent ci-après, aux fins du débat en cours et dans l'attente d'éléments nouveaux, les solutions qu'ils privilégient en ce qui concerne la liberté contractuelle. Les modifications qu'ils proposent d'apporter au projet d'article 2 de l'instrument, tel qu'il figure dans le document WP.36, sont présentées à l'appendice A.

II. Définition du contrat de transport

4. La nouvelle version provisoire (WP.36) établie par le secrétariat de la CNUDCI offre, à l'article 1 a), une définition du terme "contrat de transport"

assortie d'une variante (note de bas de page 14). Laissant de côté, pour le moment, les aspects multimodaux, l'instrument a du contrat de transport une conception très vaste qui permet d'y inclure différents types de contrat, nonobstant la façon dont sont définies les exclusions potentielles. La première partie du texte figurant dans le document WP.36 n'est pas éloignée de la définition donnée dans les Règles de Hambourg. Les différences ont surtout trait au contexte porte à porte envisagé par l'instrument. Les Règles de La Haye-Visby ont également un vaste point de départ, seul un connaissement étant requis pour que ces Règles s'appliquent.

5. Lors des précédents débats, y compris la table ronde, on s'est efforcé de définir plus précisément les types de contrat qui entreraient dans le champ d'application de l'instrument. On peut décrire trois démarches différentes: la "démarche contractuelle", la "démarche documentaire" et la "démarche commerciale". Dans le même temps, il n'a pas vraiment été suggéré que l'instrument ne comporterait pas d'exclusions. Il pourrait donc exister des dispositions spécifiant des inclusions et d'autres spécifiant des exclusions.

6. Lors de la table ronde, il a été formulé différentes propositions, qui avaient toutes des qualités et s'efforçaient d'énoncer clairement ce qui entrerait dans le champ d'application de l'instrument et ce qui n'y entrerait pas. Après une analyse approfondie, cependant, les pays nordiques ont conclu qu'aucune de ces propositions n'offrait une solution satisfaisante comme texte d'une convention qui devrait, au niveau mondial, tenir compte des différents régimes juridiques. Il a en conséquence été estimé que l'on pourrait, au niveau mondial, adopter une démarche simple et pratique consistant à accepter la définition inclusive relativement large énoncée dans la nouvelle version provisoire des articles du projet d'instrument (WP.36) établie par le secrétariat de la CNUDCI. Les pays nordiques, compte tenu de la plupart des autres avis exprimés, souhaitent conserver, fondamentalement, le champ d'application de la liberté contractuelle tel qu'il est défini actuellement, assorti de quelques précisions supplémentaires. La nouvelle version est jugée refléter largement les démarches qui sous-tendent les Règles de La Haye-Visby et les Règles de Hambourg. L'émission d'un connaissement, cependant, n'est pas nécessaire.

7. *Les pays nordiques soutiennent le texte présenté dans la nouvelle version établie par le secrétariat (WP.36).*

III. Exclusions

8. L'approche inclusive étant par nature plutôt générale, aucun connaissement n'étant requis pour que l'instrument s'applique, il devient important de se concentrer sur les exclusions. À cela s'ajoute le fait qu'il n'existe aucune raison, si les exclusions sont suffisamment claires, d'énoncer dans la définition inclusive des spécifications très détaillées.

9. Avec le développement de la logistique de transport et l'apparition de nouveaux accords contractuels répondant à des besoins pratiques et commerciaux, il ne suffit plus d'exclure, comme on le faisait traditionnellement, les chartes-parties du champ d'application des régimes de responsabilité impératifs. Il faut préciser, dans l'instrument, quelles autres situations en seraient exclues et relèveraient, de ce fait, du moins au plan international, de la liberté contractuelle. Il est donc, à la

lumière de cette évolution, jugé nécessaire, outre le maintien de l'exclusion actuelle, d'énumérer, en dehors des chartes-parties, les cas qui seraient exclus du champ d'application de l'instrument. On estime que la nouvelle version provisoire (WP.36) établie par le secrétariat de la CNUDCI offre également, à ce stade, une solution viable au plan mondial.

10. Les exclusions mentionnées dans l'instrument ne sont pas assorties de définitions. Il a déjà été débattu, au niveau international, de la possibilité d'introduire également des définitions, du moins en ce qui concerne certaines parties des exclusions. De plus amples définitions, cependant, risqueraient de rendre l'instrument ingérable. Un argument solide tient également au fait que les exclusions étant une pratique commerciale courante, les différends seraient rares sur la question de savoir quels types de contrat entreraient ou non dans le champ d'application de l'instrument. En cas de litige, les tribunaux et instances d'arbitrage seraient tenus d'apporter des éclaircissements. La zone intermédiaire ne poserait pas de problèmes majeurs. De telles zones existeront toujours, même si l'on inclut des définitions plus poussées des exclusions.

11. La définition inclusive susmentionnée et les exclusions sont globalement conformes aux régimes actuels. En modifiant des structures familières, on risquerait de voir l'instrument être interprété différemment des régimes précédents alors que ce n'est pas l'intention.

12. Avec la définition inclusive susmentionnée et sous réserve des exclusions, les services réguliers de transport maritime de marchandises diverses entreraient automatiquement dans le champ d'application de l'instrument, comme prévu, et non les chartes-parties et conventions similaires, comme prévu.

13. L'émission d'un connaissement (ou d'un "titre documentaire" similaire) n'est pas requise pour que s'appliquent, entre le transporteur et le chargeur, les dispositions impératives de l'instrument relatives aux droits sur les marchandises. Cette solution reflète l'évolution du marché commercial et est fermement soutenue.

14. *Les pays nordiques soutiennent qu'il faudrait inclure l'article 2-3 dans l'instrument sans les crochets existants. L'instrument ne s'appliquerait donc pas aux chartes-parties, aux contrats d'affrètement, aux contrats au volume ou aux conventions similaires (la question des accords de services réguliers de transport maritime est traitée à la section IV).*

15. *L'article 2-5, en l'état, est également acceptable.*

IV. Accord de services réguliers de transport maritime

16. La proposition des États-Unis figurant dans le document WP.34 de la CNUDCI traite des accords de services réguliers de transport maritime de façon distincte par rapport aux concepts fondamentaux susmentionnés. En vertu de cette proposition, ces accords, définis plus loin, seraient régis par l'instrument, mais de manière non impérative. Ils ne seraient, autrement dit, pas exclus, mais pourraient dans certaines conditions être exclus si les parties contractantes le souhaitaient.

17. D'après les explications fournies, il semble que le concept d'accord de services réguliers de transport maritime gagne de l'importance et mérite, par conséquent, qu'on y prête attention lors de l'examen du projet d'instrument.

18. L'un des principaux buts des règles impératives est de protéger les parties ayant un intérêt dans la cargaison contre des conditions de transport abusives. Un tel déséquilibre potentiel est – ou du moins a été – fréquent dans le domaine du transport maritime régulier. En outre, un régime de responsabilité international impératif accroîtrait la prévisibilité au plan international. Les opérations de transport maritime régulier, cependant, ne sont pas toutes déséquilibrées. Il existe certes des situations dans lesquelles les parties peuvent librement négocier les conditions de transport, mais il ne semble pas fondamentalement nécessaire d'appliquer une loi impérative.

19. Les pays nordiques sont disposés à continuer d'étudier l'idée américaine d'une *conception* non impérative des accords de services réguliers de transport maritime, mais avec certaines réserves. Il importe au plus haut point que la définition d'un accord de services réguliers de transport maritime soit claire afin d'éviter tout malentendu. Il faut développer davantage la définition de ces accords qui figure dans le texte proposé dans le document WP.34. La définition figurant au paragraphe a), par exemple, comprend le terme "engagement significatif de service". Même si l'on introduit une précision au paragraphe b), ce concept demeure obscur et crée des doutes quant à son application.

20. En outre, les contrats au volume, qui sont exclus, pourraient être interprétés comme étant visés, du moins partiellement, par la définition des accords de services réguliers de transport maritime. Les codes maritimes nordiques, par exemple, lient les contrats au volume (contrats à la quantité) au transport maritime d'une quantité définie de marchandises divisée en plusieurs voyages pendant une période donnée. Ce contrat-cadre relève de la liberté contractuelle, mais pour certains voyages, ce sont les dispositions relatives au transport de marchandises diverses ou à l'affrètement au voyage qui s'appliquent, selon le cas. Un accord de services réguliers de transport maritime étant un type de contrat très précis, il pourrait être convenu que les dispositions relatives à ces accords l'emportent sur celles relatives aux contrats au volume (contrats à la quantité). Une question similaire pourrait se poser en ce qui concerne les voyages consécutifs. Dans ce cas, la solution serait la même que pour les accords de services réguliers de transport maritime.

21. Techniquement, il faudrait que les dispositions de l'instrument relatives aux accords de services réguliers de transport maritime figurent dans un article distinct, où il serait également indiqué que ces dispositions l'emportent sur celles relatives aux contrats au volume et, au besoin, sur celles relatives aux voyages consécutifs. Il faudrait, par conséquent, apporter des éclaircissements aux paragraphes 3 et 4 de l'article 2.

22. Les concepts fondamentaux (inclusions et exclusions) ne vont pas, du point de vue des pays nordiques, différer de ce que l'on connaît déjà, mais les règles non impératives des accords de services réguliers de transport maritime vont modifier le régime de responsabilité, car certaines opérations de transport régulier de marchandises, qui étaient soumises à des règles impératives, vont désormais relever de la liberté contractuelle. Ce changement va devoir, lors des futurs débats, faire l'objet d'une attention particulière.

V. La position d'une tierce partie

23. En vertu tant des Règles de La Haye-Visby que des Règles de Hambourg, la tierce partie est, dans certains cas, protégée par le droit impératif même lorsque le contrat initial est exclu du champ d'application du régime de responsabilité impératif. Pour pouvoir bénéficier de cette protection, la tierce partie, par exemple un destinataire autre que l'affréteur, doit détenir un connaissement.

24. La nouvelle version provisoire (WP.36) établie par le secrétariat de la CNUDCI régit, au paragraphe 4 de l'article 2, la position de la tierce partie. La protection est conditionnée par l'émission d'un document de transport négociable ou d'un enregistrement électronique négociable.

25. Les pays nordiques ne voient aucune raison de modifier le concept juridique de base s'agissant de cette tierce partie. La protection impérative, par conséquent, doit l'emporter. La tierce partie est protégée quel que soit le type de contrat de base qui a été conclu. Sa position ne devrait donc pas être fonction des arrangements initiaux. Un contrat au volume ou un accord de services réguliers de transport maritime, par exemple, n'empêcherait pas que le régime de responsabilité impératif s'applique à la tierce partie. On peut, par conséquent, retirer les crochets qui figurent au paragraphe 4 de l'article 2 de la nouvelle version provisoire et faire explicitement référence non seulement aux chartes-parties, mais aussi aux contrats d'affrètement, aux contrats au volume et aux conventions similaires. La question reste de savoir sur quelle base la tierce partie sera impérativement protégée. Les pays nordiques ont examiné la philosophie actuelle de l'instrument et étudié la possibilité d'y inclure les lettres de transport maritime, même dans l'éventualité où ces documents ne seraient pas négociable. Il a été estimé qu'il faudrait examiner plus avant la position de la tierce partie à l'égard des lettres de transport maritime non négociables.

VI. Aspects multimodaux

26. La liberté contractuelle pourrait s'envisager dans une perspective multimodale, mais cet aspect n'a pas été traité dans le présent document.

VII. Résumé

27. La position commune des pays nordiques est la suivante:

a) dans la nouvelle version provisoire (WP.36) établie par le secrétariat de la CNUDCI, l'article 1 a) bénéficie de leur soutien (mais pas la note de bas de page 14),

b) les exclusions des types de contrat mentionnés à l'article 2-3 dans le document WP.36 sont acceptables sans les crochets et sans autre définition,

c) les travaux concernant l'inclusion dans l'instrument, à titre non impératif, des accords de services réguliers de transport maritime pourraient se poursuivre en veillant, en particulier, à préciser la définition de ces accords et leur relation avec les contrats au volume et les voyages consécutifs,

d) une tierce partie autre que l'affréteur doit, indépendamment du contrat de base conclu entre le chargeur et le transporteur, être protégée par le régime de responsabilité impératif prévu dans l'instrument au moins lorsque la relation entre le transporteur et la tierce partie est régie par un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable mais aussi, éventuellement, par des lettres de transport maritime non négociables.

28. Les aspects multimodaux ainsi que d'autres points du libellé actuel pourraient appeler de nouveaux ajustements. Les concepts de base, cependant, sont résumés ci-dessus aux paragraphes a) à d).

APPENDICE A

"Article premier. Définitions

Aux fins du présent instrument:

a) Le terme 'contrat de transport' désigne un contrat par lequel un transporteur s'engage, contre paiement d'un fret, à transporter des marchandises par mer d'un lieu situé dans un État à un lieu situé dans un autre État. Ce contrat peut également prévoir que ce transporteur s'engage à transporter les marchandises par d'autres modes avant ou après le transport par mer.

Article 2. Champ d'application

Paragraphes 1, 1 *bis* et 2 tels qu'ils figurent dans le document WP.36.

3. Le présent instrument ne s'applique pas aux chartes-parties, contrats d'affrètement, contrats au volume ou conventions similaires [*à l'exception des accords mentionnés à l'article 2* bis].

4. Nonobstant le paragraphe 3, si un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable est émis en vertu d'une charte-partie, d'un contrat d'affrètement, d'un contrat au volume ou d'une convention similaire [*tel qu'un accord mentionné à l'article 2* bis], les dispositions du présent instrument s'appliquent au contrat attesté par ou contenu dans ce document ou cet enregistrement électronique à compter du moment et dans la mesure où le document ou l'enregistrement électronique régit les relations entre le transporteur et un porteur autre que l'affréteur. [Lettres de transport maritime?]

5. Lorsqu'un contrat prévoit le transport de marchandises par expéditions successives, le présent instrument s'applique à chaque expédition dans la mesure où les paragraphes 1, 2, 3 et 4 le spécifient [à l'exception des accords mentionnés à l'article 2 *bis*]."

Article 2 *bis*. Accords de services réguliers de transport maritime

L'article 2 *bis* comprendrait des dispositions spécifiques traitant des accords de services réguliers de transport maritime et précisant le concept et sa relation avec les contrats au volume et les voyages consécutifs.

D. Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – commentaires du secrétariat de la CNUCED, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa quatorzième session

(A/CN.9/WG.III/WP.41) [Original: anglais]

Le 21 septembre 2004, le secrétariat a reçu des commentaires de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement. On trouvera en annexe à la présente note la traduction de ces commentaires tels qu'ils ont été reçus par le secrétariat.

ANNEXE I

COMMENTAIRES DU SECRÉTARIAT DE LA CNUCED SUR LA RESPONSABILITÉ DU TRANSPORTEUR EN VERTU DE L'ARTICLE 14 DU PROJET D'INSTRUMENT

Introduction

1. L'article 14 du projet d'instrument traite de la responsabilité du transporteur en cas de perte, de dommage ou de retard subi par les marchandises. Autrement dit, cette disposition fixe les règles à appliquer, y compris en ce qui concerne la charge de la preuve, pour déterminer dans quelles circonstances un transporteur sera responsable de la perte, du dommage ou du retard subi par les marchandises et dans quelles circonstances il sera exonéré de cette responsabilité. Les pertes dont le transporteur n'est pas responsable doivent être absorbées par le chargeur. Par conséquent, l'article 14 joue un rôle central dans le mécanisme global régissant la responsabilité et la répartition des risques entre le transporteur et le chargeur en vertu du projet d'instrument.

2. Le texte de l'article 14 (initialement art. 6.1) a fait l'objet de plusieurs tentatives de révision, la version la plus récente apparaissant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.36. Des efforts ont été faits pour rendre le texte encore plus clair, en particulier par le CMI à sa conférence annuelle à Vancouver, où un projet amélioré a été élaboré.

3. Les commentaires ci-après visent à faciliter la poursuite de l'examen du projet d'instrument par le Groupe de travail en mettant en lumière un certain nombre de points essentiels concernant les matières régies par l'article 14. Il convient de les examiner à la lumière des observations de fond que le secrétariat de la CNUCED a soumises au sujet de l'article 6.1 du projet initial (voir A/CN.9/WG.III/WP.21/Add.1, annexe II, par. 55 à 64).

I. Fondement de la responsabilité et liste des "périls exclus"

4. L'article 14-1 énonce une règle générale concernant la responsabilité du transporteur. S'il est jugé nécessaire de compléter cette règle par une liste d'exceptions, de périls ou d'événements ("périls exclus") à l'article 14-2, il conviendra d'examiner avec soin le contenu et le libellé de cette liste.

5. Les Règles de La Haye-Visby (alinéas a) à q) de l'article IV-2) contiennent une telle liste d'exceptions. Deux de ces exceptions, à savoir la faute nautique et les incendies, mentionnées aux alinéas a) et b) de l'article IV-2, peuvent être invoquées par le transporteur en cas de négligence de la part de ses préposés. Les autres exceptions (alinéas c) à q) de l'article IV-2) sont subordonnées à l'exécution par le transporteur de ses obligations et correspondent à des cas où aucune négligence du transporteur n'est normalement en cause (comme les événements indépendants de la volonté du transporteur, les actes ou omissions du chargeur, les vices des marchandises, etc.).

6. L'article 14-2 donne une liste de "périls exclus" qui, bien que le texte en soit quelque peu différent, correspond à la liste figurant aux alinéas c) à q) de l'article IV-2 des Règles de La Haye-Visby. La question de savoir s'il faut inclure dans le projet d'instrument, le cas échéant dans une disposition distincte (art. 22), une exception relative à l'incendie (et une exception relative à la faute nautique qui a été supprimée dans la version actuelle) n'a pas encore été tranchée[1].

7. Les alinéas h) et i) de l'article 14-2 énoncent quelques nouveaux motifs d'exonération de responsabilité qui ne figurent pas dans les Règles de La Haye-Visby et qui méritent donc une attention particulière. Ces deux alinéas doivent être examinés à la lumière des projets d'articles 11-2, 12, et 13-2, dont les dispositions, si elles étaient adoptées, accorderaient au transporteur un certain nombre de droits nouveaux. En attendant une décision finale au sujet de ces dispositions, il serait également nécessaire de placer entre crochets les alinéas h) et i) de l'article 14-2.

1. Article 14-2 h)

8. Cette disposition est le corollaire de l'article 11-2, actuellement placé entre crochets, où il est disposé que les parties peuvent convenir que certaines des obligations du transporteur concernant la manutention et le transport des marchandises et le soin à apporter à celles-ci seront exécutées par le chargeur ou en son nom. Comme il était souligné dans les commentaires du secrétariat de la CNUCED concernant les dispositions initiales (art. 5.2.2 et 6.1.3 ix))[2], cette approche soulève des problèmes dans le contexte des contrats d'adhésion, c'est-à-dire des contrats conclus sur la base de clauses standard du transporteur qui sont souvent imprimées dans un document de transport et qui ne font pas l'objet de négociations. S'agissant de ces contrats, un transporteur pourrait, en faisant figurer une clause dans le document de transport, décider unilatéralement de déléguer au chargeur/destinataire la responsabilité de prendre soin des marchandises (par exemple pour ce qui est du chargement, de l'arrimage et du déchargement). En

---

[1] Voir A/CN.9/WG.III/WP.36, par. 9.

[2] Voir A/CN.9/WG.III/WP.21/Add.1, annexe II, par. 49, 50 et 61.

outre, en vertu de l'article 14-2 h), tel qu'il est actuellement rédigé, le transporteur serait également exonéré de responsabilité en cas de perte des marchandises résultant d'une négligence commise par ses propres mandataires et préposés ou l'une quelconque des parties exécutantes lors de la manutention des marchandises "*au nom du chargeur*".

2. Article 14-2 i)

9. Ce "péril excepté" correspond aux droits conférés au transporteur par les articles 12 et 13-2 (voir A/CN.9/WG.III/WP.32). Par conséquent, pour déterminer si le transporteur devrait bénéficier de l'exonération de responsabilité envisagée à l'article 14-2 i), il faut examiner également ces deux dispositions.

a) **La variante A de l'article 12** autoriserait le transporteur à refuser de transporter et, si nécessaire, à détruire des marchandises qui "*risquent selon toute vraisemblance ... de présenter un danger pour des personnes ou des biens ou un danger illicite ou inacceptable pour l'environnement*". Ces droits étendus seraient conférés au transporteur "*nonobstant*" les articles 10, 11 et 13-1, c'est-à-dire nonobstant les obligations qui incombent au transporteur en ce qui concerne le transport des marchandises, le soin à y apporter et l'état de navigabilité du navire. Cela signifie dans la pratique que le transporteur ne serait pas responsable même si le danger (potentiel) que présentaient les marchandises résultait de l'innavigabilité du navire due à la négligence.

Les droits conférés au transporteur par cette disposition diffèrent considérablement de ceux prévus par l'article IV-6 des Règles de La Haye-Visby. Comme cela a déjà été souligné dans les commentaires du secrétariat de la CNUCED concernant la proposition initiale (art. 5.3[3]), plusieurs aspects de ce projet de disposition soulèvent des problèmes. Il s'agit notamment de l'étendue du pouvoir d'appréciation accordé au transporteur, du fait que les droits de celui-ci ne seront pas subordonnés à l'accomplissement de ses principales obligations (en particulier l'obligation de maintenir l'état de navigabilité du navire) et de l'absence de toute protection contre des réclamations ou des comportements injustifiés de sa part dans les cas où des marchandises dangereuses sont transportées avec son accord.

La variante B de l'article 12 suit de plus près le texte de l'article IV-6 des Règles de La Haye-Visby, mais donne également des droits au transporteur "*nonobstant*" ses obligations en vertu des articles 10, 11 et 13-1. Ainsi, contrairement aux Règles de La Haye-Visby, cette disposition l'autoriserait à jeter à la mer des marchandises dangereuses sans indemnisation, même dans les cas où, par exemple, le navire n'était pas en état de navigabilité en raison d'une négligence de sa part.

b) **L'article 13-2**, qui est placé entre crochets, donnerait au transporteur un droit étendu de sacrifier les marchandises. Un tel droit ne lui est pas accordé par les Règles de La Haye-Visby ni par aucune autre convention relative à la responsabilité maritime, et la raison pour laquelle une règle contraignante devrait être introduite à cet effet dans l'ensemble de règles de responsabilité obligatoirement applicables qui figurent dans le projet d'instrument n'apparaît pas clairement. Il convient de noter que le transporteur aurait le droit de sacrifier les marchandises quelles que soient les

---

[3] Voir A/CN.9/WG.III/WP.21/Add.1, annexe II, par. 51 et 52.

causes du péril et "*nonobstant*" les principales obligations qui lui incombent en vertu du projet d'instrument (art. 10, 11 et 13-1). Par conséquent, il semblerait que, même si le péril était imputable à d'autres marchandises transportées sur le même navire ou à l'innavigabilité du navire due à la négligence, le transporteur aurait quand même le droit de jeter les marchandises à la mer sans indemnisation.

II. Attribution de la charge de la preuve et répartition de la responsabilité en cas de causes concomitantes

10. Les discussions sur le texte de l'article 14 portent dans une large mesure sur la façon de régler la question de la charge de la preuve et celle de l'attribution de la responsabilité en cas de causes concomitantes. Ces questions sont à la fois importantes et complexes.

1. L'importance de l'attribution de la charge de la preuve

11. La charge de la preuve est un concept technico-juridique qui permet de répondre à une question pratique importante, à savoir celle-ci: *si deux parties sont en désaccord, qui doit prouver quoi*? Ce point est très important dans le cadre de tout litige juridique, car il peut en modifier l'issue. Cela est d'autant plus vrai dans les cas où les preuves sont difficiles à obtenir. La partie qui supporte la charge de la preuve en ce qui concerne un point ou un argument particulier doit apporter cette preuve. S'il ne peut pas le faire, il ne pourra pas faire valoir cet argument et devra reconnaître sa défaite sur le point en question. Par conséquent, quiconque supporte la charge de la preuve supporte le risque lié à l'absence de preuve.

12. L'importance pratique de l'attribution de la charge de la preuve est parfaitement illustrée par une décision anglaise récente concernant la responsabilité d'une société d'entreposage pour la perte de marchandises en sa possession[4]. Selon le contrat pertinent, la défenderesse, à savoir la société d'entreposage, n'était responsable qu'en cas de négligence. La question centrale à laquelle le tribunal devait répondre pour rendre sa décision était la suivante: quelle partie devait supporter la charge de la preuve en ce qui concerne la négligence? *Les demandeurs devaient-ils prouver que la défenderesse avait fait preuve de négligence ou était-ce à celle-ci de prouver qu'elle n'avait pas fait preuve de négligence*? La réponse à cette question était déterminante pour l'issue du litige étant donné qu'on ne disposait pratiquement d'aucune preuve concernant les causes de la perte. Par conséquent, la partie qui supporterait la charge de la preuve devrait supporter la perte. En l'espèce, le tribunal a décidé que la charge de la preuve incombait à la société défenderesse, pour des raisons tant de justice que de bon sens: celle-ci étant bien mieux placée pour expliquer ce qui s'était passé, c'était à elle de le faire. Comme elle n'a pas été en mesure de réfuter la présomption de négligence, le tribunal a décidé qu'elle était responsable de la perte invoquée.

---

[4] *Euro Cellular (Distribution) Plc. c. Danzas Ltd. T/A Danzas AEI Intercontinental and another* [2004] 1 Lloyd's Rep. 521. Le fait que cette décision ne concerne pas le transport de marchandises n'enlève en rien à son intérêt aux fins de la présente discussion.

13. S'agissant d'une perte résultant du transport international de marchandises par mer, il sera souvent difficile, en particulier pour le destinataire ou le chargeur, qui peuvent n'avoir accès à aucun des éléments pertinents, d'obtenir des preuves quant aux causes de cette perte. En outre, la perte, le dommage ou le retard subis par les marchandises pendant le transit étant souvent dus à une combinaison de facteurs, il peut être encore plus difficile en pareil cas de prouver dans quelle mesure les différentes causes recensées y ont contribué. Dans ce contexte, il est clair que des règles relatives à la répartition de la charge de la preuve entre le transporteur et le chargeur sont essentielles pour la répartition globale du risque entre les deux parties.

2. La situation en vertu des Règles de La Haye, de La Haye-Visby et de Hambourg

14. Malgré d'importantes différences de libellé, il est généralement admis que les Règles de La Haye et de La Haye-Visby ainsi que les Règles de Hambourg imposent au transporteur *la charge de la preuve quant aux causes de la perte* une fois qu'une personne pouvant faire valoir un droit sur les marchandises a établi l'existence de cette perte. En l'absence de preuves suffisantes concernant la ou les causes de la perte, le transporteur sera responsable de la perte (dans sa totalité). Le transporteur est donc généralement responsable en cas de perte inexpliquée. Lorsque la perte est due à une *combinaison de causes*, il est responsable de la perte dans sa totalité, à moins qu'il ne puisse prouver qu'une *proportion quantifiable de la perte est exclusivement due à une cause dont il n'est pas responsable*.

3. Charge de la preuve et répartition de la responsabilité en cas de perte due à des causes concomitantes dans l'article 14 du projet d'instrument

15. Bien que le débat n'ait pas encore été clos en ce qui concerne un certain nombre de questions relatives à la structure, au contenu et au texte final de l'article 14, il ressort du texte révisé des paragraphes 1 à 3 de cet article (A/CN.9/WG.III/WP.36) que la charge de la preuve en ce qui concerne les *causes* d'une perte incombera au transporteur. Par conséquent, le transporteur assumera le risque lié à l'absence de preuve et sera responsable en cas de perte inexpliquée. Toutefois, comme certaines parties du texte révisé des paragraphes 1 à 3 de l'article 14 sont encore entre crochets, il est difficile à ce stade de déterminer l'effet global des dispositions proposées, en particulier lorsqu'on considère également l'article 14-4, qui traite de la répartition de la responsabilité dans les cas où la perte est due à une combinaison de causes (par exemple, l'innavigabilité du navire et les périls de la mer).

16. Il ressort plus ou moins explicitement des paragraphes 1 à 3 du projet d'article 14 (selon que certains mots actuellement entre crochets seront inclus ou non) qu'il incombera également au transporteur de prouver dans *quelle mesure* des circonstances dont il n'est pas responsable ont *contribué* à la perte. Comme indiqué plus haut, cela correspondrait à la démarche adoptée dans les conventions marines existantes.

17. Toutefois, le projet d'article 14-4, qui dispose que la responsabilité sera répartie de façon proportionnelle, contient entre crochets des mots qui semblent traduire une approche différente correspondant pour l'essentiel à celle de la

deuxième variante qui figurait dans le projet d'article 6.1.4 du projet d'instrument initial (A/CN.9/WG.III/WP.21[5]).

18. La deuxième phrase du projet d'article 14-4 dispose que le tribunal peut répartir la responsabilité à parts égales entre le transporteur et le chargeur lorsqu'il *n'est pas en mesure d'en déterminer la répartition effective*. Cela signifie que, si les preuves sont insuffisantes pour déterminer la proportion de la perte imputable aux différentes causes, le transporteur ne sera responsable que de 50 % de la perte. Par conséquent, contrairement à ce que prévoient les Règles de La Haye-Visby et les Règles de Hambourg, le transporteur *ne supporterait pas la charge de prouver dans quelle mesure une proportion quantifiable d'une perte était due à des causes dont il n'était pas responsable*.

19. Les conséquences pratiques de cette différence d'approche pourraient être importantes. Il convient de garder présent à l'esprit qu'un tribunal ne peut statuer – y compris en ce qui concerne la répartition de la responsabilité – que sur la base des preuves dont il dispose, telles qu'elles ont été produites par les parties au litige. La question qui se pose est de savoir que faire dans les cas où les preuves ne sont pas directement accessibles à l'une des parties au litige ou aux deux. Dans ce contexte, la charge de la preuve permet de répartir le risque entre les deux parties. En vertu des Règles de La Haye-Visby, le tribunal répartit aussi la responsabilité en fonction des preuves dont il dispose. Toutefois, comme ces règles imposent au transporteur la charge de la preuve, celui-ci sera responsable de l'ensemble de la perte (jusqu'à concurrence d'une somme maximum) à moins qu'il ne puisse prouver la *proportion* de la perte qui n'est pas imputable à une faute de sa part. En revanche, la situation envisagée dans le projet d'article 14-4 serait nettement différente. En l'absence de preuves suffisantes, la responsabilité qu'encourrait un transporteur serait limitée à 50 % de la perte (jusqu'à concurrence d'une somme maximum). Dans la pratique, un transporteur ne serait donc incité à produire toute preuve pertinente que si cela réduisait encore plus sa responsabilité. En fait, le risque lié à l'absence de preuve serait assumé par la partie faisant valoir un droit sur les marchandises.

20. On ne voit pas bien comment cette approche pourrait être conciliée avec celle relative à la charge de la preuve que traduisent les paragraphes 1 à 3 de l'article 14 dont il a été question plus haut, en particulier si les mots actuellement entre crochets étaient adoptés et que le transporteur était tenu (explicitement) de prouver également dans *quelle mesure* des circonstances dont il n'était pas responsable avaient *contribué* à la perte.

21. Par conséquent, il semblerait que le Groupe de travail doive encore examiner une question essentielle: celle de savoir si, s'agissant d'une perte due à des causes concomitantes/combinées, le projet d'instrument devrait suivre la même approche que les régimes de responsabilité maritime existants ou en adopter une nouvelle. *En fait, la question qui se pose est de savoir si, lorsqu'on ne dispose pas de preuves suffisantes pour déterminer la contribution d'une cause particulière à une perte, le transporteur devrait être responsable de l'ensemble de la perte (Règles de La Haye-Visby) ou s'il ne devrait être responsable que de 50 % de cette perte*.

---

[5] On trouvera au paragraphe 64 de l'annexe II du document A/CN.9/WG.III/WP.21/Add.1, les observations pertinentes du secrétariat de la CNUCED sur cette disposition.

22. On a émis l'opinion qu'une nouvelle approche pourrait être justifiée en ce qui concerne la charge de la preuve et la répartition de la responsabilité, compte tenu en particulier du fait que l'exception de la "faute nautique", qui figure à l'article IV-2 a) des Règles de La Haye-Visby ne pourra peut-être pas être invoquée par un transporteur en vertu du projet d'instrument. Il convient de noter toutefois que, même si le jeu de l'exception de la faute nautique pouvait influer sur l'issue d'une demande d'indemnité pour perte ou avarie de marchandises dans certains cas (par exemple, lorsqu'une erreur de navigation ou une mauvaise gestion du navire avait provoqué une perte ou y avait contribué), un changement d'approche au profit de la règle générale de répartition de la responsabilité envisagée dans l'article 14-4 pourrait avoir une incidence sur un nombre beaucoup plus grand de demandes de ce genre, étant donné que cela concernerait tous les cas où l'état d'innavigabilité du navire dû à la négligence avait contribué à une perte mais où on ne disposait pas de preuves permettant de déterminer dans quelle proportion il y avait contribué.

4. Actions du transporteur contre le chargeur

23. Il convient de souligner que toute décision concernant la charge de la preuve et la répartition des pertes dues à des causes concomitantes dans le contexte du projet d'article 14 ne pourrait se rapporter qu'à des demandes d'indemnité pour perte ou avarie de marchandises, et non à des actions en réparation intentées par le transporteur contre le chargeur, par exemple en vertu de l'article 30 pour dommages subis par le navire en raison du transport de marchandises dangereuses. À l'heure actuelle, on ne voit pas exactement comment les questions de la charge de la preuve et de la répartition de la responsabilité seraient réglées dans les cas où tant des marchandises dangereuses que l'état d'innavigabilité du navire pouvaient avoir contribué à faire subir une perte au transporteur. Les pertes ainsi *subies* par le transporteur pouvant être très importantes dans la pratique (perte du navire, par exemple), ces questions revêtiraient un intérêt considérable pour les chargeurs dont la responsabilité pourrait être engagée. En vertu des Règles de La Haye-Visby, il est clair, au moins en droit britannique, qu'un transporteur ne pourrait pas demander une indemnité au chargeur (voir art. IV-6), à moins qu'il ne puisse réfuter que l'état d'innavigabilité était dû à sa négligence (voir art. IV-1) ou prouver dans quelle mesure une proportion quantifiable de la perte était due uniquement à la présence à bord de marchandises dangereuses transportées à son insu/sans son consentement.

24. À l'heure actuelle, le projet d'instrument ne contient pas de disposition similaire à l'article IV-1 des Règles de La Haye-Visby et on ne sait donc pas s'il aboutirait à la même situation ou si un chargeur, afin de rejeter une demande du transporteur, devrait également prouver que l'état d'innavigabilité qui avait contribué à la perte était dû à la négligence du transporteur. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il convient d'ajouter dans l'article 13, qui traite de l'obligation du transporteur quant à l'état de navigabilité du navire, une disposition distincte concernant la charge de la preuve qui serait similaire à l'article IV-1 des Règles de La Haye-Visby.

E. Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – proposition des États-Unis d'Amérique, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa quatorzième session

(A/CN.9/WG.III/WP.42) [Original: anglais]

En vue de la quatorzième session du Groupe de travail III (Droit des transports), le Gouvernement des États-Unis d'Amérique a présenté, le 8 novembre 2004, un texte modifiant sa proposition initiale sur les accords de services réguliers de transport maritime, qui figurait au paragraphe 29 du document A/CN.9/WG.III/WP.34. On trouvera en annexe à la présente note la traduction du texte de la proposition ainsi modifiée tel qu'il a été reçu par le secrétariat.

ANNEXE I

PROPOSITION DES ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

1. Dans le document A/CN.9/WG.III/WP.34, les États-Unis d'Amérique ont présenté une proposition globale sur les principaux thèmes que devrait aborder le projet d'instrument. Au paragraphe 29 de ce document, ils ont proposé une définition des "accords de services réguliers de transport maritime", catégorie d'opérations qui, à leur avis, devraient probablement être régies par l'instrument, mais qui devraient pouvoir déroger aux dispositions de ce dernier sous certaines conditions.

2. Depuis la distribution du document A/CN.9/WG.III/WP.34 en août 2003, les États-Unis ont reçu et examiné attentivement les commentaires de représentants du secteur privé aux États-Unis, d'autres États ainsi que d'organisations non gouvernementales américaines internationales à propos de la définition proposée. Un des commentaires était qu'en raison d'une disposition du droit maritime américain, les transporteurs non exploitants de navires (NVOCC) aux États-Unis ne pourraient pas conclure d'accord de services réguliers de transport maritime tel que ce terme était défini au paragraphe 29.

3. Une autre remarque, ayant trait davantage à la forme qu'au fond, était que le projet d'instrument serait plus clair si la notion d'accord de services réguliers de transport maritime était abordée dans un article distinct et non dans le cadre de l'actuel article 88 du document A/CN.9/WG.III/WP.32 (Limites de la liberté contractuelle).

4. Les États-Unis ont modifié la proposition du paragraphe 29 en conséquence. Le nouveau texte revêt la forme d'un article séparé sur les accords de services réguliers de transport maritime, qui donne une définition de ces derniers à la fois précise, comme le voulaient les chargeurs, et suffisamment large comme le souhaitaient les NVOCC afin d'y être inclus. Ce texte a reçu l'approbation de tous les secteurs concernés aux États-Unis, y compris les chargeurs, les transporteurs exploitants de navires et les NVOCC.

5. Les États-Unis proposent donc le texte ci-après, en lieu et place de leur proposition figurant au paragraphe 29 du document A/CN.9/WG.III/WP.34:

Article XX

1. [Nonobstant les articles xx [définition du terme "contrat de transport"/disposition relative aux contrats exclus], le présent instrument s'applique à un accord de services réguliers de transport maritime. [Note 1]

2. Un accord de services réguliers de transport maritime désigne un contrat qui est négocié et convenu mutuellement par écrit ou par voie électronique entre un ou plusieurs transporteurs et un ou plusieurs chargeurs et qui prévoit le transport de marchandises sur ligne régulière par mer en plusieurs expéditions pour une période spécifiée. Par ce contrat, le ou les transporteurs s'obligent à fournir un service qu'ils ne sont pas déjà tenus impérativement d'assurer en vertu du présent instrument et le ou les chargeurs s'obligent à remettre un volume minimum de marchandises et à payer le ou les tarifs fixés dans le contrat. Le service que le ou les transporteurs s'engagent à fournir comprend un transport maritime et peut aussi comporter un transport par d'autres modes, un entreposage ou des services logistiques, suivant les exigences du chargeur. Un transport sur ligne régulière désigne un service de transport maritime faisant l'objet d'une publicité qui est utilisé pour le transport de marchandises diverses dans le cadre d'échanges établis et réguliers entre plusieurs ports spécifiés. [Note 2]

3. Un accord de services réguliers de transport maritime ne peut pas désigner i) une liste de prix et de services d'un transporteur, un connaissement, un récépissé de marchandises ou un document similaire, bien que ces documents puissent être incorporés par référence dans l'accord; ou ii) l'affrètement d'un navire de ligne ou d'espaces sur un navire de ligne.

4. Nonobstant le paragraphe 1, un accord de services réguliers de transport maritime peut prévoir des droits, obligations et responsabilités plus importants ou moins importants que ceux énoncés dans le présent instrument. Une clause d'un accord de services réguliers de transport maritime qui prévoit des droits, obligations et responsabilités plus importants ou moins importants est stipulée dans l'accord même et ne peut pas être incorporée par référence à partir d'un autre document. Toute clause d'un accord de services réguliers de transport maritime qui déroge au présent instrument lie uniquement les parties à l'accord et tout tiers qui consent expressément à être lié par elle. [Note 3]

5. Si un document de transport ou un enregistrement électronique est émis en vertu d'un accord de services réguliers de transport maritime, les dispositions du présent instrument s'appliquent au contrat attesté par ou contenu dans ce document de transport ou cet enregistrement électronique dans la mesure où le document de transport ou l'enregistrement électronique régit les relations entre le transporteur et tout porteur, expéditeur ou destinataire désigné dans ledit document ou enregistrement qui n'est pas partie à l'accord, sauf si ce porteur, expéditeur ou destinataire a expressément consenti à être lié par l'accord ou les clauses y figurant qui s'écartent des dispositions énoncées dans le présent instrument.

Note 1. Le membre entre crochets ne pourra être finalisé que lorsque d'autres articles, tels que celui définissant le terme "contrat de transport" et celui relatif au traitement des contrats exclus, le seront également. L'intention, toutefois, est d'éviter toute confusion entre la disposition sur l'accord de services réguliers de transport maritime et d'autres dispositions (telles que la définition de "contrat de transport" et la liste des contrats exclus) pouvant laisser entendre que ce type d'accord est exclu du champ d'application de l'instrument.

Note 2. Afin que la disposition sur l'accord de services réguliers de transport maritime soit interprétée comme s'appliquant également aux exploitants de navires et aux NVOCC qui émettent des documents en leur propre nom et sont chargés de l'exécution du transport maritime, les États-Unis proposent de modifier la définition de "transporteur" figurant à l'alinéa b) de l'article premier du document A/CN.9/WG.III/WP.32 comme suit: "Le terme 'transporteur' désigne une personne, exploitant ou non un navire, qui conclut un contrat de transport avec un chargeur".

Note 3. Les États-Unis rappellent qu'ils ont proposé, dans le document A/CN.9/WG.III/WP.34, que les parties à un accord de services réguliers de transport maritime puissent imposer à un tiers un for désigné dans leur accord pour les demandes afférentes aux marchandises, sous réserve que certaines conditions soient remplies, notamment, que ce tiers soit avisé du for désigné. Voir A/CN.9/WG.III/WP.34, paragraphe 35.

F. Rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa quinzième session (New York, 18-28 avril 2005) (A/CN.9/576) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
	Introduction	1-7
I.	Délibérations et décisions	8-9
II.	Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]	10-213
	Champ d'application et liberté contractuelle (projets d'articles 1er, 2, 88 et 89)	10-109
	Discussion générale et méthode à suivre pour la poursuite des travaux	12-13
	Question 1: Inclusion des services réguliers de transports maritimes	14-16
	Question 2: Conditions de dérogation	17-19
	Question 3: Dispositions auxquelles il ne peut être dérogé	20-23
	Question 4: Application des dérogation aux tiers	24-28
	Question 5: La définition du "contrat de transport"	29-34
	Question 6: Approche documentaire ou non documentaire de la protection des tiers	35-44
	Question 7: Approche "unilatéralement" ou "bilatéralement" impérative	45-49
	Question 8: Parties visées par le projet d'article 88	50-51
	Proposition de nouvelle version des dispositions relatives au champ d'application et à la liberté contractuelle (projets d'articles 1er, 2, 3, 4, 88 et 89 et nouveau projet d'article 88a)	52-104
	Proposition de nouvelle version de l'article premier	54-58
	Proposition de nouvelle version de l'article 2	59-62
	Proposition de nouvelle version de l'article 3	63-66
	Proposition concernant l'insertion du projet d'article 4	67-73
	Proposition de nouvelle version de l'article 88	74-80
	Projet d'article 88a proposé	81-104
	Projet d'article 88a-1	81-85
	Projets d'articles 88a-2 et 88a-3	86-89
	Projets d'articles 88a-4	90-92
	Projet d'article 88a-5	93-99
	Projet d'article 88a-6	100-104
	Projet d'article 89	105-109
	Compétence – Chapitre 15	110-175
	Question 1. Facteurs de rattachement	111-128

Projet d'article 72 111-124
Projet d'article 72 *bis* 125-128
Question 2. Dispositions relatives à la saisie 129-142
Projet d'article 73 129-136
Projet d'article 74 137-142
Question 3. Concours d'actions, actions *in solidum*, *litis consortium* et litispendance 143-155
Proposition relative à l'insertion du nouvel article proposé 74 *bis*: Concours d'actions 143-146
Proposition relative à l'insertion du nouvel article 74 *ter* proposé: Actions *in solidum*, cause commune 147-152
Projet d'article 75. Litispendance 153-155
Question 4. Clauses de compétence exclusive 156-168
Question 5. Accord d'élection de for après un litige 169-171
Projet d'article 75 *bis* 169-171
Question 6. Reconnaissance et exécution 172-175
Arbitrage – Chapitre 16. 176-179
Révision des dispositions sur le commerce électronique 180-210
Définitions (projet d'article premier) 181-185
Chapitre 2. Communication électronique 186-199
Projet d'article 3 186-187
Projet d'article 4 188-189
Projet d'article 5 190-191
Projet d'article 6 192-199
Chapitre 8. Documents de transport et enregistrements électroniques 200-205
Projet d'article 33 200
Projet d'article 35 201-205
Projets d'articles traitant du commerce électronique 206-210
Droit de contrôle, Transfert de droits 206
Proposition de nouvelle version de certaines dispositions relatives au commerce électronique 207-210
Droit de contrôle 211
Transfert de droits 212-213
III. Questions diverses 214-217

Introduction

1. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission a créé le Groupe de travail III (Droit des transports) et l'a chargé d'élaborer, en étroite coopération avec les organisations internationales intéressées, un instrument législatif sur des

questions liées au transport international de marchandises telles que le champ d'application, les obligations du transporteur, sa responsabilité et la durée de cette dernière, les obligations du chargeur et les documents de transport[1]. Le Groupe de travail a commencé à examiner un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] à sa neuvième session, en 2002. La compilation la plus récente retraçant l'historique de ce projet d'instrument figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.43.

2. Le Groupe de travail III (Droit des transports), qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quinzième session à New York du 18 au 28 avril 2005. Ont assisté à cette session des représentants des États membres suivants: Afrique du Sud, Allemagne, Australie, Autriche, Bélarus, Brésil, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Colombie, Croatie, Équateur, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Guatemala, Inde, Iraq, Italie, Japon, Kenya, Koweït, Lituanie, Madagascar, Maroc, Mexique, Mongolie, Ouganda, Pakistan, Qatar, République de Corée, République tchèque, Serbie-et-Monténégro, Singapour, Sri Lanka, Suède, Suisse, Thaïlande, Tunisie, Turquie et Venezuela (République bolivarienne du).

3. Ont également assisté à la session des observateurs des États suivants: Afghanistan, Cuba, Danemark, Éthiopie, Finlande, Grèce, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Philippines, Saint-Siège, Sénégal et Ukraine.

4. Ont aussi assisté à la session des observateurs des organisations internationales ci-après:

a) **Organisations intergouvernementales invitées par la Commission**: Conseil de l'Union européenne, Commission européenne (CE) et Union africaine;

b) **Organisations internationales non gouvernementales invitées par la Commission**: Association of American Railroads (AAR), Chambre de commerce internationale (CCI), Comité maritime international (CMI), Conseil maritime baltique et international (BIMCO), Fédération internationale des associations de transitaires et assimilés (FIATA), International Group of Protection and Indemnity (P&I) Clubs, International Multimodal Transport Association (IMMTA) et Union internationale d'assurances transports.

5. Le Groupe de travail a élu le Bureau ci-après:

Président: M. Rafael Illescas (Espagne)

Co-président: M. David Morán Bovio (Espagne)

Rapporteur: M. Walter De Sá Leitão (Brésil)

6. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.III/WP.43);

b) Note du secrétariat contenant une première version révisée du projet d'instrument (A/CN.9/WG.III/WP.32);

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n°17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 345.

c) Nouvelle version provisoire des articles du projet d'instrument examinés dans les rapports du Groupe de travail sur ses douzième (A/CN.9/WG.III/WP.36) et treizième (A/CN.9/WG.III/WP.39) sessions;

d) Note du secrétariat contenant une nouvelle version provisoire, accompagnée d'un commentaire légèrement modifié, des dispositions du projet d'instrument relatives au champ d'application telle que présentée par le groupe de rédaction informel au Groupe de travail à sa quatorzième session (A/CN.9/WG.III/WP.44);

e) Note du secrétariat sur la pratique uniforme de l'arbitrage international (A/CN.9/WG.III/WP.45);

f) Commentaires du secrétariat de la CNUCED sur la liberté contractuelle (A/CN.9/WG.III/WP.46);

g) Note du secrétariat contenant une proposition de révision des dispositions sur le commerce électronique (A/CN.9/WG.III/WP.47).

7. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Élection du Bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer].
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

I. Délibérations et décisions

8. Le Groupe de travail a poursuivi l'examen du projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] ("le projet d'instrument") en se fondant sur:

- Le texte figurant en annexe à une note du secrétariat (A/CN.9/WG.III/WP.32);
- Une nouvelle version provisoire proposée pour les articles qu'il avait examinés à ses douzième (A/CN.9/WG.III/WP.36), treizième (A/CN.9/WG.III/WP.39) et quatorzième (A/CN.9/WG.III/WP.44) sessions; et
- Une proposition de révision des dispositions sur le commerce électronique (A/CN.9/WG.III/WP.47).

9. Le secrétariat a été prié d'établir une version révisée de plusieurs dispositions en tenant compte des délibérations et conclusions du Groupe de travail, dont il est rendu compte dans la section II ci-après.

II. Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]

Champ d'application et liberté contractuelle (projets d'articles 1er, 2, 88 et 89)

10. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'il avait examiné tout récemment les thèmes du champ d'application et de la liberté contractuelle à sa quatorzième session (voir A/CN.9/572, par. 81 à 104) et, précédemment, les projets d'articles 1er et 2 à sa douzième session (voir A/CN.9/544, par. 51 à 84) et les projets d'articles 88 et 89 à sa onzième session (voir A/CN.9/526, par. 203 à 218).

11. Le groupe informel de consultation (voir A/CN.9/572, par. 166) qui a pris l'initiative de poursuivre les débats entre les sessions du Groupe de travail afin d'accélérer l'échange de vues, la formulation de propositions et l'émergence d'un consensus lors de la préparation du projet d'instrument, a présenté un bref rapport oral. Il a informé le Groupe de travail qu'il avait eu un échange de vues sur les thèmes du champ d'application et de la liberté contractuelle, compte tenu du projet de texte élaboré par le groupe de rédaction informel sur instruction du Groupe de travail à sa quatorzième session (voir A/CN.9/572, par. 90), publié dans le document A/CN.9/WG.III/WP.44, et du texte des projets d'articles 88 et 89 tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

Discussion générale et méthode à suivre pour la poursuite des travaux

12. Le Groupe de travail a été informé que pendant les travaux menés entre les sessions à l'initiative du groupe informel de consultation, un certain nombre de propositions rédactionnelles avaient été faites et que des opinions concernant quelques questions portant davantage sur le fond avaient été exprimées à propos des dispositions relatives au champ d'application qui figurent dans le document A/CN.9/WG.III/WP.44, et des projets d'articles 88 et 89 du projet d'instrument. À la suite des conclusions du Groupe de travail sur la question des accords de services réguliers de transport maritime (voir A/CN.9/572, par. 104 et, plus généralement, A/CN.9/WG.III/WP.42 et A/CN.9/WG.III/WP.34, par. 18 à 29 et 34 et 35), il a été indiqué que l'inclusion de tels accords dans le projet d'instrument ne devait pas nécessairement s'effectuer par des dispositions distinctes, qui pourraient être difficiles à rédiger. Il a été suggéré à la place que, du fait que ces accords étaient un type de contrat de tonnage, des modifications soient apportées aux dispositions du document A/CN.9/WG.III/WP.44 ainsi qu'aux projets d'articles 88 et 89 afin d'englober ces accords dans le traitement prévu pour les contrats de tonnage dans le champ d'application du projet d'instrument. Il a été dit aussi qu'une telle approche était favorable dans ce sens qu'elle dispensait de définir les accords de services réguliers de transport maritime, question qui avait suscité quelques préoccupations au sein du Groupe de travail.

13. Cette technique proposée pour l'inclusion des accords de services réguliers de transport maritime dans le champ d'application du projet d'instrument examiné par le Groupe de travail a bénéficié d'un soutien général. Le Groupe de travail est convenu qu'un groupe de rédaction informel devrait préparer les modifications à

apporter aux dispositions relatives au champ d'application existantes afin d'améliorer le texte et de pouvoir y inclure lesdits accords. Il a toutefois été noté que certaines questions de fond soulevées par les dispositions relatives au champ d'application devraient être tranchées par le Groupe de travail avant le commencement de l'entreprise de rédaction. Le Groupe de travail est convenu que l'examen de ces questions devrait s'effectuer sur la base d'une liste de questions clefs, qui sont énoncées dans la suite du présent document.

Question 1: Les accords de services réguliers de transports maritimes devraient-ils être inclus dans le champ d'application du projet d'instrument en tant que contrats de tonnage, dont l'inclusion serait déterminée par la nature des différentes expéditions effectuées en vertu de ceux-ci?

14. Le Groupe de travail s'est demandé s'il serait acceptable qu'un accord de services réguliers de transport maritime soit traité dans le projet d'instrument comme un type de contrat de tonnage, qui serait régi par les dispositions générales relatives au champ d'application. Il a été proposé que le projet d'instrument ne s'applique pas aux contrats de tonnage, à moins qu'il ne s'applique aux différentes expéditions effectuées en vertu de ceux-ci. Il a également été proposé que les contrats de tonnage qui étaient soumis au projet d'instrument puissent déroger à certaines de ses dispositions, à condition que certaines conditions supplémentaires visant à protéger les parties aux contrats de tonnage soient satisfaites.

15. Cette approche des accords de services réguliers de transport maritime dans le projet d'instrument a été appuyée. On a dit que l'un de ses avantages était qu'elle distinguait la question du champ d'application du projet d'instrument de la question de la dérogation à certaines des dispositions spécifiques de ce dernier. Un autre avantage était que le concept de "contrats de tonnage" était préférable à celui d'accord de services réguliers de transport maritime, car il était plus étendu et plus universel. Quelques inquiétudes ont été exprimées quant à la complexité du système, et quant au risque de confusion qui risquait d'en découler. On a souligné aussi la nécessité d'une rédaction particulièrement attentive pour éviter que la plus grande extension du concept de contrat de tonnage ne se traduise par l'inclusion par inadvertance dans le projet d'instrument de certains contrats de transport des services non réguliers. Il a été demandé si "le transport de marchandises par expéditions successives", dont il est question dans le projet d'article 4 du document A/CN.9/WG.III/WP.44, était le même concept que celui de contrat de tonnage, ou s'il était plus étendu. Des questions ont également été soulevées sur le point de savoir comment une expédition particulière serait classée si elle était effectuée conformément à un contrat de transport dans lequel le transporteur convenait d'utiliser un service régulier, mais utilisait à la place un service non régulier.

Conclusions du Groupe de travail sur la question 1

16. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- Qu'il faudrait répondre à la question 1 par l'affirmative; et
- Qu'un groupe de rédaction informel devrait être prié de modifier les dispositions relatives au champ d'application sur la base des vues exposées dans les paragraphes ci-dessus.

Question 2: Dans quelles conditions devrait-il être possible de déroger aux dispositions du projet d'instrument?

17. On a dit qu'il faudrait, pour qu'un contrat de tonnage ou des expéditions effectuées en vertu de ce contrat puissent déroger au projet d'instrument, que les quatre conditions suivantes soient remplies:

– Le contrat devrait être [mutuellement négocié et] accepté par écrit ou électroniquement;

– Le contrat devrait obliger le transporteur à assurer un service de transport spécifié;

– Il faudrait faire figurer dans le contrat de tonnage une disposition, qui ne peut être incorporée par référence d'un autre document; prévoyant des devoirs, droits, obligations et responsabilités accrus ou réduits; et

– Le contrat ne devrait pas être [une liste de prix et de services du transporteur,] un connaissement, un document de transport, un enregistrement électronique, un récépissé de marchandises ou un document similaire, mais peut incorporer ces documents par référence.

18. L'avis a été exprimé qu'aucune dérogation aux dispositions du projet d'instrument ne devrait être autorisée quelles que soient les circonstances, mais l'opinion selon laquelle une dérogation pourrait être autorisée dans certaines circonstances a également été appuyée. On a dit que les quatre conditions énoncées au paragraphe ci-dessus n'étaient pas suffisamment claires ou ne se différenciaient pas suffisamment d'autres contrats pour que l'on puisse déterminer de façon précise les cas dans lesquels une dérogation devrait être autorisée. Il a été souligné, aussi que l'obligation prévue d'avoir à remplir les conditions énoncées pour être autorisé à déroger au projet d'instrument avait pour but d'éviter qu'il ne soit fait abus du contrat de tonnage au détriment de l'une des parties à ce contrat. Il a été suggéré que ce but était atteint par l'effet combiné des conditions énoncées au paragraphe ci-dessus, selon lesquelles il devait y avoir acceptation mutuelle des clauses connues du contrat. Des doutes ont été exprimés quant à la nécessité d'une acceptation écrite.

Conclusions du Groupe de travail sur la question 2

19. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le mécanisme de dérogation suggéré pourrait servir de base à la poursuite de la discussion, mais qu'il faudrait prier le groupe de rédaction informel de tenir compte des avis énoncés dans les paragraphes ci-dessus lorsqu'il examinerait les conditions à remplir pour déroger au projet d'instrument.

Question 3: Devrait-il y avoir des dispositions impératives du projet d'instrument auxquelles on ne devrait jamais pouvoir déroger et, dans l'affirmative, quelles devraient être ces dispositions?

20. Il a été rappelé que dans ses discussions concernant l'article 14 du projet d'instrument, le Groupe de travail avait examiné et rejeté le concept d'obligation absolue. On s'est inquiété de ce que l'inclusion dans le projet d'instrument de dispositions auxquelles il ne serait pas possible de déroger ne revienne à réintroduire ce concept. On a estimé en outre que si les parties à un contrat de

tonnage du type envisagé étaient suffisamment protégées pour déroger aux dispositions du projet d'instrument, elles devraient être autorisées à négocier tous les aspects de l'accord, y compris des questions telles que la navigabilité.

21. L'avis contraire, selon lequel il ne devrait jamais être permis de déroger à certaines dispositions du projet d'instrument, en particulier à celles relatives à la navigabilité figurant au projet d'article 13, a été appuyé. On s'est inquiété des incidences que pourrait avoir le fait de ne jamais autoriser de dérogation aux obligations de navigabilité, en particulier sur des dispositions du projet d'instrument qui pourraient avoir un rapport avec la navigabilité, telles celles relatives aux limites de responsabilité. Bien que l'on ait exprimé l'avis que l'interdiction de déroger aux obligations de navigabilité n'aurait aucune incidence sur les règles qui régissent la limite de responsabilité, il a été estimé qu'il faudrait examiner de façon plus approfondie les conséquences qu'aurait le fait de traiter les obligations de navigabilité de cette manière.

22. Plus généralement, il a été estimé que les obligations ayant un rapport avec la sécurité maritime ne devraient pas être susceptibles de dérogation en vertu du projet d'instrument, mais l'avis contraire, selon lequel les questions de sécurité devraient plutôt relever du droit public, a également été soutenu. Il a été noté que certaines dispositions relatives aux obligations du chargeur – telles celles figurant aux articles 25 et 27 – et à l'obligation faite, au projet d'article 26, au transporteur de fournir au chargeur, à sa demande, des informations étaient considérées comme ayant des incidences sur la sécurité et qu'il était par conséquent envisagé de leur appliquer un traitement similaire.

Conclusions du Groupe de travail sur la question 3

23. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- Que l'obligation de navigabilité devrait être une disposition impérative du projet d'instrument à laquelle il ne pourrait être dérogé;
- Qu'il faudrait prier le groupe de rédaction informel de tenir compte des vues énoncées ci-dessus lorsqu'il examinerait cette question.

Question 4: Une dérogation aux dispositions du projet d'instrument qui est applicable entre le transporteur et le chargeur devrait-elle s'étendre aux tiers parties au contrat qui avaient expressément consenti à être liés, et dans quelles conditions?

24. Le Groupe de travail a examiné ensuite si une dérogation au projet d'instrument qui était applicable entre le transporteur et le chargeur devrait s'étendre aux tiers parties au contrat qui avaient expressément consenti à être liés. On a exprimé l'avis – qui a été appuyé – que l'expression "expressément consenti" était ambiguë et qu'il serait difficile, si elle n'était pas précisée davantage, de protéger de façon satisfaisante les intérêts des tiers. À cet égard, on a pris comme exemple la situation commercialement possible dans laquelle une partie pourrait prétendre consentir à une dérogation au nom de tous ses acheteurs. On s'est demandé également si l'obligation était une obligation de consentement exprès à être lié par le contrat de tonnage en général, ou spécifiquement par la dérogation au projet d'instrument. Certains ont estimé que le consentement exprès du tiers à la dérogation spécifique devrait être exigé. L'avis général a été que si le Groupe de

travail se mettait d'accord sur une telle disposition, il faudrait rédiger celle-ci avec soin pour énoncer de façon satisfaisante les obligations fondamentales auxquelles le tiers avait expressément consenti à être lié par la dérogation contractuelle.

25. On a appuyé l'idée qu'une disposition dans le sens du projet d'article 5 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.44 conférait une protection suffisante aux tiers ayant des droits en vertu du contrat de transport, et qu'il n'y avait pas besoin de disposition supplémentaire pour les protéger en cas de dérogation au projet d'instrument par les parties à un contrat de tonnage. L'avis contraire, à savoir que le projet d'article 5 était insuffisant pour protéger les tiers dans ce contexte particulier et qu'une disposition distincte mais élaborée avec soin était nécessaire, a également été soutenu. On a souligné que l'objectif premier d'une telle disposition dans le projet d'instrument était de limiter la possibilité, pour les parties à un contrat de tonnage, de déroger aux dispositions du projet d'instrument et d'éviter de lier des tiers à cette dérogation à moins qu'ils n'y aient expressément consenti. On a fait valoir que la non-inclusion d'une telle disposition dans le projet d'instrument laisserait la question au droit interne, ce qui conduirait à une situation dans laquelle les tiers ne détiendraient des droits qu'en vertu du contrat. Cette situation, a-t-on ajouté, pouvait comporter le risque, dans certains pays, que les tiers restent sans protection et soient liés par des dérogations contractuelles au projet d'instrument auxquelles ils n'avaient pas consenti. Selon un avis, le projet d'article 5 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.44 pouvait être modifié de manière à répondre à ces diverses préoccupations, ce qui dispenserait d'une disposition supplémentaire. On a fait valoir aussi qu'une autre solution établirait deux régimes différents pour les tiers, selon qu'ils détenaient leurs droits en vertu d'une charte-partie ou d'un contrat de tonnage.

26. On s'est inquiété en outre de savoir comment une dérogation qui liait un tiers partie à un contrat de tonnage risquait d'influer sur les droits de ce tiers concernant l'élection de for dans les clauses de compétences ou d'arbitrage. Il a été convenu que cette question devrait être discutée lorsque le Groupe de travail examinerait les chapitres sur la compétence et l'arbitrage. Une autre question a été soulevée en ce qui concerne l'accord exprimé par le Groupe de travail à sa quatorzième session selon lequel il faudrait se fonder sur un document pour identifier les tiers dont les droits devraient être protégés conformément au projet d'instrument (voir A/CN.9/572, par. 91, 94 et 96). Il a été souligné que cette décision avait été prise uniquement pour les dispositions plus générales concernant le champ d'application en ce qui concerne la protection des tiers, et non la situation particulière de la protection des droits des tiers parties à des contrats de tonnage (pour un examen plus approfondi de l'approche documentaire, voir les paragraphes 35 à 44 ci-dessous).

27. Plusieurs des préoccupations notées dans les paragraphes ci-dessus, concernant le fait de lier les tiers parties à des dérogations contractuelles au projet d'instrument en l'absence de consentement exprès, ont été généralement partagées. On a toutefois appuyé une suggestion visant à l'adoption d'une approche plus large et plus commerciale de la question et à ce que les tiers soient liés automatiquement aux dérogations contractuelles, du fait qu'ils ne devraient pas avoir de droits supérieurs à ceux des parties initiales au contrat. Il a également été suggéré que le Groupe de travail prenne en considération le contexte commercial, par exemple

lorsque les tiers n'étaient pas réellement étrangers aux parties contractantes, mais pouvaient être des membres différents du même groupe de sociétés.

Conclusions du Groupe de travail sur la question 4

28. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Qu'il faudrait inclure dans le projet d'instrument une disposition autorisant les tiers parties à un contrat de tonnage à accepter expressément d'être liés par des dérogations à ce projet convenues entre les parties au contrat;

– Que le groupe de rédaction informel devrait rédiger une disposition à cet égard pour examen par le Groupe de travail, en tenant compte des vues exposées dans les paragraphes ci-dessus.

Question 5: La définition du "contrat de transport"

29. La question suivante que le Groupe de travail a examinée, s'agissant du champ d'application et de la liberté contractuelle, a été la définition du "contrat de transport", telle qu'énoncée dans le document A/CN.9/WG.III/WP.44.

30. Il a été proposé d'insérer les mots "[la promesse de]" entre les mots "contre" et "paiement d'un fret" pour éviter que le membre de phrase "contre paiement d'un fret" puisse être étroitement interprété comme excluant les cas de paiement futur. Bien que cette addition ait bénéficié d'un certain soutien, le Groupe de travail a estimé qu'elle n'ajoutait pas à la clarté de la disposition.

31. Le Groupe de travail s'est ensuite demandé si la deuxième phrase de la définition devrait commencer par "Cet engagement" ou par "Ce contrat", et s'il ne faudrait pas employer "Le" au lieu de "Ce". Il a exprimé sa préférence pour les termes "Le contrat".

32. Il a également été proposé d'insérer le mot "[international]" entre les mots "le transport" et "par mer". À l'appui de cette proposition, on a fait valoir que le projet d'article 2 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.44 n'exprimait pas suffisamment l'exigence d'internationalité du parcours maritime. Bien que des doutes aient été émis quant à la nécessité d'insérer le mot "international" dans la disposition, le Groupe de travail est convenu de l'ajouter, entre crochets, en attendant l'examen du projet d'article 2.

33. Une autre question soumise à l'examen du Groupe de travail a porté sur l'opportunité de maintenir ou de supprimer la dernière phrase de la définition, à savoir: "[Un contrat qui prévoit une possibilité de transporter les marchandises par mer est considéré comme un contrat de transport, à condition que les marchandises soient effectivement transportées par mer.]" Selon un avis, il fallait la conserver et supprimer les crochets qui l'entourent. On a estimé, en effet, qu'elle renforçait la sécurité juridique quant à l'application du projet d'instrument lorsque le contrat de transport ne précisait pas comment le transport devait avoir lieu, mais lorsque celui-ci avait effectivement lieu par mer. Cet avis a recueilli une certaine sympathie, mais il a été estimé qu'une interprétation souple de la première phrase du projet de disposition pouvait produire un résultat similaire et que l'on pouvait, par conséquent, supprimer la phrase finale entre crochets. Il a été estimé, en outre, qu'un contrat pouvait implicitement prévoir le transport par mer et qu'en tout état de cause, c'était le contrat de transport et non le transport lui-même qui permettait

de déterminer le champ d'application du projet d'instrument. Selon un autre avis, compte tenu de l'approche "maritime plus" adoptée dans le projet d'instrument, l'insertion d'une telle phrase serait superflue.

Conclusions du Groupe de travail sur la question 5

34. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- Qu'il faudrait remplacer, au début de la deuxième phrase de la définition du "contrat de transport", l'expression "Cet engagement" par "Le contrat";
- Qu'il faudrait insérer le mot "[international]" entre crochets entre les mots "le transport" et "par mer" en attendant l'examen, par le Groupe de travail, du projet d'article 2 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.44;
- Qu'il faudrait supprimer la dernière phrase entre crochets de la définition.

Question 6: Faudrait-il adopter, pour la protection des tiers au projet d'article 5 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.44, une approche documentaire ou non documentaire?

35. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'il avait tout récemment, à sa quatorzième session (voir A/CN.9/572, par. 91 à 96 et 105), examiné la question de la protection des tiers et une version précédente du projet d'article 5 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.44. Compte tenu de cet examen, il a été proposé d'apporter quelques modifications au texte du projet d'article 5 du document A/CN.9/WG.III/WP.44, et la discussion s'est poursuivie sur la base du texte suivant:

> "Article 5
>
> Si un document de transport ou un enregistrement électronique est émis en vertu d'une charte-partie ou d'un contrat visé à l'article 3-1 c), [ce document de transport ou cet enregistrement électronique doit être conforme aux dispositions du présent instrument et] les dispositions du présent instrument s'appliquent au contrat attesté par ce document ou cet enregistrement électronique [à compter du moment où il régit] [dans] la relation entre le transporteur et [la personne ayant des droits en vertu du contrat de transport] [l'expéditeur, le destinataire, la partie contrôlante, le porteur ou la personne mentionnée à l'article 31], à condition que cette personne ne soit pas [un] [l'] affréteur ou [une] [la] partie au contrat en vertu de l'article 3-1 c)."

36. Le Groupe de travail s'est demandé s'il fallait conserver, s'agissant de la protection des tiers, l'approche documentaire (voir A/CN.9/572, par. 96) et, dans l'affirmative, quels tiers seraient protégés en vertu du projet d'instrument. Plusieurs délégations se sont prononcées en faveur d'une approche documentaire. Il a été déclaré que la nécessité de protéger la confiance de tiers n'apparaîtrait qu'en présence d'un document. Il a été dit que l'approche documentaire offrait une solution commercialement plus viable et était davantage conforme à la pratique. Il a été dit aussi que dans certains systèmes juridiques, la confiance reposait sur des documents autres que des connaissements, ainsi que sur des documents détenus par le chargeur, et que la pratique admettait également la circulation d'instruments non négociables. Ces réalités, a-t-on indiqué, imposaient d'élargir le champ d'application du projet d'instrument pour ce qui est de la protection des tiers. L'avis

contraire, selon lequel le champ d'application du projet d'article 5 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.44 était trop large, a toutefois été exprimé lui aussi.

37. L'approche non documentaire a également bénéficié d'un important soutien. On a déclaré ne pas comprendre pourquoi l'on devait protéger des tiers porteurs d'instruments non négociables. Il a aussi été déclaré que dans certains secteurs, en particulier dans le transport maritime à courte distance, la pratique commerciale ne prévoyait pas l'émission d'un document quel qu'il soit; que dans d'autres secteurs, les documents ne quittaient jamais les mains du transporteur; et que l'approche documentaire priverait de toute protection les tiers participant à ces activités. Il a en outre été souligné que le transporteur et le chargeur étaient en mesure de décider de l'émission ou non d'un document et de choisir le type de document, et que dans le cadre d'une approche documentaire, la protection des tiers dépendrait donc de la décision des parties au contrat.

38. Un autre argument à l'appui de l'approche non documentaire a été que la liberté contractuelle ne pouvait être autorisée que dans la mesure où elle se limitait aux parties au contrat, et que des tiers pouvaient même ignorer l'existence de ces dispositions contractuelles. Il a été jugé illogique de fonder la protection des tiers sur l'existence d'un document. Qui plus est, il a été déclaré que la confiance de tiers ne se justifiait que lorsque le document fournissait des preuves concluantes, comme les connaissements négociables, tandis qu'aucune confiance n'était recevable de parties qui acceptaient de prendre un risque en se fondant sur des documents moins sûrs.

39. On a en outre estimé que l'approche non documentaire était plus ouverte aux futurs besoins éventuels du commerce électronique compte tenu, également, du fait que les enregistrements électroniques concernant le transport pourraient ne pas ressembler à des connaissements. On a également émis l'avis contraire, mentionnant la référence faite aux enregistrements électroniques concernant le transport au projet d'article 5 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.44 et la position générale qui se dégage, dans le projet d'instrument, en faveur de tout progrès technologique éventuel.

40. En outre, il a été déclaré que l'approche non documentaire avait un champ d'application très large et que son adoption aurait des conséquences imprévisibles, tandis que l'approche documentaire était bien connue et que les conséquences de son application étaient facilement prévisibles.

Relation entre le champ d'application du projet d'article 5 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.44 et la protection des tiers

41. Il a été indiqué que le projet d'article 5 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.44 concernait seulement les tiers à des chartes-parties et autres contrats exclus du champ d'application du projet d'instrument, et qu'il pouvait être considéré comme une disposition relative au champ d'application dont l'effet était d'étendre la protection à des tiers autrement exclus. Mais il a été dit aussi qu'il n'était pas nécessaire de placer les tiers en meilleure position que les parties à ces contrats. En réponse, il a été indiqué qu'il ne faudrait pas mettre fin à la pratique traditionnelle consistant à fournir une protection à des tiers porteurs de connaissements émis en vertu de chartes-parties. Il a été ajouté qu'historiquement, la liberté contractuelle avait été introduite dans les instruments de transport

maritime international par le biais de l'exemption de contrats tels que les chartes-parties du champ d'application de ces instruments, comme par exemple à l'article V des Règles de La Haye, qui n'avait pas pour objet de protéger des tiers, mais simplement d'exclure les chartes-parties. On a estimé en outre que s'il était possible d'obtenir le même résultat en incluant les contrats exclus dans le champ d'application du projet d'instrument et en autorisant la liberté contractuelle, il fallait, dans les deux cas, insérer des dispositions assurant la protection des tiers.

42. Il a enfin été indiqué que le projet d'article 5 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.44 omettait la référence aux contrats de tonnage contenue dans le texte du projet d'article 2-4 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.36, car on estimait que dans la pratique, les documents de transport étaient émis non en vertu de contrats de tonnage, mais en vertu de chaque expédition effectuée dans le cadre de ces contrats.

Documents requis par l'approche documentaire

43. Dans l'hypothèse où c'est une approche documentaire qui serait adoptée, le Groupe de travail s'est interrogé sur les types de documents dont devrait dépendre la protection des tiers. Bien que l'on ait estimé dans l'ensemble que des connaissements devraient suffire à cette fin, des doutes ont été émis quant aux récépissés et différentes opinions ont été exprimées quant à des documents non négociables "intermédiaires" tels que les lettres de transport maritime. On a estimé que la formulation du projet d'article 3-2 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.44 pourrait fournir, pour clarifier cette question, d'utiles indications.

Conclusions du Groupe de travail sur la question 6

44. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- Que le texte actuel, tel qu'il figure au par. 35 ci-dessus, devrait être pris comme point de départ par le groupe de rédaction informel pour tenter de concilier les deux positions dans un nouveau texte qu'il lui présenterait ultérieurement pour examen;
- Qu'à défaut d'être modifié, le texte reflétant les deux positions devrait être maintenu entre crochets dans le projet d'instrument en vue de la poursuite de la discussion à une session future.

Question 7. Le projet d'article 88 devrait-il adopter une approche "unilatéralement" ou "bilatéralement" impérative

45. Le Groupe de travail a examiné ensuite le texte du projet d'article 88, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, et dans lequel l'adjectif "[maritime]" a été inséré après les mots "partie exécutante" aux paragraphes 1 et 2 et le membre de phrase "[, du chargeur, de la partie contrôlante ou du destinataire en vertu du présent instrument]" à la fin du paragraphe 1 a été placé entre crochets. La question était de savoir si le projet d'article 88 devait adopter une approche "unilatéralement" ou "bilatéralement" impérative.

46. L'adoption d'une approche "unilatéralement" impérative, dans laquelle il serait possible d'alourdir mais non de réduire, par voie contractuelle, la responsabilité du

transporteur et des autres parties mentionnées dans le projet d'article, a été appuyée. Il a été indiqué que cette approche partait de l'idée que le chargeur devrait se voir octroyer une protection s'inspirant de principes semblables à ceux qui régissaient la protection du consommateur. Il a été proposé de supprimer, au paragraphe 1, les mots "[ou d'alourdir]" ainsi que les crochets entourant la conjonction "ou".

47. Il a été ajouté que l'approche "unilatéralement" impérative était compatible avec la liberté du chargeur d'augmenter ses limites de responsabilité. L'avis a toutefois été exprimé aussi qu'il ne devrait pas être possible pour les parties d'alourdir ses obligations. À cet égard, a-t-on estimé, il valait mieux préciser la responsabilité du chargeur dans les dispositions le concernant directement. Il a en outre été proposé d'insérer dans le projet d'instrument une disposition visant à empêcher le chargeur de limiter ses obligations.

48. L'approche "bilatéralement" impérative, selon laquelle aucune modification contractuelle de la responsabilité des parties ne serait autorisée, a également bénéficié d'un certain soutien. Il a été dit qu'elle reflétait mieux l'équilibre économique actuel entre transporteurs et chargeurs, l'adoption d'une approche "unilatéralement" impérative étant quant à elle considérée comme offrant aux chargeurs une protection inutile. On a cependant fait remarquer qu'au niveau international l'approche "bilatéralement" impérative n'avait été adoptée que dans la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route de 1956 ("Convention CMR") avec des résultats discutables, car elle entravait la concurrence entre transporteurs au détriment de leurs clients.

Conclusions du Groupe de travail sur la question 7

49. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– De supprimer, au paragraphe 1 du projet d'article 88, les mots "[ou d'alourdir]" ainsi que les crochets entourant la conjonction "ou".

Question 8. Quelles parties devraient être visées par le projet d'article 88?

50. Selon un avis, il fallait examiner avec plus d'attention à quelles parties devrait s'appliquer le projet d'article. Il a été indiqué que, par exemple, le projet de texte mentionnait le destinataire mais non l'expéditeur. Il a aussi été indiqué qu'il faudrait envisager la possibilité d'étendre la protection accordée par cet article à toutes les parties exécutantes compte tenu du caractère multimodal du projet d'instrument. À cela il a été rétorqué que les parties exécutantes non maritimes n'entraient pas dans le champ d'application dudit projet. On a finalement jugé nécessaire de faire référence aux parties exécutantes maritimes pour éviter que le transporteur ne se soustraie à sa responsabilité en invoquant la responsabilité exclusive de ces parties.

Conclusions du Groupe de travail sur la question 8

51. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– De supprimer les crochets entourant l'adjectif "maritime" aux paragraphes 1 et 2 du projet d'article 88;

– De maintenir, en vue de la poursuite de la discussion à une session future, les crochets placés autour du dernier membre de phrase du paragraphe 1 du projet d'article.

Proposition de nouvelle version des dispositions relatives au champ d'application et à la liberté contractuelle (projets d'articles 1er, 2, 3, 4, 88 et 89 et nouveau projet d'article 88a)

52. Sur la base de la discussion du Groupe de travail (voir ci-dessus, par. 10 à 51) sur les dispositions du projet d'instrument relatives au champ d'application et à la liberté contractuelle telles qu'elles figuraient dans les documents A/CN.9/WG.III/WP.44 (projets d'articles 1er, 2, 3, 4 et 5) et A/CN.9/WG.III/WP.32 (projets d'articles 88 et 89), un groupe de rédaction informel composé de plusieurs délégations a rédigé une version révisée de ces dispositions, qui a abouti à la proposition d'une nouvelle version des articles 1er, 2, 3, 4, 88 et 89 et d'un nouveau projet d'article 88a devant permettre qu'il soit dérogé au projet d'instrument dans le cas de contrats de tonnage qui répondraient à certaines conditions prescrites. Le nouveau texte proposé était le suivant:

"Article premier

a) Le terme 'contrat de transport' désigne un contrat par lequel un transporteur s'engage, contre paiement d'un fret, à transporter des marchandises d'un lieu à un autre. Le contrat doit prévoir le transport par mer et peut prévoir le transport par d'autres modes avant ou après le transport par mer.

x) Le terme 'contrat de tonnage' désigne un contrat qui prévoit le transport [d'une quantité minimum spécifiée] de marchandises en plusieurs expéditions pendant une période de temps convenue.

xx) Le terme 'transport non régulier' désigne tout transport qui n'est pas un transport régulier. Aux fins du présent alinéa, le terme 'transport régulier' désigne un service de transport qui i) est offert au public par voie de publicité ou par des moyens similaires et ii) comprend un transport assuré par des navires opérant sur une base régulière entre des ports spécifiés conformément à des horaires ou des dates de départ publiés.

Article 2

1. Sous réserve de l'article 3-1, le présent instrument s'applique aux contrats de transport dans lesquels le lieu de réception et le lieu de livraison sont situés dans des États différents, et le port de chargement [d'un transport maritime] et le port de déchargement [du même transport maritime] sont situés dans des États différents, lorsque:

a) Le lieu de réception [ou port de chargement] est situé dans un État partie; ou

b) Le lieu de livraison [ou port de déchargement] est situé dans un État partie; ou

[c) Le contrat de transport prévoit que le présent instrument, ou la loi de tout État lui donnant effet, doit régir le contrat.]

Les références aux [lieux et][2] ports désignent les [lieux et] ports convenus dans le contrat de transport.

2. Le présent instrument s'applique quelle que soit la nationalité du navire, du transporteur, des parties exécutantes, du chargeur, du destinataire ou de toute autre partie intéressée.

Article 3

1. Le présent instrument ne s'applique pas:

a) Aux chartes-parties;

b) Aux contrats d'utilisation d'un navire ou de tout espace de ce navire;

c) Sous réserve des dispositions du paragraphe 2, aux autres contrats de transport non régulier; et

d) Sous réserve des dispositions du paragraphe 3, aux contrats de tonnage.

2. Sans préjudice des alinéas 1 a) et b), le présent instrument s'applique aux contrats de transport portant sur des services non réguliers lorsqu'un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport attestant également la réception des marchandises par le transporteur ou par une partie exécutante, sauf entre les parties à une charte-partie ou à un contrat d'utilisation d'un navire ou de tout espace de ce navire, atteste ou contient le contrat de transport.

3. a) Le présent instrument s'applique aux clauses qui régissent chaque expédition effectuée en vertu d'un contrat de tonnage dans la mesure où les dispositions du présent chapitre[3] le spécifient;

b) Le présent instrument s'applique aux clauses d'un contrat de tonnage dans la mesure où elles régissent une expédition effectuée en vertu d'un contrat de tonnage qui est régi par le présent instrument en vertu de l'alinéa a).

Article 4

Nonobstant l'article 3, si un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport est émis en vertu d'une charte-partie ou d'un contrat visé à l'article 3-1 b) ou c), les dispositions du présent instrument s'appliquent au contrat que le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport atteste ou contient entre le transporteur et l'expéditeur, le destinataire, la partie contrôlante, le porteur ou la personne visée à l'article 31 qui n'est pas l'affréteur ou la partie au contrat visé à l'article 3-1 b) ou c).

---

[2] Dans l'éventualité où l'article premier comprendrait des définitions des termes "lieu de réception" et "lieu de livraison", les références au "lieu" deviendraient inutiles.

[3] En vertu de ce texte provisoire, les articles 2 à 4 proposés formeraient le chapitre relatif au champ d'application, et l'article premier proposé formerait le chapitre des définitions.

Article 88

1. Sauf disposition contraire du présent instrument, une disposition est nulle si:

a) Elle exclut ou limite directement ou indirectement les obligations du transporteur ou d'une partie exécutante maritime en vertu du présent instrument;

b) Elle exclut ou limite directement ou indirectement la responsabilité pour violation d'une obligation du transporteur ou d'une partie exécutante maritime en vertu du présent instrument;

c) Elle cède au transporteur ou à une personne mentionnée à l'article 14 *bis* le bénéfice de l'assurance des marchandises.

[2. Sauf disposition contraire du présent instrument, une disposition est nulle si:

a) Elle exclut, limite [ou alourdit] directement ou indirectement les obligations en vertu du chapitre 7 de l'expéditeur, du destinataire, de la partie contrôlante, du porteur ou de la personne visée à l'article 31; ou

b) Elle exclut, limite [ou alourdit] directement ou indirectement la responsabilité pour violation de leurs obligations en vertu du chapitre 7 de l'expéditeur, du destinataire, de la partie contrôlante, du porteur ou de la personne visée à l'article 31.]

Article 88a[4]

1. Nonobstant l'article 88, si les clauses d'un contrat de tonnage sont soumises au présent instrument en vertu de l'article 3-3 b), le contrat de tonnage peut prévoir des devoirs, droits, obligations et responsabilités plus ou moins importants que ceux énoncés dans l'instrument à condition que le contrat de tonnage [soit accepté par écrit ou électroniquement][5], énonce clairement qu'il déroge aux dispositions du présent instrument, et:

a) Soit négocié individuellement; ou

b) Indique clairement les sections du contrat de tonnage contenant les dérogations.

2. Une dérogation en vertu du paragraphe 1 est énoncée dans le contrat et ne peut provenir, incorporée par référence, d'un autre document.

3. Un [barème public de prix et de services d'un transporteur,] document de transport, enregistrement électronique concernant le transport ou document similaire n'est pas un contrat de tonnage en vertu du paragraphe 1, mais un contrat de tonnage peut incorporer ces documents par référence.

---

[4] Il faudrait que la position de la partie exécutante maritime soit examinée plus avant en liaison avec le projet d'article 15.

[5] L'article 5 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.47 serait développé pour inclure cette disposition.

4. Le droit de dérogation en vertu du présent article s'applique aux clauses qui régissent les expéditions effectuées en vertu du contrat de tonnage dans la mesure où ces clauses sont soumises au présent instrument en vertu de l'article 3-3 a).

5. Le paragraphe 1 ne s'applique pas:

a) Aux obligations énoncées à l'article 13-1 a) et b) [et à la responsabilité découlant de leur violation ou à la limitation de cette responsabilité];

[b) Aux droits et obligations énoncés à l'article [19], [25], [26], [27] et [XX][6] [et à la responsabilité découlant de leur violation]].

6. Le paragraphe 1 s'applique:

a) Entre le transporteur et le chargeur;

b) Entre le transporteur et toute autre partie qui a expressément consenti [par écrit ou électroniquement][7] à être liée par les clauses du contrat de tonnage qui dérogent aux dispositions du présent instrument. [Le consentement exprès doit démontrer que la partie consentante a reçu un avis qui énonce clairement que le contrat de tonnage déroge aux dispositions de l'instrument et le consentement n'est pas énoncé dans un [barème public de prix et de services d'un transporteur,] document de transport, ou un enregistrement électronique concernant le transport. Il incombe au transporteur de prouver que les conditions de dérogation ont été remplies.]

Article 89

Nonobstant les chapitres 4 et 5 du présent instrument, le contrat de tonnage peut exclure ou limiter la responsabilité du transporteur et d'une partie exécutante maritime lorsque:

a) Les marchandises sont des animaux vivants sauf lorsqu'il est prouvé que la perte, le dommage ou le retard résulte d'un acte ou d'une omission que le transporteur [ou une personne mentionnée à l'article 14 *bis*] a commis témérairement et en sachant que cette perte, ce dommage ou ce retard en résulterait probablement; ou

b) Le caractère ou la condition des marchandises ou les circonstances et les termes et conditions auxquels le transport doit se faire sont de nature à justifier une convention spéciale, pourvu que des expéditions commerciales ordinaires faites au cours d'opérations commerciales ordinaires ne soient pas

---

[6] L'article XX renvoie à une nouvelle disposition relative à la réglementation des marchandises dangereuses, qu'il faudrait incorporer à l'instrument en vertu d'une décision prise à la treizième session du Groupe de travail en mai 2004, selon laquelle il faudrait insérer, à un endroit approprié du projet d'instrument pour traiter de la question des marchandises dangereuses, une disposition spécifique fondée sur le principe de la stricte responsabilité du chargeur en cas d'information insuffisante ou défectueuse concernant la nature des marchandises (voir A/CN.9/552, par. 146 à 148). Une telle disposition a été proposée au paragraphe 19 du document A/CN.9/WG.III/WP.39.

[7] L'article 5 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.47 serait développé pour inclure cette disposition.

concernées et qu'aucun document de transport négociable ou enregistrement électronique concernant le transport négociable ne soit ou ne doive être émis pour le transport des marchandises."

53. Le groupe de rédaction informel a présenté au Groupe de travail un bref rapport exposant les changements apportés aux précédentes versions de ces articles, telles qu'elles figuraient dans les documents A/CN.9/WG.III/WP.44 et A/CN.9/WG.III/WP.32. Dans la définition du "contrat de transport", la dernière phrase entre crochets de la version précédente du projet d'article 1 a) a été supprimée comme l'avait décidé le Groupe de travail (voir ci-dessus, par. 33 et 34). En outre, une définition du "contrat de tonnage" a été ajoutée sous la forme d'un projet d'alinéa x), et la définition du "service régulier" a été supprimée, car jugée inutile compte tenu de dispositions proposées ultérieurement qui se référaient uniquement à un "transport non régulier". Dans la nouvelle version proposée de l'article 2-1, le mot "[contractuel]" a été supprimé au profit de la phrase finale. La version précédente du projet d'article 2-1 c) a été supprimée, faute d'un soutien suffisant. Le texte entre crochets figurant dans la nouvelle version proposée des alinéas a) et b) de l'article 2-1 a pour objet de souligner l'aspect relatif au transport maritime et a été inséré pour examen ultérieur par le Groupe de travail. Dans un souci de clarté, les versions précédentes des projets d'articles 3 et 4 ont été fusionnées pour créer la nouvelle version proposée de l'article 3. Il a été noté que, dans la nouvelle version proposée de l'article 3-1, la règle principale énumère les contrats qui n'étaient pas inclus dans le champ d'application du projet d'instrument et que, si l'alinéa b) incluait les chartes-parties, celles-ci étaient néanmoins mentionnées à l'alinéa a) à des fins historiques. La nouvelle version proposée de l'article 3-2 est une version légèrement modifiée de la précédente pour ce qui est de l'inclusion de certains contrats de transport non régulier. La nouvelle version proposée de l'article 3-3 a pour objet de faire entrer les contrats de tonnage dans le champ d'application du projet d'instrument sur la base d'expéditions individuelles effectuées en vertu de ces contrats. La nouvelle version proposée de l'article 4 reprend les éléments du projet d'article 5 précédent en utilisant l'approche documentaire, et en énumérant précisément les personnes auxquelles l'article s'applique. Comme son prédécesseur figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, la nouvelle version proposée de l'article 88 traite des dispositions obligatoires du projet d'instrument, divisant la question en un paragraphe 1 concernant le transporteur et la partie exécutante maritime, et un paragraphe 2 concernant les chargeurs. Le paragraphe 1 proposé reflète l'approche unilatérale obligatoire convenue pour ce qui est du transporteur, le paragraphe 2 exprimant quant à lui une approche plus nuancée des obligations des chargeurs en vue d'un débat ultérieur du Groupe de travail. Le nouvel article 88a proposé a été rédigé pour tenir compte du débat que le Groupe de travail avait eu en ce qui concerne la possibilité de déroger aux dispositions du projet d'instrument dans certains cas afférents aux contrats de tonnage, y compris les conditions à remplir pour ce faire et quelques prescriptions supplémentaires. En outre, il a été noté qu'en vertu du nouvel article 88a-4 proposé, si le contrat de tonnage en question répondait aux conditions énumérées, les dispositions valables dérogeant au projet d'instrument couvriraient à la fois le contrat de tonnage et chaque expédition individuelle visée au nouvel article 88a proposé. Le nouvel article 88a-5 proposé énonce les dispositions obligatoires auxquelles il ne peut jamais être dérogé, le nouvel article 88a-6 proposé indiquant à qui la dérogation s'appliquerait, précisant

les éléments nécessaires d'un "consentement exprès" à la dérogation, et instituant une garantie supplémentaire consistant à placer sur le transporteur la charge de prouver que les conditions de dérogation ont été remplies.

Proposition de nouvelle version de l'article premier

54. Le Groupe de travail a tout d'abord examiné le texte proposé pour le projet d'article premier (voir plus haut, le paragraphe 52).

Définition du terme "contrat de tonnage" (proposition de nouvelle version de l'alinéa x) de l'article premier)

55. Il a été suggéré de supprimer le membre de phrase "[d'une quantité minimum spécifiée]" du projet d'alinéa x) de l'article premier afin de refléter une pratique commerciale appliquée dans les contrats de tonnage, qui consiste à ne pas indiquer la quantité minimum de marchandises devant être transportée, mais seulement une estimation de cette quantité. Il a été souligné qu'il faudrait continuer de faire référence à la quantité de marchandises à transporter, mais sans faire état d'une quantité minimum.

56. Il a été suggéré de supprimer le membre de phrase "pendant une période de temps convenue" figurant dans le projet d'alinéa x) de l'article premier. Il a été indiqué toutefois que par définition, les contrats de tonnage portaient sur une période de temps limitée. Il a été ajouté que dans la pratique, il était impossible aux transporteurs de réserver de l'espace pour un chargeur pour une durée indéterminée.

Définition des termes transport régulier et transport non régulier (projet d'alinéa xx) de l'article premier)

57. Il a été proposé d'inverser l'ordre des phrases du texte du projet d'alinéa xx) de l'article premier. En réponse à cette proposition, il a été fait observer que l'ordre des phrases de ce paragraphe reflétait mieux l'emploi de la notion de transport non régulier dans le projet d'instrument. Une autre proposition a été de supprimer purement et simplement la définition du terme "transport non régulier". En outre, il a été expliqué, en réponse à une question, que les mots "comprend un transport" au sous-alinéa ii) étaient nécessaires pour décrire une partie seulement du service de transport offert, qui pouvait comprendre d'autres services, comme l'entreposage.

Conclusions du Groupe de travail sur le texte du projet d'article premier

58. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- Que le texte du projet d'article premier devait être conservé afin de poursuivre la discussion débats lors d'une session future sur la base des vues exposées ci-dessus.

Proposition de nouvelle version de l'article 2

59. Le Groupe de travail a ensuite examiné le texte du projet d'article 2 (voir le paragraphe 52 ci-dessus).

Définition du champ d'application géographique

60. On a déclaré craindre que le texte de l'article 2-1 du projet d'instrument ne soit pas assez précis quant aux exigences relatives au caractère international de l'étape maritime du transport pour déclencher l'application du projet d'instrument. Différents avis ont été émis sur la question de savoir s'il fallait ou non conserver les deux références au transport maritime figurant entre crochets dans le chapeau de la nouvelle version de l'article 2-1, ou s'il ne fallait en conserver qu'une, mais aucune décision n'a été prise à ce sujet.

Projet d'article 2-1 c) proposé. Choix contractuel d'application du projet d'instrument

61. Il a été proposé de supprimer le texte entre crochets figurant dans la nouvelle version de l'article 2-1 c), puisque, en l'absence de référence à tout caractère international dans la définition du contrat de transport, le texte pourrait permettre aux parties à un contrat de transport intérieur d'opter pour l'application du projet d'instrument. Toutefois, il a été également proposé de conserver le texte entre crochets, car il correspondait à l'article X c) des Règles de La Haye-Visby, qui était largement appliqué dans la pratique, en particulier pour les compagnies maritimes tierces transportant des marchandises via des États qui n'étaient pas parties à l'instrument. Il a alors été fait observer que l'article X c) des Règles de La Haye-Visby avait créé, dans certains pays, des difficultés au niveau constitutionnel, que l'on pourrait éviter en supprimant le texte figurant entre crochets à l'article 2-1 c). Il a en outre été indiqué que l'article X c) des Règles de La Haye-Visby y avait été ajouté par le Protocole de Visby de 1968 pour des raisons sans rapport avec le projet d'instrument, et que cette disposition avait donné lieu à différentes interprétations dans différents États. On a également estimé que le maintien du texte entre crochets proposé pour le projet d'article 2-1 c) serait incompatible avec les chapitres 15 et 16 du projet d'instrument, puisque ces règles auraient pour effet conjoint de donner aux parties le choix des règles de procédure, ce qui serait contraire aux dispositions impératives du droit international privé. Dans cette optique, il a été proposé de continuer à examiner la possibilité de remanier le texte entre crochets du projet d'article 2-1 c) de façon à limiter sa portée à des questions contractuelles telles que, par exemple, le choix de la loi applicable.

Conclusions du Groupe de travail sur le texte du projet d'article 2

62. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que la proposition de nouvelle version de l'article 2, y compris le texte entre crochets, servirait de base à la poursuite de la discussion à une session future.

Proposition de nouvelle version de l'article 3

63. Le Groupe de travail a examiné le texte de la nouvelle version de l'article 3 (voir le paragraphe 52 ci-dessus).

Dérogations au champ d'application du projet d'instrument

Projets d'articles 3-1 et 3-2

64. Il a été noté que la nouvelle version de l'article 3-1 visait en premier lieu à exclure les contrats de transport portant sur des services non réguliers du champ d'application du projet d'instrument. Il a été dit au Groupe de travail que l'objectif de la nouvelle version de l'article 3-2 était de créer une exception aux dispositions de la nouvelle version de l'article 3-1 concernant certains types de transports non réguliers pour lesquels un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport était actuellement émis. La règle contenue dans la nouvelle version proposée de l'article 3-2, selon laquelle ces contrats entreraient dans le champ d'application du projet d'instrument, a été jugée conforme aux Règles de La Haye-Visby en ce qui concerne les connaissements. En outre, la nouvelle version de l'article 3-2 permettrait d'étendre la règle traditionnelle afin de couvrir tous les cas dans lesquels un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport était émis.

Projet d'article 3-3

65. Des éclaircissements ont été demandés au sujet des formulations suivantes figurant dans la nouvelle version proposée du projet d'article 3-3: "clauses qui régissent chaque expédition" et "clauses d'un contrat de tonnage". Il a été indiqué que la mention des "clauses qui régissent chaque expédition" visait à tourner les difficultés que posait le terme "expédition" du fait qu'il s'agissait uniquement d'un service rendu en vertu du contrat de transport, tandis que pour définir le champ d'application du projet d'instrument, il était nécessaire de faire référence à des clauses contractuelles. Étant donné qu'il n'existe pas de contrat spécifique pour chaque expédition, il a fallu faire référence à ces clauses dans le contrat de tonnage qui régissait les différentes expéditions. L'objectif de l'alinéa b) était d'indiquer clairement que seules les clauses du contrat de tonnage qui régissaient les différentes expéditions entraient dans le champ d'application du projet d'instrument. En revanche, les clauses ou stipulations du contrat de tonnage qui ne réglementaient pas les différentes expéditions étaient exclues de son champ d'application. Les contrats de tonnage régissant les expéditions sortant du champ d'application du projet d'instrument (par exemple en cas d'utilisation de chartes-parties pour des expéditions spécifiques) resteraient également exclus du champ d'application du projet d'instrument.

Conclusions du Groupe de travail sur le projet de nouvelle version de l'article 3

66. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le texte proposé pour la nouvelle version de l'article 3 devrait être incorporé dans le projet d'instrument en vue de la poursuite de la discussion à une session future à la lumière des vues exprimées et éclaircissements apportés ci-dessus.

Proposition concernant l'insertion du projet d'article 4

67. Le Groupe de travail a examiné le texte proposé pour le projet d'article 4 (voir le paragraphe 52 ci-dessus).

Protection des tiers lors de l'émission d'un document de transport ou d'un enregistrement électronique concernant le transport en vertu d'un contrat exclu du champ d'application du projet d'instrument

68. Il a été signalé que l'effet visé par le projet d'article 4 proposé était de fournir, en vertu du projet d'instrument, une protection aux tiers lorsqu'un document de transport ou un enregistrement électronique était émis en vertu d'un contrat exclu du champ d'application du projet d'instrument conformément aux alinéas a), b) et c) du projet d'article 3-1. Il a en outre été indiqué que le mécanisme proposé dans le projet d'article 4 était similaire à celui établi en vertu des Règles de La Haye-Visby en matière d'émission de connaissements. Toutefois, il fallait ajuster ce mécanisme à la lumière de l'adoption d'une approche contractuelle en vue d'identifier les tiers qui nécessitaient une protection en vertu du projet d'instrument et compte tenu également de la nécessité de faire référence tant aux connaissements qu'à tous les documents de transport ou enregistrements électroniques concernant le transport conformément aux demandes du Groupe de travail.

69. L'avis a été exprimé que le projet d'article 4 devrait fournir une protection uniquement aux détenteurs de documents négociables et détenteurs de bonne foi de documents non négociables, dans la mesure où les détenteurs tiers de tels documents non négociables ne connaissaient probablement pas la nature réelle de la relation entre le chargeur et le transporteur et avaient par conséquent besoin d'être protégés. Il a également été indiqué que si une catégorie de documents de transports, notamment les lettres de transport maritime, que l'on pourrait décrire à des fins d'illustration comme étant des documents "quasi négociables", s'était effectivement établie dans la pratique, il n'était pas possible de donner une définition adéquate de ces documents de transports. Le projet d'article 4, par conséquent, utilisait la notion plus vaste de "document de transport ou enregistrement électronique concernant le transport".

70. On a estimé que certaines activités de tramping risquaient de tomber sous le coup de la définition figurant à l'article 3-1-d) du projet d'instrument et que, pour protéger les tiers porteurs de documents émis dans ce cadre, il faudrait ajouter à la fin du projet d'article 4 une référence au projet d'article 3-1-d). On a également estimé qu'il pourrait être nécessaire, dans le cas où un destinataire céderait ses droits à un affréteur, de préciser si ce dernier serait lié par la charte-partie ou serait protégé en tant que tiers. On a également estimé, cependant, qu'une situation particulière telle que celle décrite ici ne devrait pas être traitée dans le projet d'instrument.

Notion de document de transport et de récépissé

71. On a estimé que la notion de document de transport, dans le projet d'article 4, avait besoin d'être précisée. Selon un avis, l'application du projet d'instrument à des tiers ne devrait pas être subordonnée à l'existence d'un tel document.

72. Bien que le terme "document de transport" défini au projet d'article 1 k) inclue la simple réception de marchandises, on a expliqué que l'émission de tels documents ne déclenchait pas l'application du projet d'instrument à un tiers, car selon le projet d'article 4 proposé "les dispositions du présent instrument s'appliquent au contrat que le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport atteste ou contient". On a en outre indiqué que

le projet d'article 4 proposé s'appliquait aux contrats de services non réguliers exclus du champ d'application du projet d'instrument et que, dans la pratique de ce secteur, il était rarement émis un récépissé. Lorsque c'était le cas, le chargeur et le destinataire formaient souvent, juridiquement et économiquement, une même entité. On a aussi estimé, cependant, qu'un récépissé pourrait très bien être preuve d'un contrat, et que des tiers porteurs d'un récépissé entreraient dans le champ d'application du projet d'article 4 du projet d'instrument dans la mesure où le récépissé attestait le contrat.

Conclusions du Groupe de travail sur le projet d'article 4

73. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le texte du projet d'article 4 devrait servir de base à la poursuite de la discussion à une session future;

– Qu'il faudrait tenir compte, dans le texte qu'établirait le secrétariat, de la proposition tendant à insérer à la fin du projet d'article 4 une référence au projet d'article 3-1 d), ainsi que de tout éclaircissement qu'il faudrait apporter sur le traitement des récépissés.

Proposition de nouvelle version de l'article 88

74. Le Groupe de travail a commencé par examiner le texte proposé pour le projet d'article 88 (voir le paragraphe 52 ci-dessus). Comme il a été noté précédemment, le paragraphe 1 du projet d'article 88 traitait des dispositions impératives du projet d'instrument relatives au transporteur et à la partie exécutante maritime, et le paragraphe 2 concernait les dispositions impératives du projet d'instrument relatives aux chargeurs.

Nouvelle version de l'article 88-1 – Dispositions impératives relatives au transporteur et à la partie exécutante maritime

75. Le Groupe de travail a soutenu dans l'ensemble les principes énoncés dans la nouvelle version de l'article 88-1. On a observé que si l'alinéa c) faisait double emploi avec la législation actuelle, les alinéas a) et b) représentaient une approche légèrement nouvelle du droit des transports maritimes. En effet, l'alinéa a) interdisait au transporteur de redéfinir ses obligations en vertu du projet d'instrument en les excluant ou en les limitant, tandis que l'alinéa b) l'empêchait d'exclure ou de limiter sa responsabilité pour violation d'une obligation découlant du projet d'instrument. Il a été dit que l'alinéa a), qui interdisait au transporteur de redéfinir ses obligations, avait pour objet de l'empêcher de se soustraire à ses obligations en faisant indirectement ce qu'il ne pouvait pas faire directement.

76. Des questions ayant trait à la rédaction ont été soulevées. On a demandé pourquoi, dans le texte du chapeau de la nouvelle version de l'article 88-1, le membre de phrase "toute stipulation contractuelle", qui apparaissait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, avait été supprimé et remplacé, dans la nouvelle version, par "une disposition". Il a été répondu que l'intention n'avait pas été de faire une modification de fond, et que ce changement pourrait être réexaminé par le Groupe de travail. On a également émis le souhait que le membre de phrase "dans la mesure où elle a pour objet" soit réinséré dans la nouvelle version de l'article 88-1. En outre, il a été proposé de faire, à l'alinéa a), référence aux projets d'articles 10,

11 et 12 du projet d'instrument, qui énoncent les obligations du transporteur. Enfin, on s'est interrogé sur le fait de savoir si l'on pouvait dire que l'aptitude des parties à accepter que certaines des obligations du transporteur soient assumées au nom du chargeur, de la partie contrôlante ou du destinataire en vertu du projet d'article 11-2 contredisait la nouvelle version de l'article 88-1, compte tenu en particulier de la référence faite par cette disposition aux parties exécutantes maritimes. En guise d'explication, il a été noté qu'il était fait référence, dans la nouvelle version de l'article 88-1, aux parties exécutantes maritimes afin de réglementer les "clauses Himalaya", qui pouvaient exclure ou limiter la responsabilité d'une partie exécutante maritime en accordant aux parties exécutantes maritimes certains avantages contractuels dont elles ne bénéficieraient pas autrement. Il a également été proposé de remplacer, à l'alinéa b), le membre de phrase "violation d'une obligation" par "violation d'une disposition".

Conclusions du Groupe de travail sur la nouvelle version de l'article 88-1

77. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Qu'il faudrait conserver la nouvelle version de l'article 88-1 proposée en vue de la poursuite de la discussion à une session future, compte tenu des avis exprimés ci-dessus.

Proposition d'article 88-2 – Dispositions impératives relatives aux chargeurs

78. Le projet d'article 88-2 a bénéficié, au sein du Groupe de travail, d'un certain soutien, et l'on a estimé que cette proposition tenait compte du débat que le Groupe de travail avait eu sur ce thème (voir ci-dessus, par. 45 à 51). On a estimé que puisque la nouvelle version proposée de l'article 88-1 comprenait des dispositions impératives relatives au transporteur et à la partie exécutante maritime, il fallait, pour être cohérent, que le projet d'instrument comprenne également des dispositions impératives relatives aux chargeurs. On a estimé que pour assurer une véritable égalité de traitement à cet égard, il n'y avait aucune raison d'interdire à un chargeur d'alourdir ses responsabilités; on a par conséquent proposé de supprimer les mots "[ou alourdit]"des alinéas a) et b).

79. Selon un autre avis, il ne devrait y avoir dans le projet d'instrument des dispositions impératives que lorsque cela est vraiment nécessaire et il a été dit que si ces dispositions avaient pour objet de protéger les petits chargeurs, il faudrait supprimer le paragraphe 2 dans son intégralité. On a également émis l'avis qu'il ne devrait pas y avoir de traitement absolument égal des transporteurs et des chargeurs pour ce qui est des dispositions impératives les concernant, du fait que les transporteurs avaient l'avantage de bénéficier d'une responsabilité limitée en vertu du projet d'instrument, et que le paragraphe 1 avait pour objet de protéger les petits chargeurs, alors que le paragraphe 2 avait pour objet de protéger les petits transporteurs et autres chargeurs. On a en outre observé que le chapitre 7 du projet d'instrument énonçait les obligations du chargeur en vertu du projet d'instrument, et l'on a estimé que le fait de savoir si ces dispositions devraient être impératives, comme par exemple l'obligation faite au projet d'article 25 de bien arrimer les marchandises, devrait être déterminé article par article dans ce chapitre, plutôt que dans une disposition générale telle celle proposée à l'article 88-2. La proposition de supprimer le projet d'article 88-2 a été soutenue. Selon l'avis contraire, cependant, il était plus pratique, d'un point de vue rédactionnel, d'avoir une disposition

générale telle que le projet d'article 88-2 que de procéder à l'examen des obligations du chargeur article par article. Il a été proposé de conserver le projet d'article 88-2 entre crochets jusqu'à ce que le Groupe de travail ait examiné les obligations du chargeur énoncées au chapitre 7, et ait décidé s'il était plus pratique de traiter les obligations du chargeur article par article ou au moyen d'une disposition générale.

Conclusions du Groupe de travail sur le projet d'article 88-2

80. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Qu'il faudrait conserver le projet d'article 88-2 entre crochets en vue de la poursuite de la discussion après l'examen des obligations du chargeur énoncées au chapitre 7 du projet d'instrument.

Projet d'article 88a proposé

Projet d'article 88a-1

81. Le Groupe de travail a ensuite examiné le projet d'article 88a-1 proposé (voir le paragraphe 52 ci-dessus).

Discussion générale

82. Comme base pour la poursuite de la discussion à une session future, et sous réserve d'éventuels ajustements d'ordre rédactionnel à la lumière du débat, on a appuyé le principe énoncé au projet d'article 88a-1 et sa structure générale autorisant les dérogations au projet d'instrument sous certaines conditions. On a observé que le projet d'article 88a-1 avait été rédigé avec un grand soin afin de mettre en balance la nécessité d'obtenir un accord concernant les dérogations en question et celle de maintenir un certain pragmatisme commercial. Selon un avis, on y parvenait, au projet d'article 88a-1, en exigeant que le contrat de tonnage énonce clairement qu'il déroge aux dispositions du projet d'instrument et a) soit négocié individuellement ou b) indique clairement les sections du contrat de tonnage contenant les dérogations. On a estimé que s'il fallait ajuster le texte, cette approche offrait une structure appropriée pour ce qui est de protéger les parties au contrat sans rendre les conditions de protection onéreuses au point de devenir commercialement irréalisables.

83. On s'est inquiété de l'utilisation qui était faite du mot "ou" entre les alinéas a) et b) du projet d'article 88a-1, car on pensait qu'une condition de cette dérogation était que tous ces contrats de tonnage seraient "négociés individuellement". Il a été dit que le projet d'article pourrait nommer quelques indicateurs qui permettraient de déterminer si un contrat était négocié individuellement, comme par exemple le pouvoir de négociation relatif des parties. Selon un avis, il faudrait placer l'alinéa b) entre crochets ou le supprimer entièrement afin d'exiger que tous les contrats de tonnage dérogeant au projet d'instrument soient négociés individuellement. Selon un autre avis, cependant, cet alinéa revêtait une grande importance dans certains pays où les petits chargeurs étaient pratiquement contraints, du point de vue économique, de conclure des contrats de tonnage, souvent à des conditions standard. Étant donné le danger que ces conditions standard pouvaient présenter dans la mesure où ils pouvaient dissimuler des dérogations aux obligations énoncées dans le

projet d'instrument, on a estimé que l'alinéa b) offrait une protection concrète et indispensable aux petits chargeurs confrontés à ces conditions standard. De surcroît, a-t-il été dit, le fait de conserver l'alinéa b) du projet d'article 88a-1 présentait un autre avantage: tandis que les négociations concernant les obligations spécifiques du contrat relevaient clairement de l'alinéa a), l'alinéa b) était nécessaire pour englober les situations dans lesquelles les obligations du contrat et les dérogations au projet d'instrument étaient acceptées et non négociées, mais où la négociation portait en fait sur le prix à payer pour le fret.

84. D'autres propositions de rédaction ont été faites en ce qui concerne le projet d'article 88a-1. Des doutes ont été exprimés en ce qui concerne le mot "clairement", qui apparaissait deux fois dans le projet d'article; on a estimé que l'on pourrait préciser le sens de ce terme. On a également dit que le paragraphe 1 du projet d'article 88a pourrait comprendre un texte précisant qu'il était "soumis au paragraphe 5" du même article.

Conclusions du Groupe de travail sur le projet d'article 88a-1

85. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Qu'il faudrait conserver le projet d'article 88a-1 dans le texte du projet d'instrument en vue de la poursuite de la discussion à une session future, sous réserve d'éventuels ajustements qui pourraient être apportés compte tenu des avis exprimés ci-dessus.

Projets d'articles 88a-2 et 88a-3

86. Il a été estimé que l'obligation faite dans le projet d'article 88a-2 d'énoncer les dérogations au projet d'instrument dans le contrat de transport était superflue, car cela était déjà exigé dans le projet d'article 88a-1. On a toutefois indiqué aussi que les deux dispositions différaient par leur portée, car le projet d'article 88a-1 exigeait que toutes les dérogations, ainsi que les dispositions touchées par elles, soient énoncées exclusivement dans le contrat de transport et qu'elles soient portées à l'attention de l'autre partie contractante, tandis que le projet d'article 88a-2 empêchait l'incorporation par référence des dérogations dans le contrat de transport.

87. L'avis a été exprimé qu'il faudrait préciser davantage au projet d'article 88a-3 la relation entre le document de transport, tel qu'il est défini au projet d'article 1 k), et le contrat de transport. Il a été suggéré de remplacer les termes "mais n'est", dans ce projet d'article, par les mots "n'atteste" ou une expression similaire pour indiquer que le document de transport ne devrait pas être utilisé pour attester le contrat de transport. On a proposé qu'une définition du contrat de tonnage soit insérée dans le projet d'instrument. Il a été également proposé que le projet d'article 88a-3 soit scindé en deux phrases distinctes, et que la conjonction "mais" soit supprimée.

88. On a dit craindre que la référence aux documents incorporés par référence, dans la deuxième phrase du projet d'article 88a-3 ne conduise à insérer des dérogations au projet d'instrument dans le document incorporé. Il a été fait observer toutefois que le projet d'article 88a-2 exigeait que toutes les dérogations soient énoncées dans le contrat de transport. L'opinion a été émise que le projet d'article 88a-3 ne devrait pas être inséré dans le projet d'instrument sauf s'il énonçait des conditions de dérogation. Il a été répondu que dans certains pays, les chargeurs, tout en étant pleinement conscients des besoins de rédaction efficace des contrats,

estimaient nécessaire d'être protégés par une disposition comme celle du projet d'article 88a-3.

Conclusions du Groupe de travail sur les projets d'articles 88a-2 et 3

89. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Qu'il faudrait conserver la version des articles 88a-2 et 3 proposée en vue de la poursuite de la discussion à une session future compte tenu des avis exprimés ci-dessus.

Projet d'article 88a-4

90. On a dit que le projet d'article 88a-4 était nécessaire compte tenu de l'approche contractuelle adoptée dans la définition du champ d'application du projet d'instrument. On a fait observer qu'il reflétait la décision selon laquelle seules les clauses d'un contrat de tonnage régissant les expéditions entrant dans le champ d'application du projet d'instrument seraient soumises à dérogation (voir ci-dessus, par. 52).

91. Il a été suggéré d'insérer dans le projet d'article 88a-4 une référence au projet d'article 88a-5. Il a été suggéré aussi de remplacer les termes "les expéditions" par les termes "toute expédition" pour souligner que la disposition s'appliquait aux clauses régissant chacune des expéditions, effectuée en vertu d'un contrat de tonnage, qui entrait dans le champ d'application du projet d'instrument. On a fait observer toutefois que l'emploi des termes "toute expédition" risquait d'entraîner un malentendu, car seules certaines clauses du contrat de tonnage pourraient être soumises au projet d'instrument, par exemple dans le cas d'un contrat de tonnage combinant des expéditions internationales et nationales.

Conclusions du Groupe de travail sur le projet d'article 88a-4 proposé

92. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que la version de l'article 88a-4 proposée servirait de base à la poursuite de la discussion à une session future compte tenu des avis exprimés ci-dessus.

Projet d'article 88a-5

Effets sur d'autres accords de transport internationaux

93. On a exprimé la crainte que dans le "système à réseau" pour le transport multimodal adopté dans le projet d'instrument, le projet d'article 88a-5 n'introduise également dans le contrat de transport des dérogations aux accords de transport internationaux ne portant pas sur le transport maritime, et que cela ne soit contraire aux règles impératives du droit international. On a fait observer toutefois que le projet d'article 8 du projet d'instrument n'était pas une disposition sur le conflit de conventions, mais reflétait plutôt une décision de principe visant à permettre à certaines dispositions d'autres instruments internationaux de s'appliquer au transport terrestre en vertu du projet d'instrument. Il a été répondu que seules certaines dispositions d'autres accords internationaux seraient applicables au contrat de transport en vertu du projet d'instrument et que la version de l'article 88a-5 proposée permettrait de déroger à ces dispositions particulières dans un contrat de

tonnage. De l'avis général, il était nécessaire de clarifier plus avant cette question dans le texte du projet d'article 88a-5 ou du projet d'article 8.

Relation avec les autres paragraphes du projet d'article 88a

94. Il a été suggéré de faire référence également dans le chapeau du paragraphe 5 du projet d'article 88a au paragraphe 4 dudit projet.

Responsabilité pour un acte intentionnel ou téméraire

95. Il a été suggéré que la référence au projet d'article 19 soit placée, non à l'alinéa b) du paragraphe 5 du projet d'article 88a, mais dans un alinéa distinct et qu'elle soit développée afin d'empêcher que les parties à un contrat de tonnage ne limitent leur responsabilité en cas d'un acte intentionnel ou téméraire.

Obligations auxquelles il ne peut être dérogé

96. Il a été suggéré de mentionner le projet d'article 13-1 c) dans le projet d'article 88a-5 a). On a indiqué que cette disposition relative à la conformité du navire au type de cargaison transporté constituait un aspect important de l'obligation de navigabilité et qu'il serait donc conforme à la logique du paragraphe 5 a) du projet d'article 88a d'y faire référence. À cela il a cependant été rétorqué que, contrairement aux obligations prévues aux alinéas a) et b) du paragraphe 1 du projet d'article 13, l'obligation énoncée à l'alinéa c) ne relevait pas de l'ordre public et de la sécurité générale et que, de ce fait, son application devrait être laissée à la liberté des parties.

97. Il a été indiqué que les crochets figurant dans le projet d'article 88a-5 a) devraient être supprimés pour bien montrer qu'il ne serait pas possible de déroger aux articles qui s'y trouvaient énumérés ni en ce qui concerne le régime ni en ce qui concerne le degré de responsabilité. Il a également été suggéré de mentionner dans le projet d'article 88a-5 b) les dispositions du projet d'instrument relatives à la compétence et à l'arbitrage.

98. Il a en outre été suggéré que le Groupe de travail examine plus avant la liste des dispositions auxquelles il ne peut être dérogé énumérées dans le projet d'article 88a-5, afin d'y insérer d'autres obligations, telles que l'exigence de signature énoncée à l'article 35.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 88a-5

99. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– De se fonder sur le projet de texte proposé pour l'article 88a-5 afin de poursuivre la discussion à une session future, en tenant compte des suggestions ci-dessus d'insérer d'autres articles du projet d'instrument et de mentionner ses dispositions relatives à la compétence et à l'arbitrage;

– De clarifier la relation entre le paragraphe 5 et les autres paragraphes du projet d'article 88a ainsi que son interaction avec les dispositions d'autres instruments internationaux relatifs au transport;

– D'étudier plus avant, à une session future, la possibilité d'insérer, dans un autre alinéa du paragraphe 5, une référence à la responsabilité pour des actes intentionnels ou téméraires.

Projet d'article 88a-6

100. De l'avis général, le chapeau du paragraphe 6 devrait se référer non seulement au paragraphe 1, mais aussi à tous les autres paragraphes du projet d'article 88a. D'un point de vue rédactionnel, il a également été proposé de remplacer, à l'alinéa b), les mots "toute autre partie" par "toute partie autre que le chargeur".

Projet d'article 88a-6 b). Protection des tiers

101. Il a été fait observer que le texte proposé pour le projet d'article 88a-6 b) constituait un compromis entre, d'une part, la non-application aux tiers des stipulations contractuelles dérogeant au projet d'instrument et, d'autre part, leur application à ces tiers sans aucune limite. Il a été ajouté que ce compromis représentait un équilibre délicat entre la volonté de protéger les tiers et celle d'adopter une disposition pratique sur le plan commercial. On a estimé que le fait d'exiger des tiers qu'ils consentent à être liés par les stipulations d'un contrat de tonnage dérogeant au projet d'instrument leur offrirait une protection suffisante. Selon un autre point de vue, toutefois, ce consentement n'était pas nécessaire car des tiers tels que les destinataires acquerraient intentionnellement des droits en vertu du contrat de transport et un régime spécial, éventuellement similaire à celui prévu dans le projet d'article 77, ne devrait être envisagé qu'en cas d'émission de documents de transport négociables.

Consentement exprès

102. On s'est inquiété de la signification du terme "consentement exprès" figurant dans le projet d'article 88a-6 b). Selon un avis, ce terme ne devrait pas être défini dans le projet d'instrument. Il a en outre été estimé que des éclaircissements étaient nécessaires pour bien montrer que le consentement devrait être exprimé directement et individuellement par le tiers afin que celui-ci ne soit pas automatiquement lié par des dérogations acceptées en son nom. On a largement appuyé l'idée selon laquelle le consentement des tiers devrait être à la fois exprès et individuel, sans être trop compliqué pour les transporteurs. On a signalé pendant la discussion la nécessité de consulter les secteurs concernés à propos de ce paragraphe. On a dit aussi cependant qu'il faudrait trouver un mécanisme approprié pour les cas où de nombreuses personnes seraient concernées, en tant que tiers, par l'exécution d'un contrat de tonnage, par exemple lorsque ce contrat était conclu pour plusieurs années.

103. Il a été dit que la deuxième partie du projet d'article 88a-6 b) appelait des éclaircissements en ce qui concerne la possibilité pour un tiers de consentir expressément à être lié par les stipulations dérogatoires du contrat de tonnage dans un document de transport. Il a été indiqué que, par exemple, l'expression manuscrite de ce consentement sur le recto d'un document de transport devrait être considérée comme valable aux fins de ce projet d'article.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 88a-6

104. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Qu'il se fonderait sur le texte proposé pour le projet d'article 88a-6 pour poursuivre la discussion à une session future en tenant compte des vues exprimées ci-dessus;

– Que la proposition d'insérer dans le chapeau du paragraphe 6 du projet d'article 88a une référence aux paragraphes 1 à 5 du même projet d'article devrait être prise en considération dans le texte qu'élaborerait le secrétariat.

Projet d'article 89

105. Le Groupe de travail a examiné le projet d'article 89 remanié (voir le paragraphe 52 ci-dessus). Il lui a été rappelé qu'il avait examiné le projet d'article 89 tout récemment à sa onzième session (voir A/CN.9/526, par. 216 à 218).

Projet d'article 89-1. Transport d'animaux vivants

Liberté contractuelle ou exonération de responsabilité

106. Il a été rappelé que l'article 5-5 des Règles de Hambourg était fondé sur l'exonération de responsabilité et dégageait le transporteur de sa responsabilité seulement en ce qui concerne les pertes, dommages ou retards à la livraison d'animaux vivants, qui tenaient aux risques particuliers inhérents à ce genre de transport. Il a été également indiqué que conformément aux Règles de Hambourg, le transporteur d'animaux vivants était soumis à toutes les obligations stipulées dans cet instrument. On a fait observer que le projet d'article 89 a), par contre, était fondé sur une démarche contractuelle et qu'en vertu de cette disposition le transporteur d'animaux vivants n'était responsable que d'actes ou d'omissions téméraires et ceci dans des conditions supplémentaires spécifiées dans le projet de disposition. Les deux approches ont été appuyées. Il a été également indiqué qu'elles aboutissaient à des résultats pratiques similaires. La proposition de compléter la référence de la responsabilité du transporteur par une référence à ses obligations a été largement appuyée. En outre, on a fait observer que la perte pour le transporteur du droit de limiter sa responsabilité était régie conformément au projet d'article 19, indépendamment du projet d'article 89 a).

Préposés et mandataires du transporteur et autres parties exécutantes maritimes

107. Selon un avis, il fallait éviter toute référence aux préposés ou mandataires du transporteur puisque la nécessité de disposer délibérément d'animaux stressés survenait régulièrement dans ce genre de transport. L'opinion qui l'a emporté a toutefois été qu'il fallait retenir le passage entre crochets du projet d'article 89 a) parce que, dans la pratique, seuls les préposés ou mandataires du transporteur étaient en relation avec les animaux vivants à bord et qu'une référence aux parties exécutantes devait être insérée après le passage entre crochets. De cette façon, il était indiqué que la disposition de propos délibéré d'animaux stressés dégagerait de la responsabilité en tant que mesure raisonnable pour protéger des biens en mer (voir projet d'article 14-3 l), A/CN.9/572, par. 64).

Transport multimodal

108. Il a été demandé si le projet d'article 89 a) introduisait une exonération de responsabilité dans les étapes non maritimes du transport multimodal. Il a été répondu que, si le transport d'animaux vivants était généralement de type

multimodal dans la pratique, il n'était jamais effectué sur la base d'un contrat de transport multimodal et l'étape non maritime du transport était donc régie par le droit national.

Conclusions du Groupe de travail sur le projet d'article 89

109. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le texte proposé du projet d'article 89, y compris le passage entre crochets et la référence supplémentaire aux parties exécutantes maritimes, devrait être retenu afin d'être examiné plus avant à une session future compte tenu des considérations exprimées ci-dessus;

– Qu'une référence aux obligations du transporteur devrait être insérée dans le chapeau du projet d'article 89;

– Que le projet d'article 89 b) était, d'une manière générale, acceptable quant au fond.

Compétence – Chapitre 15

110. Le Groupe de travail s'est vu rappeler qu'il avait examiné les dispositions du chapitre 15 du projet d'instrument relatif à la compétence à sa quatorzième session et qu'il était convenu d'insérer dans le projet d'instrument un chapitre relatif à la compétence (voir A/CN.9/572, par. 110 à 150). Compte tenu de ces délibérations et des décisions prises par le Groupe de travail à cette session, il a été proposé un texte révisé des dispositions du chapitre 15. Afin d'examiner à la fois ce texte révisé et certaines questions de principe qui s'étaient posées lors des débats intersessions (voir A/CN.9/572, par. 166), le Groupe de travail est convenu, pour l'examen de ces questions, de regrouper certaines des dispositions en une liste de questions clefs énoncées dans les titres et paragraphes ci-après.

Question 1. Facteurs de rattachement – Projet d'article 72, nouvelles définitions proposées, nouvel article 72 *bis* proposé

Projet d'article 72

111. Le Groupe de travail a examiné le texte suivant du projet d'article 72, proposé par plusieurs délégations conformément aux décisions prises par le Groupe de travail à sa quatorzième session (voir A/CN.9/572, par. 113 à 134):

"Article 72

Dans tout litige relatif au transport de marchandises en vertu du présent instrument, le [titulaire d'un droit sur les marchandises] peut, à son choix, intenter une action devant un tribunal d'un État contractant qui est compétent au regard de la loi de l'État dans lequel ce tribunal est situé et dans le ressort duquel se trouve l'un des lieux ci-après:

a) [L'établissement principal] du défendeur ou, à défaut, sa résidence habituelle [ou son domicile];

… [ancien alinéa b) supprimé conformément à la décision prise au paragraphe 126 du document A/CN.9/572] …

b) Le lieu [effectif/contractuel] de réception ou le lieu [effectif/contractuel] de livraison;

[c) Le port où les marchandises sont initialement chargées sur un navire océanique;

d) Le port où les marchandises sont finalement déchargées d'un navire océanique;]

[e) Tout autre lieu désigné à cette fin dans le document de transport ou l'enregistrement électronique.]"

Chapeau du projet d'article 72

112. Le Groupe de travail s'est vu rappeler que d'aucuns estimaient qu'il ne fallait pas insérer, dans le projet d'instrument, de dispositions relatives à la compétence, mais l'avis général qui a prévalu a été qu'il fallait s'en tenir à la décision prise à la quatorzième session d'insérer un chapitre relatif à la compétence (voir A/CN.9/572, par. 113). Le Groupe de travail a, dans son ensemble, approuvé quant au fond le chapeau du projet d'article 72. L'avis, cependant, selon lequel il faudrait veiller, lors des futurs débats, à ce que le projet d'article 72 ne limite pas l'aptitude des transporteurs à intenter des actions contre les chargeurs, a bénéficié d'un certain soutien. En outre, le Groupe de travail a été invité à examiner la mesure dans laquelle les règles de compétence énoncées au chapitre 15 devraient s'appliquer aux conventions exclues du champ d'application du projet d'instrument compte tenu, en particulier, du projet d'article 5 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.44, en vertu duquel les tiers à des contrats exclus du champ d'application du projet d'instrument bénéficiaient néanmoins d'une protection en vertu de ses dispositions.

113. Un échange de vues a eu lieu en ce qui concerne la personne qui intente une action en vertu du projet d'article 72, étant donné la décision prise à la session précédente du Groupe de travail selon laquelle cet article devrait se limiter aux actions intentées par le titulaire d'un droit sur les marchandises contre le transporteur contractant (voir A/CN.9/572, par. 117). D'aucuns ont estimé que le "chargeur ou autre titulaire d'un droit sur les marchandises" étaient les personnes appropriées alors que, selon d'autres, le "chargeur, destinataire ou autre titulaire d'un droit sur les marchandises" ou le "porteur d'un document de transport" étaient plus appropriés, d'autres encore se déclarant mécontents du manque de précision de ces termes. La proposition tendant à réintroduire le mot "demandeur" dans le chapeau a reçu un soutien et l'on a estimé qu'en insérant les mots "contre le transporteur" après le mot "litige", on empêcherait que le transporteur préempte le choix du for en intentant une action en déclaration de non-responsabilité (voir A/CN.9/572, par. 118). L'opinion a été émise que cela ne permettrait peut-être pas d'atteindre le but recherché, car une action en déclaration de non-responsabilité n'était pas une action "contre le transporteur".

Conclusions du Groupe de travail sur le chapeau du projet d'article 72

114. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Qu'il faudrait modifier la phrase d'ouverture de la disposition comme suit: "Dans tout litige contre le transporteur relatif au transport de marchandises en vertu du présent instrument, le demandeur peut, à son choix";

– Qu'il faudrait tenir compte, lors des futurs ajustements du chapeau, des avis exprimés ci-dessus par le Groupe de travail.

Projet d'alinéa a)

115. On a estimé que le texte du projet d'alinéa a) contenait une profusion de termes différents et confus, et qu'étant donné le peu de temps accordé pour engager une action, il était impératif que les règles relatives au choix du for soient claires. On a aussi estimé que le texte du Règlement européen Bruxelles I (Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale) offrait une alternative approprié et éprouvée. Malgré certains doutes soulevés en ce qui concerne la reconnaissance du concept de "domicile" dans certains pays, on a déclaré soutenir, en principe, une proposition tendant à simplifier le texte en supprimant la mention du "domicile du demandeur" et en ajoutant, à la section "Définitions" du projet d'instrument, une définition du mot "domicile", qui serait la suivante:

> "Le terme "domicile" désigne le lieu où: a) une entreprise ou autre personne morale a son siège légal, son administration centrale ou son établissement principal, et b) une personne physique a sa résidence habituelle."

Conclusions du Groupe de travail sur le projet d'alinéa a)

116. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Qu'il faudrait réviser le texte du projet d'alinéa a) de l'article 72 en suivant les indications ci-dessus.

Projet d'alinéa b) et nouvelles définitions proposées

117. En liaison avec le projet d'alinéa b) de l'article 72, les définitions suivantes ont été proposées pour examen par le Groupe de travail:

> "Article premier (xx)
>
> [Sauf disposition contraire dans l'Instrument] "le moment de réception" et "le lieu de réception" sont le moment et le lieu convenus dans le contrat de transport ou, à défaut de toute disposition spécifique relative à la réception des marchandises dans un tel contrat, le moment et le lieu conformes aux coutumes, pratiques ou usages du commerce. En l'absence de telles dispositions dans le contrat de transport ou de tels coutumes, pratiques ou usages, le moment et le lieu de réception des marchandises sont le moment et le lieu auxquels le transporteur ou une partie exécutante prend effectivement les marchandises sous sa garde."
>
> "Article premier (xxx)
>
> [Sauf disposition contraire dans l'Instrument,] "le moment de livraison" et "le lieu de livraison" sont le moment et le lieu convenus dans le contrat de transport ou, à défaut de toute disposition spécifique relative à la livraison des marchandises dans un tel contrat, le moment et le lieu conformes aux coutumes, pratiques ou usages du commerce. En l'absence de toute disposition spécifique de ce type dans le contrat de transport ou de tels coutumes, pratiques ou usages, le moment et le lieu de livraison sont ceux du

déchargement des marchandises du dernier navire ou véhicule dans lequel elles sont transportées en vertu du contrat de transport."

118. La proposition tendant à insérer le lieu de réception et le lieu de livraison comme facteurs de rattachement sur lesquels on puisse fonder une compétence a continué d'être appuyée au sein du Groupe de travail (voir A/CN.9/572, par. 127). Il a été noté que les définitions proposées dans les paragraphes ci-dessus pourraient aider à clarifier ce projet de paragraphe. On a dit que ces définitions étaient peut-être inutiles étant donné les projets de paragraphes 7-2, 3 et 4 figurant dans le projet d'instrument, mais des doutes ont été émis à cet égard, car l'objet du paragraphe 7 était de définir la durée de la responsabilité du transporteur, jugée insuffisante aux fins du projet de l'article 72.

119. Pour ce qui est de la question de savoir s'il était plus approprié de faire référence aux lieux de réception et de livraison effectifs ou contractuels, des doutes ont été exprimés quant aux lieux effectifs, du fait que, par exemple, le lieu effectif de livraison pouvait être un port de refuge. On a estimé que les lieux de réception et de livraison contractuels étaient préférables du point de vue de la prévisibilité.

Conclusions du Groupe de travail sur le projet d'alinéa b) de l'article 72

120. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que les définitions proposées devraient être insérées dans le projet d'instrument pour examen futur; et

– Que le texte du projet d'alinéa b) de l'article 72 devrait faire référence au lieu de réception contractuel et au lieu de livraison contractuel;

Projets d'alinéas c) et d)

121. L'avis a été réitéré que le port de chargement et le port de déchargement devraient être insérés comme facteurs de rattachement appropriés sur lesquels fonder la compétence (voir A/CN.9/572, par. 128). En plus de la discussion qui avait eu lieu lors de la dernière session du Groupe de travail, il a été indiqué que l'inclusion des ports serait commode pour une convention maritime plus pouvant avoir besoin d'un lieu logique pour regrouper des actions multiples. Les considérations pratiques militant pour cette proposition étaient que les ports étaient souvent le seul lieu où le chargeur pouvait poursuivre à la fois le transporteur contractant et la partie exécutante, et que les témoins et documents avaient également toutes les chances d'être concentrés dans les ports, où les dommages avaient le plus de chances de survenir. Selon un autre avis, toutefois, on pouvait au contraire assurer la protection contre une multiplicité de demandes en insérant dans le contrat de transport une clause d'élection exclusive de for. Il a été dit aussi que, si l'on voulait être cohérent dans tout le projet d'instrument, l'application continue de l'approche contractuelle supposait que seuls les lieux de réception et de livraison soient pertinents. Selon une autre suggestion, si les ports étaient mentionnés dans ces alinéas, il faudrait que ce soit les ports contractuels.

Conclusions du Groupe de travail sur les projets d'alinéas c) et d) de l'article 72

122. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le texte des projets d'alinéas c) et d) de l'article 72 devrait être maintenu entre crochets dans le projet d'instrument.

Projet d'alinéa e)

123. L'avis a été exprimé que le projet d'alinéa e) de l'article 72 indiquant un lieu désigné dans le document de transport comme moyen supplémentaire de choisir la juridiction compétente était étroitement lié à la question des clauses de compétence exclusive (voir ci-dessous, par. 156 à 168), et qu'une décision sur ce dernier n'affecterait pas nécessairement l'alinéa e). La suggestion selon laquelle le Groupe de travail pourrait décider d'inclure ou non le projet d'alinéa e) indépendamment de la décision qu'il prendrait au sujet d'une clause de compétence exclusive a toutefois été appuyée elle aussi. Dans cet ordre d'idées, il a été noté que l'inclusion du projet d'alinéa e) devrait être une option acceptable en tant que for possible, car c'était seulement l'un des choix parmi les diverses options présentées au titulaire d'un droit sur les marchandises par le projet d'article 72. Un avantage supplémentaire, a-t-on estimé, était que, comme la juridiction désignée serait un choix standard dans les documents de transport, elle pourrait constituer un moyen de réduire la multiplicité des juridictions possibles auxquelles un transporteur pourrait être confronté. Selon une autre suggestion, le lieu désigné dans le projet d'alinéa pourrait être limité aux États contractants. On s'est déclaré en faveur du projet d'alinéa e) à condition que son libellé n'essaie pas de prévaloir sur les autres options proposées au projet d'article 72, et à condition qu'il vise à lier uniquement les parties à l'accord. L'avis contraire, selon lequel une telle clause devrait également être valable pour les tiers, a toutefois également été exprimé.

Conclusions du Groupe de travail sur le projet d'alinéa e) de l'article 72

124. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu:

– Que les crochets entourant le projets d'alinéa e) de l'article 72 devraient être supprimés;

– Qu'il faudrait envisager de remplacer le mot "désigné" par "convenu" ou un terme similaire;

– Qu'il faudrait envisager de limiter l'application de la disposition à des lieux situés dans les États contractants;

– Qu'il faudrait examiner plus avant les question liées à la position des tiers en vertu de cette disposition et à la relation avec les clauses d'élection exclusive de for.

Projet d'article 72 *bis*

125. Le Groupe de travail a examiné le texte ci-après du projet d'article 72 *bis* proposé conformément à la décision qu'il avait prise à sa quatorzième session d'avoir une disposition distincte dans le projet d'instrument sur les facteurs de rattachement nécessaires pour établir la compétence dans les actions intentées contre des parties exécutantes maritimes (voir A/CN.9/572, par. 117):

"Article 72 *bis*

Dans toute procédure judiciaire engagée par le chargeur ou une autre partie ayant des intérêts sur les marchandises contre la partie exécutante maritime au sujet du transport de marchandises en vertu du présent instrument, le demandeur peut, à son choix, intenter une action devant un tribunal dans un État partie qui est compétent au regard de la loi de l'État dans lequel ce tribunal est situé et dans le ressort duquel se retrouve l'un des lieux ci-après:

a) L'établissement principal ou [à défaut,] sa résidence [habituelle/permanente];

b) Le lieu de réception [initiale] des marchandises par la partie exécutante maritime; ou

c) Le lieu de livraison [finale] des marchandises par la partie exécutante maritime."

Discussion générale

126. Il a été suggéré que le secrétariat établisse une version révisée de cette disposition en ayant à l'esprit les commentaires faits à propos du libellé similaire contenu dans le projet d'article 72 (voir ci-dessus par. 111 à 124).

127. Il a toutefois été indiqué que certains des facteurs de rattachement mentionnés au projet d'article 72 *bis* ne s'appliqueraient pas aux parties exécutantes maritimes. En particulier, on a fait observer que la référence aux relations contractuelles ne serait pas appropriée dans le cas des parties exécutantes maritimes, pour lesquelles le contrat de transport était moins pertinent. On a fait observer aussi que les projets de paragraphes b) et c) concernant le lieu de réception et le lieu de livraison des marchandises ne s'appliqueraient pas aux parties exécutantes maritimes qui s'acquittaient de leurs obligations exclusivement sur le navire.

Conclusions du Groupe de travail

128. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le secrétariat devrait être prié de modifier le texte du projet d'article 72 *bis* compte tenu des vues exposées dans les paragraphes ci-dessus.

Question 2. Dispositions relatives à la saisie – Projets d'articles 73 et 74

Projet d'article 73

129. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 73 qui figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32. Il lui a été rappelé qu'à sa quatorzième session il avait décidé de mettre ce projet d'article entre crochets en attendant d'étudier plus avant sa relation avec la Convention internationale de 1952 pour l'unification de certaines règles sur la saisie conservatoire des navires de mer et la Convention de 1999 sur la saisie conservatoire des navires (les "Conventions régissant la saisie") (voir A/CN.9/579, par. 139).

130. La variante suivant du projet d'article 73 a également été soumise à l'examen du Groupe de travail:

"Article 73

Rien dans le présent chapitre n'affecte la compétence en ce qui concerne la saisie [conformément aux règles applicables du droit de l'État ou du droit international]."

Discussion générale

131. Le Groupe de travail est convenu en principe d'éviter tout conflit entre le projet d'instrument et les conventions sur la saisie. Il a été indiqué que ces dernières offraient des règles uniformes à un certain nombre d'États parties et représentaient un équilibre délicat entre des intérêts divers et complexes.

132. De nombreuses délégations ont indiqué qu'elles préféraient la variante du projet de texte reproduite ci-dessus au paragraphe 130, car elle semblait répondre mieux et plus clairement à l'objectif consistant à éviter tout conflit avec les conventions sur la saisie, étant donné en particulier le nombre de questions complexes et les domaines potentiels de conflit qui pouvaient survenir.

133. On a également exprimé l'avis qu'il faudrait envisager d'éviter un conflit avec les conventions sur la saisie non seulement dans un sens juridictionnel, mais aussi pour toute décision sur le bien-fondé de la demande de saisie. À cet égard, il a été dit que l'on pourrait peut-être aller au-delà des seuls conflits de compétence en remplaçant le mot "chapitre" par le mot "instrument". On a dit aussi qu'il faudrait veiller attentivement à coordonner le projet de disposition avec certaines dispositions existantes concernant la compétence pour les actions en responsabilité du fait de l'utilisation ou de l'exploitation d'un navire, par exemple l'article 7 du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil européen.

Référence à la législation nationale

134. Un certain nombre de délégations se sont prononcées en faveur de la suppression des crochets dans la variante du projet d'article 73, pour renvoyer à la fois à la législation nationale et à la législation internationale. Il a été dit que les États qui n'adoptaient pas d'instrument international relatif à la saisie avaient élaboré des règles internes sur la saisie, et que le projet d'instrument devrait également éviter d'interférer avec ces règles internes.

135. Certains se sont toutefois déclarés contre toute référence à la législation interne dans le projet d'article 73. On a dit que la justification de cette disposition devrait être d'éviter des conflits entre des instruments internationaux uniquement. On a dit aussi que la référence au droit interne pourrait être interprétée comme créant de nouvelles compétences internes en matière de saisie, ce qui aurait des conséquences imprévisibles. La proposition de régler ce problème en modifiant le membre de phrase pour qu'il se lise "conformément aux règles de droit applicable" a recueilli un certain appui.

Conclusions du Groupe de travail

136. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le projet d'article 73 devrait être conservé dans le projet d'instrument;

– Que la variante du projet de texte de l'article 73 devrait remplacer le texte figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32;

– Que le secrétariat devrait être prié de préciser le texte du projet d'article 73 en ce qui concerne le bien-fondé des demandes de saisie, en s'appuyant sur les vues exposées dans les paragraphes ci-dessus;

– Que les mots "[du droit de l'État ou]" devraient être maintenus entre crochets pour examen plus approfondi.

Projet d'article 74

137. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'il avait très récemment examiné, à sa quatorzième session, le projet d'article 74 (voir A/CN.9/572, par. 140 et 141). Le Groupe de travail a examiné la variante A du projet d'article 74 dont le texte figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

Discussion générale

138. Il a été suggéré, en particulier par souci de clarté dans certaines langues que les mots "des tribunaux" devraient être insérés après les mots "la compétence". Il a en outre été suggéré que des éclaircissements étaient nécessaires sur le point de savoir si le projet d'article 74 permettait de couvrir les mesures prévues par certaines lois nationales (par exemple le référé-provision) dont l'invocation pourrait ne pas s'étendre à celle des mesures "provisoires ou conservatoires". Toutefois, on a estimé que ces questions devraient plutôt être régies par les législations nationales.

139. Pour clarifier la notion de "mesures provisoires ou conservatoires", il a été suggéré d'insérer dans le projet d'article 74, comme paragraphe 2, le texte ci-après qui contient une définition des mesures provisoires ou conservatoires:

"[2. Aux fins du présent article, il faut entendre par "mesures provisoires ou conservatoires":

a) Mesures visant la conservation, la garde provisoire ou la vente de tout bien faisant l'objet du litige; ou

b) Mesures visant l'immobilisation du montant en litige; ou

c) Mesure visant la désignation d'un dépositaire; ou

d) Toutes autres mesures visant à garantir que toute sentence qui pourrait être rendue dans le cadre de la procédure arbitrale ne devienne sans effet du fait de la dispersion des biens par l'autre partie; ou

e) Injonction provisoire ou autre mesure provisoire.]"

140. On s'est prononcé en faveur de l'insertion d'un deuxième paragraphe dans le projet d'article 74, mais on a également estimé que toute tentative de définition des "mesures provisoires ou conservatoires" risquerait d'entraîner de nombreux problèmes sans ajouter à la clarté du projet d'instrument. Il a été rappelé au Groupe de travail que le Groupe de travail II (Arbitrage) de la CNUDCI se penchait actuellement sur la définition des mesures provisoires.

141. Il a également été suggéré de fusionner les projets d'articles 74 et 73 afin de préciser que l'ancienne disposition se référait uniquement aux mesures conservatoires du chargeur vis-à-vis du transporteur pour des actions en responsabilité. Cependant, il a été indiqué que la première et la deuxième phrase du projet d'article traitaient de questions différentes, que la deuxième phrase visait strictement la saisie des navires et que, de ce fait, elle devrait faire l'objet d'un article séparé. Il a en outre été suggéré que les mots "le présent article ne fait pas" soient corrigés et remplacés par "Aucune des dispositions du chapitre 15 ne fait".

Conclusions du Groupe de travail

142. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que l'on devrait corriger le texte de la deuxième phrase du projet d'article 74 en remplaçant la proposition "Le présent article ne fait pas" par la proposition "Aucune des dispositions du chapitre 15 ne fait";

– Que le texte du projet d'article 74 devrait être conservé pour être examiné plus avant à la lumière des vues exprimées plus haut, en faisant particulièrement attention à ce que la première phrase soit conforme au projet d'article 73;

– Que la proposition susmentionnée relative à un paragraphe 2 devrait être insérée entre crochets dans le projet d'article 74, afin de poursuivre la discussion à une prochaine session.

Question 3. Concours d'actions, actions *in solidum*, *litis consortium* et litispendance (nouveaux articles proposés: 74 *bis*, 74 *ter* et projet d'article 75)

Proposition relative à l'insertion du nouvel article proposé 74 *bis*: Concours d'actions

143. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'il a très récemment examiné, à sa quatorzième session, la question du concours d'actions, ou la concentration de procès dans un même for (voir A/CN.9/572, par. 120 et 121). Il a été réaffirmé que dans le cas d'incidents graves suscitant un grand nombre de réclamations relatives aux marchandises, le transporteur pourrait être poursuivi devant plusieurs fors. Il a en outre été indiqué que ces fors pouvaient être géographiquement très dispersés du fait de l'interaction entre le régime relatif au porte à porte et les facteurs de rattachement servant à définir la compétence énumérés dans le projet d'article 72. Sur la base de l'examen de cette question par le Groupe de travail à sa quatorzième session, il a donc été suggéré d'introduire dans le projet d'instrument une disposition sur le concours d'actions, afin de prévoir le transfert de procès dans le for où la première action avait été engagée. Il a été proposé que le Groupe de travail examine le projet de texte suivant:

"Article 74 *bis*

Lorsqu'une action est engagée au titre du présent instrument par le titulaire d'un droit sur les marchandises dans un des lieux énumérés dans les articles 72 et 72 *bis*, toute action ultérieure ayant trait au même incident sera, à la demande de la partie en cause, transférée au lieu où la première action a été engagée."

Discussion générale

144. Il a été indiqué que selon la disposition proposée, le renvoi d'une action pouvait être demandé chaque fois qu'un incident donnerait lieu à plusieurs litiges, et bien qu'il y ait eu une certaine compréhension pour le problème dans le cas de litiges multiples, on a estimé que le seuil fixé était trop bas. On a dit aussi que le terme "événement", courant en matière de droit de l'abordage, manquait de précision dans ce contexte. Il a été en outre indiqué que le projet de disposition laissait un certain nombre de questions sans réponse, comme par exemple, la définition de la "première action", et les relations entre le renvoi d'une action et les actions en déclaration de non-responsabilité engagées, et les demandes reconventionnelles formées par le transporteur. Il a été estimé que l'on pourrait simplifier la situation en autorisant l'adoption par les parties d'une clause de compétence exclusive. On a également fait valoir que, ne pouvant être enclenché que par la première action, le mécanisme proposé pour le renvoi d'une action risquait d'augmenter les frais de procédure du défendeur, alors qu'il serait préférable d'inverser le mécanisme afin de demander aux demandeurs subséquents d'engager l'action dans le for désigné par le défendeur.

145. On a également fait observer que le concours d'actions était un problème général de procédure abordé dans toutes les législations nationales, dont le projet d'instrument devrait respecter les règles. Il a été estimé que l'obligation faite aux tribunaux de renvoyer des actions subséquentes était formulée dans des termes trop forts et pouvait aller à l'encontre d'un certain nombre de principes relatifs au pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Il a été indiqué en outre qu'étant donné que la première action régirait les actions subséquentes en vertu du nouvel article 74 *bis* proposé, elle risquait de donner lieu de la part du transporteur à la recherche du for le plus avantageux et à d'autres choix tactiques analogues concernant la compétence. Il a été souligné d'autre part que la question avait été examinée par d'autres instances internationales sans qu'un consensus puisse être réalisé, et que même si une disposition était bien rédigée, il faudrait encore un régime juridique international pour le renvoi d'actions d'un État à l'autre.

146. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Qu'aucune disposition sur le concours d'actions ne devrait être insérée dans le projet d'instrument.

Proposition d'insertion du nouvel article 74 *ter* proposé: Actions *in solidum*, cause commune

147. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'il avait examiné à sa quatorzième session la question de savoir si le projet d'instrument devait comprendre une disposition sur les actions *in solidum* contre le transporteur et les parties exécutantes maritimes engagées par les chargeurs (voir A/CN.9/572, par. 149) et qu'il avait aussi examiné les avantages qu'il y avait à empêcher le transporteur d'élire un for en intentant lui-même une action en déclaration de non-responsabilité (voir A/CN.9/572, par. 118). Compte tenu de cette discussion, le projet de texte suivant a été soumis pour examen au Groupe de travail:

"Article 74 *ter*

[1. Si le titulaire d'un droit sur les marchandises intente des actions *in solidum* contre le transporteur contractant et la partie exécutante maritime, il doit le faire en l'un des lieux spécifiés à l'article 72 *bis*, où des actions contre la partie exécutante maritime peuvent être intentées.]

2. Si le transporteur ou une partie exécutante maritime intente une action en vertu du présent instrument contre le chargeur, le demandeur, sur requête du défendeur, doit renvoyer l'action à l'un des lieux spécifiés aux articles 72 ou 72 *bis*, au choix du défendeur."

Nouvel article 74 ter-*1: Actions* in solidum *intentées contre le transporteur et la partie exécutante maritime*

148. Il a été indiqué que le projet d'instrument ne devait pas empêcher qu'une action contre le transporteur et la partie exécutante maritime puisse être engagée dans le même for, puisque cette possibilité pourrait accélérer le règlement du litige dans l'intérêt de toutes les parties intéressées. Bien que le texte proposé résolve le problème tenant au fait que le transporteur et la partie exécutante maritime n'ont pas nécessairement de for commun en vertu des projets d'article 72 et 72 *bis* du projet d'instrument en retenant les lieux spécifiés dans le nouvel article 72 *bis* proposé, il a été estimé que l'on pouvait aussi régler la question en insérant les ports comme étant l'un des facteurs de rattachement sur lesquels fonder la compétence. Il a toutefois été fait observer qu'une telle insertion ne serait peut-être pas être tout à fait conforme au caractère de convention maritime plus du projet d'instrument (voir aussi les paragraphes 121 et 122 ci-dessus). Il a été suggéré en outre de supprimer l'expression "*in solidum*" pour étendre l'application de la disposition à toutes les actions intentées conjointement contre le transporteur contractant et la partie exécutante maritime.

Conclusions du Groupe de travail

149. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé que:

– Le texte proposé du projet d'article 74 *ter*-1 devrait être inséré entre crochets dans le projet d'instrument, en vue d'en poursuivre l'examen à une session future.

Nouvel article 74 ter-*2: Actions déclaratoires intentées par le transporteur et la partie exécutante maritime*

150. Il a été indiqué que le libellé proposé du projet d'article 74 *ter*-2 était destiné à empêcher le transporteur de rechercher un jugement déclaratoire afin de tourner les facteurs de rattachement spécifiés dans le projet d'instrument pour établir la compétence. Cependant, on a dit aussi que la disposition devrait être limitée aux actions en jugement déclaratoire engagées par le transporteur et ne devrait pas empêcher ce dernier d'intenter d'autres actions, telles que des actions en paiement de fret, auprès du tribunal approprié de son choix. Il a été en outre suggéré de supprimer la référence à la partie exécutante maritime dans le projet d'article 74 *ter*-2, mais l'opinion contraire a également été émise. Il a été suggéré aussi de préciser le texte proposé pour indiquer que les actions subséquentes

devaient être renvoyées exclusivement à l'un des tribunaux indiqués par les facteurs de rattachement énumérés au projet d'article 72.

151. On a de nouveau émis l'avis qu'en l'absence de régime établi pour le renvoi d'actions entre les États, il fallait peut-être apporter des précisions supplémentaires au texte proposé du projet d'article 74 *ter*-2. À ce propos, il a été indiqué que la formulation de ce texte s'inspirait, dans une certaine mesure, de l'article 21 de la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 ("Règles de Hambourg"). On a estimé qu'une clarification s'imposait en ce qui concerne la possibilité offerte au transporteur d'intenter une action en jugement déclaratoire auprès de l'un des tribunaux établis par les facteurs de rattachement conformément au projet d'article 72, et au titulaire d'un droit sur les marchandises de demander le renvoi de cette action à un autre de ces tribunaux.

Conclusions du Groupe de travail

152. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le texte proposé du projet d'article 74 *ter*-2 devrait être inséré dans le projet d'instrument en vue d'un examen complémentaire à la lumière des opinions exprimées ci-dessus pour limiter, en particulier, son application aux actions en jugement déclaratoire intentées par le transporteur ou par la partie exécutante maritime.

Projet d'article 75. Litispendance

153. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'il avait tout récemment examiné le projet d'article 75 à sa quatorzième session (voir A/CN.9/572, par. 142 à 144). Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 75, variante A, qui figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

Discussion générale

154. Comme lors de la quatorzième session du Groupe de travail, il a été proposé de supprimer le projet d'article 75 du projet d'instrument, car il serait extrêmement difficile de s'entendre sur une règle de litispendance, en raison de la complexité de la question et de la diversité des solutions adoptées dans ce domaine dans les différents pays. On a largement estimé qu'il serait préférable de laisser le droit national régler la question, même si une disposition uniforme en la matière était souhaitable.

155. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le projet d'article 75 devait être supprimé dans le projet d'instrument.

Question 4. Clauses de compétence exclusive

Discussion générale

156. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'il avait examiné brièvement, à sa quatorzième session (voir A/CN.9/572, par. 130 à 133) la question de savoir si le projet d'instrument devrait autoriser les parties à convenir dans le contrat de transport de clauses de compétence exclusive. Il a également été rappelé qu'il y avait eu un échange de vues sur la relation entre de telles clauses et le projet

d'article 72 e) concernant la désignation dans le document de transport, d'un for qui serait ajouté à la liste des lieux possibles (voir ci-dessus, par. 123 et 124).

Le projet d'instrument devrait-il autoriser les clauses de compétence exclusive?

157. Le Groupe de travail a examiné la question générale de savoir si le projet d'instrument devrait autoriser les parties au contrat de transport à convenir d'une clause de compétence exclusive. La proposition d'autoriser de telles clauses a été largement soutenue, en particulier si le risque d'en abuser était atténué par l'addition de certaines conditions qu'il faudrait remplir pour qu'elles soient valables. L'avis a également été exprimé que ces clauses devraient être limitées aux cas de dérogation par certains contrats de tonnage aux dispositions du projet d'instrument conformément au nouvel article 88a proposé (voir ci-dessus, par. 52).

158. Des délégations moins nombreuses ont exprimé l'opinion fermement soutenue selon laquelle le projet d'instrument ne devrait pas autoriser les parties à un contrat de transport à convenir de clauses de compétence exclusive. On a fait valoir qu'il serait difficile d'appuyer une telle clause qui pourrait autoriser le transporteur, dans certaines situations, à imposer la juridiction, en particulier lorsqu'un lieu géographique éloigné et les frais de procédure pouvaient pénaliser les chargeurs. On a dit aussi que cette question avait une telle importance dans certains pays que des dispositions internes étaient en place pour passer outre aux clauses de compétence exclusive.

159. En réponse à ces préoccupations, on a indiqué qu'il y avait déjà plusieurs conventions en vigueur, comme la Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, qui autorisaient la compétence exclusive, souvent sans comporter de conditions pour prévenir les abus, et qu'il serait insolite, dans le contexte moderne, d'exclure les clauses de compétence exclusive du projet d'instrument. Tout en admettant que de telles clauses pouvaient comporter un risque dans les contrats d'adhésion, on a fait valoir que lorsque des contrats étaient librement négociés, il y avait de solides raisons commerciales en faveur des dispositions exclusives concernant l'élection de for. On a fait observer que les clauses de compétence exclusive étaient très courantes dans le contexte commercial, car elles offraient un moyen d'accroître la prévisibilité et de réduire les frais généraux pour les parties. On a ajouté que le fait d'attacher des conditions pour prévenir les abus éliminerait d'éventuelles surprises, ce qui, a-t-on indiqué, était le principal souci concernant les clauses de compétence exclusive dans un contexte commercial. Il a été dit que l'insertion de telles clauses dans le projet d'instrument aurait pour avantages supplémentaires une réduction potentielle du nombre de juridictions possibles en cas de procès multiples, en particulier en l'absence de dispositions relatives au concours d'actions, et une réduction du risque de recherches abusives de for. On a fait observer d'autre part que la possibilité d'avoir à intenter une action en un lieu éloigné était simplement un risque connu des parties se livrant au commerce international.

160. On a mis en garde contre le risque d'exagérer l'importance de l'insertion ou la non-insertion de clauses de compétence exclusive dans le projet d'instrument. On a fait observer que les demandes portant sur des montants peu élevés étaient généralement traitées localement, indépendamment des clauses de compétence tandis que les demandes d'un montant plus important faisaient souvent l'objet, tant du côté des marchandises que du côté du transporteur, d'un traitement non local par

les assureurs. Parmi ces demandes de plus grande portée, on a indiqué que la plupart donnaient lieu à un règlement amiable, souvent pour éviter les frais potentiellement considérables d'une action en justice. Bien que ce point de vue ait suscité des doutes, l'affirmation selon laquelle seule une faible proportion des expéditions de marchandises donnait lieu à des demandes, et seule une faible proportion de ces demandes donnait lieu à un procès, a été appuyée.

Conditions de validité de clauses de compétence exclusive

161. Il a été suggéré d'inclure dans le projet d'instrument des dispositions exigeant que certaines conditions soient remplies avant l'exercice valable d'une clause de compétence exclusive. Les conditions proposées étaient les suivantes:

– La clause de compétence exclusive devrait contenir le nom et le lieu du tribunal choisi;

– Le tribunal choisi devrait être situé dans un État contractant;

– L'accord devrait indiquer le nom et l'adresse exacts des parties, de manière que le défendeur puisse être informé de la procédure engagée contre lui;

– L'accord devrait indiquer que la compétence du tribunal choisi serait exclusive.

162. Il a été proposé d'inclure une condition supplémentaire, à savoir que le contrat de transport devrait être négocié individuellement ou d'un commun accord, de manière à pouvoir être distingué d'un contrat d'adhésion. Selon une autre proposition, il serait plus précis que la condition indique que le contrat doit être accepté d'un commun accord plutôt que négocié d'un commun accord. On a dit aussi que les autres conditions énoncées dans le nouvel article 88a proposé, requises pour déroger au projet d'instrument, devraient être remplies pour que les clauses de compétence exclusive s'appliquent valablement (voir ci-dessus, paragraphe 52).

163. Des avis ont été exprimés sur les conditions proposées, qui ont été dans l'ensemble accueillies favorablement. On s'est demandé si l'exigence selon laquelle une clause de compétence exclusive devrait être expressément convenue ne risquait pas d'être contraire à la nécessité ressentie d'en limiter la validité aux contrats de tonnage visés par le nouvel article 88a proposé. On a fait observer aussi que le nom et l'adresse du transporteur étaient déjà exigés dans les données du contrat en vertu du projet d'article 34 du projet d'instrument, et que l'obligation d'inclure ces informations pour qu'une clause de compétence exclusive soit valable constituerait une incitation supplémentaire pour que le transporteur s'exécute. On a toutefois exprimé la crainte que cette obligation puisse être considérée comme une clause cachée concernant "l'identité du transporteur", dont on a dit qu'elle n'était pas admise dans de nombreux pays. Il a été suggéré de limiter l'obligation au nom et à l'adresse du transporteur.

Les clauses de compétence exclusive devraient-elles être opposables aux tiers?

164. Il a été dit que dans un contexte commercial comme celui qui était régi par le projet d'instrument, l'application de clauses de compétence exclusive aux tiers serait justifiée en ce sens qu'elle contribuerait largement à la prévisibilité pour les parties au contrat, et que l'imposition de certaines conditions éviterait au tiers d'être

confronté à une situation difficile. Dans cet ordre d'idées, il a été estimé que les conditions suivantes étaient appropriées:

– Les parties au contrat de transport initial devraient convenir expressément d'étendre la clause de compétence exclusive au tiers;

– Le contrat de transport devrait satisfaire aux exigences du nouvel article 88a proposé;

– Le tiers qui serait lié devrait être informé par voie écrite ou électronique du lieu où l'action pourrait être intentée;

– Le for devrait être un de ceux qui sont spécifiés au projet d'article 72; et

– Le lieu choisi devrait être situé dans un État contractant.

165. On a émis l'avis que l'application de clauses de compétence exclusive aux tiers ne devrait pas être limitée au contexte des contrats de tonnage visés par le nouvel article 88a proposé, mais que le principe devrait s'étendre à tous les contrats de transport. À cet égard, on a fait observer que, pour être efficace, une clause de compétence exclusive devait lier les tiers. On a estimé que, dans des situations où l'on jugeait acceptable que la compétence soit exclusive, elle devrait l'être à toutes fins en vertu du contrat de transport, quelle que soit la partie qui fasse valoir ses droits en vertu de celui-ci. On a dit que le tiers destinataire faisait effectivement partie de la transaction du fait du contrat de vente, conformément auquel il était libre de négocier des conditions favorables pour lui, et que prétendre qu'il avait besoin de protection était quelque peu artificiel. Il a été suggéré de réfléchir à une disposition dans le sens du projet d'article 77 du projet d'instrument, qui concerne l'application des dispositions relatives à l'arbitrage au détenteur d'un document de transport négociable ou d'un enregistrement électronique négociable concernant le transport.

166. L'avis contraire a été exprimé, à savoir que des clauses de compétence exclusive ne devraient jamais s'appliquer aux tiers, car ils n'étaient pas parties au contrat. On s'est inquiété de ce que l'application de clauses de compétence exclusive aux tiers ne les prive injustement du droit de choisir le for parmi les options figurant dans le projet d'article 72. On a fait observer que les adversaires des clauses de compétence exclusive étaient généralement opposés à leur application aux tiers, et que ceux qui étaient en faveur de leur inclusion dans le projet d'instrument étaient en faveur également de leur application aux tiers, peut-être avec des conditions supplémentaires. On a indiqué aussi que la discussion sur ce point pouvait être un peu plus nuancée, car selon le type de document de transport qui était émis, un destinataire pouvait dans certains pays effectivement être lié par le contrat de transport.

167. Il a été dit que les conditions proposées pourraient servir de base à une position de compromis entre les adversaires fermes et les partisans fermes de l'application de clauses de compétence exclusive aux tiers. Certaines réserves ont été formulées à l'égard des conditions, telles que le moment de la notification, et de son efficacité si elle était incorporée à un connaissement qui arrivait après les marchandises. En réponse à ce dernier point, on a fait observer que le destinataire n'était pas obligé d'accepter les marchandises. En outre, on a dit qu'une notification écrite était difficile à définir et qu'elle risquait, si elle était donnée dans le connaissement, de causer des difficultés lorsque le connaissement était transféré à

plusieurs reprises, de sorte que le détenteur ultime risquait d'être contraint d'intenter une action dans un lieu éloigné. On a suggéré aussi qu'il soit exigé que la notification au tiers soit donnée par le chargeur.

Conclusions du Groupe de travail sur les clauses de compétence exclusive

168. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Qu'il faudrait examiner plus avant la question de savoir si des clauses de compétence exclusive devraient être autorisées conformément au projet d'instrument, et si elles devraient s'appliquer aux tiers;

– Que l'imposition de certaines conditions pour éviter aux parties et aux tiers d'êtres confrontés à des situations difficiles du fait de clauses de compétence exclusive pourrait aider le Groupe de travail à parvenir à un consensus sur cette question;

– Que le secrétariat serait prié d'élaborer un projet de texte sur les clauses de compétence exclusive en ayant à l'esprit le débat et les préoccupations dont il est fait état aux paragraphes 156 à 167 ci-dessus.

Question 5. Accord d'élection de for après un litige – projet d'article 75 *bis*

Projet d'article 75 bis

169. Le Groupe de travail est passé ensuite à l'examen du texte du projet d'article 75 *bis*, légèrement modifié par rapport à celui qui figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, à la suite de la décision prise à sa quatorzième session (voir A/CN.9/572, par. 150) de placer entre crochets les termes "[après qu'un litige est né du contrat de transport,]".

170. Le principe de cette disposition a été appuyé. On a soutenu la suggestion de supprimer, dans la version anglaise, le mot "claim" et d'ajouter, après le mot "parties", les termes "au litige né du contrat de transport après la naissance du litige", de manière à indiquer clairement que tout accord d'élection de for ne devrait être conclu qu'après que les parties ont reçu notification du litige. On a fait observer d'autre part que le mot "accord", dans le projet d'article 75 *bis*, désignait aussi bien un accord exprès qu'un accord implicite. Il a été suggéré que cette disposition soit revue lorsque le Groupe de travail aura pris une décision concernant les clauses de compétence exclusive.

Conclusions du Groupe de travail sur le projet d'article 75 bis

171. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Qu'une disposition dans le sens du projet d'article 75 *bis* devrait être insérée dans le projet d'instrument;

– Que le secrétariat devrait examiner s'il faudrait modifier le texte du projet d'article 75 *bis* en supprimant le mot "claim" dans la version anglaise et en ajoutant, après le mot "parties", le membre de phrase suivant: "au litige né du contrat de transport après la naissance du litige".

Question 6. Reconnaissance et exécution

Discussion générale

172. Il a été indiqué qu'étant donné la décision du Groupe de travail d'insérer dans le projet d'instrument des dispositions relatives à la compétence, l'inclusion de dispositions sur la reconnaissance et l'exécution serait souhaitable afin de renforcer la probabilité que l'on puisse prévoir de recourir aux dispositions sur la compétence. Bien que ce point de vue ait été appuyé, on a dit que l'expérience avait montré dans le cadre d'autres négociations portant sur des instruments internationaux qu'il était difficile de parvenir à un accord sur des dispositions concernant la reconnaissance et l'exécution. On a exprimé la crainte que la réalisation d'un consensus sur des dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution dans le contexte du projet d'instrument demande beaucoup de temps et que le projet d'instrument, qui régissait déjà des matières dans un grand nombre de domaines, ne s'en trouve encore compliqué. Cette opinion a été soutenue. On a dit aussi que des dispositions sur la reconnaissance et l'exécution n'étaient pas considérées comme une nécessité commerciale.

173. Selon un autre point de vue, le titulaire de droits sur les marchandises, en choisissant sa juridiction conformément au projet d'article 72, saurait les règles sur la reconnaissance et l'exécution qui sont applicables dans les divers lieux possibles et pourrait choisir en conséquence celui où la probabilité d'exécution serait la plus grande. On a également fait observer que d'autres considérations devraient être prises en compte avant qu'une décision soit prise sur l'opportunité d'insérer ou non des dispositions sur la reconnaissance et l'exécution, par exemple le point de savoir si le Groupe de travail introduirait des clauses de compétence exclusive, qui pourraient avoir un impact sur les dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution, et la décision pragmatique que prendrait souvent le titulaire de droits sur les marchandises d'engager une action dans le pays où le défendeur a suffisamment d'actifs. L'avis a toutefois été émis que ce dernier point était moins pertinent, car les actifs pouvaient être déplacés rapidement d'un pays à un autre. On a fait observer aussi que si une règle sur la reconnaissance et l'exécution était introduite pour la compétence, il faudrait probablement introduire une règle similaire pour l'arbitrage, et que l'on risquait alors d'aborder des questions délicates dans le contexte des règles de l'arbitrage international.

174. On a également avancé que la négociation de règles sur la reconnaissance et l'exécution pourrait être plus facile dans le contexte du projet d'instrument, qui s'en tenait au sujet étroit du transport des marchandises "maritime plus", sans essayer de trouver un consensus sur des règles destinées à couvrir la totalité des matières commerciales, entreprise qui s'était révélée particulièrement difficile dans d'autres négociations. Dans ce contexte, on a estimé que les dispositions relatives à l'exécution contenues dans beaucoup d'autres conventions existant déjà pour le droit maritime, comme le Protocole d'Athènes de 2002 (à la Convention d'Athènes relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages, 1974), pourraient être instructives pour le Groupe de travail.

Conclusions du Groupe de travail sur la reconnaissance et l'exécution

175. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que bien qu'aucune décision n'ait encore été prise sur l'opportunité ou non d'inclure dans le projet d'instrument des dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution, il examinerait tout texte proposé pour l'aider à prendre cette décision.

Arbitrage – Chapitre 16

Discussion générale

176. Le Groupe de travail a ensuite examiné le projet de chapitre 16. Il lui a été rappelé qu'il avait examiné le projet d'article 16 tout récemment à sa quatorzième session (voir A/CN.9/572, par. 151 à 157). La discussion, à la quinzième session, a été menée sur la base d'une note du secrétariat (A/CN.9/WG.III/WP.45).

177. À sa quatorzième session, le Groupe de travail a engagé un débat général sur la nécessité de dispositions sur l'arbitrage dans le projet d'instrument. Il a été estimé que les parties devraient être tout à fait libres de convenir de clauses compromissoires et compter qu'elles seront valables. Cependant, on s'est aussi inquiété de ce que le recours à l'arbitrage risquait d'entraver l'application des règles du projet d'instrument relatives à la compétence exclusive. Il a été en outre estimé que le régime du projet d'instrument devait être conforme aux pratiques commerciales courantes dans ce domaine. Il a également été signalé que le projet d'instrument devait être conforme aux instruments de la CNUDCI relatifs à l'arbitrage.

178. Afin de concilier les opinions exposées ci-dessus, une solution a été proposée qui impliquerait la suppression du projet de chapitre 16 sur l'arbitrage dans le projet d'instrument, l'application du chapitre 15 sur la compétence au seul trafic des lignes régulières, et l'insertion d'une disposition autorisant les parties à soumettre tout litige à l'arbitrage, ainsi qu'à convenir du for, mais seulement après la naissance du litige. On a fait observer que cette approche maintiendrait la pratique actuellement suivie dans les services de transport non réguliers, où le recours à l'arbitrage en vertu de chartes-parties et de connaissements de charte-partie était assez fréquent, garantirait l'uniformité des règles et favoriserait la liberté contractuelle tout en empêchant un éventuel contournement des règles relatives à la compétence énoncées dans le projet d'instrument. On a fait observer en outre que bien que, selon cette approche, les clauses compromissoires figurant dans les connaissements ne soient pas, en principe, valables, des dérogations spécifiques devraient être prévues pour le trafic particulier de lignes régulières.

Conclusions du Groupe de travail sur le projet de chapitre 16

179. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Qu'un nouveau projet de chapitre 16 fondé sur la proposition formulée ci-dessus devait lui être présenté pour examen à une session future.

Révision des dispositions sur le commerce électronique

180. Il a été dit au Groupe de travail qu'une réunion conjointe d'experts du Groupe de travail III sur le droit des transports et du Groupe de travail IV sur le commerce

électronique s'était tenue en février 2005. Suite à ces discussions, les participants à la réunion conjointe ont proposé que soient légèrement révisées les dispositions du projet d'instrument relatives au commerce électronique qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.III.WP.32. Le Groupe de travail a examiné ces propositions de révision des dispositions sur le commerce électronique telles qu'elles figuraient dans le document A/CN.9/WG.III.WP.47.

Définitions (projet d'article premier)

Alinéa f) "Porteur" du projet d'article premier

181. Des inquiétudes ont été exprimées quant à l'identité du "porteur" défini à l'alinéa f) du projet d'article premier, et quant au fait que la définition semblait inclure des parties qui n'étaient pas toujours des porteurs. Il a été dit que tout problème de rédaction pouvait être résolu, mais que l'intention de la définition était que le sous-alinéa i) traite des documents papier et couvre toutes les parties, tandis que le sous-alinéa ii) concernait les enregistrements électroniques, où la question n'était pas la possession physique, mais le contrôle, et pouvait inclure le chargeur et le destinataire. On a observé qu'il serait possible d'apporter des améliorations générales à la rédaction du sous-alinéa ii) en y incluant, par exemple, certains porteurs tels que le chargeur documentaire visé au projet d'article 31. On a également estimé que le sous-alinéa ii) devrait expressément indiquer à qui l'enregistrement électronique pourrait être transféré.

Alinéa o) "Enregistrement électronique concernant le transport" du projet d'article premier

182. La définition du terme "enregistrement électronique concernant le transport" a été appuyée au sein du Groupe de travail. Il a été suggéré de simplifier le dernier paragraphe.

Alinéa p) "Enregistrement électronique négociable concernant le transport" du projet d'article premier

183. En réponse à une question, il a été précisé qu'au sous-alinéa i), le membre de phrase "expédiées à l'ordre du chargeur ou à l'ordre du destinataire" avait pour objet d'inclure le cas où des marchandises étaient expédiées à une partie nommément désignée. Sur le plan rédactionnel, il a été proposé de remplacer, au sous-alinéa i), les termes "qui indique" par "comprenant, de façon non exhaustive".

Alinéa q) "Enregistrement électronique non négociable concernant le transport" et alinéa r) "Données du contrat" du projet d'article premier

184. Le Groupe de travail n'a pas formulé de commentaires sur les alinéas q) ou r).

Conclusions du Groupe de travail sur les définitions figurant aux alinéas f), o), p), q) et r) du projet d'article premier

185. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Qu'il soutenait, de manière générale, les définitions figurant aux alinéas f), o), p), q) et r) du projet d'article premier, sous réserve des modifications proposées aux paragraphes 181 à 184 ci-dessus.

Chapitre 2. Communication électronique

Projet d'article 3

186. Le Groupe de travail a ensuite examiné le projet d'article 3. On a expliqué que le paragraphe 2 de ce projet d'article était une nouvelle disposition qui avait pour objet d'expliciter ce qui était implicite dans le projet d'instrument, à savoir que l'émission, la possession et le transfert d'un document négociable produisaient les mêmes effets que l'émission, le contrôle et le transfert d'un enregistrement électronique concernant le transport. Le Groupe de travail a décidé de changer, à l'alinéa a), le mot "communication" en "communications", conformément à la note 19.

Conclusions du Groupe de travail sur le projet d'article 3

187. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– De changer, à l'alinéa a), le mot "communication" en "communications" et d'accepter autrement le texte du projet d'article 3 pour inclusion et poursuite de la discussion dans le projet d'instrument.

Projet d'article 4

188. Le Groupe de travail a ensuite examiné le projet d'article 4. En réponse à une question, il a été précisé que si plusieurs originaux du document de transport négociable étaient émis, tous devraient être récupérés pour que l'enregistrement électronique négociable concernant le transport puisse être émis en remplacement.

Conclusions du Groupe de travail sur le projet d'article 4

189. Le Groupe de travail a approuvé le texte pour examen ultérieur et inclusion dans le projet d'instrument.

Projet d'article 5

190. Le Groupe de travail a ensuite examiné le projet d'article 5. On a soutenu le point de vue selon lequel il ne faudrait pas considérer comme étant close la liste d'articles qui comprenaient des références aux avis et consentements, car il pourrait falloir y inclure d'autres dispositions telles que les projets d'articles 88a et 61 *bis*.

Conclusions du Groupe de travail sur le projet d'article 5

191. Le Groupe de travail a approuvé le texte pour examen ultérieur et inclusion dans le projet d'instrument, sous réserve de l'insertion d'articles supplémentaires faisant référence aux avis et consentements.

Projet d'article 6

192. Le Groupe de travail a ensuite examiné le projet d'article 6 du projet d'instrument.

Projet d'article 6-1 – Inclusion de systèmes d'enregistrement dans le projet d'instrument

193. Le Groupe de travail a examiné la question énoncée à la note 31 du document A/CN.9/WG.III/WP.47, où il était proposé d'ajouter, après le mot "enregistrement", le membre de phrase "ou des droits représentés ou conférés par cet enregistrement". Ce changement se justifiait par la crainte que le projet d'article 6, lu avec les définitions correspondantes, n'envisage le recours à une technologie dans le cadre de laquelle l'enregistrement électronique concernant le transport serait transféré le long de la chaîne de négociation, excluant ainsi potentiellement certaines technologies n'utilisant pas de jetons, tels les systèmes d'enregistrement.

194. Le Groupe de travail a convenu dans l'ensemble qu'il ne souhaitait pas, par principe, exclure les systèmes d'enregistrement du projet d'instrument. On s'est toutefois dit préoccupé de ce que l'inclusion du membre de phrase proposé ne crée une confusion entre les concepts de transfert de documents en vertu du projet d'article 59 et de transfert de droits en vertu du projet d'article 62. Ce point de vue a été appuyé.

195. Selon une suggestion, un des moyens de faire clairement entrer les systèmes d'enregistrement et autres technologies n'utilisant pas de jetons dans le champ d'application du projet d'instrument, pourrait être de recourir à la notion de "transfert du contrôle" d'un enregistrement électronique concernant le transport comme équivalent du transfert de l'enregistrement lui-même. D'autres solutions de compromis ont été proposées, par exemple ajuster les définitions correspondantes au projet d'article premier.

Sécurité

196. On a proposé d'ajouter, dans le projet d'article 6-1, un texte indiquant qu'il faudrait utiliser, pour le transfert, une méthode sûre ou fiable. Selon un avis, cependant, le fait d'ajouter un tel texte dans la disposition risquerait de donnait lieu à une jurisprudence inutile pour son interprétation, et le concept de sécurité était déjà implicite dans le texte du projet d'article. On s'est demandé, à la lumière de cette explication, s'il fallait employer le mot "assurance" à l'alinéa b). En guide d'explication supplémentaire, on a fait valoir que le mot "assurance" renvoyait à l'intégrité de l'enregistrement et non au système qui le contrôlait, et qu'il ne serait donc pas une source d'ambiguïté.

Conclusions du Groupe de travail sur le projet d'article 6-1

197. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Qu'il faudrait charger un petit groupe de rédaction de modifier le texte existant du projet d'article 6-1 en tenant compte de la discussion ci-dessus concernant les méthodes que l'on pourrait utiliser pour rendre la disposition technologiquement neutre.

Projet d'article 6-2

198. Le projet d'article 6-2 a été appuyé. Il a été dit au Groupe de travail que l'expression "aisément vérifiable" avait été employée pour indiquer, sans trop entrer dans le détail, que les procédures requises doivent être accessibles aux parties ayant

un intérêt légitime à les connaître avant de prendre un engagement juridique. Il a été ajouté qu'il était inutile, dans le projet d'instrument, d'entrer davantage dans le détail car une définition plus précise dépendrait du type de système et du type d'enregistrement électronique utilisé, et qu'elle risquerait de faire obstacle au progrès technologique.

Conclusions du Groupe de travail sur le projet d'article 6-2

199. Le Groupe de travail a approuvé le texte du projet d'article 6-2 pour examen ultérieur et inclusion dans le projet d'instrument.

Chapitre 8. Documents de transport et enregistrements électroniques

Projet d'article 33. Émission du document de transport ou de l'enregistrement électronique

200. Le Groupe de travail a ensuite examiné le projet d'article 33, sur lequel il n'a pas formulé de commentaire.

Projet d'article 35. Signature

201. Le Groupe de travail a ensuite examiné le projet d'article 35. Plusieurs questions ont été soulevées en ce qui concerne cette disposition du projet d'instrument.

Définition du terme "signature électronique"

202. L'avis a été émis qu'il devrait y avoir une définition spécifique du terme "signature électronique" dans le projet d'instrument, faute de quoi les États qui n'ont pas de législation sur cette question risqueraient de se retrouver face à un vide juridique. On a estimé que la définition du terme "signature électronique" figurant au projet d'article 35 n'ajoutait rien au concept énoncé dans d'autres instruments internationaux, pas plus qu'elle ne traitait de manière spécifique du droit des transports. Il a été proposé, dans un souci d'uniformité, que le projet d'instrument adopte une définition du terme "signature électronique" s'inspirant d'autres instruments de la CNUDCI tels que la Loi type sur les signatures électroniques (2001) et la Loi type sur le commerce électronique (1996). Cependant, on a considéré qu'il valait mieux prendre comme point de départ l'approche plus moderne adoptée à l'article 9-3 du projet – récemment conclu – de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (annexe au document A/CN.9/577).

203. Selon d'autres avis, il ne faudrait pas définir le terme "signature électronique", qui devrait être régi par le droit interne. On a dit cependant que si la question était régie par le droit interne, il pourrait en résulter des désaccords et qu'il faudrait par conséquent s'efforcer de trouver une norme internationale commune. On a également estimé que pour être commercialement viable, une définition du terme "signature électronique" devait être simple et économique à appliquer. On a émis l'idée que la meilleure solution serait peut-être d'avoir une définition fonctionnelle du terme, au lieu de se focaliser sur une définition précise, et de laisser le droit interne ou les parties commerciales elles-mêmes décider de la norme exacte, sous réserve que les prescriptions fonctionnelles soient respectées. Cette proposition a été

soutenue, en particulier dans le souci de faire preuve de souplesse dans l'avenir pour des technologies qui n'étaient pas encore nées.

Quel droit devrait s'appliquer?

204. On a dit que si le droit qui s'appliquait était le droit interne, il faudrait instituer des règles régissant le choix du droit applicable à la signature électronique. Selon un avis, ce droit devrait être celui du lieu du document, mais selon un autre avis, ce devrait être le droit qui régit les procédures visées au projet d'article 6.

Conclusions du Groupe de travail sur le projet d'article 35

205. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Qu'il faudrait charger un petit groupe de rédaction de modifier le texte existant du projet d'article 35 en tenant compte des préoccupations exprimées ci-dessus.

Projets d'articles traitant du commerce électronique

Droit de contrôle – projet d'article 54, Transfert de droits – projet d'article 59, Transfert de droits – projet d'article 61 *bis*

206. Le Groupe de travail a ensuite examiné uniquement les aspects relatifs au commerce électronique du projet d'article 54 (Droit de contrôle) et des projets d'articles 59 et 61 *bis* (Transfert de droits). Il n'a pas eu de commentaire particulier à formuler sur les aspects relatifs au commerce électronique de ces projets d'articles.

Proposition de nouvelle version de certaines dispositions relatives au commerce électronique

207. Compte tenu de la discussion qu'a eue le Groupe de travail (voir ci-dessus, par. 180 à 205), un groupe de rédaction informel composé de plusieurs délégations a rédigé une version révisée de certaines des dispositions relatives au commerce électronique qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.III/WP.47. À l'alinéa f) du projet d'article premier, on a remplacé l'énumération des personnes mentionnées au sous-alinéa ii) par le terme "les personnes", et l'on a ajouté les mots "émis ou" avant le mot "transféré". On a aussi estimé qu'il n'était pas possible d'abréger la phrase finale de l'alinéa o) sans en affaiblir la teneur. À l'article 6, on a remplacé l'alinéa a) du paragraphe 1 par le texte "a) la méthode pour effectuer l'émission et le transfert de cet enregistrement au porteur visé", et l'on a remplacé, à l'alinéa d), le mot "destinataire" par le mot "porteur". De plus, on a remplacé, au projet d'article 35, la deuxième phrase par la phrase "Une telle signature doit identifier le signataire dans le cadre de l'enregistrement électronique concernant le transport et indiquer que le transporteur approuve cet enregistrement." En outre, au paragraphe 2 du projet d'article 61 *bis*, on a supprimé le mot "autre". Enfin, outre les modifications logiques apportées à l'alinéa a) du projet d'article 6-1, il a été proposé, pour répondre à la question soulevée en ce qui concerne la neutralité technologique (voir ci-dessus, par. 192 à 195) d'insérer à l'article premier du projet d'instrument la nouvelle définition suivante:

"Article 1 xx)

Le terme "émission et transfert d'un enregistrement électronique négociable concernant le transport" désigne l'émission et le transfert du contrôle exclusif de l'enregistrement. [Une personne a le contrôle exclusif d'un enregistrement électronique concernant le transport si la procédure employée en vertu de l'article 6 établit de manière fiable que cette personne est celle qui a les droits sur l'enregistrement électronique négociable concernant le transport.]"

208. Il a été expliqué que le groupe de rédaction informel avait placé entre crochets la dernière phrase de l'alinéa xx) du projet d'article premier non pour exprimer une incertitude quant à la nécessité de l'inclure dans le projet d'instrument, mais pour indiquer qu'il faudrait réfléchir plus avant à sa formulation.

209. Le Groupe de travail a émis des commentaires généraux concernant la nouvelle version des dispositions. Selon un avis, il faudrait réexaminer la question de savoir si la deuxième partie du sous-alinéa f) ii) du projet d'article premier concernant le "contrôle exclusif" était nécessaire. On a également estimé qu'il faudrait expliquer, dans une note explicative accompagnant le projet d'instrument, l'intention sous-tendant l'alinéa xx) proposé au projet d'article premier. On a déclaré soutenir l'approche adoptée pour la rédaction de la nouvelle version de l'article 35, qui était souple et tenait compte de nombreux systèmes juridiques différents.

Conclusions du Groupe de travail sur la nouvelle version proposée des dispositions relatives au commerce électronique

210. Le Groupe de travail a approuvé l'approche adoptée pour procéder à la révision des dispositions relatives au commerce électronique qu'il est proposé d'insérer dans le projet d'instrument.

Droit de contrôle

211. Le Groupe de travail a entendu un bref rapport sur les consultations informelles tenues entre les sessions sur la question du droit de contrôle dans le projet d'instrument (projets d'articles 53 à 58 dans le document (A/CN.9/WG.III/WP.32) comme introduction à son examen de ces dispositions à sa prochaine session. Il lui a été expliqué qu'il aurait à examiner un certain nombre de questions différentes. Il a été indiqué que des vues divergentes étaient apparues quant à la nature et à l'étendue du droit de la partie contrôlante de donner des instructions au chargeur. Il a été dit que le projet de texte ne faisait pas suffisamment de distinction entre le droit de la partie contrôlante de donner des instructions au chargeur et le droit de modifier le contrat de transport. Il a été dit aussi que la définition de la partie contrôlante et des modalités de désignation d'une autre personne comme partie contrôlante demandait plus ample réflexion, et il a été estimé dans l'ensemble que le transporteur devrait être avisé de tout changement de partie contrôlante. On a fait observer que les autres questions à débattre comprenaient le moment de la cessation du droit de contrôle, les conditions de forme à remplir pour donner des instructions dans le cas de documents de transport non négociables ou d'enregistrements électroniques non négociables concernant le transport, et l'obligation pour le transporteur de suivre les instructions de la partie contrôlante, ainsi que la responsabilité du transporteur à cet égard.

Transfert de droits

212. Le Groupe de travail a également entendu un bref rapport sur les consultations informelles tenues entre les sessions sur le transfert de droits dans le projet d'instrument (projets d'articles 59 à 62 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32 et projet d'article 61 *bis* dans le document A/CN.9/WG.III/WP.47, par. 12) comme introduction à son examen des dispositions sur le transfert de droits à sa prochaine session. Cinq points relatifs au transfert de droits ont été signalés comme étant particulièrement importants pour les discussions futures: le régime qui devrait être applicable au document nominatif non émis "à ordre"; l'opportunité d'adopter une approche de la responsabilité des tiers fondée sur une "déclaration générale" ou sur une "liste énumérative"; les droits exercés par les tiers sans qu'il soit présumé de responsabilité; le droit applicable; et la notification au transporteur du transfert de droits. Il a été indiqué en outre que le Groupe de travail pourrait examiner à sa session en cours la nouvelle version proposée de projet d'article 61 *bis*, figurant au paragraphe 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.47, et commencer à débattre des obligations contractuelles transférables à des tiers sans leur consentement.

Conclusions du Groupe de travail sur le transfert de droits

213. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le projet d'article 61 *bis* tel qu'il figure au paragraphe 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.47, devrait être inséré dans le projet d'instrument pour examen à une session future, sous réserve de toute proposition rédactionnelle concernant le commerce électronique.

III. Questions diverses

Dates des seizième et dix-septième sessions

214. Il a été noté que, sous réserve de l'approbation de la Commission à sa trente-huitième session (Vienne, 4-15 juillet 2005), la seizième session du Groupe de travail se tiendrait à Vienne, au Centre international de Vienne, du 28 novembre au 9 décembre 2005, et la dix-septième à New York, au Siège de l'ONU, du 3 au 13 avril 2006.

Organisation des travaux futurs

215. Afin de structurer la discussion sur les dispositions restantes du projet d'instrument, le Groupe de travail a adopté le programme provisoire ci-après pour l'achèvement de sa deuxième lecture du projet:

Seizième session (Vienne, 28 novembre au 9 décembre 2005, sous réserve d'approbation)

– Droit de contrôle

– Transfert de droits

– Compétence et arbitrage

– Livraison des marchandises, y compris la durée de la responsabilité, projet d'article 11-2 et projets d'articles 46 à 52

– Obligations du chargeur

Dix-septième session (New York, 3-13 avril 2006, sous réserve d'approbation)

– Champ d'application et liberté contractuelle

– Droits d'action et délai pour agir

– Limites de responsabilité

– Documents de transport

– Questions en suspens, y compris les questions concernant les parties exécutantes maritimes (projet d'article 15), à la loi nationale (projet d'article 8) et limites spéciales de la responsabilité (projet d'article 18-2)

Méthodes de travail

216. On a estimé que le Groupe de travail avait beaucoup progressé durant sa quinzième session, de même qu'à sa quatorzième, et que ces progrès, depuis mai 2004 (voir A/CN.9/552, par. 167), étaient dus en grande partie aux consultations informelles que les délégations avaient tenues entre les sessions. Ces consultations, a-t-on dit, avaient été extrêmement utiles aux délégations pour s'informer, échanger des points de vue et régler des questions litigieuses. On a jugé essentiel, pour que le projet d'instrument puisse être achevé avec succès, que ces consultations informelles intersessions se poursuivent, étant entendu qu'il faudrait veiller à ce que la quantité de documents émanant de ce processus soit compatible avec la production par le secrétariat de documents officiels dans toutes les langues de l'Organisation pour présentation au Groupe de travail. Il a également été estimé que le recours à de petits groupes de rédaction avait été extrêmement utile au Groupe de travail dans son ensemble. Les différentes vues exprimées ci-dessus ont été pleinement appuyées.

217. Le Groupe de travail a réexaminé la question de l'échéance des travaux sur le projet d'instrument à la lumière de ses discussions antérieures sur ce point (voir A/CN.9/552, par. 168). Un certain nombre de délégations ont soutenu que, s'il était peu probable qu'il les termine fin 2005, le Groupe de travail pourrait, avec l'aide précieuse des consultations informelles, les achever fin 2006.

G. Note du Secrétariat concernant l'élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] - dispositions relatives au champ d'application, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa quinzième session

(A/CN.9/WG.III/WP.44) [Original: anglais]

À sa quatorzième session (Vienne, 29 novembre au 10 décembre 2004), le Groupe de travail III a examiné certaines des dispositions du projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] relatives au champ d'application dudit instrument (A/CN.9/572, par. 83 à 96). Sur la base des délibérations du Groupe de travail, un groupe de rédaction informel composé d'un certain nombre de délégations a établi une nouvelle version des dispositions fondamentales relatives au champ d'application du projet d'instrument. Le groupe de rédaction informel a présenté le nouveau texte des dispositions au Groupe de travail (A/CN.9/572, par. 105 et 106) et celui-ci est convenu que la nouvelle version représentait un texte solide sur lequel s'appuyer pour des discussions futures sur le champ d'application, après de nouvelles réflexions et consultations (A/CN.9/572, par. 109). La présente note contient le nouveau texte des dispositions présenté par le groupe de rédaction informel tel qu'il figure dans le rapport de la quatorzième session (A/CN.9/572, par. 105), accompagné, après chacun des articles présentés, d'un bref commentaire établi par le groupe de rédaction informel.

ANNEXE

DISPOSITIONS RELATIVES AU CHAMP D'APPLICATION

Introduction

1. À la quatorzième session du Groupe de travail III, un groupe de rédaction informel a examiné les propositions rédactionnelles conjointes présentées par les États-Unis, la Finlande, l'Italie, le Japon, les Pays-Bas et la Suède, et qui avaient pour but de refléter le consensus général qui s'était dégagé au sein du Groupe de travail (A/CN.9/572, par. 89) s'agissant des types d'opérations qui devraient entrer dans le champ d'application obligatoire du projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]. Sur la base de ces délibérations, le groupe de rédaction informel a proposé au Groupe de travail, à sa quatorzième session, une série de nouvelles propositions concernant le champ d'application du projet d'instrument. Ces nouvelles dispositions sont reproduites telles qu'elles figuraient au paragraphe 105 du document A/CN.9/572, accompagnées d'un bref commentaire ajouté par le groupe de rédaction informel après chaque disposition. Elles ne traitent pas de la question des accords de services réguliers de transport maritime (voir A/CN.9/WG.III/WP.34 et A/CN.9/WG.III/WP.42) et devront être réexaminées en tenant compte de la décision prise par le Groupe de travail à cet égard. En outre, un examen plus poussé des

projets d'articles 88 et 89, qui traitent également de la liberté contractuelle, sera nécessaire. Il est entendu qu'il faudra renuméroter les dispositions dans l'éventualité où les articles suivants seraient incorporés dans le projet d'instrument; pour faciliter, cependant, la lecture de la présente note, les nouvelles dispositions ci-après seront appelées "projets d'articles relatifs au champ d'application", tandis que les dispositions existantes du projet d'instrument seront appelées "projets d'articles".

"Article premier

a) Le terme 'contrat de transport' désigne un contrat par lequel un transporteur s'engage, contre paiement d'un fret, à transporter des marchandises d'un lieu à un autre. Cet engagement doit prévoir le transport par mer et peut prévoir le transport par d'autres modes avant ou après le transport par mer. [Un contrat qui prévoit une possibilité de transporter les marchandises par mer est considéré comme un contrat de transport, à condition que les marchandises soient effectivement transportées par mer.]

[...) Le terme 'service régulier' désigne un service de transport maritime:

i) Offert au public par voie de publicité ou autrement; et

ii) Assuré sur une base régulière entre des ports spécifiés conformément à des horaires ou des dates de départ annoncés.]

[...) Le terme 'service non régulier' désigne tout service de transport maritime qui n'est pas un service régulier.]"

2. *Commentaire sur la définition du "contrat de transport" figurant à l'alinéa a) de l'article premier relatif au champ d'application, y compris les définitions proposées pour "service régulier" et "service non régulier"*: Le projet d'alinéa a) de l'article premier relatif au champ d'application avait pour objet de clarifier la définition du "contrat de transport" à l'alinéa a) de l'article premier du projet d'instrument figurant au paragraphe 6 du document A/CN.9/WG.III/WP.36. L'exigence d'un parcours maritime international, introduite dans cette définition figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.36, a été incorporée dans le projet d'article 2 relatif au champ d'application, accompagnée d'une référence au caractère international du transport global. Le texte entre crochets figurant à la fin du projet d'alinéa a) de l'article premier relatif au champ d'application est analogue en substance au paragraphe 1 *bis* de l'article 2 figurant au paragraphe 6 du document A/CN.9/WG.III/WP.36. Il a été suggéré, au sein du groupe de rédaction informel, que le texte entre crochets était superflu, mais certains ont estimé qu'étant donné que cette disposition était controversée et qu'elle avait été placée entre crochets au paragraphe 6 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, il fallait la conserver en vue de discussions futures. En outre, il a été proposé d'inclure des définitions de "service régulier" et de "service non régulier" dans la section de définition de l'article premier du projet d'instrument afin de clarifier le projet d'article 3 ci-après relatif au champ d'application. Ces propositions de définitions avaient pour but de servir de base pour la poursuite des discussions du Groupe de travail.

"Article 2

1. Sous réserve des articles 3 à 5, le présent instrument s'applique aux contrats de transport dans lesquels le lieu de réception [contractuel] et le lieu de livraison [contractuel] sont situés dans des États différents, et le port de

chargement [contractuel] et le port de déchargement [contractuel] sont situés dans des États différents, lorsque:

a) Le lieu de réception [contractuel] [ou le port de déchargement [contractuel]] est situé dans un État contractant, ou

b) Le lieu de livraison [contractuel] [ou le port de déchargement [contractuel]] est situé dans un État contractant, ou

c) [Le lieu de livraison effectif est l'un des lieux de livraison optionnels [prévus par le contrat] et est situé dans un État contractant, ou]

d) Le contrat de transport prévoit que le présent instrument, ou la loi de tout État lui donnant effet, doit régir le contrat.

[Les références aux lieux et ports [contractuels] désignent les lieux et ports prévus par le contrat de transport ou dans les données du contrat.]

[2. Le présent instrument s'applique quelle que soit la nationalité du navire, du transporteur, des parties exécutantes, du chargeur, du destinataire ou de toute autre partie intéressée.]"

3. *Commentaire sur le projet d'article 2 relatif au champ d'application*: Le projet d'article 2-1 relatif au champ d'application exige que le transport global et le parcours maritime soient internationaux. L'exigence du caractère international du transport global a été introduite dans le projet d'article 3-1 du projet d'instrument figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.21 et dans le projet d'article 2-1 du projet d'instrument figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, mais a été omise du projet d'article 2-1 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.36. Les alinéas a) à d) du projet d'article relatif au champ d'application sont directement tirés du projet d'article 2-1 figurant dans les documents A/CN.9/WG.III/WP.32 et A/CN.9/WG.III/WP.36. La question reste de savoir si une disposition telle que le projet d'article 2-2 relatif au champ d'application demeure nécessaire; elle a, par le passé, été jugée telle et a, par conséquent, été incorporée à l'article X des Règles de La Haye-Visby.

"Article 3

1. Le présent instrument ne s'applique pas:

a) Sous réserve de l'article 5, aux chartes-parties, qu'elles portent ou non sur des services réguliers;

b) Sous réserve de l'article 4, aux contrats de tonnage, contrats d'affrètement et contrats similaires prévoyant le transport de marchandises par expéditions successives, qu'ils portent ou non sur des services réguliers; et

c) Sous réserve du paragraphe 2, aux autres contrats portant sur des services non réguliers.

2. Le présent instrument s'applique aux contrats de transport portant sur des services non réguliers en vertu desquels le transporteur émet un document de transport ou un enregistrement électronique qui:

a) Atteste la réception des marchandises par le transporteur ou par une partie exécutante; et

b) Atteste ou contient le contrat de transport,

sauf dans la relation entre les parties à une charte-partie ou à une convention similaire."

4. *Commentaire sur le projet d'article 3 relatif au champ d'application*: Alors que le projet d'article 2 relatif au champ d'application avait pour but de refléter, s'agissant de définir le champ d'application du projet d'instrument, la préférence du Groupe de travail pour l'approche contractuelle (A/CN.9/572, par. 89), il a été jugé nécessaire d'accompagner cette approche de clarifications complémentaires. Le projet d'article 3-1 relatif au champ d'application avait pour but d'éviter la situation qu'une approche purement contractuelle créerait en incluant des opérations que le Groupe de travail avait décidé d'exclure du champ d'application du projet d'instrument. Les alinéas a) et b) du projet d'article 3-1 relatif au champ d'application se réfèrent à des services réguliers et non réguliers, car certaines formes de chartes-parties (tels les affrètements de créneaux ou d'espaces) et de contrats de tonnage sont régulièrement utilisées dans les services réguliers. Le projet d'article 3-2 relatif au champ d'application avait pour but de faire en sorte que les opérations visées par les Règles de La Haye et de La Haye-Visby continuent d'être régies par le projet d'instrument, de façon que ce dernier ne réduise pas le niveau de couverture actuel. En particulier, les opérations de transport courantes portant sur des services non réguliers en vertu desquels il est émis un connaissement continuent d'être régies par le projet d'instrument. [*Note du secrétariat*: Le Groupe de travail voudra peut-être s'interroger sur le fait de savoir s'il serait nécessaire de clarifier davantage les termes et concepts utilisés dans le projet d'article 3 relatif au champ d'application, en particulier dans ses paragraphes 1 b) et 2. Cela pourrait se faire en incluant un texte dans le projet d'instrument, ou un commentaire sur celui-ci dans un document explicatif annexe. Du point de vue rédactionnel, également, des problèmes pourraient se poser du fait de la technique de rédaction consistant à placer à la fin du projet d'article 3-2 relatif au champ d'application le membre de phrase "sauf dans la relation entre les parties à une charte-partie ou à une convention similaire". Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le point de savoir si l'on pourrait déplacer ce membre de phrase, peut-être vers l'ouverture du chapeau de ce paragraphe, afin d'éviter des erreurs qui pourraient découler de changements de présentation.]

"Article 4

Lorsqu'un contrat prévoit le transport de marchandises par expéditions successives, le présent instrument s'applique à chaque expédition conformément aux règles prévues aux articles 2, 3-1 a), 3-1 c) et 3-2."

5. *Commentaire sur le projet d'article 4 relatif au champ d'application*: Le projet d'article 4 relatif au champ d'application est analogue en substance au projet d'article 2-5 figurant dans les versions précédentes du projet d'instrument.

"Article 5

Si un document de transport ou un enregistrement électronique est émis en vertu d'une charte-partie ou d'un contrat visé à l'article 3-1 c), ce document de transport ou cet enregistrement électronique doit être conforme aux dispositions du présent instrument et les dispositions du présent instrument s'appliquent au contrat attesté par ce document ou cet enregistrement

électronique à compter du moment où il régit la relation entre le transporteur et la personne ayant des droits en vertu du contrat de transport, à condition que cette personne ne soit pas un affréteur ou une partie au contrat en vertu de l'article 3-1 c)."

6. *Commentaire sur le projet d'article 5 relatif au champ d'application*: Le projet d'article 5 relatif au champ d'application est analogue en substance au projet d'article 2-4 figurant dans les versions précédentes du projet d'instrument, à deux exceptions près: i) il a été développé, dans la disposition relative au champ d'application, pour couvrir tous les documents de transport et enregistrements électroniques (et pas seulement les documents de transport et enregistrements électroniques négociables), comme en est convenu le Groupe de travail (A/CN.9/572, par. 94 et 106); et ii) il comprend une clause conditionnelle tendant à faire en sorte qu'il ne s'applique pas entre les parties intermédiaires à un contrat autrement exclus du champ d'application du projet d'instrument.

H. Note du Secrétariat concernant l'élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – arbitrage: la pratique uniforme de l'arbitrage international et les dispositions du projet d'instrument, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa quinzième session

(A/CN.9/WG.III/WP.45) [Original: anglais]

À sa quatorzième session, le Groupe de travail III sur le droit des transports a examiné les dispositions du projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] relatives à l'arbitrage, telles qu'elles figurent au chapitre 16 du document A/CN.9/WG.III/WP.32. Comme indiqué dans le rapport de cette session, le projet de chapitre 16 est repris des Règles de Hambourg, qui ont été rédigées en 1978, avant la large acceptation de normes uniformes pour l'arbitrage international (A/CN.9/572, par. 153). À l'issue des débats de cette session, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'étudier les conflits éventuels entre le projet d'instrument et la pratique uniforme de l'arbitrage international, telle qu'elle est reflétée dans les instruments et les lois types de la CNUDCI (A/CN.9/572, par. 157). Faisant suite à cette demande, la présente note a été établie selon deux axes: d'une part, on a dégagé, comme cela avait été demandé, les conflits éventuels, et, de l'autre, on a recensé les principes de base de l'arbitrage international qui ne sont pas pris en compte dans le projet d'instrument.

I. Conflits éventuels entre le projet d'instrument et la pratique uniforme de l'arbitrage international, telle qu'elle est reflétée dans les instruments et les lois types de la CNUDCI

A. Article 76 des variantes A et B du projet d'instrument

1. Aux termes du projet d'article 76 du projet d'instrument, l'arbitrage fait l'objet d'un accord constaté par écrit. Cette expression peut être entendue comme signifiant que la forme écrite de la convention d'arbitrage est requise *ad probationem* [c'est-à-dire à titre de preuve] et non *ad validitatem* [à titre de validité de la convention d'arbitrage].

2. L'exigence de constater par écrit une convention d'arbitrage figure à l'article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ("Loi type") ainsi qu'à l'article II-2 de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 ("Convention de New York"). L'exigence de forme vise à donner une certitude quant à l'intention des parties et à faciliter des preuves ultérieures de leur volonté de soumettre leur litige à l'arbitrage.

3. L'article 7-2 de la Loi type dispose ce qui suit:

> "2. La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite. Une convention est sous forme écrite si elle est consignée dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, de communications télex, de

télégrammes ou de tout autre moyen de télécommunications qui en atteste l'existence, ou encore dans l'échange d'une conclusion en demande et d'une conclusion en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre. La référence dans un contrat à un document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que ledit contrat soit sous forme écrite et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat."

4. L'article II-2 de la Convention de New York dispose ce qui suit:

"2. On entend par convention écrite une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes."

5. Contrairement à la Loi type et à la Convention de New York, l'article 76 du projet d'instrument ne comporte pas de définition de l'exigence de l'écrit. On a fait valoir que ceci pourrait poser problème étant donné que, ces dernières années, du fait de l'émergence accrue de moyens modernes de communication, cette exigence est devenue un aspect du droit de l'arbitrage qui prête à controverse. On pourrait être conduit à se demander si cette obligation a été remplie dans certaines situations où la réponse pourrait soulever des problèmes graves, par exemple pour ce qui est de certains connaissements, notes de courtiers et autres instruments négociables, ou de contrats transférant des droits ou obligations à des parties tierces non signataires (c'est-à-dire des parties qui ne sont pas parties à la convention originelle). Le manque de clarté concernant l'exigence de l'écrit dans des situations de ce type donne lieu à des décisions plutôt disparates. L'exigence de l'écrit, sans autre définition, pourrait être interprétée d'une manière qui ne serait pas en accord avec la pratique commerciale internationale. Par ailleurs, le Groupe de travail peut souhaiter se demander si la spécification d'une définition spéciale de la forme écrite dans le projet d'instrument aurait l'inconvénient d'introduire une différence entre l'exigence de forme telle qu'elle figure dans le droit du transport de marchandises et dans le droit le droit général de l'arbitrage. Comme indiqué ci-dessous (voir par. 22 à 26), le Groupe de travail peut souhaiter encourager les États qui envisagent de ratifier le projet d'instrument à envisager de promulguer également la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

6. Une autre question cruciale concernant les dispositions relatives à l'arbitrage du projet d'instrument est de savoir si une convention d'arbitrage, conclue de manière conforme au projet d'article 76, serait exécutoire au titre de l'article II-2 de la Convention de New York énoncé au paragraphe 4 ci-dessus. Ces exigences relatives à la conclusion d'une convention d'arbitrage valable au termes de la Convention de New York pourraient être considérées comme plus restrictives que l'exigence visée à l'article 76 du projet d'instrument. Toutefois, il peut être noté que le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) n'a pas encore conclu son examen de la relation entre l'article II de la Convention de New York et les dispositions relatives à la forme de la convention d'arbitrage contenues dans d'autres lois.

7. De plus, le Groupe de travail II a pris note de l'importance qu'il y a à s'employer à faciliter une interprétation plus flexible de l'exigence de forme stricte de la convention d'arbitrage afin de ne pas décevoir les attentes des parties lorsqu'elles ont décidé de soumettre leur litige à l'arbitrage. À sa trente-sixième

session (New York, 4-8 mars 2002), le Groupe de travail II a proposé un libellé révisé de l'article 7 de la Loi type, qui se lit comme suit:

"Article 7. Définition et forme de la convention d'arbitrage

1) Une 'convention d'arbitrage' est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.

2) La convention d'arbitrage se présente sous forme écrite. La 'forme écrite' comprend toute forme qui atteste [de façon tangible] l'existence de la convention ou est [de toute autre manière] accessible en tant que message de données pour être consultée ultérieurement.

[3) Le terme 'message de données' désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie.]

4) Afin d'éviter tout doute, l'exigence de l'écrit visée au paragraphe 2 est satisfaite si la clause compromissoire ou les conditions d'arbitrage ou tout règlement d'arbitrage auxquels il est fait référence dans la convention d'arbitrage sont sous forme écrite, même si le contrat ou la convention d'arbitrage séparée ont été conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens sous forme non écrite.

5) En outre, une convention est sous forme écrite si elle est contenue dans un échange de conclusions en demande et en réponse, dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre.

6) La référence dans un contrat à un texte contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.

[7) Aux fins de l'article 35, les conditions d'arbitrage écrites, ainsi que tout écrit incorporant par référence ou contenant ces conditions, constituent la convention d'arbitrage.]"

8. Dans le même souci de clarté concernant l'exigence de l'écrit énoncée à l'article II-2 de la Convention de New York et d'autres exigences concernant les communications écrites énoncées dans le texte de cette convention, le Groupe de travail II s'est prononcé en faveur de l'inclusion d'une référence à la Convention de New York dans l'article 19 du projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux récemment proposé par le Groupe de travail IV (Commerce électronique) (reproduit à l'annexe du document A/CN.9/571).

9. Pour renforcer la sécurité juridique concernant la validité de la convention d'arbitrage et réduire au minimum les risques de voir refuser l'exécution d'une sentence arbitrale au motif de la non-existence ou de l'invalidité d'une convention

d'arbitrage, le Groupe de travail III peut souhaiter se demander s'il serait préférable d'aligner les définitions de l'exigence écrite dans le projet d'instrument sur les travaux les plus récents du Groupe de travail II. Toutefois, afin de ne pas répéter la réglementation de la question de la forme dans la Loi type (dont l'examen n'est pas conclu), le Groupe de travail III peut souhaiter conclure que l'objet des dispositions du projet d'instrument relatives à l'arbitrage devrait simplement être de donner aux parties la liberté de soumettre leur litige à l'arbitrage (ce qui, au regard de certaines lois nationales relatives au transport de marchandises par mer serait avantageux), de sorte que le projet d'article 76 pourrait être libellé en termes plus généraux.

B. Article 77 des variantes A et B du projet d'instrument

10. Aux termes de la première phrase du projet d'article 77, " si un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable a été émis, la clause ou le pacte compromissoire doivent figurer dans le document ou l'enregistrement ou y être expressément incorporés par référence." L'incorporation d'une clause ou d'un pacte compromissoire par référence a donné lieu à des interprétations divergentes par les tribunaux, et la définition des conditions selon lesquelles une clause ou un pacte compromissoire serait considéré comme valable seulement s'il est incorporé par référence devrait être définie.

11. Le texte révisé du projet d'article 7-6 de la Loi type (voir le paragraphe 8 ci-dessus ainsi que le texte actuel de l'article 7 de la Loi type) vise un contrat comportant une référence à un document qui contient une clause compromissoire. Les dispositions selon lesquelles le contrat principal doit être écrit et que la référence "soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat" font suite à des problèmes et à des décisions judiciaires divergentes sur ce point dans le cadre de la Convention de New York. En conséquence, pour renforcer la sécurité et l'uniformité au stade de l'exécution, le Groupe de travail III peut vouloir prendre en compte les dispositions révisées de la Loi type concernant l'incorporation d'une clause compromissoire par référence (soit en alignant le projet d'instrument sur la Loi type devant être révisée, soit en s'en remettant à la Loi type).

C. Article 78 des variantes A et B du projet d'instrument

12. Le projet d'article 78 de la variante A propose une définition du lieu où la procédure d'arbitrage est engagée, alors que la variante B n'en dit mot.

13. Pour ce qui est de la question du lieu où la procédure d'arbitrage est engagée, l'article 20 de la Loi type précise ce qui suit:

> "1. Les parties sont libres de décider du lieu de l'arbitrage. Faute d'une telle décision, ce lieu est fixé par le tribunal arbitral, compte tenu des circonstances de l'affaire, y compris les convenances des parties.
>
> 2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 du présent article, le tribunal arbitral peut, sauf convention contraire des parties, se réunir en tout lieu qu'il jugera approprié pour l'organisation de consultations entre ses membres, l'audition des témoins, des experts ou des parties, ou pour l'inspection de marchandises, d'autres biens ou de pièces."

14. La tendance, en matière d'arbitrage international, est de reconnaître que les parties sont libres de décider du lieu de l'arbitrage; si les parties ne parviennent pas

à s'accorder sur ce point, le lieu de l'arbitrage est déterminé par le tribunal arbitral. Le lieu de l'arbitrage a une pertinence juridique dans la mesure où il détermine la loi d'arbitrage qui régit l'arbitrage et où il est l'un des facteurs possibles qui établissent le caractère international de l'arbitrage. Le lieu de l'arbitrage est le lieu d'origine de la sentence, et, à ce titre, il est pertinent au regard de la reconnaissance et de l'exécution.

15. Le projet d'article 78 de la variante A restreint à certains lieux les fors d'arbitrage. Si le Groupe de travail III considère approprié d'inclure une définition des fors possibles, il devrait être noté que le lieu où une partie substantielle des obligations de la relation doit être exécutée ou le lieu avec lequel l'objet du litige est le plus étroitement lié sont des critères plus couramment retenus que "le lieu où le contrat a été conclu" , visé au projet d'article 78-a-ii. Il va de soi que le fondement rationnel de la décision du Groupe de travail III de supprimer le lieu du contrat en tant que base pour déterminer la compétence au chapitre 15 du projet d'instrument (A/CN.9/572, par. 126) s'étendrait probablement aussi à cette disposition du chapitre relatif à l'arbitrage.

D. Article 79 des variantes A et B du projet d'instrument

16. Aux termes des variantes A et B du projet d'article 79, "l'arbitre ou le tribunal arbitral applique les règles du présent instrument."

17. À titre de comparaison, la Loi type accorde aux parties pleine autonomie pour déterminer les règles de fond à appliquer, et, en l'absence d'accord sur ce point, confie au tribunal arbitral le soin de les déterminer. La reconnaissance de l'autonomie des parties est très largement acceptée pour ce qui est de l'arbitrage international.

18. L'article 79 du projet d'instrument, tout en disposant apparemment du caractère obligatoire de l'instrument, semble être contraire au principe du droit privé international largement accepté selon lequel les parties sont libres de décider de l'applicabilité de la loi d'un État (y compris ses dispositions contraignantes). Le Groupe de travail III peut souhaiter envisager de supprimer le projet d'article 79 (s'en remettant ainsi, pour ce qui est de la loi applicable, au droit général de l'arbitrage) ou d'aligner le projet d'instrument sur l'arbitrage général et assurer le respect des dispositions contraignantes du projet d'instrument conformément aux principes généraux qui gouvernent l'arbitrage. L'article 28 de la Loi type, dont le libellé a été rédigé avec discernement, se lit comme suit:

> "Article 28. *Règles applicables au fond du différend*
>
> 1. Le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties comme étant applicables au fond du différend. Toute désignation de la loi ou du système juridique d'un État donné est considérée, sauf indication contraire expresse, comme désignant directement les règles juridiques de fond de cet État et non ses règles de conflit de lois.
>
> 2. À défaut d'une telle désignation par les parties, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce.
>
> 3. Le tribunal arbitral statue *ex aequo et bono* ou en qualité d'amiable compositeur uniquement si les parties l'y ont expressément autorisé.

4. Dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction."

19. La Loi type ainsi que Règlement d'arbitrage de la CNUDCI habilitent le tribunal arbitral à statuer en qualité d'"amiable compositeur" (*ex aequo et bono*) s'il y a été expressément autorisé par les parties. Les deux instruments incluent une disposition selon laquelle "dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction."

E. Article 80 de la variante A du projet d'instrument

20. Le projet d'article 80 de la variante A rend obligatoire l'inclusion des articles 77 et 78 à toute clause compromissoire. Le Groupe de travail III peut souhaiter examiner les incidences de cette disposition sur l'autonomie des parties et déterminer si les objectifs du projet d'instrument pourraient être réalisés de telle sorte à mieux cadrer avec cette autonomie.

F. Article 80 *bis* de la variante A et article 80 de la variante B du projet d'instrument

21. Le Groupe de travail III peut souhaiter se demander si le principe énoncé dans les projet d'article 80 *bis* de la variante A et le projet d'article 80 de la variante B serait mieux reflété dans le projet d'article 78, en remplaçant les mots "tout litige relatif au contrat de transport" par les mots "tous litiges qui se sont élevés ou pourraient s'élever".

II. Principes de base de l'arbitrage international non pris en compte dans le projet d'instrument

22. Le Groupe de travail III peut souhaiter examiner plusieurs principes de base qui ne sont pas actuellement pris en compte dans le projet d'instrument. Il se peut que le Groupe de travail préfère que le projet d'instrument ne dise mot de ces principes. Une autre possibilité serait de faire référence de manière générale à la loi d'arbitrage applicable. Ceci n'assurerait pas une conformité parfaite dans le détail. De plus, le Groupe de travail peut souhaiter déterminer s'il convient d'approfondir les travaux concernant l'arbitrage maritime afin d'établir une plus grande conformité. Le Groupe de travail peut aussi souhaiter encourager les États qui envisagent de ratifier le projet d'instrument à envisager de promulguer aussi la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

23. Le premier de ces principes de base est l'autonomie des parties, selon laquelle le droit de l'arbitrage définit des règles par défaut, les parties étant libres de déterminer d'un commun accord les règles de la procédure, dans le cadre des règles contraignantes internationalement acceptées. La plupart des dispositions de la Loi type et du droit moderne de l'arbitrage sont conçues comme étant des règles par défaut, qui s'appliquent à moins que les parties n'en décident autrement.

24. Un autre principe qui a été énoncé dans la plupart des instruments juridiques prévoyant l'arbitrage est un article semblable à l'article 8 de la Loi type, lequel

établit la relation entre un tribunal et un tribunal arbitral lorsqu'un tribunal est saisi d'une action quant au fond qui pourrait faire l'objet d'une convention d'arbitrage.

25. Le Groupe de travail peut aussi souhaiter déterminer si les travaux en cours du Groupe de travail II concernant un ensemble de règles applicables aux mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par les tribunaux arbitraux, et la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par les tribunaux arbitraux et par les tribunaux.

26. Enfin, le Groupe de travail peut souhaiter se demander s'il convient de faire explicitement référence à la Convention de New York au chapitre 18 du projet d'instrument, afin d'assurer la cohérence avec ses exigences et permettre ainsi la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales conformément à cette Convention.

I. Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – commentaires du secrétariat de la CNUCED sur la liberté contractuelle, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa quinzième session

(A/CN.9/WG.III/WP.46) [Original: anglais]

Le 17 février 2005, le secrétariat a reçu de la Commission des Nations Unies sur le Commerce et le développement des commentaires sur la question de la liberté contractuelle. Ces commentaires, qui ont été diffusés de façon informelle pendant de précédentes sessions du Groupe de travail, sont reproduits à l'annexe I tels qu'ils ont été reçus par le secrétariat.

ANNEXE I

COMMENTAIRES DU SECRÉTARIAT DE LA CNUCED SUR LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE EN VERTU DU PROJET D'INSTRUMENT

Remarques liminaires

1. Le projet d'instrument est consacré dans une large mesure aux questions de responsabilité, à savoir à la réglementation de la responsabilité qui naît lors d'un transport de marchandises. Manifestement, il vise à succéder, en les modernisant, aux régimes internationaux de responsabilité existants dans le domaine du transport de marchandises par mer, (à savoir les Règles de La Haye, les Règles de La Haye-Visby et les Règles de Hambourg). En outre, il est proposé de l'appliquer aussi aux contrats multimodaux comprenant une étape maritime. Cela étant, il semble pertinent de rappeler que, malgré leurs différences, tous les régimes de responsabilité unimodaux existants dans le domaine du transport de marchandises par mer, terre et air (à savoir les Règles de La Haye, les Règles de La Haye-Visby et les Règles de Hambourg, la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR), les Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des marchandises, la Convention de Varsovie (telle que modifiée) et la Convention de Montréal) ont certains éléments en commun, à savoir:

Premièrement, **tous les régimes internationaux existants attribuent au transporteur des niveaux minima de responsabilité, qui s'appliquent à titre obligatoire**, autrement dit les règles de fond pertinentes visant la responsabilité du transporteur ne peuvent être modifiées par contrat au détriment du chargeur ou du destinataire.

Deuxièmement, **le champ d'application obligatoire des régimes considérés s'étend aux contrats de transports qui ne sont pas individuellement négociés entre les parties**, mais qui sont exécutés conformément aux clauses standard du contrat du transporteur, lesquelles, en général, figurent ou sont attestées dans le document de transport délivré par le transporteur.

2. Le principal objectif de cette approche, commun à tous les régimes internationaux de responsabilité existants, est de limiter le risque d'abus dans le cadre des contrats d'adhésion qui sont utilisés lorsque des parties ayant des pouvoirs de négociation inégaux établissent une relation contractuelle. En fixant des niveaux minima de responsabilité qui s'appliquent à titre obligatoire et ne peuvent être modifiés par contrat, les régimes de responsabilité existants visent à protéger les chargeurs ayant peu de pouvoir de négociation, à savoir les petits chargeurs et les tiers destinataires, contre des clauses contractuelles abusives introduites unilatéralement par le transporteur dans les clauses standard de son contrat.

3. Ainsi, une caractéristique fondamentale des régimes internationaux existants en matière de responsabilité est qu'ils limitent la liberté contractuelle, ce qui témoigne de l'intention de leurs auteurs de protéger les parties plus faibles contre des clauses standard abusives.

4. Une question essentielle que devra examiner le Groupe de travail est de savoir si et dans quelle mesure le projet d'instrument devrait suivre la même approche que les régimes internationaux existants en matière de responsabilité.

5. Dans ce contexte, le traitement, dans le projet d'instrument, des contrats de service de ligne ou "accords de services réguliers de transport maritime" (qui sont décrits aux paragraphes 19 à 22 du document A/CN.9/WG.III/WP.34 de la CNUDCI) peut revêtir une importance toute particulière. Il a été indiqué que, dans certains secteurs, ce type de contrat régissait 80 à 90 % des transports sur ligne régulière, et qu'avec la tendance croissante à la concentration dans le secteur du transport de ligne et l'émergence d'alliances dans le secteur des transitaires à l'échelle mondiale, il va probablement occuper une plus grande place au niveau mondial. Toute décision concernant le traitement de ces contrats risque donc d'influer également sur les délibérations qui seront consacrées aux dispositions de fond régissant la responsabilité.

6. Compte tenu de ces considérations, les commentaires ci-après devraient faciliter les débats.

I. Application non obligatoire du projet d'instrument aux contrats de services/accords de services réguliers de transport maritime

7. On a estimé que les accords de services réguliers de transport maritime, tels qu'ils sont présentés dans le document WP.34, ne devraient pas être exclus purement et simplement du champ d'application du projet d'instrument, mais devraient être exemptés de son application obligatoire. Ainsi, lorsque des marchandises sont transportées en vertu d'un contrat de service, **le régime de responsabilité du projet d'instrument s'appliquerait par défaut, mais il serait possible de déroger à l'ensemble ou à certaines de ses dispositions ou de les modifier par contrat**. L'évaluation des conséquences potentielles devrait tenir compte des situations exposées ci-après.

a) Contrats de services avec de gros chargeurs

8. S'agissant des contrats de transport conclus entre parties possédant un pouvoir de négociation à peu près équivalent, il est évident que cette approche ne susciterait pas de préoccupations d'ordre public. Dans les négociations contractuelles, les gros

chargeurs sont tout aussi capables de préserver leurs intérêts que les gros transporteurs. Ce sont souvent eux-mêmes des transporteurs, à savoir des transitaires, qui n'exploitent pas de navires mais ont passé contrat avec de plus petits chargeurs pour transporter des marchandises de porte à porte. Les transitaires peuvent donc être à la fois des transporteurs (par rapport à des chargeurs plus petits) et des chargeurs (par rapport à des transporteurs unimodaux, comme les transporteurs maritimes).

9. On notera toutefois que si le projet d'instrument devait s'appliquer par défaut, serait-ce à titre non obligatoire, une partie contractante connaissant plus à fond toutes les clauses de l'ensemble complet de règles pourrait être avantagée. Cela serait en particulier le cas si, comme il a été proposé, les parties pouvaient sélectivement exclure ou modifier telle ou telle disposition et non le cadre dans son ensemble. À moins que les deux parties contractantes ne prêtent dûment attention à toutes les dispositions du projet d'instrument – qu'elles soient modifiées, exclues ou complétées par contrat – susceptibles de s'appliquer, l'une ou l'autre risque d'avoir accepté "par défaut" des clauses potentiellement désavantageuses. Plus généralement, les avantages potentiels que les parties commerciales escomptent d'un régime de responsabilité prévisible et uniforme sur le plan international risquent, à terme, de ne pas se concrétiser.

10. Cela dit, il n'est pas nécessaire de protéger les parties ayant un pouvoir de négociation égal par une législation obligatoire, à condition dans tous les cas que les tiers qui acquièrent des droits et des obligations en vertu des contrats considérés soient protégés par l'application obligatoire du régime de responsabilité.

b) Contrats de services avec de petits chargeurs

11. La situation est nettement différente si des parties ayant un pouvoir de négociation manifestement inégal nouent une relation contractuelle entre elles. C'est dans ce contexte que **des préoccupations surgissent quant à l'utilisation potentielle des contrats de services comme dispositifs pour tourner les règles de responsabilité obligatoires qui seraient autrement applicables**.

12. Si l'on en juge d'après la pratique actuelle, les contrats de services, qui représentent plus de 80 % des transports sur ligne régulière dans certains secteurs, peuvent être utilisés non seulement entre gros chargeurs et transporteurs, mais aussi pour le transport de très petites quantités de marchandises, par exemple 10 à 20 EVP, voire 1 EVP. Il est clair, dans ce contexte, que les parties contractantes n'ont pas un pouvoir de négociation égal. Un contrat passé entre le chargeur de 2 – ou de 25 – conteneurs et l'une des 25 premières compagnies de ligne dans le monde, qui contrôlent près de 80 % de la capacité mondiale de transport en EVP (Source: Dyna Liners 06/2004, 6.2.2004), a peu de chances d'être exécuté sur la base de clauses négociées individuellement. Il est plus probable que les clauses standard du contrat du transporteur, énoncées ou évoquées dans le document de transport, par exemple un connaissement ou une lettre de transport maritime, seront incorporées dans le contrat de services.

13. Dans ce contexte, on rappellera que la pratique actuelle permet uniquement d'indiquer certaines tendances, et que l'évolution de la situation au niveau mondial dépendra peut-être de la mesure dans laquelle le projet d'instrument protègera (ou non) contre les abus de la "liberté contractuelle" par des parties ayant un pouvoir de négociation plus fort.

14. Si, dans le projet d'instrument, les contrats de services sont exclus du champ d'application obligatoire du régime de responsabilité sans garanties pour protéger efficacement les petits chargeurs contre des clauses contractuelles abusives, il se peut que dans l'avenir le plus gros des transports internationaux sur ligne régulière s'effectue selon les clauses standard du transporteur énoncées dans les contrats de services et, ne soit donc pas soumis aux règles minima obligatoires de responsabilité.

15. La définition provisoire des caractéristiques des accords de services réguliers de transport maritime, qui est donnée dans le document WP.34, ne garantit pas actuellement qu'un accord de ce type ne puisse être utilisé comme dispositif contractuel pour tourner les règles de responsabilité obligatoires qui seraient autrement applicables, au détriment des petits chargeurs.

II. Relation entre le champ d'application et les règles de fond régissant la responsabilité

16. Comme cela a été souligné au début, en établissant des niveaux minima obligatoires de responsabilité, les régimes de responsabilité existants visent à protéger les chargeurs ayant peu de pouvoir de négociation, à savoir les petits chargeurs et les tiers destinataires, contre des clauses contractuelles abusives introduites unilatéralement par le transporteur dans les clauses standard du contrat. Il semble généralement admis que cette approche reste valable dans le cas des contrats dits d'adhésion, c'est-à-dire les contrats conclus selon les clauses standard du transporteur, lesquelles figurent ou sont attestées dans le document de transport (ou un équivalent électronique).

17. En même temps, on constate, pour ce qui est de la rédaction des dispositions de fond du régime de responsabilité, que ces considérations sont moins présentes que dans le cas des régimes existants. Au lieu de chercher en priorité à protéger les chargeurs et les tiers destinataires, le projet d'instrument, partant de l'hypothèse que les conditions du marché ont quelque peu évolué au fil des ans, vise apparemment à mettre en place un ensemble de règles de fond en matière de responsabilité pour réglementer la relation entre chargeurs et transporteurs considérés comme des partenaires égaux dans le processus de négociation. En vertu du présent projet, les parties peuvent, par exemple, convenir que certaines des fonctions du transporteur seront exécutées par le chargeur (par. 2 de l'article 11) et/ou que, pour certaines parties du transport, le transporteur fait office d'agent uniquement (art. 9). De même, il a été proposé que les obligations du chargeur, qui sont beaucoup plus étendues et détaillées que dans les régimes de responsabilité maritime existants, aient un caractère impératif.

18. Toutefois, il importe de noter que, si les dispositions de fond du projet d'instrument sont destinées dans une très large mesure à des parties contractantes ayant un pouvoir de négociation égal, il n'en reste pas moins que, selon l'issue des discussions sur la liberté contractuelle et le champ d'application, les contrats négociés individuellement par ces parties ne seront pas nécessairement régis par le projet d'instrument.

19. Les questions relatives au champ d'application et au fond sont liées et devraient donc être davantage examinées en fonction du contexte. Si les contrats

négociés individuellement sont exclus du projet d'instrument ou n'entrent pas dans son champ d'application obligatoire, les dispositions de fond régissant la responsabilité ne s'appliqueront obligatoirement qu'à ce que l'on peut appeler les contrats d'adhésion. S'agissant de ces contrats, toutefois, il n'est pas possible d'adopter une approche qui protègerait moins les chargeurs et les tiers destinataires que ne le font les régimes de responsabilité maritime existants.

20. Ainsi, à la lumière des débats sur le champ d'application obligatoire du projet d'instrument, il sera peut-être nécessaire de revoir quant au fond les dispositions sur la responsabilité.

J. Note du Secrétariat concernant l'élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – proposition de révision des dispositions sur le commerce électronique, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa quinzième session

(A/CN.9/WG.III/WP.47) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
	Introduction	1-2
I.	Chapitre premier. Dispositions générales	3
	A. Définitions (projet d'article premier)	3
II.	Chapitre 2. Communication électronique	4-7
	A. Projet d'article 3	4
	B. Projet d'article 4	5
	C. Projet d'article 5	6
	D. Projet d'article 6	7
III.	Chapitre 8. Documents de transport et enregistrements électroniques	8-9
	A. Émission du document de transport ou de l'enregistrement électronique (projet d'article 33)	8
	B. Signature (projet d'article 35)	9
IV.	Chapitre 11. Droit de contrôle	10
	A. Projet d'article 54	10
V.	Chapitre 12. Transfert de droits	11-12
	A. Projet d'article 59	11
	B. Projet d'article 61 *bis*	12

Introduction

1. Il a été dit au Groupe de travail III, à sa quatorzième session, qu'étant donné que le projet d'instrument et le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (A/CN.9/577, annexe) abordaient des domaines complémentaires présentant un intérêt mutuel, l'organisation d'une réunion informelle intersessions d'experts du commerce électronique et du droit des transports pourrait l'aider dans sa tâche. Le Groupe de travail a accepté cette proposition (A/CN.9/572, par. 162). Cette réunion conjointe informelle d'experts des Groupes de travail IV (Commerce électronique) et III

(Droit des transports) s'est tenue à Londres le 23 février 2005, et a examiné les dispositions du projet d'instrument ayant trait au commerce électronique. À l'issue du débat, et compte tenu du temps écoulé ainsi que des modifications apportées à la version originale du projet d'instrument, les experts ont proposé une version révisée des articles du projet d'instrument concernant le commerce électronique, tels qu'ils sont présentés pour examen par le Groupe de travail, aux sections I à V ci-dessous.

2. Lors de la réunion conjointe, les experts ont souligné la complémentarité du projet d'instrument et du projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (annexe du document A/CN.9/577) dans leur approche du commerce électronique et ont conclu qu'il n'y avait pas d'obstacle majeur à l'approche du commerce électronique adoptée dans le projet d'instrument. Il a également été noté que, si les connaissements eux-mêmes étaient exclus du champ d'application du projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, en vertu du paragraphe 2 du projet d'article 2, les communications électroniques portant sur des connaissements entraient dans son champ d'application.

I. Chapitre premier. Dispositions générales

A. Définitions (projet d'article premier)

3. La réunion conjointe d'experts a examiné le projet d'article premier du projet d'instrument tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32[1]. À l'issue du débat, la version provisoire révisée ci-dessous a été proposée pour les alinéas f), o), p), q) et r) du projet d'article premier:

"Article premier. Définitions

Aux fins du présent instrument:

[...]

f) Le terme "porteur" désigne

i) une personne qui est pour le moment en possession d'un document de transport négociable et

a) si le document est un document à ordre, y est identifiée comme le chargeur ou le destinataire, ou est la personne au profit de laquelle le document est dûment endossé, ou

b) si le document est un document à ordre endossé en blanc ou un document au porteur, est le porteur dudit document; ou

ii) le chargeur, le destinataire, ou la personne à laquelle un enregistrement électronique négociable concernant le transport[2] a été transféré et qui a le

[1] Aux fins de référence, les projets de dispositions du projet d'instrument sont numérotées ici selon la version révisée du projet d'instrument publiée sous la cote A/CN.9/WG.III/WP.32. Ces dispositions seront renumérotées au terme de la deuxième lecture du projet d'instrument, lorsque le secrétariat en établira une nouvelle version unifiée.

[2] Voir note 5.

contrôle exclusif de cet enregistrement électronique négociable concernant le transport[3] [4].

o) Le terme "enregistrement électronique concernant le transport[5]" désigne toute information contenue dans un ou plusieurs messages émis par des moyens de communication électronique en vertu d'un contrat de transport par un transporteur ou une partie exécutante qui:

i) atteste la réception, par le transporteur ou une partie exécutante, de marchandises en vertu d'un contrat de transport; ou

ii) atteste ou contient un contrat de transport;

ou les deux.

Il s'entend également des informations logiquement associées à l'enregistrement électronique concernant le transport[6] en y étant jointes, ou autrement liées[7] au moment de son émission par le transporteur ou une partie exécutante ou ultérieurement, de manière à en faire partie[8] [9].

p) Le terme "enregistrement électronique négociable concernant le transport[10]" désigne un enregistrement électronique concernant le transport[11]:

---

[3] Voir note 5.

[4] Bien que le projet d'article 1 f) dans le texte du document A/CN.9/WG.III/WP.32 comporte comme variantes [l'accès exclusif] et [le contrôle exclusif], les experts se sont largement prononcés en faveur de l'emploi du terme "contrôle", puisqu'il était considéré comme l'équivalent électronique de la "possession" d'un document. Il a été estimé que la répétition du membre de phrase "contrôle de cet enregistrement électronique négociable concernant le transport" rendrait son emploi suffisamment clair.

[5] La réunion conjointe d'experts a proposé d'ajouter les termes "concernant le transport" après "enregistrement électronique" afin d'éviter toute confusion avec le terme générique d'"enregistrement électronique", déjà couramment employé dans diverses législations internes.

[6] Voir note 5.

[7] Voir note 5.

[8] Voir note 5.

[9] Les experts ont proposé d'insérer les termes: "logiquement associées à l'enregistrement électronique concernant le transport" et "de manière à en faire partie intégrante" pour indiquer clairement que l'intention était d'englober tous les cas possibles d'informations, logiquement associées en étant jointes ou autrement liées à l'enregistrement, qui pourraient devenir partie intégrante de l'enregistrement électronique.

[10] Voir note 5.

[11] Voir note 5.

i) qui indique, par des mentions telles que “à ordre” ou “négociable”, ou par d’autres mentions appropriées[12] reconnues comme ayant le même effet en vertu de la loi régissant l’enregistrement, que les marchandises ont été expédiées à l’ordre du chargeur ou à l’ordre du destinataire, et qui n’est pas explicitement signalé comme étant “non négociable” ou “innégociable”; et

ii) dont l’utilisation répond aux exigences de l’article 6-1[13].

q) Le terme “enregistrement électronique non négociable concernant le transport[14]” désigne un enregistrement électronique concernant le transport[15] qui ne remplit pas les conditions d’un enregistrement électronique négociable concernant le transport[16].

r) Le terme “données du contrat” désigne toute information concernant le contrat de transport ou les marchandises, (y compris des termes, des mentions, des signatures et des endossements), qui figure[17] dans un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport[18].”

II. Chapitre 2. Communication électronique

A. Projet d’article 3

4. La réunion conjointe d’experts a examiné le projet d’article 3 du projet d’instrument tel qu’il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32. Il a été noté que, s’il était clair que le projet d’instrument créait un équivalent électronique du connaissement, c’est-à-dire un document de transport électronique ayant le même effet juridique qu’un connaissement sous forme papier, d’après l’expérience des experts en commerce électronique, il serait utile, pour accroître la sécurité juridique, d’inclure une mention expresse de ce principe. C’est pour cette raison que le projet d’article 3 b) a été ajouté. En outre, il a été noté que le principe du consentement tacite à l’utilisation de communications électroniques était également contenu dans le projet de convention sur l’utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (annexe du document A/CN.9/577, par. 8-2). À l’issue du débat, la nouvelle version provisoire suivante a été proposée:

---

[12] Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si le mot “approprié” est nécessaire, étant donné l’emploi des termes “reconnues comme ayant le même effet”. Il voudra peut-être aussi examiner s’il faudrait harmoniser en conséquence la formulation similaire figurant au projet d’article 1 l).

[13] Les experts, compte tenu de la proposition d’ajouter un paragraphe 2 au projet d’article 6, ont estimé que le projet d’article 1 p) ii) devrait renvoyer au seul paragraphe 1 du projet d’article 6. Il a également été suggéré de faire figurer toutes les exigences de fond dans le projet d’article 6 révisé et de les supprimer du projet d’article 1 p) ii).

[14] Voir note 5.

[15] Voir note 5.

[16] Voir note 5.

[17] Les experts ont proposé, afin d’éviter toute erreur d’interprétation quant aux exigences de la disposition, de remplacer “apparaît” par “figure”.

[18] Voir note 5.

"Article 3

Sous réserve des conditions fixées par la présente Convention,

a) tout ce qui doit figurer dans ou sur un document de transport en vertu du présent instrument peut être enregistré ou communiqué au moyen d'une communication électronique[19] utilisée en lieu et place du document de transport, à condition que l'émission et l'utilisation ultérieure d'un enregistrement électronique concernant le transport[20] s'effectuent avec l'accord explicite ou implicite du transporteur et du chargeur; et

b) l'émission, le contrôle ou le transfert d'un enregistrement électronique concernant le transport[21] produisent les mêmes effets que l'émission, la possession ou le transfert d'un document de transport."

B. Projet d'article 4

5. La réunion conjointe d'experts a examiné le projet d'article 4 du projet d'instrument tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32 et a proposé la nouvelle version provisoire suivante:

"Article 4

1. Si un document de transport négociable a été émis et que le transporteur et le porteur conviennent de remplacer ce document par un enregistrement électronique négociable concernant le transport[22]:

a) le porteur remet le document de transport négociable, ou tous les documents s'il en a été émis plusieurs, au transporteur; et

b) le transporteur émet au profit du porteur un enregistrement électronique négociable qui comprend une mention indiquant que cet enregistrement est émis en remplacement du document de transport négociable;

après quoi le document de transport négociable perd tout effet ou validité.

2. Si un enregistrement électronique négociable concernant le transport[23] a été émis et que le transporteur et le porteur conviennent de remplacer cet enregistrement électronique par un document de transport négociable:

a) le transporteur émet au profit du porteur, en remplacement de cet enregistrement électronique concernant le transport[24], un document de transport négociable qui comprend une mention indiquant que ce

---

[19] Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il faudrait employer le mot "communication" au pluriel afin de préciser que cet article se réfère à l'acte de communiquer et non à une communication particulière.

[20] Voir note 5.

[21] Voir note 5.

[22] Voir note 5.

[23] Voir note 5.

[24] Voir note 5.

document est émis en remplacement de l'enregistrement électronique négociable concernant le transport[25]; et

b) suite à ce remplacement, l'enregistrement électronique concernant le transport[26] perd tout effet ou validité."

C. Projet d'article 5

6. La réunion conjointe d'experts a examiné le projet d'article 5 du projet d'instrument tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32. Il a été noté que l'objet de cette disposition était d'empêcher le recours à des communications orales dans les cas énumérés, et d'autoriser l'utilisation de communications électroniques sous réserve de consentement. Il a été noté aussi que dans certains pays l'expression "par écrit" s'appliquait aussi bien aux communications électroniques qu'aux communications écrites, et il a été estimé que le texte, tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, pouvait prêter à confusion dans ces pays. Par conséquent, on a jugé que la finalité de la disposition serait peut-être plus universellement comprise si elle était légèrement modifiée comme suit:

"Article 5

Les avis et la confirmation visés aux articles 20-1, 20-2, 20-3, 34-1 b) et c), 47, 51, [61*bis*-2,][27] la déclaration visée à l'article 68 et l'accord quant au poids visé à l'article 37-1 c) sont communiqués par écrit. La communication électronique peut être utilisée à ces fins, à condition que ce soit avec le consentement explicite ou implicite de la partie par laquelle elle est faite et de la partie à laquelle elle est destinée."

D. Projet d'article 6

7. La réunion conjointe d'experts a examiné le projet d'article 6 du projet d'instrument tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32. On a proposé une version révisée du projet d'article 6, afin d'y apporter les précisions suivantes:

"Article 6

1. L'utilisation d'un enregistrement électronique négociable concernant le transport[28] est[29] soumise à des procédures[30] qui prévoient:

---

[25] Voir note 5.

[26] Voir note 5.

[27] Le Groupe de travail voudra peut-être envisager l'insertion d'un renvoi à l'article 61 *bis*-2, en fonction de l'issue de ses délibérations sur cet article.

[28] Voir note 5.

[29] Il a été estimé que le terme "des dispositions suffisantes" dans le projet d'article 6 du document A/CN.9/WG.III/WP.32 pouvait être une source d'insécurité juridique. Il a été suggéré d'énoncer à la place les conditions minimales à remplir pour qu'un tel enregistrement entre dans le champ d'application du projet d'instrument.

[30] On a substitué le terme "procédures" au terme "règles de procédure", employé dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, afin d'éviter de fixer des règles définies de façon précise que des parties créatives pourraient contourner.

a) une méthode pour effectuer le transfert exclusif de cet enregistrement[31] au porteur visé;

b) l'assurance que l'enregistrement électronique concernant le transport[32] conservera son intégrité;

c) la façon dont le porteur de cet enregistrement peut démontrer qu'il est le porteur; et

d) la façon dont il est donné confirmation que la livraison au destinataire a eu lieu; ou qu'en vertu de l'article 4-2 ou 49 a) ii), l'enregistrement électronique négociable concernant le transport[33] a perdu tout effet ou validité.

2. Les procédures énoncées au paragraphe 1 doivent être mentionnées dans les données du contrat et être aisément vérifiables."[34]

III. Chapitre 8. Documents de transport et enregistrements électroniques

A. Émission du document de transport ou de l'enregistrement électronique (projet d'article 33)

8. La réunion conjointe d'experts a examiné le projet d'article 33 du projet d'instrument tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32. À l'issue du débat, la nouvelle version provisoire suivante a été proposée:

---

[31] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il serait indiqué d'insérer ici le membre de phrase "ou des droits représentés ou conférés par cet enregistrement" compte tenu des préoccupations selon lesquelles le projet de disposition, lu à la lumière de la définition d'"enregistrement électronique concernant le transport" au projet d'article l o) et d'"enregistrement électronique négociable concernant le transport" au projet d'article 1 p), pourrait impliquer le recours à une technologie permettant de "transmettre" l'enregistrement électronique le long de la chaîne de négociation. On a fait observer que cette interprétation ne donnait peut-être pas la même reconnaissance juridique aux modèles économiques ou ne pratiquant pas ce type de transmission, comme c'est le cas des systèmes d'enregistrement où les droits sont transférés par l'échange de communications entre les parties et le registre, par exemple par le transfert d'un jeton ou d'un autre élément entre parties. Le Groupe de travail pourra aussi envisager de laisser le texte du projet d'article 6 tel quel, mais d'apporter un éclaircissement dans une note explicative ou un commentaire accompagnant le projet d'instrument.

[32] Voir note 5.

[33] Voir note 5.

[34] L'expression "aisément vérifiable" a été employée pour indiquer, sans trop entrer dans le détail, que les procédures requises doivent être accessibles aux parties ayant un intérêt légitime à les connaître avant de prendre un engagement juridique fondé sur la validité de l'enregistrement électronique négociable concernant le transport. Par ailleurs, il a été noté que le système envisagé fonctionnerait de manière semblable à celui qui régit actuellement l'accès aux conditions des connaissements. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de faire figurer les indications pertinentes dans une note ou un commentaire accompagnant le projet d'instrument.

"Article 33. Émission du document de transport ou de l'enregistrement électronique concernant le transport[35]

Lors de la remise des marchandises au transporteur ou à la partie exécutante:

a) l'expéditeur est en droit d'obtenir un document de transport ou, si le transporteur y consent, un enregistrement électronique concernant le transport[36] constatant la réception des marchandises par le transporteur ou la partie exécutante;

b) le chargeur ou, si ce dernier l'indique au transporteur, la personne visée à l'article 31 est en droit d'obtenir du transporteur un document de transport négociable approprié, sauf si le chargeur et le transporteur sont convenus, expressément ou tacitement, de ne pas utiliser un document de transport négociable, ou si la coutume, l'usage ou la pratique du commerce est de ne pas en utiliser. Si, conformément à l'article 3, le transporteur et le chargeur sont convenus d'utiliser un enregistrement électronique concernant le transport[37], le chargeur est en droit d'obtenir du transporteur un enregistrement électronique négociable concernant le transport[38], sauf s'ils sont convenus de ne pas utiliser un enregistrement électronique négociable concernant le transport[39], ou si la coutume, l'usage ou la pratique du commerce est de ne pas en utiliser."

B. Signature (projet d'article 35)

9. La réunion conjointe d'experts a examiné le projet d'article 35 du projet d'instrument, tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32. À l'issue du débat, la nouvelle version provisoire suivante a été proposée:

"Article 35. Signature

1. Un document de transport est signé par le transporteur ou par une personne ayant reçu pouvoir de ce dernier.

2. Un enregistrement électronique concernant le transport[40] comporte[41] la signature électronique du transporteur ou d'une personne ayant reçu pouvoir de ce dernier. Aux fins de la présente disposition, une telle signature électronique désigne des données sous forme électronique contenues dans l'enregistrement électronique concernant le transport[42] ou logiquement associées d'une autre manière audit enregistrement électronique concernant le

---

[35] Voir note 5.
[36] Voir note 5.
[37] Voir note 5.
[38] Voir note 5.
[39] Voir note 5.
[40] Voir note 5.
[41] Les experts ont noté que dans la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques on évitait d'employer le terme "authentifier" pour les signatures car cela soulevait la question de savoir qui serait habilité à authentifier la signature. Afin d'éviter le problème, il a été suggéré de remplacer les termes "soit authentifié" par "comporte".
[42] Voir note 5.

transport[43], qui sont utilisées pour identifier le signataire dans le cadre de l'enregistrement électronique concernant le transport[44] et pour indiquer que le transporteur approuve cet enregistrement."

IV. Chapitre 11. Droit de contrôle

A. Projet d'article 54

10. La réunion conjointe d'experts a examiné les aspects ayant trait au commerce électronique du projet d'article 54 du projet d'instrument tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32. À l'issue du débat, la nouvelle version provisoire suivante a été proposée:

"Article 54

1. Lorsque aucun document de transport négociable ou enregistrement électronique négociable concernant le transport[45] n'est émis, les règles suivantes s'appliquent:

a) Le chargeur est la partie contrôlante à moins que le chargeur [et le destinataire conviennent qu'une autre personne est la partie contrôlante et que le chargeur en avise le transporteur. Le chargeur et le destinataire peuvent convenir que le destinataire est la partie contrôlante] [désigne le destinataire ou une autre personne partie contrôlante].

b) La partie contrôlante peut transférer le droit de contrôle à une autre personne, auquel cas l'auteur du transfert perd son droit de contrôle. L'auteur [ou le bénéficiaire] du transfert avise le transporteur de ce transfert.

c) Lorsque la partie contrôlante exerce le droit de contrôle conformément à l'article 53, elle produit un document d'identification approprié.

[d) Le droit de contrôle [prend fin] [est transféré au destinataire] lorsque les marchandises sont arrivées à destination et que le destinataire en a demandé la livraison.]

2. Lorsqu'un document de transport négociable est émis, les règles suivantes s'appliquent:

a) Le porteur ou, lorsque plusieurs originaux du document de transport négociable sont émis, le porteur de tous les originaux est la seule partie contrôlante.

b) Le porteur peut transférer le droit de contrôle en transmettant le document de transport négociable à une autre personne conformément à l'article 59, auquel cas l'auteur du transfert perd son droit de contrôle.

---

[43] Voir note 5.
[44] Voir note 5.
[45] Voir note 5.

Lorsque plusieurs originaux de ce document ont été émis, tous les originaux doivent être transmis pour que le droit de contrôle soit transféré.

c) Pour exercer le droit de contrôle, le porteur présente le document de transport négociable au transporteur si celui-ci le demande. Lorsque plusieurs originaux du document ont été émis, tous les originaux [à l'exception de ceux que le transporteur détient déjà pour le compte de la personne qui cherche à exercer un droit de contrôle] sont présentés, faute de quoi le droit de contrôle ne peut être exercé.

d) Toute instruction visée à l'article 53 b), c) et d) qui est donnée par le porteur est, lorsqu'elle prend effet conformément à l'article 55, portée sur le document de transport négociable.

3. Lorsqu'un enregistrement électronique négociable concernant le transport[46] est émis:

a) Le porteur est la seule partie contrôlante et peut transférer le droit de contrôle à une autre personne en transférant[47] l'enregistrement électronique négociable concernant le transport[48] conformément aux procédures[49] visées à l'article 6, auquel cas l'auteur du transfert perd son droit de contrôle.

b) Pour exercer le droit de contrôle, le porteur, lorsque le transporteur le demande, démontre, conformément aux règles de procédure[50] visées à l'article 6, qu'il est le porteur.

c) Toute instruction visée à l'article 53 b), c) et d) qui est donnée par le porteur est, lorsqu'elle prend effet conformément aux procédures visées à l'article 55, portée dans l'enregistrement électronique concernant le transport[51].

4. Nonobstant l'article 62, une personne qui n'est pas le chargeur ou la personne visée à l'article 31 et qui a transféré le droit de contrôle sans avoir exercé ce droit est, lors de ce transfert, libérée des obligations imposées à la partie contrôlante par le contrat de transport ou par le présent instrument."

---

[46] Voir note 5.

[47] Les experts ont noté que le verbe "transférer" était systématiquement employé dans un sens technique dans le projet d'instrument et ont suggéré qu'il soit utilisé ici dans toutes autres dispositions similaires du projet d'instrument à la place du verbe "transmettre".

[48] Voir note 5.

[49] Par souci de cohérence, eu égard à la modification proposée au projet d'article 6, il est proposé de remplacer le terme "règles de procédure" par "procédures". Le Groupe de travail voudra peut-être envisager aussi de remplacer le renvoi au projet d'article 6 par un renvoi au projet de paragraphe 6-1 par souci de cohérence avec le texte du projet d'article 1 p) ii). (Voir note 13 ci-dessus).

[50] Voir note 49.

[51] Voir note 5.

V. Chapitre 12. Transfert de droits

A. Projet d'article 59

11. La réunion conjointe d'experts a examiné les aspects ayant trait au commerce électronique du projet d'article 59 du projet d'instrument tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32. À l'issue du débat, la nouvelle version provisoire suivante a été proposée:

"Article 59

1. Lorsqu'un document de transport négociable est émis, le porteur peut transférer les droits conférés par ce document en le transférant[52] à une autre personne,

a) dûment endossé au profit de cette autre personne ou en blanc, s'il s'agit d'un document à ordre; ou

b) sans endossement, s'il s'agit d'un document au porteur ou d'un document endossé en blanc; ou

c) sans endossement, s'il s'agit d'un document établi à l'ordre d'une partie désignée qui est transféré entre le premier porteur et cette partie désignée.

2. Lorsqu'un enregistrement électronique négociable concernant le transport[53] est émis, son porteur peut transférer les droits conférés par cet enregistrement électronique, que celui-ci soit établi à ordre ou à l'ordre d'une partie désignée, en le transférant[54] conformément aux procédures[55] visées à l'article 6."

B. Projet d'article 61 *bis*

12. La réunion conjointe d'experts a examiné les aspects ayant trait au commerce électronique des projets d'article 61 et 62 du projet d'instrument tels qu'ils figurent dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, ainsi que le texte du projet d'article 61 *bis*, proposée dans la note 207 du document A/CN.9/WG.III/WP.32. Les experts ont trouvé ce texte plus clair que les projets d'articles 61 et 62 et préférable à ces derniers. À l'issue d'un débat, la nouvelle version provisoire suivante a été proposée:

"Article 61 *bis*

1. Lorsque aucun document de transport négociable et aucun enregistrement électronique négociable concernant le transport[56] n'est émis, le transfert de droits en vertu d'un contrat de transport est soumis à la loi régissant le contrat en ce qui concerne ledit transfert ou, si les droits sont transférés autrement que

---

[52] Voir note 47.
[53] Voir note 5.
[54] Voir note 47.
[55] Voir note 49.
[56] Voir note 5.

par contrat, à la loi régissant ce transfert. [Toutefois, la transférabilité des droits censés être transférés est régie par la loi applicable au contrat de transport.]

2. Quelle que soit la loi applicable conformément au paragraphe 1, le transfert peut s'effectuer par des moyens électroniques. Dans tous les cas, le transfert doit être notifié au transporteur par l'auteur du transfert ou, si une autre loi applicable l'autorise, par le bénéficiaire du transfert[57].

3. Si le transfert inclut des responsabilités qui sont liées au droit transféré ou qui en découlent, l'auteur et le bénéficiaire du transfert assument conjointement et solidairement ces responsabilités."

---

[57] Les experts ont noté que, si la notification du transfert par l'auteur du transfert était courante, certains pays exigeaient qu'elle soit faite par le bénéficiaire du transfert. Aussi a-t-il été proposé de remplacer le membre de phrase "soit par l'auteur soit par le bénéficiaire du transfert" par le membre de phrase "par l'auteur du transfert ou, si une autre loi applicable l'autorise, par le bénéficiaire du transfert", de manière à imposer la charge de la notification à l'auteur du transfert, tout en conservant la possibilité d'une notification par le bénéficiaire, lorsque cela était autorisé.

V. SÛRETÉS

A. Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa sixième session (Vienne, 27 septembre-1er octobre 2004) (A/CN.9/570) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I.	Introduction	1
II.	Organisation de la session	2-7
III.	Délibérations et décisions	8
IV.	Élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties	9-102
	Chapitre III. Principaux types de sûretés mobilières (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, par. 53 à 62)	9-10
	Chapitre VII. Droits et obligations des parties avant défaillance (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4, par. 46 à 60 et A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1, recommandations 55 à 57)	11-13
	Chapitre XI. Dispositions transitoires (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.8, par. 15 à 22, et A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1, recommandations 86 à 93)	14-18
	Chapitres Ier et II. Introduction et objectifs fondamentaux (A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, par. 1 à 40, et A/CN.9/WG.VI/WP.13, recommandations 1 à 5)	19-37
	Chapitre IV. Constitution (A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, par. 1 à 65, et A/CN.9/WG.VI/WP.13, recommandations 6 à 13)	38-51
	Chapitre VIII. Défaillance et réalisation (A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.2, par. 1 à 33, et A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1, recommandations 57 à 72)	52-72
	Chapitre X. Conflit de lois (A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.4, par. 1 à 32, et A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1, recommandations 73 à 85)	73-85
	Chapitre V. Opposabilité aux tiers (A/CN.9/WG.VI/WP.14 , par. 1 à 75, et A/CN.9/WG.VI/WP.13, recommandations 14 à 32	86-102
V.	Rapport du groupe de rédaction	103
VI.	Travaux futurs	104

I. Introduction

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

II. Organisation de la session

2. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa sixième session à Vienne du 27 septembre au 1er octobre 2004. Ont assisté à cette session des représentants des États membres du Groupe de travail énumérés ci-après: Algérie, Allemagne, Argentine, Autriche, Belgique, Brésil, Canada, Chine, Colombie, Croatie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Liban, Lituanie, Maroc, Mexique, Nigéria, Paraguay, Pologne, République de Corée, République tchèque, Rwanda, Suède, Thaïlande, Tunisie, Turquie et Venezuela.

3. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Antigua-et-Barbuda, Bolivie, Hongrie, Indonésie, Irlande, Pérou, Philippines, Sénégal, Slovaquie, Somalie, Ukraine et Yémen.

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

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale et Fonds monétaire international; et

b) *Organisations non gouvernementales internationales invitées par la Commission*: American Bar Association (ABA), Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Center for International Legal Studies (CILS), Commercial Finance Association (CFA), Fédération bancaire latino-américaine (FELABAN), Fédération européenne des associations des sociétés d'affacturage (EUROPAFACTORING), International Federation of Insolvency Practitioners (INSOL), International Insolvency Institute (III), International Law Institute (ILI) et Institut Max Planck de droit privé étranger et international.

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 358. Pour l'historique du projet, voir A/CN.9/WG.VI/WP.12, par. 6 à 16. Les rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses première à cinquième sessions ont été publiés sous les cotes A/CN.9/512, A/CN.9/531, A/CN.9/532, A/CN.9/543 et A/CN.9/549. Les rapports sur les première et deuxième sessions conjointes des Groupes de travail V (Droit de l'insolvabilité) et VI (Sûretés) ont été publiés sous les cotes A/CN.9/535 et A/CN.9/550. Il est rendu compte de l'examen de ces rapports par la Commission dans les documents A/57/17 (par. 202 à 204), A/58/17 (par. 217 à 222) et A/59/17 (par. 75 à 78).

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

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

Présidente: Mme Kathryn SABO (Canada)

Rapporteur: M. Madhukar Rangnath UMARJI (Inde).

6. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1 (Principaux types de sûretés mobilières), Add.4 (Droits et obligations avant défaillance) et Add.8 (Questions de droit transitoire), A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1 (Introduction et objectifs fondamentaux) et Add.2 (Constitution), A/CN.9/WG.VI/WP.13 et Add.1 (Recommandations), ainsi que A/CN.9/WG.VI/WP.14 (Opposabilité aux tiers), Add.1 (Priorité), Add.2 (Défaillance et réalisation) et Add.4 (Conflit de lois).

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

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

III. Délibérations et décisions

8. Le Groupe de travail a examiné les chapitres Ier et II (Introduction et objectifs fondamentaux), III (Principaux types de sûretés mobilières), IV (Constitution), V (Opposabilité aux tiers), VII (Droits et obligations avant défaillance), IX (Défaillance et réalisation), X (Conflit de lois) et XI (Questions de droit transitoire). Il est rendu compte aux chapitres IV et V ci-après de ses délibérations et décisions. Le secrétariat a été prié de revoir ces chapitres pour tenir compte des délibérations et décisions du Groupe de travail.

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

Chapitre III. Principaux types de sûretés mobilières (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, par. 53 à 62)

9. Afin de cibler davantage son débat et de progresser autant que possible pendant sa session, le Groupe de travail a décidé de passer sur les remarques générales du chapitre III consacré aux principaux types de sûretés mobilières (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, par. 1 à 52) pour examiner le résumé et les recommandations (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, par. 53 à 62).

10. Il a été convenu que les paragraphes 53 à 62, qui à la fois résumaient les remarques générales et énonçaient des recommandations, devraient être libellés sous la forme de recommandations claires. Il a également été convenu que les paragraphes 55 et 56, lesquels traitaient des sûretés réelles mobilières sans

dépossession et des droits sur les biens meubles incorporels, devraient venir en premier en raison de leur importance. Il a en outre été convenu que la recommandation 57 devrait être revue pour tenir compte de la décision du Groupe de travail de traiter les transferts de propriété à titre de garantie comme des sûretés.

Chapitre VII. Droits et obligations des parties avant défaillance (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4, par. 46 à 60, et A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1, recommandations 55 à 57)

11. Le Groupe de travail s'est penché sur les recommandations du chapitre VII, relatif aux droits et obligations avant défaillance, qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1 (recommandations 55 à 57). Des propositions ont été faites au sujet du libellé de ces recommandations, à savoir modifier la recommandation 56 comme suit: "ne soit contraire à l'ordre public ou ne porte atteinte à la protection des tiers"; et reformuler l'alinéa d) de la recommandation 57 à peu près comme suit: "assurer l'extinction d'une sûreté réelle mobilière une fois que l'obligation garantie par elle a été exécutée".

12. En ce qui concerne l'alinéa c) de la recommandation 57, il a été noté, en réponse à une question, qu'en l'absence de convention contraire, le constituant devrait être en mesure d'exercer son activité, notamment en utilisant les biens grevés, en en disposant ou en les mélangeant à d'autres biens.

13. Sous réserve des modifications mentionnées ci-dessus (voir par. 11), le Groupe de travail a approuvé les recommandations 55 à 57 sur le fond.

Chapitre XI. Dispositions transitoires (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.8, par. 15 à 22, et A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1, recommandations 86 à 93)

14. Le Groupe de travail a examiné les recommandations du chapitre XI sur les dispositions transitoires, qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1 (recommandations 86 à 93). En réponse à la proposition de transformer la section relative à l'objet (par. 86) en recommandation, il a été noté que la section relative à l'objet qui préfaçait chaque ensemble de recommandations avait pour but d'exposer les grands objectifs de ces recommandations. Il a également été fait remarquer que les recommandations indiquant que la loi devrait spécifier une date d'entrée en vigueur et prévoir des dispositions transitoires figuraient après le paragraphe 86.

15. Il a été convenu que la recommandation 87 devrait être revue afin de proposer une approche différente, à savoir que la loi, au lieu de spécifier la date d'entrée en vigueur, pourrait établir un mécanisme permettant de spécifier une telle date. Il a également été convenu qu'un autre aspect susceptible d'être pris en compte pour déterminer la date d'entrée en vigueur serait la nécessité de donner aux parties suffisamment de temps pour se préparer à la nouvelle législation (par exemple, pour s'informer, adapter leurs documents, etc.).

16. Pour ce qui est de la recommandation 93 et du commentaire correspondant (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.8, par. 14), qui traitaient de la question de savoir si le régime antérieur devrait régir les différends faisant l'objet d'une procédure

judiciaire à la date d'entrée en vigueur du nouveau régime, on a déclaré qu'il faudrait faire référence non seulement aux procédures judiciaires mais aussi à toute formalité accomplie en vue de réaliser une sûreté réelle mobilière (par exemple, donner un avis de défaillance, déposer un avis de réalisation auprès du registre compétent, etc.). En réponse, il a été fait observer qu'une telle solution pourrait être source d'insécurité car, si une procédure judiciaire était une activité définissable, il serait difficile en revanche de déterminer quelle formalité constituait une mesure de réalisation. Après discussion, il a été convenu que la recommandation devrait être reformulée en termes plus généraux, sans se référer à des mesures de réalisation particulières.

17. Dans le courant du débat, il a été proposé d'insérer des recommandations supplémentaires traitant de la transition entre le régime antérieur, qui ne prévoyait pas nécessairement l'inscription de la sûreté, et le nouveau régime, qui exigerait une inscription pour que la sûreté soit opposable aux tiers. Il a également été suggéré d'insérer une recommandation selon laquelle la transition entre l'ancien et le nouveau régime ne devrait pas entraîner de frais autres que ceux d'inscription.

18. Sous réserve des modifications mentionnées ci-dessus (voir par. 15 à 17), le Groupe de travail a approuvé les recommandations 86 à 93 sur le fond.

Chapitres Ier et II. Introduction et objectifs fondamentaux (A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, par. 1 à 40, et A/CN.9/WG.VI/WP.13, recommandations 1 à 5)

A. Objet (par. 1 à 8)

19. On a estimé que le projet de guide devrait avoir pour objet notamment de tenir compte des règles d'ordre public de l'État adoptant concernant la relation entre débiteur et créanciers, en particulier en cas d'insolvabilité, et d'énoncer l'obligation des parties d'agir de bonne foi et d'une manière commercialement raisonnable (obligation mentionnée dans la section relative à l'objet des recommandations sur la réalisation; voir A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1, par. 58 e)). Ce point de vue a suscité des objections. Il a été fait observer que, si l'intention était de fournir une nouvelle protection, la question pourrait être traitée dans le cadre de l'objectif fondamental relatif à la nécessité d'établir un équilibre entre les intérêts des personnes concernées. Si l'intention était plutôt de ne pas porter atteinte à l'ordre public existant, il s'agissait alors d'un problème d'incorporation de la loi sur les opérations garanties dans le droit interne, incorporation qui, en tout état de cause, serait réalisée par l'État adoptant lui-même. Après débat, le Groupe de travail est convenu de mentionner le principe d'ordre public aux endroits appropriés du projet de guide mais non pas dans la partie consacrée à l'objet de ce dernier.

B. Champ d'application (par. 9 à 16)

20. En ce qui concerne le paragraphe 10, il a été convenu que ce dernier devrait distinguer entre les différentes catégories de biens exclus du champ d'application du projet de guide et exposer les motifs de leur exclusion. La première catégorie qu'il a été proposé d'exclure comprenait les biens immeubles au motif qu'il ne s'agissait pas de biens meubles. La deuxième catégorie qu'il fallait exclure comprenait les valeurs mobilières car, tout en étant des biens meubles, elles étaient régies par

d'autres lois. La troisième catégorie avait trait aux navires et aux aéronefs qui pouvaient entrer dans le champ d'application du projet de guide à condition que ce dernier n'empiète pas sur les régimes spéciaux existants. Une autre catégorie pourrait comprendre des biens exclus pour des raisons d'ordre public (par exemple les salaires). Pour ce qui est du paragraphe 11, il a été proposé d'y mentionner la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (dénommée ci-après la "Convention sur la cession") comme un exemple de texte élaboré par la CNUDCI qui prévoyait la création de droits sur des biens futurs sans formalités supplémentaires.

C. Terminologie (par. 17)

21. S'agissant de la définition du terme "sûreté réelle mobilière en garantie du prix d'achat", il a été convenu de supprimer la référence au transfert de propriété, pour ne pas donner involontairement l'impression que le principal objectif d'un transfert de propriété était l'obtention d'un crédit pour l'achat de biens.

22. À propos de la définition du terme "produit", il a été convenu de mentionner également les sommes d'argent encaissées. Il a également été estimé que le "produit" visé par la définition ne devrait renvoyer qu'au produit reçu par le constituant étant donné que le créancier garanti aurait le droit de poursuivre les biens grevés entre les mains d'un tiers ainsi qu'un droit sur le produit reçu par le constituant, alors qu'il serait difficile pour des tiers de savoir s'il existait des titulaires de sûretés ayant pris inscription avant la personne qui leur avait octroyé un droit sur les biens. Après débat, il a été convenu que cette question devrait être traitée dans les recommandations relatives au produit et non dans les définitions (voir par. 39 à 41).

23. En ce qui concerne la définition du terme "sûreté réelle mobilière avec dépossession", il a été convenu d'y mentionner les biens meubles corporels pour bien montrer que les instruments négociables et les documents négociables, qui étaient inclus dans la définition du terme "biens meubles corporels", pourraient être grevés d'une telle sûreté.

24. Pour ce qui est de la définition des termes "instrument négociable" et "document négociable", il a été convenu de parler aussi de négociabilité conformément à la loi applicable.

D. Exemples de pratiques de financement (par. 18 à 28)

25. Il a été convenu d'ajouter des exemples d'autres pratiques de financement, qui revêtaient diverses formes, notamment le transfert de propriété, la location ou la vente et la cession-bail. Il a également été convenu que le paragraphe 28 devrait parler de matériel plutôt que de biens immeubles, qui n'entraient pas dans le champ d'application du projet de guide.

E. Objectifs fondamentaux (par. 29 à 40)

26. Le Groupe de travail a dans son ensemble approuvé les objectifs fondamentaux énoncés au chapitre II. Il s'est aussi dit largement favorable à ce que les recommandations du projet de guide soient précédées d'une référence aux objectifs fondamentaux en tant qu'exposé des principes généraux sous-tendant lesdites recommandations.

27. Il a été convenu également que l'objectif d'harmonisation des lois sur les opérations garanties devrait être développé ou qu'un nouvel objectif concernant la nécessité de prévoir des règles de conflit devrait être inséré. De l'avis général, dans la mesure où il ne serait probablement pas possible d'harmoniser complètement les lois nationales sur les opérations garanties, des règles de conflit seraient particulièrement utiles pour faciliter les opérations transfrontières. Il a également été fait observer que de telles règles seraient utiles, en tout état de cause, par exemple pour aider les parties à déterminer où elles devaient inscrire leur sûreté.

F. Recommandations relatives au champ d'application (A/CN.9/WG.VI/WP.13, recommandations 1 à 5)

28. En ce qui concerne la recommandation 2, il a été dit que le caractère déterminé ou déterminable d'une obligation à garantir ne devrait pas être mentionné comme étant un critère définissant les sûretés réelles mobilières régies par le projet de guide.

29. Le Groupe de travail s'est dit généralement favorable à la recommandation 3, selon laquelle le champ d'application du projet de guide devrait être aussi large que possible.

30. En ce qui concerne l'alinéa b) de la recommandation 4, il a été déclaré que celui-ci devrait mentionner les droits "réels" de sorte à ne pas viser involontairement les droits personnels garantissant l'exécution d'une obligation, tels que le cautionnement.

31. Au sujet des alinéas c) et d) de la recommandation 4, il a été dit que ceux-ci se répétaient tout en se contredisant, car ils faisaient référence à tous les biens, l'alinéa c) étant soumis à certaines exceptions et l'alinéa d) pas.

32. S'agissant de l'alinéa e) de la recommandation 4, il a été convenu de supprimer les crochets. Il a été largement estimé que le projet de guide devrait adopter non seulement une approche unitaire, en s'appliquant à divers biens, sûretés réelles mobilières, obligations et parties, mais également une approche fonctionnelle, en visant tous les types d'opérations ayant une fonction de sûreté quelle qu'en soit la forme. Il a été dit que, si le fond ne l'emportait pas sur la forme, les parties pourraient contourner le régime fondé sur les recommandations du projet de guide, y compris en ce qui concerne les droits de tiers. On a également fait observer que, s'il ne s'était pas encore prononcé sur la question de la réserve de propriété, le Groupe de travail était convenu que le transfert de propriété et d'autres opérations fonctionnellement équivalentes aux opérations garanties devraient être couverts par le guide.

33. Dans le cadre du débat sur la recommandation 4, il a été déclaré que le projet de guide devrait peut-être aussi régir certains aspects de la vente de créances de sommes d'argent. Il a été noté que, dans la Convention sur la cession (voir art. 2 a)), les mêmes règles s'appliquaient aux cessions de créances pures et simples, aux cessions de créances à titre de garantie et aux nantissements de créances.

34. Pour ce qui est de la recommandation 5, il a été convenu que les valeurs mobilières devraient être exclues du champ d'application du projet de guide car elles faisaient l'objet d'une convention actuellement préparée par l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) et d'une convention qui

avait été élaborée par la Conférence de La Haye de droit international privé. Il a été dit que, comme la convention d'Unidroit n'aborderait probablement pas toutes les questions relatives aux valeurs mobilières, le projet de guide pourrait s'appliquer aux questions non réglées par cette convention. Il a été répondu que, la convention d'Unidroit et le projet de guide étant élaborés au même moment, il serait difficile de déterminer à temps quelles questions ne seraient pas traitées dans la convention pour qu'elles puissent l'être dans le projet de guide. Il a également été noté qu'Unidroit pourrait aborder certaines questions non abordées dans sa convention dans une série de principes ou de dispositions législatives types.

35. Il a en outre été convenu que les biens immeubles devraient être ajoutés à la liste des types de biens exclus du champ d'application, figurant dans la recommandation 5.

36. À propos des navires et des aéronefs, il a été convenu que, à condition de ne pas empiéter sur les régimes spéciaux s'appliquant aux sûretés constituées sur ce type de biens et à leur inscription, il n'était pas nécessaire de les exclure du champ d'application du projet de guide. Il a également été convenu que le commentaire sur les exclusions devrait préciser les motifs de ces exclusions.

37. Sous réserve des modifications mentionnées ci-dessus (voir par. 28 à 36), le Groupe de travail a approuvé les recommandations 1 à 5 sur le fond.

Chapitre IV. Constitution (A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, par. 1 à 65, et A/CN.9/WG.VI/WP.13, recommandations 6 à 13)

A. Remarques générales (A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, par. 1 à 65)

38. En ce qui concerne le paragraphe 9, il a été estimé que, faute d'exemples concrets d'obligations soumises à des conditions résolutoires ou suspensives dans les opérations garanties, celui-ci ne serait peut-être pas facile à comprendre. À propos du paragraphe 30, il a été convenu d'y mentionner également les sommes d'argent encaissées, comme cela avait été fait dans la définition du terme "produit" (voir par. 22).

39. S'agissant du paragraphe 41, les avis ont divergé quant à savoir si la sûreté devrait aussi porter sur le produit du produit des biens grevés. Selon un point de vue, le droit sur le produit devrait être limité au produit reçu par le constituant ou le créancier garanti et ne devrait pas être étendu au produit reçu par des acquéreurs. Il a été dit que, si le constituant vendait les biens grevés en dehors du cours normal de ses affaires sans le consentement du créancier garanti, ce dernier aurait le droit de poursuivre les biens entre les mains de tout acquéreur et jouirait d'un droit sur tout produit reçu par le constituant et l'acquéreur. Cela représenterait, a-t-il été avancé, une aubaine pour le créancier garanti en cas de sûreté insuffisante. On a fait remarquer que le moyen de prévenir une telle aubaine serait d'énoncer une règle qui limiterait la valeur cumulée des droits du créancier garanti à la valeur des biens grevés initiaux au moment de l'événement ayant donné naissance au produit. Un autre problème qui a été soulevé était que les tiers obtenant d'un quelconque acquéreur un droit sur le produit ne pourraient pas aisément déterminer l'existence d'une sûreté inscrite antérieurement car toute inscription serait au nom du constituant initial et non de l'acquéreur.

40. Selon un autre avis, en revanche, la sûreté devrait s'étendre à tout produit des biens grevés que celui-ci soit reçu par le constituant ou par une autre partie. On a fait valoir que, pour que le système soit logique et cohérent, la sûreté qui suivait le bien en cas de disposition non autorisée devrait également se reporter sur le produit car c'était là le seul moyen d'assurer une protection adéquate au créancier garanti qui, en tout état de cause, ne recevrait pas plus que ce qui lui était dû. Il a été également fait observer que cette approche ne défavorisait pas les créanciers des acquéreurs car la règle de la pérennité de la sûreté en cas de vente non autorisée des biens grevés les obligeait à s'enquérir des droits d'autres parties sur les biens affectés en garantie, ce qu'ils faisaient habituellement. Surtout, a-t-on dit, si le droit sur le produit était limité au produit reçu par le constituant, les sûretés pourraient se voir anéanties en cas de revente par un acquéreur des biens grevés qu'il avait reçus du constituant. La proposition de compromis, qui consistait à étendre la sûreté au produit reçu par le constituant ou ses acquéreurs immédiats, a été jugée tout aussi problématique, en particulier du fait que, d'une manière générale, la première vente des biens grevés était réalisée par un constituant en difficulté et ne générait pas de valeur suffisante, alors que le deuxième ou le troisième acte de disposition générait une valeur réelle. Il a également été dit que la règle proposée ne pouvait pas fonctionner en particulier dans le cas d'une sûreté grevant des créances de sommes d'argent, car, si l'un des cessionnaires recouvrait les créances, le créancier garanti perdrait à la fois les biens grevés et leur produit. En réponse, on a fait remarquer que, lorsque le produit faisait partie des biens grevés, le créancier garanti conserverait le droit de poursuivre le produit entre les mains du constituant ou du propriétaire du moment.

41. La proposition de limiter le droit sur le produit a suscité un certain intérêt. Le Groupe de travail n'étant toutefois pas prêt à prendre une décision sur ce point, il est convenu de formuler la règle proposée sous la forme de recommandation entre crochets accompagnée de commentaires pour la suite du débat.

B. Recommandations (A/CN.9/WG.VI/WP.13, recommandations 6 à 13)

42. Le Groupe de travail a examiné ensuite la version révisée des recommandations relatives à la constitution des sûretés réelles mobilières, qui figurait dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.13 (recommandations 6 à 13).

43. En ce qui concerne la recommandation 10 traitant de l'exigence d'un écrit signé pour la convention constitutive de sûreté, il a été convenu que, si la possession était suffisante pour constituer une sûreté avec dépossession, un écrit signé par le constituant devrait être requis pour la constitution d'une sûreté sans dépossession (il a été décidé que la question de la réserve de propriété serait tranchée ultérieurement). On a dit qu'il était nécessaire d'exiger un écrit signé par le constituant pour avertir ce dernier des moyens de droit importants dont disposait le créancier garanti en ce qui concerne les biens grevés. Il a également été fait observer qu'un écrit devait être requis pour prévenir toute collusion entre le constituant et un créancier ou l'administrateur de l'insolvabilité après défaillance ou après ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

44. De l'avis général, compte tenu du contenu minimum de la convention constitutive de sûreté décrit dans la recommandation 9, cette exigence de forme ne constituerait pas une contrainte excessive pour les parties. À cette fin, il a été convenu que l'exigence d'un écrit pourrait être satisfaite par un message de

données, comme le prévoyait l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, et que l'exigence d'une signature pourrait l'être par l'utilisation d'une méthode liant l'auteur d'un message audit message, comme le prévoyait l'article 7 de cette même Loi.

45. S'agissant de savoir si le non-respect de l'exigence d'un écrit signé priverait d'effet la convention constitutive de sûreté ou la rendrait impossible à prouver, le Groupe de travail a décidé que cette question devrait être tranchée par la loi de chaque État adoptant, la différence entre ces deux conséquences étant plus théorique que pratique, car dans l'un et l'autre cas le créancier garanti ne pourrait pas exercer ses droits en tant que tel. Quoi qu'il en soit, il a été convenu que le non-respect des conditions de forme était sans incidence sur l'obligation garantie sous-jacente.

46. Le Groupe de travail a appuyé la recommandation 12 qui traitait des biens pouvant être grevés et des obligations susceptibles d'être garanties. Il a toutefois été convenu que des recommandations plus détaillées devraient être élaborées sur les immeubles par destination, les accessoires, les biens mélangés et le produit.

47. En ce qui concerne les immeubles par destination, les accessoires et les biens mélangés, il a été convenu de recommander que la sûreté soit préservée même après que les biens grevés avaient été attachés à un bien immeuble ou meuble ou mélangés à d'autres biens. Il a également été convenu que les droits de chaque réclamant concurrent devraient être traités dans le cadre des questions de priorité. Pour ce qui est du produit, il a été proposé de recommander: i) que, sauf convention contraire des parties, la sûreté sur les biens grevés s'étende à tout produit; ii) que le produit soit identifiable; et iii) que des règles permettant d'identifier le produit soient prévues.

48. Si le Groupe de travail a approuvé sur le principe l'octroi d'un droit sur le produit, on a craint que, en raison de la définition très large du terme "produit" qui englobait même les revenus tirés des biens grevés, la règle proposée non seulement ne surprenne le constituant mais aussi et surtout ne le prive involontairement de tout intérêt économique sur ses biens. Pour apaiser cette crainte, il a été proposé que certains types de revenus au moins n'entrent dans l'assiette de la sûreté grevant les biens, que si la convention constitutive le prévoyait. Il a été dit que le degré de précision de la description de ces revenus dépendrait du degré de précision de la description des biens grevés (si ces derniers étaient décrits comme étant "tous les biens présents et futurs" ou "les stocks, les créances de sommes d'argent et le produit", il ne serait pas nécessaire d'apporter de précisions supplémentaires).

49. Dans le courant du débat, on a noté qu'il pourrait y avoir incohérence entre la définition du terme "constituant" (voir A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, par. 17 f)), qui sous-entendait que celui-ci était propriétaire des biens grevés, et la recommandation 12, qui laissait penser que le constituant n'avait pas besoin d'en être propriétaire.

50. Pour ce qui est de la recommandation 13, on est convenu qu'il fallait préciser le terme "contrôle" en se référant à son sens technique.

51. Sous réserve des modifications ou ajouts mentionnés ci-dessus (voir par. 43, 44 et 47 à 50), le Groupe de travail a approuvé les recommandations 6 à 13 sur le fond.

Chapitre VIII. Défaillance et réalisation (A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.2, par. 1 à 33, et A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1, recommandations 57 à 72)

A. Remarques générales (A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.2, par. 1 à 33)

52. En ce qui concerne les paragraphes 18 et 19, il a été convenu qu'il faudrait souligner également que l'attribution des biens grevés à titre d'exécution de l'obligation garantie était particulièrement utile car elle pouvait faire gagner du temps, réduire les frais et, partant, maximiser la valeur de réalisation des biens grevés. Il a aussi été convenu d'insister sur la nécessité d'assurer la transparence pour protéger les droits du constituant et des tiers. S'agissant du paragraphe 20, il a été décidé que, dans la version anglaise, l'expression "redemption of the encumbered assets", qui n'existait que dans certains systèmes juridiques, devrait être remplacée par l'expression plus neutre "release of the encumbered assets from the security right", à savoir la libération des biens grevés par le paiement de l'obligation garantie dans son intégralité, intérêts et frais compris.

53. En ce qui concerne le paragraphe 21, il a été convenu d'y indiquer clairement que le droit du constituant de disposer des biens grevés dans un délai limité après la défaillance pouvait naître d'un accord avec le créancier garanti ou d'une règle de droit. S'agissant du paragraphe 24, il a été convenu que la référence aux diverses méthodes devrait être reformulée de manière à faire état de la situation dans le droit de différents États au lieu de prendre la forme d'une recommandation. Il a en outre été convenu que ce paragraphe devrait mentionner également le recouvrement des biens meubles incorporels et des instruments négociables. S'agissant du paragraphe 28, il a été convenu que, dans le cas d'un tiers constituant, tout excédent devrait être restitué au constituant et non au débiteur. Il a aussi été convenu qu'il faudrait prévoir un ajout sur les recoupements entre le droit des biens meubles et le droit des biens immeubles (voir par. 65). Pour ce qui est du paragraphe 31, il a été convenu de remplacer "informer" par "exiger".

B. Recommandations (A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1, recommandations 58 à 72)

54. Le Groupe de travail a examiné ensuite la version révisée des recommandations relatives à la défaillance et à la réalisation, qui figurait dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1 (recommandations 58 à 72).

55. Le Groupe de travail a appuyé dans son ensemble la section relative à l'objet des recommandations. Il a tout particulièrement insisté sur le fait qu'il importait d'assurer la réalisation rapide de la valeur des biens grevés, l'équilibre entre efficacité et garantie d'une procédure régulière, la liberté pour les parties de choisir d'un commun accord les mécanismes de réalisation appropriés, la protection des droits des tiers et l'extinction de la sûreté à la fin de la procédure de réalisation. Il a également estimé dans son ensemble qu'en l'absence de système judiciaire crédible aucune procédure de réalisation ne pourrait être efficace, point qui devrait être soulevé dans le commentaire. Pour ce qui est de l'alinéa e) du paragraphe 58, il a été convenu d'y indiquer que toutes les parties, et pas seulement le créancier garanti, devraient exercer leurs droits et exécuter leurs obligations en faisant preuve de bonne foi, en suivant des normes commercialement raisonnables et en respectant l'ordre public.

56. Au sujet de la recommandation 59, les avis ont divergé quant à savoir s'il fallait la conserver ou non. Les partisans de son maintien ont déclaré: que, le créancier garanti disposant d'une panoplie de moyens d'action fondés sur le droit des contrats et le droit des biens, le constituant (notamment le particulier et le consommateur) avait besoin de savoir comment remédier à la défaillance et arrêter la procédure de réalisation; qu'un avis de réalisation devrait également être donné aux tiers (bien qu'il ne soit peut-être pas nécessaire de leur révéler les détails de la dette); qu'un tel avis devrait être exigé au moins en cas de réalisation extrajudiciaire; et que le droit du constituant et d'autres parties d'être avisés était indispensable car il pouvait relever du droit à une procédure régulière protégé y compris par le droit constitutionnel.

57. Les partisans de la suppression de la recommandation ont fait observer: que l'avis de défaillance et de réalisation relevait du droit des contrats; que le débiteur savait qu'il était défaillant et ne devrait pas se voir octroyer la possibilité de retarder les procédures de réalisation ou de les faire échouer; qu'il n'était pas souhaitable d'établir, dans le cadre d'une loi, des mécanismes lourds qui pourraient avoir un effet préjudiciable sur la valeur de réalisation des biens grevés; que la nature et le contenu des avis pourraient différer selon le type de bien grevé et de sûreté visé; qu'un avis de disposition spécifique ayant pour effet d'éteindre les droits du constituant sur les biens grevés devrait suffire; et que les consommateurs ne seraient pas lésés puisque la législation sur la protection des consommateurs aurait toujours préséance.

58. Dans le courant du débat, il a été proposé notamment que l'avis soit formulé dans une langue dont on pouvait raisonnablement penser qu'elle était comprise par le destinataire (voir art. 16-1 de la Convention sur la cession); et que, pour informer les tiers, l'avis de réalisation soit inscrit sur le registre des opérations garanties (proposition qui a suscité des objections).

59. Après débat, il a été convenu: i) que la recommandation 59 devrait être conservée entre crochets et ne parler que de l'avis de réalisation (et non de l'avis de défaillance, question contractuelle qui relevait du droit des contrats); ii) que son champ d'application devrait être limité à la réalisation extrajudiciaire; iii) que les conséquences juridiques d'un avis insuffisant ou erroné devraient également être traitées; et iv) que des exceptions pourraient être prévues pour les cas dans lesquels aucun avis ne pouvait être donné sans que la valeur de réalisation des biens grevés ne soit compromise. Il a également été convenu que le commentaire devrait examiner les avantages et les inconvénients d'un tel avis général de réalisation.

60. En ce qui concerne l'alinéa b) de la recommandation 60, il a été convenu de remplacer les mots "institutions publiques officielles" par "autorités judiciaires ou autres".

61. Pour ce qui est de la recommandation 64, il a été convenu de la remanier pour y parler d'un droit de payer la dette garantie dans son intégralité, intérêts et frais compris, et de libérer les biens grevés de la sûreté. Il a été convenu également que l'octroi d'un droit de régularisation par paiement de la fraction de la dette qui était due au moment de la défaillance ne devait pas être recommandé car un tel droit pourrait involontairement avoir pour effet de retarder et de compliquer la procédure de réalisation. Il a toutefois été convenu que le droit de régularisation pourrait être examiné dans le commentaire, lequel pourrait également faire référence aux limites

de l'exercice de ce droit prévues dans les lois de différents pays et à la régularisation dans le cadre de la législation sur la protection des consommateurs qui l'emporterait sur un texte législatif fondé sur les recommandations du projet de guide. Il a aussi été convenu que le commentaire devrait traiter de l'effet d'un paiement effectué par un tiers en ce qui concerne la sûreté (subrogation).

62. S'agissant de la recommandation 65, il a été convenu d'indiquer qu'un système de notification devait être simple, efficace, rapide, peu coûteux et fiable pour éviter tout impact négatif sur la valeur de réalisation des biens grevés et, partant, sur l'offre et le coût du crédit. Il a en outre été convenu que le système de notification devrait avoir pour objectif de protéger non seulement le constituant mais également les tiers.

63. En ce qui concerne la recommandation 66, il a été convenu que celle-ci, au lieu de présenter différentes procédures, devrait souligner la nécessité de prévoir pour la disposition des biens grevés des règles souples soumises à un critère indépendant, tel que le caractère commercialement raisonnable. Il a également été convenu que le commentaire devrait traiter du droit du créancier garanti d'acheter le bien grevé sous réserve de certaines règles visant à protéger les droits du constituant.

64. Pour ce qui est de la recommandation 67, il a été convenu que celle-ci devrait permettre au créancier garanti de contrôler le recouvrement des biens meubles incorporels et des instruments négociables conformément à des règles souples et de manière commercialement raisonnable.

65. S'agissant de la recommandation 68, il a été convenu de la reformuler en termes plus généraux pour y traiter des chevauchements entre droit mobilier et droit immobilier et pour y souligner la nécessité d'élaborer des règles spéciales de réalisation conformément au droit immobilier et promouvoir les principaux objectifs du droit mobilier, tels que la nécessité d'établir un régime de réalisation souple et de favoriser le crédit garanti. Il a été déclaré que la recommandation devrait traiter plusieurs questions, dont: celle de savoir si une sûreté sur des immeubles par destination devrait être réalisée conformément au droit mobilier ou immobilier; et celle de savoir si, dans le cas d'une sûreté grevant un bien meuble (par exemple, une usine) et d'une hypothèque prise sur le terrain où se trouvait ce bien, la réalisation de la sûreté grevant le bien devrait être effectuée conformément au droit mobilier ou au droit immobilier. Il a également été convenu de développer davantage le commentaire relatif à la recommandation 68.

66. Pour ce qui est de la recommandation 69, il a été convenu que celle-ci devrait faire référence à la distribution du produit aux créanciers garantis qui détenaient une sûreté sur les mêmes biens que le créancier garanti procédant à la réalisation et occupaient un rang de priorité inférieur à celui de ce dernier. Il a également été convenu que le commentaire pourrait utilement expliquer que, lorsqu'il ne savait pas à qui remettre l'excédent, le créancier garanti réalisant la sûreté devrait être autorisé à se prévaloir des mécanismes prévus dans le droit interne de l'État adoptant, tels que le paiement à un organisme public de consignation. Il a en outre été convenu d'ajouter une nouvelle recommandation pour préciser que l'exercice des voies de droit prévues dans la loi sur les opérations garanties ne devrait pas empêcher le créancier garanti d'exercer ses voies de droit dans le cadre du droit des contrats.

67. S'agissant de la recommandation 70, il a été proposé de modifier celle-ci pour y indiquer qu'en cas de réalisation extrajudiciaire par le créancier garanti, toute sûreté de rang inférieur à celle dudit créancier serait purgée et qu'un créancier garanti de rang supérieur devrait avoir le droit de prendre en main la procédure de réalisation. À propos de la réalisation judiciaire, il a été suggéré que toutes les sûretés soient éteintes et que l'acheteur des biens grevés acquière ces derniers libres de toute sûreté.

68. Il a également été suggéré que les recommandations traitant de la disposition des biens grevés et de l'attribution des biens grevés à titre d'exécution de l'obligation garantie soient reformulées à peu près comme suit: i) le constituant, le débiteur, les créanciers garantis inscrits ou en possession des biens grevés et toute autre personne détentrice de droits sur les biens grevés ayant avisé le créancier garanti procédant à la réalisation devraient recevoir à l'avance notification d'une disposition non judiciaire ou une proposition tendant à ce que le créancier garanti se voie attribuer les biens grevés à titre d'exécution de l'obligation garantie; ii) le constituant, les créanciers garantis de rang inférieur ou les autres personnes détenant des droits non prioritaires sur les biens grevés devraient avoir le droit de faire objection à une proposition tendant à ce que le créancier garanti se voie attribuer les biens grevés à titre d'exécution de l'obligation garantie; iii) les acquéreurs des biens grevés et le créancier garanti s'étant vu attribuer les biens grevés à titre d'exécution de l'obligation garantie devraient prendre ces biens libres des droits du constituant, du créancier garanti réalisant la sûreté, des créanciers garantis de rang inférieur et de toute personne ayant des droits non prioritaires sur ces biens; iv) tout excédent restant après la disposition des biens grevés doit être versé aux créanciers garantis de rang inférieur ou aux autres réclamants non prioritaires et, s'il reste un solde, celui-ci est remis au constituant; v) dans le cas d'une disposition judiciaire des biens grevés, la propriété de l'acquéreur et la distribution du produit devraient être déterminées par la loi régissant la procédure de réalisation par les créanciers en général; vi) le créancier de premier rang pourrait prendre le contrôle du processus de réalisation; et vii) le débiteur ou une autre personne qui doit payer l'obligation garantie devrait être responsable pour tout solde restant à payer après la disposition des biens grevés, le recouvrement par le créancier garanti d'un bien meuble incorporel ou l'attribution des biens grevés à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie.

69. En réponse à une observation selon laquelle la disposition par un créancier garanti de rang inférieur ne confèrerait pas à l'acquéreur un droit libre de toute sûreté et ne permettrait donc pas de tirer le maximum possible des biens grevés, il a été dit que le Groupe de travail devait trouver un équilibre entre la nécessité de maximiser la valeur de réalisation des biens grevés et celle de préserver le droit du créancier garanti de premier rang de contrôler le calendrier et le mode de réalisation de ses sûretés. Le Groupe de travail a fait part de son intérêt pour ces propositions et a prié le secrétariat d'insérer un texte approprié dans la prochaine version des recommandations relatives à la défaillance et à la réalisation.

70. En ce qui concerne la recommandation 71, il a été convenu que les règles de procédure civile ne devraient pas modifier le rang de priorité que la loi sur les opérations garanties reconnaissait aux créanciers garantis.

71. S'agissant de la recommandation 72, il a été convenu que la référence au transfert de propriété à titre de garantie pouvait être supprimée étant entendu que le

projet de guide indiquerait clairement que ce type de transfert devrait être traité à tous égards comme une sûreté.

72. Sous réserve des modifications ou ajouts mentionnés ci-dessus (voir par. 55 à 71), le Groupe de travail a approuvé les recommandations 58 à 72 sur le fond.

Chapitre X. Conflit de lois (A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.4, par. 1 à 32, et A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1, recommandations 73 à 85)

A. Remarques générales (A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.4, par. 1 à 32)

73. En ce qui concerne le paragraphe 18, il a été suggéré que la loi du pays où se trouvaient les marchandises régisse les sûretés constituées sur des titres représentatifs négociables. Cette proposition a suscité des objections. On a estimé dans l'ensemble que le commentaire et la recommandation relatifs à cette question (qui se référaient au lieu de situation du document) étaient tous deux formulés d'une manière appropriée qui permettait de protéger la négociabilité du document et de prendre en compte les besoins du marché.

74. En ce qui concerne les paragraphes 21 à 25, on a fait remarquer que le commentaire et les recommandations correspondantes devaient: i) clarifier le sens de la référence à la loi d'un lieu de situation "au moment où ces questions se posent"; ii) préciser le délai de grâce dans lequel un créancier garanti pouvait prendre toutes les mesures nécessaires pour préserver l'opposabilité de son droit aux tiers dans le nouvel État vers lequel les biens étaient déplacés; et iii) indiquer clairement si le terme "lieu de destination" désignait uniquement la destination finale ou englobait aussi les arrêts intermédiaires.

B. Recommandations (A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1, recommandations 73 à 85)

75. Le Groupe de travail a examiné ensuite la version révisée des recommandations relatives au conflit de lois, qui figurait dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1 (recommandations 73 à 85). Au début de ses délibérations, il a pris note avec intérêt d'un rapport oral de la réunion d'un groupe d'experts sur les questions de loi applicable aux sûretés, organisée conjointement par la CNUDCI et la Conférence de La Haye de droit international privé, qui s'était tenue à Vienne les 2 et 3 septembre 2004. En attendant que lui soient présentées les versions révisées de certaines recommandations (77, 79, 80 et 82) proposées par les experts, le Groupe de travail a décidé de remettre à plus tard l'examen des recommandations en question.

76. Dans le cadre de la discussion sur l'objet des recommandations relatives au conflit de lois, on a exprimé la crainte que le terme "constitution" ne prête à confusion dans les pays où la constitution d'une sûreté était opposable à tous. Pour apaiser cette crainte, on a proposé d'employer l'expression "constitution entre les parties". Le Groupe de travail a pris note de cette proposition d'ordre rédactionnel et a décidé de l'étudier une fois qu'il aurait examiné le chapitre sur la constitution.

77. En ce qui concerne la recommandation 74, on a demandé si elle devait ou non traiter également de l'extinction d'une sûreté. On a répondu que l'extinction d'une sûreté pouvait résulter soit de l'extinction de l'obligation garantie – question qui n'entrait pas dans le champ du projet de guide – soit de l'application du droit des

biens, auquel cas le projet de guide pouvait la traiter. On a convenu que cette question pouvait être expliquée dans le commentaire, avec des exemples appropriés.

78. Pour ce qui est de la recommandation 75 relative aux sûretés sur des biens meubles incorporels, on a proposé que la loi applicable soit la loi régissant la créance en question. Cette proposition a suscité des objections. Il a été largement estimé qu'une telle approche serait incompatible avec celle adoptée à l'article 22 de la Convention sur la cession, en vertu duquel l'opposabilité aux tiers et la priorité étaient régies par la loi de l'État dans lequel était situé le cédant (c'est-à-dire le constituant). Il a aussi été estimé dans l'ensemble qu'une approche fondée sur la loi régissant la créance serait inopérante pour toute une série d'opérations de financement qui portaient sur une multiplicité de biens, y compris des biens à acquérir. Par souci de cohérence avec la Convention sur la cession et compte tenu de l'importance pour les tiers de déterminer leurs droits avec certitude, il a en outre été convenu que le "lieu de situation" du constituant devrait être défini par référence à l'article 5 h) de ladite Convention.

79. En réponse à une question, il a été noté que la recommandation 78 traitait du moment à prendre en considération pour déterminer le lieu de situation du constituant. En réponse à une autre question, il a été noté qu'il resterait à examiner la loi applicable aux sûretés sur certains biens meubles incorporels, tels que les comptes de dépôt, les lettres de crédit et les droits de propriété intellectuelle, une fois que le Groupe de travail aurait décidé s'il fallait ou non inclure ces biens dans le champ d'application du projet de guide (voir A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.4, note relative au paragraphe 18).

80. En ce qui concerne la recommandation 76, il a été convenu, afin de bien préciser qu'elle n'était pas censée s'appliquer aux marchandises en transit, de renvoyer à la recommandation 80 qui portait sur la question. S'agissant de cette dernière recommandation, il a été noté qu'elle serait complétée par une autre relative aux marchandises destinées à l'exportation.

81. La recommandation 78 a été appuyée mais il a été convenu qu'il serait utile d'en expliquer plus précisément la portée dans le commentaire. Cette recommandation énonçait, à raison, qu'une sûreté qui avait été constituée sans avoir été rendue opposable aux tiers dans un État A pouvait être rendue opposable aux tiers dans un État B dans lequel les marchandises pourraient avoir été déplacées.

82. Il a été convenu que la recommandation 81 devrait être reformulée de manière à interdire toute dérogation aux règles énoncées dans les recommandations sur le conflit de lois dans la mesure où celles-ci traitaient de questions de droits réels. Il a été convenu par ailleurs qu'il faudrait ajouter une nouvelle recommandation sur l'autonomie des parties concernant les droits et obligations mutuels du créancier garanti et du constituant. Il a été convenu enfin qu'une nouvelle recommandation devrait également être insérée afin d'indiquer que la loi applicable désignait les règles de droit substantiel, et non les règles de conflit, d'un État (c'est-à-dire pas de renvoi).

83. S'agissant de la recommandation 83, des inquiétudes ont été exprimées quant à la distinction faite entre les questions de fond et les questions de procédure, laquelle était très difficile et relèverait en tout état de cause du droit de l'État où la réalisation avait lieu (loi du for). Afin d'éviter cette distinction, il a été proposé de faire référence aux questions relevant du droit impératif et du droit non impératif et

de laisser la loi du for opérer cette distinction. Cette proposition a suscité un certain intérêt mais on s'est demandé si elle augmentait la sécurité et facilitait l'application des recommandations de fond du projet de guide relatives à la réalisation. En tout état de cause, il a été déclaré que, puisque les États n'appliqueraient très probablement pas les recommandations sur le conflit de lois sans appliquer celles qui concernaient le droit substantiel, leur droit impératif devrait être conforme aux recommandations du projet de guide sur la réalisation.

84. S'agissant de la recommandation 84, il a été convenu que le terme "insolvabilité" serait remplacé par les mots "ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre le constituant".

85. Sous réserve des modifications ou ajouts mentionnés ci-dessus (voir par. 77 à 84), le Groupe de travail a approuvé les recommandations 73 à 85 sur le fond.

Chapitre V. Opposabilité aux tiers (A/CN.9/WG.VI/WP.14, par. 1 à 75, et A/CN.9/WG.VI/WP.13, recommandations 14 à 32)

A. Remarques générales (A/CN.9/WG.VI/WP.14, par. 1 à 75)

86. Le Groupe de travail a examiné les remarques générales du chapitre traitant de l'opposabilité des sûretés aux tiers (par. 1 à 75) et a prié le secrétariat d'apporter les changements nécessaires. En particulier, il a été convenu qu'il faudrait traiter avec beaucoup de prudence la question de la confidentialité et de la mesure dans laquelle le créancier garanti pourrait être tenu de fournir des informations à des tiers et qu'il ne fallait, pour le moment, faire aucune recommandation; qu'il faudrait préciser si les différents moyens d'assurer l'opposabilité aux tiers pouvaient se substituer les uns aux autres ou étaient exclusifs les uns des autres; et qu'il faudrait examiner plus avant la question de l'articulation du registre général des sûretés avec les registres spécialisés de titres de propriété.

B. Recommandations (A/CN.9/WG.VI/WP.13, recommandations 14 à 32)

87. Le Groupe de travail a examiné ensuite la version révisée des recommandations relatives à l'opposabilité des sûretés aux tiers, qui figurait dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.13 (recommandations 14 à 32).

88. Les membres du Groupe de travail ont appuyé l'énoncé de l'objet des recommandations, mais ont convenu qu'il était nécessaire de compléter celui-ci afin d'expliquer que, pour qu'une sûreté soit opposable aux tiers, il fallait prendre certaines mesures en plus de celles qui étaient requises pour sa constitution entre le créancier garanti et le constituant.

89. S'agissant de la recommandation 15 relative aux moyens d'assurer l'opposabilité aux tiers, il a été convenu que l'alinéa c) resterait entre crochets jusqu'à ce que le Groupe de travail ait tranché définitivement la question de savoir si le projet de guide devait traiter des obligations incorporelles pour lesquelles l'opposabilité aux tiers pouvait être assurée par un transfert de contrôle. Il a aussi été convenu d'ajouter un nouvel alinéa pour indiquer qu'il pourrait exister d'autres moyens d'assurer l'opposabilité aux tiers.

90. S'agissant de la recommandation 17 relative à un registre général des sûretés, l'utilité d'un tel registre a suscité des doutes. En ce qui concerne la recommandation 18 concernant la teneur de l'avis déposé, il a été convenu qu'il ne faudrait pas exiger davantage que les renseignements énoncés dans la recommandation 17. Il a été convenu également que, pour ce qui était de la durée de l'inscription, les États devraient avoir la possibilité de spécifier celle-ci ou d'autoriser les parties à le faire dans l'avis (voir recommandations 18 c) et 25). En réponse à une question, on a fait observer qu'il était nécessaire de prévoir une durée fixe afin de prévenir le risque que le créancier garanti ne radie pas l'inscription en temps voulu et pour éviter d'encombrer les parties et les registres d'informations inutiles.

91. Les avis ont divergé quant à savoir si l'avis devait mentionner le montant maximum pour lequel la sûreté pouvait être réalisée. Selon une opinion, ce montant devait être indiqué, ce qui augmenterait la valeur informative du registre et faciliterait l'octroi de crédits par des créanciers de rang inférieur. Selon l'avis contraire, aucun montant maximum ne devrait être spécifié, ce qui faciliterait l'octroi de prêts par le créancier garanti de premier rang, permettrait aux créanciers de rang inférieur d'octroyer des prêts sur la base d'accords intercréanciers et éviterait que le registre ne soit chargé d'informations inutiles. On a également fait valoir que, si les parties étaient tenues d'inscrire un montant maximum dans l'avis, elles risquaient de gonfler celui-ci, ce qui limiterait la valeur de la sûreté dont disposeraient des créanciers potentiels de rang inférieur. En réponse, on a fait remarquer que ce risque n'existait généralement pas dans le financement de matériel et dans les opérations de financement de biens spécifiques similaires.

92. Le Groupe de travail ayant reconnu le bien-fondé des deux opinions, il a été proposé d'examiner dans le commentaire relatif à l'alinéa d) de la recommandation 18 les avantages et les inconvénients des deux approches et d'inclure dans la recommandation elle-même diverses possibilités entre lesquelles les États pourraient choisir. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de conserver l'alinéa d) de la recommandation 18 entre crochets pour l'examiner plus avant et a prié le secrétariat d'apporter plus de précisions sur les deux approches possibles dans le commentaire.

93. Pour ce qui est de la recommandation 23 sur l'inscription anticipée, on a indiqué, en réponse à une question, qu'une telle inscription pouvait avoir lieu même lorsque l'existence d'une sûreté était contestée. Une fois cette existence confirmée, on considérerait que la sûreté était devenue opposable aux tiers à compter de son inscription.

94. S'agissant de la recommandation 26 relative à l'annulation de l'inscription, il a été convenu qu'il faudrait expliquer dans le commentaire le sens de l'expression "paiement intégral ou exécution de toutes les obligations garanties". Il a aussi été convenu d'ajouter une nouvelle recommandation prévoyant l'annulation de l'inscription par convention entre le créancier garanti et le constituant.

95. S'agissant de savoir si une inscription devrait être annulée après une procédure sommaire, les membres du Groupe de travail sont convenus que le constituant devrait pouvoir se prévaloir d'un moyen judiciaire rapide et efficace pour obtenir une telle annulation, mais les opinions ont divergé quant à la question de savoir s'il devait être possible de procéder à l'annulation par une procédure sommaire

administrative. Selon un avis, le constituant ne devrait pas avoir à consacrer du temps et de l'argent à une action en justice lorsqu'il était clair qu'il n'y avait pas de convention constitutive de sûreté ou de dette. Selon une autre opinion, une telle approche serait acceptable s'il existait un mécanisme administratif capable d'établir les faits et de rendre des décisions conformément à la loi, mais il ne serait pas bon d'imposer au personnel administratif et aux responsables de registres de telles responsabilités du fait, en particulier, que pour réduire les coûts au minimum et augmenter l'efficacité au maximum, les registres modernes étaient de plus en plus souvent informatisés et tenus par un minimum de personnel.

96. Après un débat, le Groupe de travail est convenu que le commentaire devrait expliquer qu'une procédure sommaire administrative pourrait être acceptable s'il existait des garanties appropriées, par exemple la nécessité d'informer le créancier garanti et de lui donner le droit de s'opposer (auquel cas un tribunal devrait trancher la question). Il a également été dit qu'une autre garantie serait de demander au constituant de déclarer sous serment que la dette n'existait pas ou était acquittée.

97. S'agissant de la recommandation 27, il a été convenu: qu'il faudrait reporter l'examen de l'alinéa a); que l'alinéa b) devrait parler de "droit" et non de "titre"; que le sous-alinéa ii) de l'alinéa b) devrait être conservé sans les crochets; que le sous-alinéa v) de l'alinéa b) devrait être supprimé, le Groupe de travail ayant décidé que le transfert de propriété à titre de garantie devrait être considéré comme une sûreté; et que les sous-alinéas i), iii) et iv) de l'alinéa b) devraient être facultatifs pour les États. Il a également été convenu que le commentaire développerait tous ces points.

98. En ce qui concerne la recommandation 28, il a été convenu d'insister davantage sur la nécessité d'une dépossession réelle, et non présumée, fictive ou symbolique, et qu'il faudrait développer encore cette question dans le projet de guide.

99. Pour ce qui est de la recommandation 29, il a été convenu qu'il faudrait corriger le titre afin qu'il se réfère aux documents représentatifs négociables, et qu'il faudrait aligner le texte de la recommandation sur la définition des documents négociables figurant dans la section terminologie (voir A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, par. 17 y)). Il a également été convenu que le commentaire comprendrait des explications supplémentaires.

100. N'ayant pas encore décidé si les comptes de dépôt seraient traités ou non dans le projet de guide, le Groupe de travail est convenu de reporter l'examen des recommandations 30 et 31.

101. S'agissant de la recommandation 32, il a été convenu qu'il faudrait en revoir le libellé afin qu'elle tienne compte de la distinction opérée dans le projet de guide entre la constitution d'une sûreté entre les parties et son opposabilité aux tiers.

102. Sous réserve des modifications et ajouts mentionnés ci-dessus (voir par. 87 à 101), le Groupe de travail a approuvé les recommandations 14 à 32 sur le fond.

V. Rapport du groupe de rédaction

103. Le Groupe de travail a chargé un groupe de rédaction établi par le secrétariat de revoir la section terminologie du projet de guide (A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, par. 17). À l'issue de ses délibérations, le Groupe de travail a examiné et approuvé le rapport du groupe de rédaction. Il a été convenu qu'il faudrait aligner la définition espagnole du terme "convention constitutive de sûreté" sur la version anglaise (c'est-à-dire en supprimant le mot "real").

VI. Travaux futurs

104. Le Groupe de travail a noté que sa septième session était prévue à New York du 24 au 28 janvier 2005. Il a également noté que sa huitième session était prévue à Vienne du 5 au 9 septembre 2005, sous réserve de l'approbation de ces dates par la Commission à sa trente-huitième session, qui devait se tenir à Vienne du 4 au 22 juillet 2005.

A/CN.9/WG.VI/WP.13

B. Rapport du Secrétaire général concernant les recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumis au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa sixième session

(A/CN.9/WG.VI/WP.13 et Add.1) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Recommandation
I.	Champ d'application	1-5
II.	Constitution	6-13
III.	Opposabilité aux tiers	14-32
IV.	Priorité	33-54

Recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties

I. Champ d'application

Objet

1. L'objet des dispositions concernant le champ d'application de la loi sur les opérations garanties (ci-après dénommée "la loi") devrait être de spécifier les parties, les sûretés, les obligations garanties et les biens auxquels la loi s'applique.

Sûretés réelles mobilières

2. La loi devrait traiter des sûretés sur des biens meubles et des immeubles par destination qui garantissent le paiement ou une autre forme d'exécution d'une ou plusieurs obligations, actuelles ou futures, déterminées ou déterminables.

Parties, sûretés réelles mobilières, obligations garanties et biens visés

3. Le champ d'application de la loi devrait être aussi large que possible pour ce qui est des parties et des types de sûretés réelles mobilières, des obligations garanties et des biens grevés visés. Les exceptions devraient être limitées et clairement énoncées dans la loi.

4. En particulier la loi devrait s'appliquer:

a) Aux personnes morales et physiques, y compris les consommateurs;

b) Aux droits créés contractuellement pour garantir tous types d'obligation, y compris des obligations futures, des montants fluctuants d'obligations et des obligations décrites en termes génériques;

c) À tous les types de biens meubles et d'immeubles par destination, corporels ou incorporels, qui ne sont pas expressément exclus par la loi, y compris les stocks, le matériel et autres marchandises, les créances de somme d'argent, [chèques, billets à ordre, comptes de dépôt, lettres de crédit et droit de propriété intellectuelle], ainsi que le produit de ces biens; [*Note à l'intention du Groupe de travail: si le Groupe de travail décide que ces types de biens devraient être visés dans le projet de guide, il souhaitera peut-être revoir les recommandations pour s'assurer qu'elles conviennent aussi à ces biens et pour ajouter en cas de besoin des recommandations spéciales*];

d) Aux droits portant sur tous les biens d'un constituant;

e) À une sûreté constituée par transfert de propriété [et à tous les autres types de droits garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution d'une ou plusieurs obligations, quelle que soit la forme de l'opération et que la propriété des biens grevés soit détenue par le créancier garanti ou par le constituant]. [*Note à l'intention du Groupe de travail: le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager: i) d'inclure la réserve de propriété dans le régime législatif recommandé et de lui accorder un traitement privilégié aux fins de la priorité ou à d'autres fins; ii) d'exclure au moins la réserve de propriété simple du régime législatif recommandé, mais de la soumettre, à quelques exceptions près, à l'inscription aux fins de traiter les conflits de priorité; iii) d'exclure au moins la réserve de propriété simple du régime législatif recommandé. Voir également les recommandations 10, 27, 43, 72, 76, 82 et 86.*]

5. La loi ne devrait pas s'appliquer aux sûretés portant sur:

a) Des valeurs mobilières; et

b) [...].

II. Constitution

Objet

6. L'objet des dispositions de la loi concernant la constitution est de spécifier de quelle manière une sûreté sur un bien meuble est constituée entre le constituant et le créancier garanti.

Convention constitutive de sûreté

7. La loi devrait spécifier qu'une sûreté réelle mobilière est constituée entre le constituant et le créancier garanti par une convention constitutive de sûreté.

Remise de la possession

8. La constitution d'une sûreté réelle mobilière avec dépossession requiert, outre une convention, la remise de la possession des biens à grever au créancier garanti ou à un tiers qui détient les biens pour le compte du créancier garanti (autre que le

constituant ou un mandataire ou un employé du constituant) (voir recommandation 28).

Contenu minimum de la convention constitutive de sûreté

9. La loi devrait prévoir que la convention constitutive de sûreté doit, au minimum, identifier le créancier garanti et le constituant et décrire raisonnablement l'obligation garantie et les biens devant être grevés. Une description générique de l'obligation garantie et des biens grevés devrait être suffisante.

Forme

10. La loi devrait prévoir que la convention constitutive de sûreté doit faire l'objet d'un écrit, lequel ne doit pas être nécessairement signé dès lors que l'intention du constituant d'accorder une sûreté ressort clairement du document. [*Note à l'intention du Groupe de travail: le Groupe de travail souhaitera peut-être limiter l'exigence d'un écrit aux sûretés réelles mobilières sans dépossession. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi exclure la réserve de propriété simple de l'exigence d'un écrit.*]

11. La loi devrait préciser qu'un message de données peut satisfaire à l'exigence d'un écrit si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement (voir article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique). Le terme "message de données" désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie (voir article 2 a) de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique).

Biens et obligations pouvant faire l'objet d'une convention constitutive de sûreté

12. La loi devrait permettre de garantir tous les types d'obligations, y compris les obligations futures et les obligations dont le montant fluctue. Elle devrait également permettre de constituer une sûreté sur tous les types de biens, y compris les immeubles par destination et les accessoires, ainsi que sur les biens dont le débiteur n'est pas propriétaire ou n'a pas la faculté de disposer ou qui n'existent pas au moment de la convention constitutive de sûreté, et sur le produit des biens grevés. Les exceptions à ces règles devraient être limitées et clairement énoncées dans la loi.

Moment de la constitution

13. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière avec dépossession est constituée au moment où le constituant remet la possession ou le contrôle des biens à grever au créancier garanti ou à un tiers qui détient les biens pour le compte du créancier garanti (autre que le constituant ou un mandataire ou un employé du constituant), sauf accord contraire des parties. Une sûreté réelle mobilière sans dépossession est constituée au moment où la convention constitutive de sûreté est conclue, sauf accord contraire des parties. Une sûreté portant sur des biens futurs est

constituée au moment où le débiteur ou un autre constituant acquiert des droits sur ces biens.

III. Opposabilité aux tiers

Objet

14. L'objet des dispositions de la loi imposant une étape supplémentaire pour qu'une sûreté puisse être opposée à un réclamant concurrent ont pour objet:

a) D'avertir les tiers intéressés par les biens meubles du constituant du risque que ces biens soient grevés d'une sûreté; et

b) De fixer une référence temporelle pour l'établissement des rangs de priorité entre créanciers garantis et entre un créancier garanti et d'autres catégories de réclamants concurrents.

Moyens d'assurer l'opposabilité aux tiers

15. La loi devrait prévoir que l'opposabilité d'une sûreté à un réclamant concurrent est subordonnée à l'un des événements ci-après:

a) Inscription d'un avis concernant la sûreté dans un registre général des sûretés;

b) Dépossession du constituant si les biens grevés sont des articles spécifiques de biens meubles corporels;

[c) Transfert du contrôle au créancier garanti si les biens grevés sont constitués par [certaines obligations incorporelles, autres que des créances de somme d'argent, dues au constituant par un tiers] [un compte de dépôt];]

d) Inscription d'un avis concernant la sûreté dans un registre spécialisé des titres de propriété si les biens grevés sont des articles spécifiques de biens meubles pour lesquels un titre est établi, en vertu d'une autre loi de l'État adoptant, par voie d'inscription dans un tel registre; ou

e) Notation de la sûreté sur le certificat de titre si les biens grevés sont des articles spécifiques de biens meubles corporels pour lesquels, en vertu d'une autre loi de l'État adoptant, la propriété est attestée par un certificat de titre.

16. La loi devrait confirmer que les différents moyens d'assurer l'opposabilité aux tiers peuvent être utilisés pour différents articles ou types de biens grevés qu'ils soient ou non grevés, en vertu de la même convention constitutive de sûreté ou de conventions distinctes.

Établissement et caractéristiques d'un registre général des sûretés

17. La loi devrait prévoir l'établissement d'un registre général des sûretés ayant les caractéristiques ci-après:

a) L'inscription est effectuée par le dépôt d'un avis de constitution de la sûreté, et non d'un exemplaire de l'acte constitutif de la sûreté;

b) Le fichier du registre est centralisé, c'est-à-dire qu'il contient tous les avis de constitution de sûretés inscrites en vertu de la loi sur les opérations garanties de l'État adoptant;

c) Le système d'inscription est établi de façon à permettre le répertoriage et la recherche des avis suivant le nom du constituant ou suivant quelque autre élément fiable d'identification de celui-ci;

d) Le registre est ouvert au public;

e) Un accès raisonnable du public au registre est assuré par des mesures telles que:

i) La fixation de redevances pour l'inscription et la recherche au prix coûtant; et

ii) La création de modes ou de points d'accès à distance;

f) Le système d'inscription est administré et organisé pour faciliter une inscription et une recherche efficace. En particulier:

i) Un avis peut être enregistré sans vérification ni examen approfondi de son contenu;

ii) Sous réserve des capacités financière et infrastructurelle de l'État adoptant, les avis sont conservés sous forme électronique dans une base de données informatisée;

iii) Sous réserve des capacités financière et infrastructurelle de l'État adoptant, les personnes qui procèdent à une inscription et celles qui font une recherche d'avis ont un accès électronique au fichier du registre ou un accès par téléphone ou par télécopie; et

g) La loi fixe des règles d'attribution de la responsabilité en cas de perte ou de dommage causé par une erreur dans l'administration ou l'exploitation du système d'inscription et de recherche.

Teneur de l'avis déposé

18. Pour que l'avis déposé constitue une inscription juridiquement valable, la loi devrait exiger qu'il contienne [seulement]:

a) Les noms (ou autres éléments d'identification fiables) du constituant et du créancier garanti, ainsi que leur adresse;

b) Une description des biens meubles visés par l'avis;

[c) La durée de l'inscription [si l'État autorise les personnes qui y procèdent à déterminer elles-mêmes le nombre d'années pour lesquelles l'inscription sera valable] [voir recommandation 25]; et

[d) Une déclaration du montant monétaire maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée.]

Caractère juridiquement suffisant du nom du constituant dans un avis inscrit

19. La loi devrait prévoir que le nom ou tout autre élément d'identification du constituant figurant sur un avis inscrit est juridiquement suffisant s'il est possible de

retrouver l'avis en effectuant une recherche dans le fichier suivant le nom officiel exact ou tout autre élément d'identification du constituant. À cet effet, la loi devrait spécifier les règles permettant de déterminer le nom officiel exact ou tout autre élément d'identification des personnes physiques et morales.

Caractère juridiquement suffisant de la description des biens visés par un avis inscrit

20. La loi devrait prévoir qu'une description des biens visés par un avis inscrit est juridiquement suffisante si elle permet à un tiers d'identifier les biens visés par l'avis séparément des autres biens du constituant.

21. Si les biens visés par l'avis consistent en une catégorie ou des catégories génériques de biens meubles, la loi devrait confirmer qu'une description générique est juridiquement valable.

22. Si les biens visés par l'avis sont tous les biens meubles présents et à acquérir du constituant, la loi devrait confirmer qu'il est juridiquement suffisant de décrire les biens grevés par une expression du type "l'ensemble des biens meubles".

Inscription anticipée

23. La loi devrait confirmer qu'une inscription peut être faite avant ou après la constitution de la sûreté à laquelle elle se rapporte.

Une inscription unique pour plusieurs conventions constitutives de sûretés

24. La loi devrait confirmer qu'une seule inscription suffit pour les sûretés constituées par l'ensemble des conventions constitutives de sûretés conclues entre les mêmes parties dans la mesure où elles couvrent des articles ou types de biens meubles qui relèvent de la description figurant dans l'avis inscrit.

Durée et renouvellement de l'inscription

25. La loi devrait spécifier la durée de l'inscription ou permettre que celle-ci soit choisie au moment de cette formalité par la personne qui y procède. La loi devrait prévoir le droit de renouveler plusieurs fois l'inscription.

Annulation de l'inscription

26. La loi devrait adopter une procédure sommaire pour permettre au constituant de faire annuler une inscription si aucune convention constitutive de sûreté n'a été conclue entre les parties ou si la sûreté est éteinte en raison du paiement intégral ou de l'exécution de toutes les obligations garanties.

[Autres droits soumis à inscription

27. La loi devrait prévoir que l'opposabilité aux tiers des droits ci-après est subordonnée à l'inscription d'un avis relatif à ce droit dans le registre général des sûretés:

a) Le titre d'un créancier qui reste propriétaire des biens afin de garantir le paiement de leur prix d'achat ou de son équivalent économique en vertu de la convention de vente ou d'un bail financier;

b) Le titre:

i) D'un bailleur en vertu d'un bail autre que financier mais d'une durée de plus d'un an;

ii) D'un cessionnaire en vertu d'une cession [vente] pure et simple de créances;

iii) D'un consignateur en vertu d'une consignation commerciale dans laquelle les marchandises sont livrées à un consignataire en tant que mandataire chargé de les vendre, autre qu'un commissaire-priseur et autre qu'un consignataire qui n'agit pas comme consignataire dans les conditions normales du commerce;

iv) D'un acheteur en vertu d'une vente de marchandises en dehors des conditions normales du commerce du vendeur lorsque celui-ci reste en possession des marchandises pour plus de [trente] [soixante] [quatre-vingt-dix] jours;

v) D'un cessionnaire en vertu d'un transfert de propriété à titre de sûreté.]

Dépossession du constituant

28. La loi devrait prévoir que:

a) La dépossession du constituant n'est suffisante que s'il est possible à un tiers objectif de conclure que le constituant n'est pas effectivement en possession des biens grevés; et

b) La possession par un tiers ne constitue une dépossession suffisante que si celui-ci n'est pas un mandataire ou un employé du constituant et est en possession pour ou au nom du créancier garanti.

Instruments négociables

29. La loi devrait prévoir que la dépossession d'un document représentatif de titre négociable constitue une dépossession des biens représentés par le document durant la période pendant laquelle les biens sont couverts par le document.

[Transfert du contrôle sur des [obligations incorporelles] [comptes de dépôt]

30. La loi devrait prévoir qu'une [personne qui est redevable d'une certaine obligation incorporelle envers le constituant] [institution dépositaire auprès de laquelle le constituant a un compte de dépôt] est tenue de répondre, dans un délai [prescrit] [raisonnable], à une demande écrite présentée par un créancier du constituant pour savoir si le contrôle [de l'exécution de l'obligation incorporelle] [du compte de dépôt] a été transféré à un créancier du constituant.

31. Si le créancier garanti et [la personne redevable de l'obligation incorporelle] [l'institution dépositaire] sont la même personne, la loi devrait confirmer que le créancier garanti acquiert le contrôle dès que la sûreté est constituée.]

Sûretés sur le produit

32. Lorsque la loi reconnaît l'existence d'une sûreté légale sur le produit identifiable des biens initialement grevés, elle devrait prévoir que la sûreté est opposable aux tiers dès que le produit est généré à condition que:

a) Le produit prenne la forme d'argent, d'instruments négociables, de documents négociables, ou de créances de somme d'argent [y compris] [et] de comptes de dépôt;

b) Le produit soit visé par la description figurant dans un avis inscrit dans le registre général des sûretés; ou

c) La sûreté sur le produit soit rendue indépendamment opposable aux tiers par l'un des moyens visés dans la recommandation 15 dans un délai de [...] jours après que le produit est généré.

IV. Priorité

Objet

33. L'objet des dispositions de la loi concernant la priorité est de:

a) Permettre à un éventuel créancier garanti de déterminer, de manière efficace et avec un degré élevé de certitude avant de consentir un crédit, le rang de priorité qu'auraient les sûretés par rapport à des réclamants concurrents; et

b) Permettre aux constituants de constituer plus d'une sûreté sur le même bien et de tirer ainsi parti de toute la valeur de leurs biens pour faciliter l'obtention de crédit.

Champ d'application des règles de priorité

34. La loi devrait comporter un ensemble complet de règles de priorité couvrant tous les conflits possibles de priorité.

Obligations garanties concernées

35. La loi devrait prévoir que le rang de priorité accordé à une sûreté:

a) S'applique à l'ensemble des obligations monétaires et non monétaires garanties dues au créancier garanti [à concurrence d'un montant monétaire maximum énoncé dans l'avis inscrit] et garanties par la sûreté, y compris le principal, les frais, les intérêts et les droits; et

b) N'est pas affecté par la date à laquelle une avance ou une autre obligation garantie par la sûreté est faite ou souscrite (c'est-à-dire qu'une sûreté peut garantir des avances futures dans le cadre d'un mécanisme de crédit avec le même rang de priorité que des avances faites dans le cadre de ce mécanisme concomitamment à la constitution ou à la perfection de la sûreté).

Rang de priorité sur les biens acquis ultérieurement

36. La loi devrait spécifier qu'une sûreté sur les biens du constituant acquis ou créés ultérieurement a le même rang de priorité qu'une sûreté sur les biens du

constituant qui existent ou lui appartiennent au moment où la sûreté est rendue opposable aux tiers.

Rang de priorité sur le produit

37. La loi devrait prévoir que le rang de priorité d'un créancier garanti à l'égard d'un bien grevé s'étend au produit du bien sous réserve des conditions énoncées à la recommandation 32.

Rang de priorité en cas de changement de moyen d'assurer l'opposabilité aux tiers

38. La loi devrait prévoir que si une sûreté est rendue opposable aux tiers par un certain moyen mais qu'elle l'est également par un autre moyen, le rang de priorité remonte au moment où le premier moyen est mis en œuvre [à condition qu'aucun laps de temps ne sépare la mise en œuvre du premier et du second moyens].

Rang de priorité des sûretés non opposables aux tiers

Créanciers chirographaires

39. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti titulaire d'une sûreté qui n'est pas opposable aux tiers [n'a d'autre droit que celui d'un créancier chirographaire] [a priorité sur les créanciers chirographaires, à moins que le créancier chirographaire n'ait agi pour obtenir une décision judiciaire sur sa créance ou que le constituant ne soit devenu insolvable].

Créanciers garantis

40. La loi devrait prévoir:

a) Qu'une sûreté qui n'est pas opposable aux tiers a un rang inférieur à une sûreté constituée sur les mêmes biens grevés qui est opposable aux tiers, indépendamment de l'ordre dans lequel les sûretés ont été constituées; et

b) Que le rang de priorité entre des sûretés qui ne sont pas opposables aux tiers est déterminé par l'ordre dans lequel elles ont été constituées.

Rang de priorité des sûretés opposables aux tiers

Créanciers chirographaires

41. La loi devrait prévoir qu'une sûreté qui est opposable aux tiers prime les droits de créanciers chirographaires.

Créanciers garantis

42. La loi devrait prévoir que:

a) Entre deux sûretés portant sur le même bien grevé qui sont opposables aux tiers, sous réserve des dispositions de la recommandation 4, le rang de priorité est déterminé par l'ordre dans lequel ont été respectivement effectuées les formalités destinées à assurer leur opposabilité aux tiers, même si une ou plusieurs des conditions de constitution d'une sûreté n'étaient pas remplies à cette époque. Si l'une des sûretés est rendue opposable aux tiers par la possession du bien grevé, il

incombera au titulaire de cette sûreté d'établir le moment où il en a obtenu possession.

b) Une sûreté rendue opposable aux tiers par le contrôle prime une sûreté rendue opposable aux tiers par tout autre moyen;

c) S'agissant d'instruments négociables, de documents négociables et d'argent, une sûreté rendue opposable aux tiers par la possession ou le contrôle a priorité sur une sûreté rendue opposable aux tiers par l'inscription.

Sûretés réelles mobilières en garantie du prix d'achat

43. La loi devrait prévoir ce qui suit:

a) Une sûreté constituée sur des marchandises en garantie du prix d'achat, qui a été rendue opposable aux tiers par voie d'inscription dans un bref délai spécifié après que le constituant obtient possession des marchandises, a priorité sur une sûreté concurrente constituée sur les mêmes marchandises à un autre titre que la garantie du prix d'achat qui a été rendue opposable aux tiers par une inscription préalable[. La réserve de propriété devrait être soumise aux mêmes conditions qu'une sûreté en garantie du prix d'achat]; et

[b) Si les marchandises grevées d'une sûreté en garantie du prix d'achat consistent dans des stocks, la loi devrait alors exiger, outre l'inscription, que le créancier du prix d'achat avise, avant la livraison des marchandises au constituant, tous les autres créanciers qui ont précédemment inscrit une sûreté sur les mêmes marchandises afin d'obtenir priorité sur ces créanciers.]

Créanciers judiciaires

44. La loi devrait prévoir que, si la loi applicable confère à un créancier judiciaire des droits sur les biens du débiteur judiciaire en reconnaissance des voies de droit que le premier a employées pour recouvrer ses créances, une sûreté qui est opposable aux tiers prime le droit du créancier judiciaire qui est inscrit après que la sûreté est devenue opposable aux tiers, sauf pour ce qui est des montants avancés par le créancier garanti après un nombre de jours spécifié suivant la date à laquelle le créancier judiciaire inscrit un avis relatif à ses droits.

Acheteurs de biens grevés

45. La loi devrait prévoir que le droit d'un acheteur de marchandises est subordonné à toute sûreté qui est devenue opposable aux tiers avant la vente, à moins que le créancier garanti n'ait autorisé la vente, étant entendu, toutefois, qu'un acheteur de stocks qui achète des biens grevés dans les conditions normales du commerce du vendeur (et quiconque dont les droits sur les biens grevés découlent dudit acheteur) les acquiert libres de toute sûreté opposable aux tiers sur ces biens, même si cet acheteur a connaissance de l'existence de la sûreté.

Droit de revendication

46. Si la loi prévoit que les fournisseurs de marchandises ont le droit de revendiquer celles-ci dans un délai spécifié après que le constituant est devenu insolvable, elle devrait aussi prévoir que ce délai doit être bref, et que le droit de

revendiquer les marchandises est subordonné aux sûretés sur ces marchandises qui sont opposables aux tiers.

Preneurs à bail

47. La loi devrait traiter du rang de priorité d'une sûreté sur un bien qui est opposable aux tiers par rapport aux droits d'un preneur à bail de ce bien.

Détenteurs de billets à ordre et de documents négociables

48. La loi devrait prévoir [qu'une personne qui en vertu d'une autre loi acquiert des droits sur un billet à ordre ou un document négociable libre de tout droit à son égard] [que le porteur légitime d'un billet à ordre ou de documents négociables] prend ce bien libre de toute sûreté opposable aux tiers.

Titulaires de droits sur une somme d'argent

49. La loi devrait prévoir que les droits d'une personne qui donne une contrepartie en échange d'argent et est en possession de l'argent prend cet argent libre de toute sûreté qui ne serait rendue opposable aux tiers que par inscription.

Créanciers légaux (privilégiés)

50. La loi devrait limiter tant le nombre que le montant des créances privilégiées qui priment des sûretés opposables aux tiers et, dans la mesure où des créances privilégiées existent, elles devraient être décrites dans la loi de manière claire et expresse.

Droits acquis sur des biens pour leur amélioration et leur stockage

51. Si la loi applicable confère des droits équivalents à des sûretés à un créancier qui a valorisé des marchandises (par exemple en les réparant) ou en a préservé la valeur (par exemple en les stockant), ces droits devraient être limités aux marchandises dont la valeur a été améliorée ou conservée qui sont en la possession dudit créancier, et ils ne devraient être opposables aux titulaires de sûretés sur les biens qui sont opposables aux tiers que dans la mesure où la valeur ajoutée par l'amélioration ou la conservation profite directement aux titulaires de sûretés préexistantes. [*Note à l'intention du Groupe de travail: le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager la question de savoir si une inscription devrait être exigée.*]

Immeubles par destination

52. La loi devrait énoncer des règles régissant le rang de priorité du titulaire d'une sûreté sur des immeubles par destination vis-à-vis de personnes qui détiennent des droits sur le bien immeuble auquel ils sont attachés, comme une personne (autre que le constituant) qui a un droit de propriété sur le bien immeuble, un acheteur de ce bien ou un créancier dont les sûretés grèvent le bien immeuble dans son ensemble.

Représentants de l'insolvabilité

53. La loi devrait prévoir que le rang de priorité d'un créancier garanti devrait être intégralement maintenu dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité du

constituant, sous réserve des dispositions applicables des lois sur l'insolvabilité se rapportant aux créances privilégiées et aux actions en annulation.

Accords de cession de rang

54. La loi devrait reconnaître les accords qui modifient le rang de priorité de sûretés, à condition qu'ils ne touchent que les personnes qui acceptent effectivement ces modifications. Ces accords devraient s'imposer à ces personnes même en cas d'insolvabilité du constituant des sûretés.

A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1

Rapport du Secrétaire général concernant les recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumis au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa sixième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Recommandations

V.	Droits et obligations des parties avant défaillance	55-57
VI.	Défaillance et réalisation	58-72
VII.	Insolvabilité	
VIII.	Conflit de lois	73-85
IX.	Dispositions transitoires	86-93

V. Droits et obligations des parties avant défaillance

Objet

55. L'objet de dispositions de la loi concernant les droits et obligations des parties avant défaillance est:

a) d'énoncer des règles relatives aux clauses supplémentaires à insérer dans une convention constitutive de sûreté afin de rendre les opérations garanties plus efficaces et plus prévisibles;

b) de réduire le coût des opérations en évitant aux parties d'avoir à négocier et à rédiger des clauses à insérer dans la convention constitutive de sûreté, lorsque ces règles constituent une base acceptable sur laquelle s'entendre;

c) de réduire les risques de litiges;

d) de fournir un outil d'aide à la rédaction ou une liste récapitulative de questions que les parties souhaiteront peut-être aborder lorsqu'elles négocieront et concluront la convention constitutive de sûreté; et

e) d'encourager l'autonomie des parties.

Autonomie des parties

56. La loi devrait autoriser les parties à renoncer à leurs droits et obligations ou à les modifier, à moins qu'une telle renonciation ou modification ne soit contraire à l'ordre public et ne porte atteinte à la protection des tiers.

Règles supplétives

57. La loi devrait comprendre des règles supplétives non impératives qui s'appliqueraient en l'absence de convention contraire des parties. Ces règles devraient notamment:

a) prévoir que soit le constituant soit le créancier garanti mis en possession devra prendre soin des biens grevés;

b) préserver les sûretés réelles mobilières, y compris le droit au produit ou aux fruits civils tirés du bien grevé;

c) autoriser le constituant à utiliser les biens grevés, à les confondre et à en disposer dans les conditions normales du commerce; et

d) assurer l'extinction d'une obligation garantie une fois que celle-ci a été exécutée.

VI. Défaillance et réalisation

Objet

58. L'objet de dispositions de la loi concernant la défaillance et la réalisation est:

a) de prévoir des procédures claires et simples permettant de réaliser des sûretés réelles mobilières de façon prévisible et efficace en cas de défaillance du débiteur;

b) de maximiser la valeur de réalisation des biens grevés;

c) de prévoir l'extinction de l'opération lorsque la procédure de réalisation a été respectée;

d) de définir clairement la mesure dans laquelle le créancier garanti et le constituant peuvent convenir de la procédure de réalisation;

e) de prévoir que, lorsqu'il exerce ses droits, le créancier garanti doit agir de bonne foi, suivre des normes commercialement raisonnables et ne pas troubler l'ordre public; et

f) de coordonner les droits et procédures de réalisation du régime des opérations garanties avec les droits et procédures d'autres parties prévus dans d'autres lois, notamment la loi sur l'insolvabilité.

Avis de défaillance et de réalisation

59. [La loi devrait:

a) déterminer si un avis de défaillance et de réalisation doit être donné et à qui;

b) indiquer le contenu minimal de cet avis, la manière dont il doit être donné et le moment où il doit l'être;

c) indiquer que l'avis doit également contenir le décompte établi par le créancier garanti du montant dû en raison de la défaillance; et

d) indiquer dans le détail les mesures que le débiteur ou le constituant peut prendre pour remédier à la défaillance ou récupérer les biens grevés.]

Réalisation judiciaire ou extrajudiciaire

60. En cas de défaillance, la loi devrait donner la possibilité au créancier garanti:

a) de saisir des autorités judiciaires ou autres pour réaliser sa sûreté réelle mobilière; ou

b) de réaliser sa sûreté réelle mobilière sans recourir à des institutions publiques officielles.

61. Si le débiteur, le constituant ou d'autres parties intéressées (par exemple un créancier garanti de rang inférieur, un garant, un copropriétaire des biens grevés ou un nouveau créancier garanti) contestent les actes accomplis par le créancier garanti dans l'exercice de ses droits, la loi devrait leur donner la possibilité de soumettre ces actes à un contrôle judiciaire ou administratif. Le processus devrait comporter des garanties de nature à dissuader le débiteur, le constituant ou d'autres parties intéressées de présenter des contestations dépourvues de fondement en vue de retarder la réalisation.

Autonomie des parties

62. La loi devrait permettre aux parties à la convention constitutive de sûreté de s'accorder entre elles sur la procédure de réalisation des sûretés réelles mobilières, à condition que leur accord soit conforme aux règles générales du droit des contrats et à la recommandation 58 e). Il incombe à la personne contestant l'accord relatif à la procédure de réalisation de montrer que celui-ci ne satisfait pas aux exigences qui précèdent.

Remise des biens grevés à titre d'exécution de l'obligation garantie

63. La loi devrait prévoir une procédure par laquelle le débiteur, le constituant et le créancier garanti peuvent convenir que les biens grevés seront remis à ce dernier à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie. La loi devrait prévoir une protection pour les autres parties intéressées.

Mesures visant à remédier à une défaillance

64. Après défaillance et avant que le créancier garanti ne dispose des biens grevés, le débiteur, le constituant ou d'autres parties intéressées devraient être autorisés à exécuter l'obligation garantie par lesdits biens en payant le solde de cette obligation, y compris les intérêts et les frais de réalisation, jusqu'à ce qu'il soit remédié à la défaillance. La loi devrait spécifier que ce paiement a pour effet de mettre fin à la procédure de réalisation.

Disposition des biens grevés et répartition du produit

65. La loi devrait énoncer des règles claires sur les avis – devant éventuellement être envoyés – et les procédures concernant la disposition de biens grevés par le créancier garanti et la répartition du produit.

66. Les règles générales concernant la disposition des biens grevés devraient indiquer notamment quel mode de publicité utiliser pour un acte de disposition proposé, si la disposition se fera par une vente aux enchères ou vente publique et si le créancier garanti a le droit de vendre, de louer, de mettre sous licence ou, dans le cas de biens meubles incorporels et d'instruments négociables, de mettre en recouvrement les biens grevés.

Mise en recouvrement de biens meubles incorporels et d'instruments négociables

67. La loi devrait comporter des règles spéciales pour la mise en recouvrement de biens meubles incorporels et d'instruments négociables et notamment prévoir le droit d'exiger de la personne débitrice d'une somme de payer celle-ci directement au créancier garanti.

Immeubles par destination

68. La loi devrait comporter des règles spéciales indiquant comment un créancier garanti doit procéder lorsque, dans une opération unique, des sûretés réelles mobilières sont constituées à la fois sur des biens meubles et des biens immeubles.

Produit de la disposition excédentaire ou déficitaire

69. Tout excédent restant après la disposition des biens grevés et l'exécution de l'obligation garantie devrait être restitué au constituant, à moins que le créancier garanti ne soit tenu de distribuer le produit à d'autres créanciers. Lorsque le produit de la disposition est insuffisant, le solde à payer devrait être recouvrable auprès du débiteur en tant que créance chirographaire.

Extinction de la sûreté réelle mobilière

70. La loi devrait spécifier qu'après disposition des biens grevés, les droits du constituant et du créancier garanti sur les biens grevés s'éteignent et que l'acheteur ou une autre personne devenant propriétaire desdits biens acquiert cette propriété libre de tout droit réel du constituant, du créancier garanti et de tout créancier garanti de rang inférieur.

Coordination avec d'autres lois

71. La loi devrait être coordonnée avec les règles générales de procédure civile de façon à donner aux créanciers garantis le droit d'intervenir dans les procédures judiciaires engagées par d'autres créanciers du constituant afin de protéger leurs sûretés réelles mobilières et d'obtenir le même rang de priorité que leur confère la loi.

Transfert de propriété et réserve de propriété

72. La loi devrait prévoir que le bénéficiaire d'un transfert de propriété à titre de garantie devrait être autorisé à exercer ses droits de la même manière que tout autre créancier garanti. [Le titulaire d'une réserve de propriété simple devrait être autorisé à exercer ses droits [comme un propriétaire des biens grevés] [de la même manière que tout autre créancier garanti.]]

VII. Insolvabilité

[*Note au Groupe de travail: Les recommandations sur l'insolvabilité seront insérées lorsque la Commission aura finalisé le Guide sur le droit de l'insolvabilité.*]

VIII. Conflit de lois

Objet

73. L'objet de règles de conflit de lois est de déterminer la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité aux tiers, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière.

Sûreté réelle mobilière avec dépossession sur des biens meubles corporels

74. La loi devrait prévoir que la constitution, l'opposabilité aux tiers et la priorité d'une sûreté réelle mobilière avec dépossession sur des biens meubles corporels sont régies par la loi de l'État dans lequel se trouve le bien grevé.

Sûreté réelle mobilière sans dépossession sur des biens meubles incorporels

75. La loi devrait prévoir que la constitution, l'opposabilité aux tiers et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sans dépossession sur des biens meubles incorporels sont régies par la loi de l'État dans lequel est situé le constituant.

Sûreté réelle mobilière sans dépossession sur des biens meubles corporels

76. La loi devrait prévoir que la constitution, l'opposabilité aux tiers et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sans dépossession sur des biens meubles corporels sont régies par la loi de l'État dans lequel se trouve le bien grevé, à l'exception des biens corporels généralement utilisés dans plusieurs États, ces questions étant dans ce cas régies par la loi de l'État où se trouve le constituant.

Produit

77. La loi devrait prévoir que les règles de conflit applicables au produit sont les mêmes que celles qui s'appliquent à une sûreté réelle mobilière créée sur les biens initialement grevés du même type que le produit [excepté que la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le produit devrait être régie par la loi applicable à la constitution de la sûreté sur le bien initialement grevé dont le produit découle].

Changement de lieu

78. La loi devrait prévoir que le lieu de situation visé dans les recommandations 73 à 75 désigne, pour les questions de constitution, le lieu de situation des biens ou du constituant au moment où la sûreté réelle mobilière a été créée et, pour les questions d'opposabilité et de priorité, leur lieu de situation au moment où ces questions se posent.

79. La loi devrait également prévoir qu'une sûreté réelle mobilière rendue opposable aux tiers conformément aux lois d'un État adoptant reste opposable aux tiers dans un autre État après déplacement des biens ou du constituant vers cet autre

État, si les conditions requises pour rendre la sûreté opposable dans cet autre État sont remplies dans un délai spécifié.

Marchandises en transit

80. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur des [marchandises] [biens meubles corporels] en transit peut être valablement constituée et rendue opposable aux tiers conformément à la loi de l'État de destination, à condition qu'ils soient transférés dans cet État dans un délai déterminé.

Absence d'autonomie des parties

81. La loi devrait prévoir que les parties à une convention constitutive de sûreté ne peuvent déroger aux règles énoncées dans les recommandations 73 à 79.

Questions de réalisation

82. La loi devrait prévoir que:

Variante A

Les questions de fond touchant la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sont régies par la loi de l'État où la réalisation a lieu.

Variante B

Les questions de fond touchant la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sont régies par la loi gouvernant la priorité de la sûreté, sous réserve toutefois des règles de l'État où a lieu la réalisation qui sont impératives quelle que soit la loi par ailleurs applicable.

Variante C

Les questions de fond touchant la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sont régies par la loi gouvernant la relation contractuelle du créancier garanti et du constituant, sous réserve toutefois des règles de l'État où a lieu la réalisation qui sont impératives quelle que soit la loi par ailleurs applicable.

Questions de procédure

83. La loi devrait prévoir que les questions de procédure touchant la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sont régies par la loi de l'État où a lieu la réalisation.

Incidence de l'insolvabilité sur les règles de conflit

84. La loi devrait prévoir que l'insolvabilité n'entraîne pas la mise à l'écart des règles de conflit applicables à la constitution et à l'opposabilité aux tiers d'une sûreté réelle mobilière. En ce qui concerne la priorité, la loi déterminée conformément aux règles de conflit applicables devrait continuer à s'appliquer, sous réserve des dispositions impératives du régime de l'insolvabilité de l'État adoptant.

Réalisation dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité

85. La loi devrait prévoir que la loi sur l'insolvabilité de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*) s'applique à tous les aspects de la réalisation d'une sûreté réelle mobilière dans le cadre de cette procédure (voir recommandations 179 à 184 du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité).

IX. Dispositions transitoires

Objet

86. L'objet de dispositions transitoires de la loi est d'assurer une transition équitable et efficace entre le régime antérieur à l'adoption de la loi et le régime postérieur.

Date d'entrée en vigueur

87. La loi devrait spécifier une date, postérieure à son adoption, à compter de laquelle elle entrera en vigueur ("date d'entrée en vigueur") compte tenu:

a) de l'impact de cette date sur les décisions d'octroyer des crédits et en particulier de la maximisation des avantages découlant de la loi;

b) des mesures que l'État doit prendre notamment en matière de réglementation, d'institutions et d'information ou les améliorations qu'il doit apporter aux infrastructures; de l'état de la loi préexistante et d'autres infrastructures;

c) de l'harmonisation de la loi avec d'autres textes législatifs; et

d) du contenu des dispositions constitutionnelles en ce qui concerne les opérations antérieures à la date d'entrée en vigueur; et de la pratique suivie habituellement ou par commodité pour l'entrée en vigueur de la législation (par exemple, le premier jour du mois).

Période transitoire

88. La loi devrait fixer une période après la date d'entrée en vigueur ("période transitoire"), durant laquelle les créanciers détenant des sûretés réelles mobilières opposables au constituant et aux tiers en vertu du régime antérieur peuvent prendre des mesures pour que ces sûretés leur soient opposables en vertu de la loi. Si ces mesures sont prises pendant la période transitoire, la loi devrait prévoir que les sûretés du créancier demeurent opposables à ces parties.

Priorité

89. La loi devrait énoncer des règles claires pour déterminer:

a) quelle loi s'applique au classement des sûretés réelles mobilières postérieures à la date d'entrée en vigueur;

b) quelle loi s'applique au classement des sûretés réelles mobilières antérieures à cette date; et

c) quelle loi s'applique au classement des sûretés réelles mobilières antérieures et des sûretés réelles mobilières postérieures à cette date.

90. La loi devrait prévoir que le classement des sûretés réelles mobilières postérieures à la date d'entrée en vigueur est régi par elle.

91. La loi devrait prévoir, d'une manière générale, que le classement des sûretés réelles mobilières antérieures à la date d'entrée en vigueur est régi par l'ancien régime juridique. Elle devrait également disposer que ce dernier ne s'appliquera toutefois que si aucun événement qui aurait modifié le rang des sûretés dans le régime antérieur ne survient après la date d'entrée en vigueur. Si un tel événement se produit, la loi devrait déterminer le classement des sûretés.

92. En ce qui concerne le classement des sûretés réelles mobilières antérieures et des sûretés réelles mobilières postérieures à la date d'entrée vigueur, la loi devrait prévoir qu'elle s'appliquera à condition que le titulaire d'une sûreté antérieure ait la possibilité, pendant la période transitoire, d'obtenir la priorité en vertu de la loi en prenant toutes les mesures nécessaires prévues par elle. Pendant la période transitoire, la sûreté antérieure devrait conserver son rang prioritaire comme si la loi n'était pas entrée en vigueur. Si les mesures appropriées sont prises pendant cette période, le titulaire de la sûreté antérieure à la date d'entrée en vigueur devrait se voir accorder la priorité qu'il aurait eue si la loi avait été en vigueur lors de l'opération initiale et si ces mesures avaient été prises à ce moment là.

93. Lorsqu'un différend fait l'objet d'une procédure judiciaire (ou est soumis à une procédure de règlement des litiges comparable) à la date d'entrée en vigueur de la loi, cette dernière devrait spécifier qu'elle ne s'applique pas aux droits et obligations des parties.

A/CN.9/WG.VI/WP.14

C. Rapport du Secrétaire général concernant le projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumis au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa sixième session

(A/CN.9/WG.VI/WP.14 et Add.1, 2 et 4) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
V. Opposabilité aux tiers	1-75
A. Remarques générales	1-75
1. Introduction	1-5
2. Dépossession	6-9
a) Considérations d'ordre général	6
b) Détention par un tiers des biens grevés	7-9
3. Transfert au créancier garanti du contrôle sur les obligations incorporelles	10-14
a) Créances d'exploitation et autres créances de somme d'argent	10-12
b) Comptes de dépôt	13-14
4. Modes de publicité fondés sur les titres de propriété	15-17
a) Registre des titres de propriété	15-16
b) Systèmes des certificats de titre de propriété	17
5. Inscription d'un avis de sûreté dans un registre général des sûretés	18-64
a) Considérations d'ordre général	18-22
b) Classement par bien ou par constituant	23-27
c) Teneur de l'avis inscrit	28-38
d) Accès à des informations plus détaillées	39-40
e) Durée de l'inscription	41-43
f) Questions administratives	44-52
g) Inscription précoce	53-55
h) Autres droits soumis à inscription	56-62
i) Autres moyens de notification	63-64
6. Sûretés sans dépossession: formules autres que l'inscription dans un registre des sûretés	65-70
a) Considérations d'ordre général	65-66

b) Créanciers garantis concurrents 67

c) Acquéreurs de biens grevés. 68

d) Représentant de l'insolvabilité et créanciers judiciaires du constituant 69-70

7. Opposabilité aux tiers de sûretés sur le produit. 71-75

B. Recommandations. . . . . .

V. Opposabilité aux tiers

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Les régimes applicables aux opérations garanties obligent généralement le créancier garanti à prendre quelques mesures supplémentaires avant de pouvoir faire valoir ses sûretés mobilières sur les biens grevés à l'égard des tiers. Cette exigence supplémentaire a un objectif double. Elle sert tout d'abord à protéger les tiers intéressés par les biens meubles du constituant contre le risque que ces biens soient grevés d'une sûreté. Deuxièmement, elle établit une référence temporelle pour l'établissement du rang de priorité entre créanciers garantis et entre un créancier et d'autres réclamants concurrents.

2. Le présent chapitre traite des cinq méthodes les plus couramment utilisées pour obtenir qu'une sûreté produise des effets de droit réel à l'égard des tiers. La première n'est applicable qu'à des biens meubles corporels spécifiques et consiste à priver le constituant de la détention des biens engagés. La deuxième méthode constitue un développement de principe de la dépossession: il s'agit de conférer au créancier garanti le contrôle sur la valeur des obligations incorporelles qu'un tiers doit au constituant. La troisième méthode n'est utilisée que si les biens grevés sont des biens meubles corporels spécifiques pour lesquels l'État adoptant a établi un registre où sont enregistrés les titres de propriété desdits biens et les sûretés dont ils sont grevés. La quatrième méthode requiert la notation de la sûreté sur un certificat de titre de propriété. Cette méthode n'est aussi utilisée que si les biens grevés sont des articles spécifiques de biens meubles corporels pour lesquels, en vertu d'une autre loi de l'État adoptant, la propriété est attestée par un certificat de titre de propriété.

3. La cinquième méthode, la plus complète, consiste à inscrire un simple avis concernant la sûreté dans un registre général des sûretés. Les avis sont classés selon l'identité du constituant et non selon le bien spécifique. Un seul avis peut donc être utilisé pour rendre opposable aux tiers une seule sûreté grevant un quelconque article ou type de biens meubles corporels ou incorporels, qu'il soit déjà détenu ou à acquérir ultérieurement. L'inscription d'un avis ne constitue de preuve matérielle ni de l'existence d'un droit de propriété du constituant en ce qui concerne les biens grevés ni même de l'existence de la sûreté. L'inscription au registre est toutefois une condition préalable de l'opposabilité aux tiers de toute sûreté qui peut avoir été constituée. En l'absence d'avis inscrit, les tiers ne sont pas liés.

4. L'inscription d'un avis n'est pas seulement une condition préalable de l'opposabilité aux tiers d'une sûreté réelle sans dépossession. Elle contribue également à l'établissement concret des rangs de priorité. De toute évidence, l'avis constitue une référence temporelle objectivement vérifiable pour l'établissement des rangs de priorité entre les créanciers garantis et entre un créancier garanti et les réclamants concurrents.

5. La priorité fait l'objet d'un chapitre distinct du présent Guide (A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1). La relation entre l'inscription d'un avis et la priorité constitue un fil conducteur que l'on suivra tout au long du présent chapitre, et les deux chapitres devraient être lus l'un en rapport avec l'autre.

2. Dépossession

a) Considérations d'ordre général

6. Même si le fait d'ôter au constituant la détention des biens grevés ne constitue pas une preuve matérielle de l'existence d'une sûreté, il réduit autant que possible le risque de voir la propriété apparente du constituant sur le bien induire en erreur les créanciers et autres parties. Aussi, la dépossession est-elle traditionnellement considérée comme suffisante non seulement pour constituer une sûreté mais aussi pour rendre cette sûreté opposable aux tiers (voir A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, par. 57).

b) Détention par un tiers des biens grevés

7. La dépossession du constituant ne signifie pas obligatoirement la possession directe par le créancier garanti. La détention par un tiers, comme un agent ou représentant du créancier garanti, est suffisante, à condition qu'un observateur objectif soit raisonnablement porté à conclure que les biens grevés ne sont pas en possession du constituant ni sous son contrôle.

8. La dépossession par un tiers ne nécessite pas toujours l'enlèvement matériel des biens grevés des locaux du constituant. Conformément à la méthode des magasins de campagne, le tiers assume le contrôle sur les stocks et autres biens grevés du constituant par l'intermédiaire d'un représentant établi dans les locaux du constituant. Les tiers sont protégés du fait que l'accès du constituant aux biens grevés ne peut se faire qu'avec le consentement et la coopération du créancier garanti agissant par l'intermédiaire d'un tiers (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, par. 7).

9. Si les biens grevés font l'objet d'un titre représentatif négociable, par exemple, un connaissement ou un récépissé d'entrepôt, le transporteur ou entrepositaire est tenu de remettre les biens concernés à la personne qui détient le document. La délivrance d'un document négociable correctement endossé constitue donc un autre moyen de priver le constituant de la détention des biens concernés.

3. Transfert au créancier garanti du contrôle sur les obligations incorporelles

a) Créances d'exploitation et autres créances de somme d'argent

10. Dans les systèmes juridiques qui acceptent la négociabilité des certificats de valeurs mobilières (pour les actions ou obligations), la délivrance du certificat portant tout endossement requis transfère au créancier garanti le bénéfice de

l'obligation due par l'émetteur. La délivrance du certificat est donc l'équivalent fonctionnel d'une dépossession par l'intermédiaire d'un agent du créancier garanti. Le même résultat peut être obtenu pour les titres certifiés déposés auprès d'un établissement de compensation si l'on inscrit le nom du créancier garanti dans les livres de cet établissement, de même pour les titres non certifiés, si l'on inscrit le nom du créancier garanti dans les livres de l'émetteur. Pour ce qui est des titres d'investissement détenus indirectement, le contrôle sur les obligations dues par le courtier ou autre intermédiaire peut être transféré soit en mettant le compte de placement au nom du créancier garanti soit en obtenant le consentement de l'intermédiaire à suivre les consignes du créancier garanti.

11. Le présent Guide ne traite pas des questions relatives aux sûretés sur les titres d'investissement. Cependant la notion de contrôle comme moyen d'assurer l'opposabilité aux tiers d'une sûreté peut être appliquée à d'autres types d'obligations incorporelles qu'un tiers doit au constituant. Par exemple, la constitution d'une sûreté sur une créance d'exploitation ordinaire ou autre créance de somme d'argent permet généralement au créancier garanti, en cas de défaillance du constituant, d'exiger le paiement de la personne tenue d'exécuter l'obligation. La demande de paiement transfère donc au créancier garanti le contrôle concret sur la créance de somme d'argent.

12. En revanche, un créancier garanti n'exige généralement pas le paiement direct d'une obligation de somme d'argent due au constituant tant qu'il n'y a pas de défaillance de la part de ce dernier. Même en cas de cession directe d'une créance de somme d'argent, le cessionnaire laissera le plus souvent le recouvrement aux mains du cédant. En raison de ces points pratiques, il peut être préférable de considérer tout simplement la demande de paiement comme une technique de recouvrement ou de réalisation et non comme une méthode qui permette d'assurer l'opposabilité aux tiers de la sûreté. Cela est particulièrement opportun lorsque la possibilité d'inscrire un avis dans un registre des sûretés est offerte au créancier garanti et au cessionnaire. L'inscription dans un registre constitue un moyen plus efficace d'évaluer, en début de transaction, le risque encouru en matière de priorités surtout lorsque la sûreté couvre l'ensemble des biens meubles incorporels monétaires présents ou à acquérir.

b) Comptes de dépôt

13. Lorsque les biens grevés prennent la forme d'un compte de dépôt détenu par le constituant auprès d'un organisme financier ou autre établissement recevant des dépôts, on peut transférer le contrôle à la partie garantie en mettant le compte au nom du créancier garanti. Un autre moyen constituerait pour les parties de conclure un contrat de contrôle en vertu duquel l'établissement s'engage à suivre uniquement les instructions du créancier garanti dans la gestion du compte. Pour répondre aux besoins d'information des créanciers du constituant et autres tiers intéressés, il peut être nécessaire d'obliger l'établissement recevant des dépôts à répondre à toute demande de confirmation de l'existence d'un tel contrat.

14. Il se peut que le constituant doive lui-même de l'argent à l'établissement recevant des dépôts. Plutôt que de conclure un contrat de contrôle, il peut être plus simple de considérer que l'établissement recevant des dépôts, qui acquiert une sûreté sur les comptes de dépôt d'un client, exerce, en vertu de la loi applicable, le contrôle automatique sur ces comptes. Une fois de plus toutefois, pour répondre aux

besoins d'information des tiers, il peut être nécessaire d'obliger l'établissement à indiquer aux tiers ayant un intérêt légitime s'il a conclu un accord de contrôle portant sur le compte de dépôt.

4. Modes de publicité fondés sur les titres de propriété

a) Registre des titres de propriété

15. La dépossession et d'autres techniques de contrôle équivalentes ne peuvent être utilisées que si le constituant accepte de renoncer à l'utilisation et à la jouissance continues des biens grevés. On ne peut y recourir si le constituant doit conserver le contrôle sur les biens grevés afin de fournir des services, de produire des biens ou de dégager d'autres bénéfices.

16. Pour certaines catégories restreintes de biens de grande valeur, un État peut avoir mis en place un registre spécialisé des titres de propriété analogue au livre foncier. Lorsqu'il existe, ce registre offre un moyen pratique d'inscrire les sûretés sans dépossession sur les biens de grande valeur afin de les rendre opposables aux tiers. Navires, aéronefs, autocaravanes et droits de propriété intellectuelle (notamment brevets et marques de fabrique ou de commerce) sont les exemples les plus courants de biens pour lesquels il existe des registres des titres de propriété.

b) Systèmes des certificats de titre de propriété

17. Certains systèmes juridiques ont établi des systèmes de certificats de titre de propriété pour attester l'acquisition ou le transfert des titres de propriété d'articles spécifiques de biens meubles (par exemple, véhicules automobiles). L'inscription d'un avis concernant une sûreté constituée par le propriétaire dont le nom figure sur le certificat suffit normalement pour rendre la sûreté opposable aux tiers.

5. Inscription d'un avis de sûreté dans un registre général des sûretés

a) Considérations d'ordre général

18. Un cinquième mode de publicité consiste à déposer un avis faisant connaître la sûreté dans un registre public établi à cette fin. À la différence des quatre modes déjà examinés, l'inscription d'un avis offre un moyen universel d'obtenir l'opposabilité aux tiers, quelle que soit la nature des biens grevés. À ce titre, il aide à établir un ordre de priorité exact, ce qui permet de trancher les conflits de concurrence entre créanciers garantis et entre un créancier garanti et d'autres tiers en se référant à la date d'inscription.

19. Un registre des sûretés fondé sur l'inscription d'avis est très différent d'un registre des titres de propriété et d'un registre des opérations garanties fondé sur le dépôt de documents. Le registre des titres de propriété fait office de source de renseignements concrets et à jour sur l'état d'un titre de propriété de biens spécifiques. Pour protéger l'intégrité du registre des titres de propriété, la personne qui inscrit est généralement tenue de déposer les documents attestant le transfert de titres de propriété ou de les soumettre pour examen au conservateur. De même, dans un registre des opérations garanties fondé sur le dépôt de documents, la documentation réelle sur la constitution d'une sûreté est présentée au conservateur qui la vérifie et établit ensuite le certificat d'inscription qui constitue du moins une preuve par présomption de l'existence d'une sûreté.

20. Un registre des avis inscrits fonctionne en revanche selon le principe de la publicité négative. L'inscription d'un avis constitue non une preuve concrète de l'existence de la sûreté mais plutôt une mise en garde quant à l'existence éventuelle d'une sûreté, qui permet aux tiers de prendre d'autres mesures pour protéger leurs intérêts (voir par. 39). L'inscription d'un avis étant une condition préalable de l'opposabilité aux tiers d'une sûreté, c'est sur l'absence d'inscription que se fondent les tiers pour conclure qu'ils acquerront les biens grevés exempts de toute sûreté antérieure. Il n'est donc pas nécessaire d'obliger les créanciers garantis à faire inscrire la convention constitutive de sûreté ni à prouver son existence par d'autres moyens. Du point de vue du constituant, la protection contre les inscriptions non autorisées peut se faire par l'obligation d'informer le constituant en question de toute inscription et par la mise en place d'une procédure administrative simplifiée pour faciliter la radiation de toute inscription non autorisée.

21. Le dépôt d'un avis simplifie considérablement le processus d'inscription et réduit autant que possible l'ampleur des tâches administratives et d'archivage incombant au registre. Il offre aussi une plus grande souplesse tout au long de la période de financement. Tant que la description des biens grevés figurant dans l'avis inscrit ne change pas, un avis unique suffit pour rendre opposable aux tiers toute convention constitutive de sûreté conclue par les mêmes parties (voir A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1, par. 19 à 22).

22. De nombreux pays ont adopté le principe d'un registre fondé sur l'inscription d'avis. Des lois types ont été mises au point par la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (Principes fondamentaux d'un droit moderne des sûretés, 1997; Loi type sur les transactions garanties, 1994), l'Organisation des États américains (Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières, 2001) et la Banque asiatique de développement (Réforme de la législation et des politiques générales: Guide sur les registres des biens meubles, décembre 2002). La Convention de 2001 relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et les protocoles y relatifs portant sur les matériels d'équipement aéronautique prévoient un régime international de priorités basé sur un système d'inscription des garanties portant sur les aéronefs créées par un contrat constitutif de sûreté, un contrat de bail ou un contrat de vente réservant un droit de propriété. La Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international propose elle aussi la méthode d'enregistrement comme fondement de l'un des systèmes permettant de déterminer les priorités présentés dans son annexe.

b) Classement par bien ou par constituant

23. Pour pouvoir être retrouvé, un avis de sûreté doit être classé en fonction de critères bien établis. Dans un registre des sûretés, le critère retenu est généralement le nom du constituant. Le classement par bien n'est possible que pour les biens individualisés par un numéro de série ou un autre élément d'identification. Même dans ce cas, la valeur d'articles relevant d'une catégorie générique (tous les biens meubles corporels, par exemple) peut être trop modique pour justifier le coût d'un classement des inscriptions article par article. Qui plus est, le classement en fonction des biens ne permet pas l'inscription d'un avis portant sur les biens acquis ultérieurement ou sur les actifs circulants, par exemple les stocks et les créances de somme d'argent.

24. Le classement par constituant simplifie considérablement l'inscription. Les créanciers garantis peuvent en effet, par une seule inscription, rendre opposables aux tiers les sûretés sur tous les biens meubles, présents ou à acquérir, d'un constituant ou sur toute une catégorie générique de biens. Ils n'ont pas à se soucier de faire une mise à jour chaque fois que le constituant acquiert un nouvel article qui entre dans la catégorie générique visée dans l'avis inscrit.

25. Le classement par constituant a cependant un inconvénient. Si les biens grevés font l'objet de cessions non autorisées successives, les futurs créanciers garantis ou acheteurs ne peuvent se protéger en faisant une recherche d'après le nom du propriétaire apparent immédiat. Étant donné le classement par constituant, la recherche ne fera pas apparaître de sûreté octroyée par un propriétaire antérieur.

26. Pour apporter une solution partielle à ce problème, il faudrait classer par bien les biens de grande valeur, comme par exemple les véhicules automobiles, bateaux, autocaravanes, remorques aéronefs, pour lesquels existent des éléments d'identification numériques fiables. Même si l'identification de biens spécifiques limite la possibilité d'utiliser un avis unique pour rendre les sûretés à acquérir opposables aux tiers, elle ne s'impose généralement que pour les biens de capital dont le constituant a besoin dans le cours normal de ses affaires (et pour les biens de consommation utilisés à des fins personnelles dans la mesure où ils sont visés par la loi sur les opérations garanties de l'État adoptant). Lorsque le constituant détient ses biens sous forme de stocks, ce problème est résolu puisqu'un acheteur acquerra, en tout cas, dans le cours normal de ses affaires, ces biens libres de sûretés (voir A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1).

27. Une solution de rechange ou complémentaire consisterait à exiger des créanciers garantis qui ont connaissance d'un transfert ou d'une cession par le constituant qu'ils ajoutent sur l'avis inscrit le nom du bénéficiaire du transfert ou de la cession en qualité de constituant additionnel, afin de garantir la priorité par rapport aux réclamants concurrents postérieurs. On pourrait également envisager d'étendre la protection à tous les acheteurs postérieurs, voire à tous les tiers intéressés postérieurs, même si le créancier garanti n'a pas connaissance de la disposition non autorisée de la part du débiteur (voir également A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1, par. 64 à 72).

c) Teneur de l'avis inscrit

i. Identification du constituant

28. Étant donné que l'identité du constituant est le critère habituel qui permet de retrouver un avis de sûreté, les personnes qui inscrivent et celles qui font une recherche ont besoin de conseils sur la manière correcte d'indiquer l'identité du constituant sur l'avis inscrit. Ce sont le nom et l'adresse du constituant qui sont le plus souvent utilisés à cette fin.

29. S'agissant des entreprises et autres personnes morales constituantes, on peut généralement vérifier le nom exact en consultant le registre public du commerce et des sociétés tenu dans la plupart des États. Si les renseignements figurant dans ce registre et dans le registre des sûretés sont archivés sous forme électronique, on peut éventuellement aménager un accès commun aux deux bases de données pour simplifier les vérifications.

30. Quand le constituant est un particulier, la vérification du nom exact peut être un peu plus difficile. En effet, il peut y avoir divergence entre le nom de naissance du constituant et le nom sous lequel il est généralement connu ou entre les noms figurant sur différents documents. Des changements de nom peuvent être intervenus depuis la naissance, à la suite d'un choix délibéré ou d'un changement de la situation matrimoniale. La définition, par le législateur, de directives explicites sur la manière de faire face à ces éventualités permet à la personne qui inscrit et à celle qui fait une recherche d'utiliser les mêmes critères. Par exemple les règles ou le règlement administratif régissant le fonctionnement du registre peuvent établir une hiérarchie de sources officielles, qui commence par le nom indiqué sur l'acte de naissance du constituant et renvoie à d'autres sources (le passeport ou le permis de conduire par exemple) si l'acte de naissance manque ou n'est pas accessible.

31. Si plusieurs constituants ont le même nom, l'adresse du constituant permet souvent à la personne qui fait une recherche d'établir l'identité exacte. Dans les pays où un patronyme est très répandu, il peut être utile de demander des renseignements supplémentaires, tels que la date de naissance du constituant. Dans les États qui affectent à leurs ressortissants un numéro d'immatriculation, celui-ci peut être utilisé, sous la double réserve du droit au respect de la vie privée et de la détermination d'un autre moyen d'identifier les non-ressortissants.

32. Les effets d'une erreur de nom de constituant sur la valeur juridique d'un avis dépendent du mode d'organisation du registre considéré. Par exemple, certains registres électroniques sont conçus pour n'afficher que les correspondances totales entre le nom recherché par la personne qui fait la recherche et le nom figurant dans la base de données. Dans un tel système, toute erreur d'entrée annulera l'inscription de l'avis puisque l'avis ne pourra être retrouvé par une personne faisant une recherche à l'aide du nom exact du constituant. Dans d'autres systèmes, il peut être possible de retrouver aussi des correspondances partielles, auquel cas le nom inscrit pourrait être trouvé lors d'une recherche à l'aide d'un élément d'identification correct, même s'il y a erreur d'entrée. La question de savoir si l'erreur annule ou non l'inscription dépendra du cas d'espèce. Un test à la fois souple et utile consisterait à ne traiter l'erreur comme fatale que lorsque l'information divulguée sur l'avis risque d'induire en erreur une personne avisée effectuant une recherche.

ii. Identification du créancier garanti

33. Le nom et l'adresse du créancier garanti ou du représentant du créancier garanti qui figurent sur l'avis inscrit permettent aux tiers de contacter, le cas échéant, le créancier garanti. Ils constituent aussi une preuve par présomption que le créancier garanti qui invoque par la suite la priorité en se fondant sur l'avis est en fait la personne habilitée à le faire. Les règles utilisées pour déterminer le nom exact du constituant peuvent également s'appliquer au créancier garanti. Toutefois, le nom du créancier garanti n'est pas un critère de classement. Les erreurs d'inscription intéressant le créancier garanti ne posent donc pas le même risque d'induire en erreur un tiers qui fait une recherche et n'entraîneraient pas l'annulation d'avis.

iii. Description des biens grevés

34. Une description des biens grevés doit également figurer dans l'avis. L'absence de description limiterait la capacité d'un constituant à vendre des biens qui demeurent non grevés ou à constituer des sûretés sur ces biens, les acheteurs et

créanciers garantis futurs demandant une forme quelconque de protection (par exemple, une mainlevée par le créancier garanti) avant d'engager une opération portant sur un bien quelconque du constituant. L'absence de description réduirait également la valeur de l'avis pour les administrateurs de l'insolvabilité et les créanciers judiciaires.

35. Même si une description des biens grevés est généralement exigée, la description article par article n'est pas nécessaire. Une description générique (l'ensemble des biens corporels, l'ensemble des créances), voire supergénérique (l'ensemble des biens meubles présents et à acquérir) suffit à la personne qui fait une recherche. La description générique est même indispensable pour assurer l'inscription correcte d'une sûreté constituée sur des biens à acquérir ou sur des catégories permanentes de biens, telles que les stocks ou les créances de somme d'argent.

36. Une question plus délicate est celle de savoir si l'avis ne doit indiquer que la nature générique des biens grevés (biens meubles corporels, par exemple), même si la sûreté ne porte que sur un article spécifique (une seule voiture automobile, par exemple) ou si la description doit correspondre à la gamme réelle des biens visés par la documentation de base relative à la sûreté.

37. La première méthode allège les formalités d'inscription et réduit le risque d'erreur de description. Elle permet aussi aux parties de modifier la convention constitutive de sûreté pour y ajouter de nouveaux biens de la même catégorie générique sans avoir à procéder à une nouvelle inscription. Cette méthode peut d'autre part compliquer l'accès du constituant à des financements garantis par la partie non grevée des biens décrits. Puisque le rang de priorité est fixé en fonction de la date d'inscription, les acheteurs et créanciers garantis postérieurs exigeront une radiation ou une renonciation expresse pour se protéger contre le risque que le constituant élargisse ultérieurement la gamme des biens grevés par une sûreté constituée en vertu d'une nouvelle convention.

iv. Valeur maximale de l'obligation garantie

38. Une autre question se pose: celle de savoir si un avis doit ou non indiquer la valeur monétaire d'une obligation garantie. Il n'est guère souhaitable d'exiger que l'avis indique la valeur réelle ou prévue, ce qui réduirait la souplesse des opérations de crédit et notamment de crédit renouvelable. Toutefois, les créanciers garantis pourraient être tenus de préciser le montant maximal à garantir par la sûreté. De cette façon, le constituant pourrait obtenir plus facilement un financement auprès d'autres créanciers garantis en engageant la valeur résiduelle des biens grevés faisant l'objet d'une sûreté générale. Par ailleurs, le premier créancier garanti qui obtient une sûreté générale sur les biens du constituant représente généralement le bailleur de fonds le moins coûteux et le plus accessible. En outre, si des estimations excessives étaient systématiquement inscrites au registre, l'obligation d'indiquer le montant maximal perdrait tout intérêt.

d) Accès à des informations plus détaillées

39. Les acheteurs et créanciers garantis futurs peuvent normalement supporter les risques en matière de priorité afférents aux avis inscrits sans avoir à approfondir leurs recherches. Ils peuvent refuser de continuer à faire affaire avec le constituant,

ou exiger que le constituant fasse annuler l'inscription (dans les cas où l'inscription ne représente pas une sûreté existante ou lorsqu'un nouveau créancier garanti accepte de dégager suffisamment de fonds pour rembourser le précédent créancier garanti inscrit).

40. Les tiers en position de créancier chirographaire ou de représentant de l'insolvabilité, tout comme les copropriétaires des biens grevés, sont dans une situation quelque peu différente. Ils détiennent déjà une créance réelle ou éventuelle sur les biens grevés. Cela dit, la valeur de leur créance ne peut être déterminée que s'ils connaissent le montant de l'engagement non réglé dû au créancier garanti, puisque cette créance doit être payée par priorité. Étant donné que le constituant de la sûreté peut ne pas être une source d'information très crédible, ou qu'il peut faire preuve de mauvaise volonté, il peut être souhaitable d'obliger, au plan juridique, les créanciers garantis à répondre directement, et dans un délai raisonnable, aux demandes de renseignements sur l'état de financement émanant de tiers intéressés.

e) Durée de l'inscription

41. La durée des opérations financières garanties peut varier considérablement. Il peut être répondu au besoin de souplesse qui en découle de deux façons. Premièrement, on peut permettre aux personnes qui inscrivent de choisir elles-mêmes la durée de l'inscription, avec possibilité de renouvellement. Deuxièmement, on peut fixer une durée universelle (cinq ans, par exemple), là encore avec la possibilité de renouvellement.

42. Pour le financement à moyen et long terme, la première approche diminue le risque pour les créanciers garantis de perdre leur rang de priorité s'ils manquent de renouveler l'avis en temps voulu. S'agissant d'arrangements à court terme, la seconde approche diminue le risque pour le constituant de voir les créanciers garantis accroître excessivement la durée de l'inscription, par excès de prudence.

43. Quelle que soit la démarche adoptée, il convient, du point de vue du constituant, d'effacer l'avis du registre après un délai raisonnable suivant le désintéressement du créancier garanti. Au nombre des solutions possibles on pourrait imaginer l'imposition d'une amende au créancier garanti qui n'annulerait pas l'avis, assortie de la mise en place de formalités simplifiées d'annulation obligatoire si le créancier garanti ne répond pas à la demande justifiée du constituant. Pour inciter plus encore à prendre les mesures voulues en temps opportun, il serait peut-être souhaitable d'assurer aux créanciers la gratuité de l'annulation.

f) Questions administratives

i. Considérations d'ordre technique

44. Si les registres sont établis sur une base régionale ou locale, il faut des règles complexes pour déterminer le lieu d'inscription approprié et pour faire face aux conséquences du déplacement des biens ou du constituant. En revanche, l'existence d'un registre national unique peut être source d'inégalité d'accès. L'informatisation des données résout ces deux problèmes car elle permet non seulement l'inscription de tous les avis dans un registre central, mais aussi les inscriptions et recherches à distance.

45. Une base de données électroniques peut fort bien accueillir un registre pleinement informatisé, auquel les utilisateurs ont directement accès, pour les inscriptions comme pour les recherches. Les frais de fonctionnement et de mise à jour du système en sont réduits d'autant. Avec ce type de système, les formalités d'inscription sont facilitées, car la partie qui procède à l'inscription contrôle directement le calendrier des opérations, ce qui élimine tout écart entre le dépôt de l'avis et l'entrée effective des renseignements figurant dans l'avis dans la base de données. Peut-être plus important encore, avec un système totalement informatisé, ce sont les personnes qui procèdent à l'inscription et qui font une recherche qui sont responsables de l'exactitude des données, ce qui réduit les effectifs et les dépenses de fonctionnement.

46. Le niveau optimal d'informatisation dépend du montant des frais d'établissement du registre, du bagage informatique de ses utilisateurs, mais aussi de la qualité de l'infrastructure de télécommunication et de la réponse à la question de savoir si les recettes attendues suffiront pour recouvrer le coût d'investissement du système mis en place dans des délais raisonnables. L'objectif global est de rendre le système d'inscription et de recherche aussi simple, aussi transparent et aussi accessible que possible, dans le contexte propre à chaque État.

ii. Responsabilité en cas d'erreur

47. Si le système est entièrement informatisé, il n'y a aucun risque d'erreur humaine de la part d'agents du registre, que ce soit au stade de l'inscription ou à celui de la recherche. La responsabilité retombe sur les personnes qui s'inscrivent ou qui font une recherche. Pour ce qui est du risque de défaillance du système, les conséquences peuvent en général être atténuées si l'on en avise rapidement les clients et que l'on proroge les délais qui auraient pu arriver à échéance durant la période de défaillance. Dans la mesure où le personnel du registre entre les données et transcrit les demandes de consultation, il y a risque d'erreur humaine lors de la transcription et de la recherche des données. Toutefois, on peut y pallier en mettant en place des contrôles électroniques de validation et en veillant à faire parvenir au client, en temps utile, une copie de l'inscription ou du résultat des recherches.

48. Quelle que soit la conception du système, il faut établir des règles spécifiques concernant les limites de l'éventuelle responsabilité juridique du registre, en cas d'erreur humaine ou de système. Une solution de compromis consisterait à affecter une partie des recettes du registre à un fonds d'indemnisation obligatoire et à fixer le montant maximal des indemnités dues en cas d'incident.

49. Dans l'hypothèse d'une demande d'indemnisation, il faut établir d'autres règles pour préciser le partage des responsabilités entre les personnes qui inscrivent et les tiers qui font une recherche. Pour trancher cette question, les règles pourraient, par exemple, prévoir qu'une erreur d'indexation imputable au personnel du registre ne nuit pas à l'opposabilité aux tiers d'une sûreté, sauf lorsqu'un créancier garanti ou un acquéreur peut prouver concrètement qu'il a fait une recherche et subi un préjudice réel pour avoir agi contre ses propres intérêts en se fondant sur les renseignements trompeurs figurant dans le registre.

iii. Frais d'inscription

50. Des frais élevés d'inscription et de recherche qui servent à procurer des recettes et non à financer le coût du système, constituent en fait une taxe sur les sûretés, en dernière instance à la charge du constituant. Pour favoriser l'accès au crédit garanti à un coût raisonnable, il faut assurer le succès du système en maintenant les frais peu élevés, ce qui incite à utiliser le système, tout en permettant à celui-ci de recouvrer les dépenses d'équipement et de fonctionnement dans un délai raisonnable.

iv. Considérations relatives à la confidentialité

51. Dans un système fondé sur l'inscription d'avis, la relation entre le constituant et le créancier garanti est plus confidentielle, dans la mesure où les détails sur leurs affaires qui apparaissent dans le registre public sont limités.

52. La question de la confidentialité en soulève une autre: celle de savoir si le système doit être conçu de manière à permettre au public une recherche à partir du nom du créancier garanti en plus de celui du constituant. Le nombre et la teneur des avis déposés par un organisme financier ou autre créancier particulier peuvent avoir une valeur marchande comme source de listes de clients ou pour des entreprises qui cherchent à vendre des produits financiers ou autres semblables. Se procurer des recettes supplémentaires pourrait être intéressant, mais la recherche et la vente de ce type de renseignements ne relèvent pas du mandat officiel du registre et peuvent entraver l'utilisation du système par les créanciers garantis.

g) Inscription précoce

53. La création d'un registre des sûretés permet de résoudre la question des sûretés concurrentes sur le même bien grevé en adoptant la règle générale de classement en fonction de l'ordre d'inscription. Les exceptions à cette règle sont examinées en détail dans le chapitre consacré à la priorité (voir le document A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1, par. 13 à 17). À ce stade, un point est pourtant particulièrement pertinent, celui de savoir si un créancier garanti doit être autorisé à déposer un avis de sûreté avant la conclusion effective de la convention constitutive de sûreté (notion analogue à celle de prénotation d'une hypothèque dans un livre foncier).

54. L'inscription précoce permet à un créancier garanti d'établir sa priorité par rapport à d'autres créanciers garantis sans avoir à vérifier si d'autres avis de sûreté ont été déposés avant de prêter des fonds. Elle permet aussi d'éviter le risque d'annulation de l'inscription lorsque la convention constitutive de sûreté sous-jacente à inscrire présente un problème technique, qui est réglé par la suite, ou lorsqu'il y a incertitude quant au moment exact auquel la convention constitutive de sûreté a été conclue.

55. Du point de vue du constituant, la protection adéquate contre le risque de non-conclusion de convention constitutive de sûreté peut être assurée par les mesures mêmes qui sont utilisées dans le cas d'inscriptions non autorisées (c'est-à-dire le constituant nommément désigné doit être informé de toute inscription et il faut établir une procédure administrative simplifiée pour permettre au constituant de faire annuler l'inscription si le créancier garanti n'agit pas dans un délai raisonnable).

h) Autres droits soumis à inscription

56. Les tiers s'intéressant à des biens meubles corporels en possession d'un acheteur qui les a acquis dans le cadre d'une vente de biens sur lesquels le vendeur s'est réservé un droit de propriété pour garantir le paiement du prix courent les mêmes risques que les tiers ayant affaire à un constituant en possession des biens grevés. En l'absence d'un système public d'inscription, les tiers, y compris les futurs créanciers garantis, n'ont aucun moyen objectif de vérifier si les biens font l'objet d'une réserve de droit de propriété par le vendeur.

57. Un moyen de réduire ce risque consiste à obliger le vendeur à déposer un avis concernant le contrat réservant un droit de propriété au registre des sûretés à titre de condition préalable permettant au vendeur de faire valoir son droit de propriété contre les tiers qui acquièrent postérieurement une garantie portant sur les biens entre les mains de l'acheteur.

58. On trouvera ci-après d'autres opérations sans dépossession pour lesquelles l'inscription d'un avis pourrait être imposée comme condition de l'opposabilité aux tiers:

- Contrat de bail d'une durée considérable (par exemple, une année) portant sur des biens corporels;
- Cession pure et simple de créances de somme d'argent:
- Expédition de biens corporels en vue de la vente.

59. La question de savoir si les règles régissant les sûretés inscrites doivent également s'appliquer à ce genre d'opérations est plus complexe. La règle du classement en fonction de l'ordre d'inscription présente manifestement un intérêt lorsqu'une cession de créances vient concurrencer une sûreté sur les mêmes créances. En revanche, quand il s'agit d'un bail, d'une expédition de biens ou d'une vente assortie d'une clause de réserve d'un droit de propriété, il convient de limiter l'application du classement en fonction de l'ordre chronologique afin de préserver le droit de propriété du bailleur, du vendeur ou de l'expéditeur vis-à-vis d'autres sûretés antérieures inscrites, sous réserve peut-être de l'obligation d'effectuer l'inscription avant l'expiration d'un certain délai suivant l'opération. Ces détails sont repris au chapitre consacré à la priorité (voir A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1, par. 47 à 55 et 77 à 79).

60. L'extension de l'obligation d'inscription des sûretés aux opérations commerciales qui ne sont pas désignées comme des opérations intéressant les garanties mais qui ont des fonctions identiques a trouvé son reflet au niveau international dans deux conventions. La première est la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, qui étend l'inscription au registre international prévu, non seulement aux sûretés, mais aussi aux contrats réservant un droit de propriété au vendeur et aux contrats de bail d'aéronefs. La seconde est la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international en vertu de laquelle le choix des règles juridiques régissant les questions d'opposabilité aux tiers et de priorité s'appliquent à la fois à la cession pure et simple de créances et à la constitution de sûretés sur ces créances.

61. Quelques systèmes juridiques ont élargi la compétence des registres des sûretés afin d'autoriser l'inscription d'un avis de décision portant sur des sommes d'argent classés d'après l'identité du débiteur judiciaire, qui confère à un créancier judiciaire un équivalent de sûreté sur les biens meubles du débiteur judiciaire. Cette méthode peut inciter indirectement les débiteurs à satisfaire de plein gré et rapidement les créanciers judiciaires puisque les tiers hésiteront à acquérir les biens grevés ou à accepter des garanties sur ces biens tant que le débiteur judiciaire n'a pas payé les sommes dues et a fait annuler l'inscription.

62. Si cette méthode est adoptée, il faut veiller à ce que le droit des créanciers judiciaires inscrits ne soit pas incompatible avec le principe selon lequel, en cas d'insolvabilité, les créanciers chirographaires du débiteur sont traités sur un pied d'égalité. Pour résoudre ce problème, on peut établir une règle autorisant l'administrateur de l'insolvabilité à réclamer que le bénéfice monétaire de la priorité du créancier judiciaire inscrit profite à de tous les créanciers non garantis (sous réserve peut-être d'un privilège spécial en faveur du créancier judiciaire inscrit afin de compenser les frais, et efforts d'inscription; voir aussi A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1, par. 56 à 61).

i) Autres moyens de notification

63. De préférence à un registre public, certains systèmes juridiques ont opté pour des moyens de notification de moindre portée (par exemple, inscription d'un avis dans les livres comptables du constituant, dans le registre d'un notaire ou d'un officier ministériel, ou publication d'un avis dans les journaux du lieu de résidence du constituant ou dans un bulletin officiel). Même si certains de ces moyens de notification tiennent suffisamment compte du risque d'antidatage frauduleux, ils manquent, par rapport à un registre public global des sûretés, du caractère permanent et de la facilité d'accès nécessaires pour protéger comme il convient les tiers. Par ailleurs, ils n'offrent pas les avantages que procure la règle de classement en fonction de l'ordre d'inscription.

64. Dans certains systèmes juridiques, une plaque ou autre avis matériel fixé sur le bien grevé peut remplacer l'inscription dans un registre. La fiabilité de ce moyen est limitée car le constituant peut en faire abus. Toutefois, dans certains secteurs, la spécificité des biens et des pratiques commerciales peut rendre cette forme de possession symbolique acceptable (par exemple, le marquage au fer du bétail).

6. Sûretés sans dépossession: formules autres que l'inscription dans un registre des sûretés

a) Considérations d'ordre général

65. Dans les systèmes juridiques qui décident de ne pas établir de registre général des sûretés, il y a trois possibilités de déterminer l'opposabilité légale aux tiers des sûretés sans dépossession. Le premier consiste à considérer comme inopposables toutes les sûretés sans dépossession sauf celles pour lesquelles l'État a déjà établi un registre des titres de propriété ou un système de certificat de titres de propriété qui permet d'informer le public des sûretés. Étant donné les besoins actuels de financement sur stocks, créances et autres actifs commerciaux d'une entreprise, cette formule n'est pas acceptable. La deuxième consiste à considérer les sûretés sans dépossession comme produisant des effets dès leur constitution, à la fois entre

les parties et contre les réclamants concurrents. La troisième est en fait une variante de la deuxième et consiste à faire bénéficier d'une protection spéciale des catégories spécifiques de tiers, par exemple ceux qui se fient, à leurs dépens, à la propriété apparente du constituant.

66. Afin de comparer comme il convient ces deux dernières formules avec un système de registre des sûretés, il faut étudier la question dans l'optique des principales catégories des réclamants concurrents.

b) Créanciers garantis concurrents

67. Dans un système dans lequel les sûretés sans dépossession sont opposables les unes aux autres en fonction de leur ordre de constitution et non de l'ordre d'inscription, les frais et risques d'inscription sont éliminés et il n'y pas lieu d'engager des frais pour établir un registre général des sûretés. En revanche, un système de registre public permet aux futurs créanciers garantis de mieux évaluer le risque relatif qu'ils encourent en fonction de leur rang de priorité. En l'absence de registre, ils doivent se fier aux affirmations du constituant selon lesquelles les biens ne sont pas encore grevés et s'en remettre à leurs propres recherches ou à leur intuition. Cette nécessité pour les créanciers garantis de procéder à de recherches supplémentaires peut entraver l'accès au crédit de certains emprunteurs futurs qui n'ont pas de dossier de crédit solide et limiter la concurrence sur le marché du crédit en en écartant les établissements de prêt moins importants qui n'ont pas accès à un réseau d'information sur la solvabilité.

c) Acquéreurs de biens grevés

68. Les sûretés étant de la nature des droits réels, le créancier garanti est supposé pouvoir saisir les biens entre les mains d'un tiers qui acquiert un droit de propriété du constituant dans le cadre d'une cession non autorisée (droit de suite). En l'absence de système de registre, il faut trouver un juste milieu entre la conservation du droit de suite du créancier garanti et la nécessité de protéger la sécurité de cession des biens meubles. Il peut être nécessaire d'établir une règle protégeant le droit de propriété acquis par un acheteur qui ne connaît pas ou est censé ne pas connaître l'existence d'une sûreté sans dépossession n'ayant pas fait l'objet d'une publicité. Un système de registre évite le choix entre ces deux principes, à savoir le respect du droit de suite d'une part et la sécurité de cession des biens meubles d'autre part. La sûreté peut, à juste titre, prendre effet contre les tiers dès l'inscription dans le registre, puisque les acheteurs peuvent se protéger avant l'achat en effectuant une recherche dans le registre (sous réserve que les acheteurs, dans le cours normal de leurs affaires, les futurs acheteurs de bonne foi et les acheteurs peu informés acquièrent les biens libres même de toute sûreté inscrite dans l'intérêt de la commodité commerciale; voir A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1, par. 64 à 72).

d) Représentant de l'insolvabilité et créanciers judiciaires du constituant

69. Dans les systèmes juridiques n'ayant pas établi de système de registre général, une sûreté sans dépossession est normalement considérée comme opposable au représentant de l'insolvabilité du constituant et aux créanciers judiciaires, à condition d'avoir été constituée avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou de réalisation (ou avant le début de la période de soupçon précédant l'insolvabilité), ce que l'on justifie parfois en affirmant que les créanciers chirographaires ne

comptent pas sur les droits de propriété du constituant sur les biens non grevés puisque le fait même de consentir un crédit sans demander de sûreté signifie l'acceptation du risque de subordination par rapport aux droits réels de créanciers garantis postérieurs.

70. En revanche, faire de l'inscription une condition préalable de l'opposabilité de sûretés sans dépossession au représentant de l'insolvabilité et aux créanciers chirographaires présente un certain nombre d'avantages. Tout d'abord, l'inscription constitue une date certaine pour l'établissement des rangs de priorité, ce qui réduit le risque d'antidatage frauduleux des instruments constitutifs de sûreté. Deuxièmement, elle réduit les frais de procédure d'insolvabilité en donnant au représentant de l'insolvabilité un bon moyen de vérifier lesquelles des sûretés sont présumées opposables (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, par. 2). En dehors de procédures formelles d'insolvabilité, l'inscription permet également aux créanciers judiciaires de déterminer, avant d'engager une procédure de réalisation coûteuse, si les biens du débiteur sont ou non déjà grevés.

7. Opposabilité aux tiers de sûretés sur le produit

71. Si la législation sur les opérations garanties confère à la partie garantie une sûreté légale automatique sur le produit identifiable des biens initialement grevés, certains régimes prévoient l'opposabilité automatique de cette sûreté aux tiers dès que le produit est généré. D'autres régimes obligent le créancier garanti de prendre de son propre chef certaines mesures pour rendre les sûretés sur le produit opposables aux tiers. Cette obligation peut aller à l'encontre des motifs pour lesquels le créditeur garanti se voit automatiquement concéder une sûreté sur le produit, puisque ce produit sera souvent obtenu à la suite de la cession non autorisée, par le constituant, des biens initialement grevés (ce dont le créancier garanti ne sera normalement informé que bien après le fait). En revanche, donner automatiquement effet aux sûretés sur le produit est contraire aux raisons pour lesquelles le créancier garanti doit, pour rendre la sûreté opposable aux tiers, prendre possession des biens initialement grevés ou faire inscrire sa sûreté dans un registre (voir aussi A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1, par. 26 à 35).

72. Pour concilier ces principes contradictoires, il est utile d'établir une distinction entre différentes catégories de produit. Premièrement, supposons qu'un avis concernant la sûreté sur les biens initialement grevés a été inscrit dans un registre général des sûretés et que le produit est d'un type qui correspond à la description donnée dans l'avis inscrit. Par exemple, l'avis inscrit concerne l'ensemble des objets meubles corporels présents et à acquérir du constituant et le bien initialement grevé, un article d'équipement a été échangé contre un autre article d'équipement du même type. Dans ce cas, la sûreté serait automatiquement opposable aux tiers, puisque ces derniers sont déjà suffisamment protégés par l'avis inscrit existant qui porte en effet sur le produit comme sur les biens initialement grevés sous la forme d'équipement à acquérir.

73. Si en revanche, le produit prend la forme de somme d'argent, d'instrument négociable ou de titre représentatif négociable, on pourrait, sans trop de risque, autoriser que les sûretés sur les produits soient automatiquement opposables aux tiers, puisque le cessionnaire acquerra normalement les biens non grevés de sûreté du fait de la nature négociable du produit.

74. L'affaire se complique lorsque le produit prend la forme de créances résultant de la cession de biens initialement grevés, comme par exemple de stocks. Afin de faciliter le financement des stocks, il peut être utile de rendre les sûretés sur le produit automatiquement opposables aux tiers, en se fondant sur le principe selon lequel les créances font implicitement partie des biens initialement grevés ou le principe de la subrogation réelle, selon lequel les créances ayant simplement remplacé les biens initialement grevés, on ne manque pas d'équité à l'égard des créanciers si l'on autorise le créancier garanti à exercer son droit sur ces créances.

75. Hormis ces trois exceptions, les éléments fondamentaux sous-tendant les règles régissant l'opposabilité aux tiers s'appliquent en principe aux sûretés sur le produit (c'est-à-dire un créancier garanti doit faire inscrire séparément ses sûretés sur le produit). Il peut toutefois être équitable d'impartir au créancier garanti un délai limité après que le produit a été généré afin de lui permettre de prendre les mesures nécessaires. La législation pourrait prévoir qu'une sûreté sur le produit prend effet à l'égard des tiers dès que le produit a été généré à condition que le créancier garanti, disposant d'un délai de 15 jours, par exemple, prenne possession de ce produit, dépose un avis, ou prenne une autre mesure qui soit suffisante pour rendre opposable aux tiers une sûreté sur des biens grevés qui sont du même type que le produit.

B. Recommandations

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Étant donné que les documents A/CN.9/WG.VI/WP.13 et Add.1 présentent déjà un ensemble de recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, les recommandations sur l'opposabilité aux tiers ne sont pas reprises ici. Dès que ces recommandations auront été finalisées, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si elles doivent être reprises à la fin de chaque chapitre ou dans un appendice à la fin du guide ou à la fin de chaque chapitre et dans un appendice*.]

A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1

Rapport du Secrétaire général concernant le projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumis au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa sixième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
VI.	Priorité	1-97
	A. Remarques générales	1-97
	1. Le concept de priorité et son importance	1-6
	2. Approches possibles pour déterminer le rang de priorité	7-17
	a) Priorité en fonction de l'ordre d'inscription	8-12
	b) Priorité fondée sur la possession ou le contrôle	13-15
	c) Autres règles de priorité	16-17
	3. Champ d'application des règles de priorité	18-36
	a) Obligations garanties concernées	19-22
	b) Biens à acquérir	23-25
	c) Produit	26-36
	4. Priorité des sûretés non opposables aux tiers	37-44
	a) Créanciers chirographaires	38-41
	b) Créanciers garantis	42-44
	5. Priorité des sûretés opposables aux tiers	45-93
	a) Créanciers chirographaires	45
	b) Créanciers garantis	46
	c) Titulaires de sûretés mobilières en garantie du prix d'achat	47-55
	d) Créanciers judiciaires	56-61
	e) Acheteurs de biens grevés	62-72
	f) Titulaires de droits de revendication	73-76
	g) Preneurs à bail	77-79
	h) Détenteurs d'instruments négociables et de documents négociables	80
	i) Titulaires de droits sur une somme d'argent	81
	j) Créanciers légaux (privilégiés)	82-85

k) Titulaires de droits acquis sur des biens grevés pour leur amélioration ou leur stockage 86-89

l) Titulaires de sûretés sur des immeubles par destination 90

m) Donataires 91

n) Représentants de l'insolvabilité 92-93

6. Accords de subordination 94-95

7. Pertinence de la priorité avant réalisation 96-97

B. Recommandations . . . . . .

VI. Priorité

A. Remarques générales

1. Le concept de priorité et son importance

1. Le terme "sûreté mobilière", tel qu'il est employé dans le présent Guide, désigne un droit sur un bien consenti à un créancier pour garantir le paiement ou une autre forme d'exécution d'une obligation (autrement dit un droit réel). Le terme "priorité" désigne, quant à lui, la mesure dans laquelle le créancier peut obtenir l'avantage économique de cette sûreté par préférence à d'autres parties faisant valoir un droit sur le même bien (voir A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, par. 17 q), définition de "priorité"). Comme on le verra ci-après, parmi ces réclamants concurrents peuvent figurer, entre autres, des créanciers non garantis du constituant, d'autres créanciers garantis, des acheteurs, des vendeurs ou des preneurs du bien, des titulaires de sûretés non conventionnelles sur le bien (telles que des sûretés découlant de jugements ou des sûretés légales) et le représentant de l'insolvabilité dans le cadre de la procédure d'insolvabilité du constituant. Les règles de priorité déterminent le classement des sûretés et autres droits sur les biens grevés et le résultat économique de ce classement. Dans certains cas, l'application des règles de priorités fera qu'une personne prendra le bien libre de créances concurrentes. Les deux cas de figure sont traités dans le présent chapitre.

2. Le concept de priorité est au cœur de tout régime juridique efficace en matière de sûretés mobilières, et c'est pourquoi il est largement admis que des règles de priorité efficaces sont nécessaires pour encourager l'offre de crédit garanti bon marché. Il y a à cela deux raisons principales. La première est que, dans la mesure où les règles de priorité sont claires et aboutissent à des résultats prévisibles, les créanciers garantis potentiels sont à même de déterminer efficacement et avec un degré élevé de certitude, avant d'octroyer un crédit, quel rang de priorité occuperont leurs sûretés par rapport à celles des réclamants concurrents, ce qui réduit leurs risques et a donc un effet positif sur l'offre de crédit garanti et sur le coût de ce crédit. La deuxième raison est qu'en instituant un mécanisme pour le classement des créances, les règles de priorité permettent aux constituants de constituer plus d'une sûreté sur leurs biens et donc de mettre à profit toute la valeur de ceux-ci pour

obtenir plus de crédit (ce qui est l'un des grands objectifs de tout régime efficace en matière d'opérations garanties; voir A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, par. 31).

3. S'agissant de la première raison indiquée au paragraphe précédent, un créancier ne consent normalement un crédit en se basant sur la valeur d'un bien particulier que s'il peut déterminer préalablement avec un degré élevé de certitude la mesure dans laquelle d'autres créances primeront la sûreté qu'il détient sur ce bien. Pour lui, le plus important est de savoir quel sera son rang en cas de réalisation de la sûreté ou d'insolvabilité du constituant, en particulier lorsqu'il compte sur le bien grevé comme principale ou unique source de remboursement. En cas d'incertitude quant à son rang de priorité au moment de décider s'il va ou non consentir le crédit, il tablera moins sur le bien grevé. Cette incertitude peut l'inciter à relever le coût du crédit pour tenir compte de la valeur inférieure qu'il attribue au bien, voire éventuellement à refuser purement et simplement le crédit.

4. Afin de réduire au minimum cette incertitude, il est important que les lois sur les opérations garanties prévoient des règles de priorité claires conduisant à des résultats prévisibles. Aux yeux des créanciers, l'existence de telles règles de priorité, ainsi que de mécanismes efficaces permettant de déterminer et d'établir le rang de priorité au moment où le crédit est consenti, importe peut-être autant que le contenu des règles elles-mêmes. Un créancier acceptera souvent que certains réclamants concurrents aient un rang de priorité plus élevé, à condition qu'il puisse établir qu'il sera finalement en mesure de tirer du bien grevé une somme suffisante pour obtenir le remboursement de sa créance en cas de défaut de paiement du constituant. Par exemple, un prêteur envisageant d'accorder à un constituant un prêt garanti par une sûreté sur la totalité des biens de ce dernier pourra être disposé à le faire, même s'il se trouve que ces biens sont soumis à diverses sûretés (telle une sûreté en faveur de l'entreposeur qui les stocke pour lui) tant qu'il peut évaluer avec une certitude raisonnable la nature et le montant de ces créances.

5. S'agissant de la deuxième raison indiquée au paragraphe 2 ci-dessus, de nombreuses banques et autres institutions financières sont disposées à accorder un crédit sur la base de sûretés qui ne viennent pas au premier rang mais sont subordonnées à une ou à plusieurs sûretés antérieures, tant qu'elles estiment que les biens du constituant ont une valeur suffisante pour couvrir leurs sûretés et qu'elles peuvent établir clairement la position de deuxième rang de celles-ci. Par exemple, dans les pays qui reconnaissent une sûreté sur l'ensemble des biens (voir A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, par. 25), le prêteur B peut être disposé à accorder un crédit à un constituant dont l'ensemble des biens sont grevés par une sûreté en faveur du prêteur A, tant qu'il est convaincu que la valeur desdits biens dépasse suffisamment le montant du prêt garanti par cette sûreté pour qu'il puisse envisager l'octroi supplémentaire d'un crédit. Un tel résultat a plus de chances de se produire dans un pays ayant des règles de priorité claires qui permettent aux créanciers leur rang de priorité avec un degré élevé de certitude. En facilitant la constitution de sûretés multiples sur les mêmes biens, les règles de priorité permettent à un constituant d'optimiser l'utilisation de ses actifs pour obtenir un crédit.

6. Il importe de noter que, quelle que soit la règle de priorité en vigueur dans un État, elle ne jouera que dans la mesure où les règles de conflit de lois applicables l'admettent. Cette question est examinée au chapitre X (voir A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.4, par. 10 à 18).

2. Approches possibles pour déterminer le rang de priorité

7. Il y a diverses approches possibles pour déterminer le rang de priorité. Il importe de noter que plusieurs d'entre elles peuvent coexister dans le même système juridique dans la mesure où elles peuvent s'appliquer à des types de conflits de priorité différents.

a) Priorité en fonction de l'ordre d'inscription

8. Comme il a été dit plus haut (voir par. 2 à 5), pour promouvoir efficacement l'offre de crédit bon marché, il est important d'avoir des règles de priorité permettant aux créanciers de déterminer leur rang de priorité avec le plus haut degré de certitude au moment où ils octroient un crédit et aux constituants de mettre à profit toute la valeur de leurs biens pour obtenir du crédit. Comme le montre le chapitre V (voir A/CN.9/WG.VI/WP.14, par. 19 à 23), l'un des meilleurs moyens d'apporter une telle certitude, du moins dans le cas des sûretés mobilières sans dépossession, est de recourir à un système public d'inscription.

9. Dans de nombreux pays où existe un système d'inscription fiable, le rang de priorité est déterminé en fonction de l'ordre d'inscription, la préférence étant donnée au créancier ayant le premier pris inscription (ce que l'on appelle souvent la "règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription"). Dans certains pays, cette règle s'applique même si une ou plusieurs des conditions requises pour la constitution d'une sûreté n'étaient pas remplies au moment de l'inscription, ce qui évite à un créancier d'avoir à consulter de nouveau le système d'inscription une fois qu'il a été satisfait à toutes les conditions pour la constitution de ses sûretés. Cette règle donne au créancier la certitude qu'une fois un avis de sûreté mobilière déposé, aucune autre inscription ne primera sa sûreté. Les autres créanciers existants ou potentiels sont également protégés, car l'inscription leur indique que des sûretés existent ou peuvent exister, et ils peuvent alors prendre des dispositions pour se protéger (par exemple en demandant des garanties personnelles ou des sûretés de second rang sur le même bien ou des sûretés de premier rang sur d'autres biens). Nonobstant ce qui précède, des exceptions limitées à la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription peuvent être appropriées, comme dans le cas des sûretés en garantie du prix d'achat (examinées à la section 5 c) ci dessous), ou dans celui des créanciers prioritaires en vertu de la loi (par exemple, les créanciers privilégiés (évoqués à la section 5 j) ci-dessous).

10. La législation de certains pays prévoit que, tant que l'inscription est effectuée dans un certain "délai de grâce" à compter de la date de constitution de la sûreté, le rang de priorité sera fonction de la date de constitution et non de la date d'inscription. Ainsi, une sûreté constituée en premier, mais inscrite en second, peut primer une sûreté constituée en second mais inscrite en premier, à condition d'avoir été inscrite avant l'expiration du délai de grâce applicable. De ce fait, tant que le délai de grâce continue à courir, la date d'inscription n'est pas une indication fiable de rang de priorité d'un créancier, et il y a une grande incertitude qui n'existe pas. Afin d'éviter de compromettre l'avantage de la certitude apportée par la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription, certains pays n'autorisent les délais de grâce que dans de rares cas, tels que i) celui des sûretés en garantie du prix d'achat de matériel (voir par. 53 ci-dessous), ii) celui où les circonstances sont telles que l'inscription avant la constitution ou en même temps que celle-ci n'est pas possible pour des raisons logistiques, ou iii) celui dans lequel le délai entre constitution et

inscription ne peut être réduit au minimum par le recours à l'inscription électronique ou à d'autres techniques d'inscription.

11. Dans de nombreux systèmes juridiques, la fixation du rang de priorité en fonction de la date d'inscription est valable même si le créancier a acquis sa sûreté en sachant pertinemment qu'il existait une sûreté non inscrite. Cette règle repose généralement sur la théorie selon laquelle des restrictions fondées sur une telle connaissance nécessitent, pour établir celle-ci, des investigations de nature subjective, ce qui est particulièrement difficile dans le cas de sociétés et autres personnes morales. Il en résulte que les règles de priorités qui dépendent de la connaissance des inscriptions peuvent rendre celles-ci sujettes à contestation et que le règlement des conflits se trouve compliqué, ce qui diminue la certitude quant au rang de priorité des créanciers garantis et réduit donc l'efficacité du système. Pas plus que dans le cas des délais de grâce, cette approche n'est injuste pour les créanciers garantis, puisqu'ils peuvent toujours se protéger en prenant inscription rapidement.

12. De nombreux systèmes juridiques ont adopté une exception à la règle du premier inscrit lorsque l'inscription se fait sur un registre des titres de propriété ou sur un registre de certificats de propriété. Une sûreté inscrite dans un de ces systèmes se voit souvent accorder la priorité sur un avis inscrit antérieurement dans un registre général des sûretés, de manière que les acheteurs des biens puissent se fier entièrement au registre pour évaluer la qualité du titre qu'ils acquièrent.

b) Priorité fondée sur la possession ou le contrôle

13. Comme on l'a vu aux chapitres III et V (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, par. 5 à 14, et A/CN.9/WG.VI/WP.14, par. 7 à 9), les sûretés mobilières avec dépossession sont traditionnellement un élément important des législations sur les opérations garanties de la plupart des pays. C'est pourquoi, même dans certains pays appliquant la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription, la priorité peut aussi être établie en fonction de la date à laquelle le créancier a obtenu la possession ou le contrôle du bien grevé, sans aucune condition d'inscription (voir A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, par. 17 bb), définition de "contrôle"). Dans ces systèmes, la priorité est souvent donnée au créancier qui le premier soit a déposé un avis de sûreté auprès du système d'inscription soit a obtenu une sûreté par prise de possession ou de contrôle. Toutefois, du fait que, souvent, la possession ou le contrôle n'est pas un acte public, le titulaire de sûretés rendues opposables aux tiers par la possession ou le contrôle, dans de nombreux systèmes juridiques, aura la charge d'établir avec précision quand il a obtenu la possession ou le contrôle.

14. Pour certains types de biens grevés (par exemple des instruments négociables tels que des valeurs mobilières constatées par un certificat, ou des documents négociables tels que des connaissements ou des récépissés d'entrepôt), les créanciers exigent souvent la possession ou le contrôle afin d'empêcher le constituant d'accomplir des actes de disposition interdits. D'après les lois de nombreux pays, la priorité d'une sûreté constituée sur des biens de ce type peut être établie par la possession, par le contrôle ou par l'inscription. Toutefois, une sûreté rendue opposable aux tiers par possession ou contrôle prime généralement une sûreté rendue opposable aux tiers uniquement par inscription, même si l'inscription est intervenue en premier. Ce résultat est conforme aux attentes des parties dans le

cas d'instruments négociables et de documents négociables, car les droits sur de tels biens sont traditionnellement transférés par la possession.

15. Dans les systèmes juridiques dans lesquels la priorité d'une sûreté peut être établie par plusieurs méthodes (par exemple par inscription, possession ou contrôle), la question se pose de savoir si un créancier garanti qui a initialement établi sa priorité par une méthode devrait être autorisé à changer de méthode sans perdre son rang de priorité initial à l'égard du bien grevé. En principe, rien ne s'y oppose, à condition qu'il n'y ait pas de solution de continuité au niveau de l'inscription, de la possession ou du contrôle, de sorte que la sûreté soit à tout moment soumise à une méthode ou à une autre. Ainsi, dans le cas où la loi prévoit à la fois l'opposabilité aux tiers par l'inscription ou la possession, si une sûreté sur un bien est rendue opposable par l'inscription et que le créancier garanti obtient ensuite la possession du bien alors que l'inscription est encore efficace, la sûreté reste opposable aux tiers et la priorité remonte à la date de l'inscription. En revanche, si le créancier garanti obtient la possession du bien après l'inscription alors que celle-ci est devenue caduque parce que le délai a expiré ou pour une autre raison, la priorité de la sûreté devrait être déterminée à compter de la date de l'obtention de la possession.

c) Autres règles de priorité

16. Dans les systèmes juridiques qui n'ont pas de système d'inscription fiable, voire pas de système d'inscription, aussi bien l'opposabilité d'une sûreté aux tiers que la priorité sont souvent fonction de la date de constitution de la sûreté (autre forme de règle fondée sur la chronologie). Bien que les sûretés sans dépossession y soient autorisées (souvent sous la forme d'une réserve de propriété ou d'un transfert de propriété à titre de sûreté), les créanciers, pour savoir s'il existe ou non des sûretés concurrentes, s'en remettront généralement aux dires du constituant ou aux informations disponibles sur le marché. Faute de système permettant de déterminer le rang des créanciers ayant des sûretés sur le même bien, il est difficile ou impossible pour le constituant de constituer plus d'une sûreté sur le même bien et par conséquent de mettre pleinement à profit la valeur de ses biens pour obtenir un crédit garanti (voir par. 2 et 5 ci-dessus).

17. Certains systèmes juridiques ont adopté une règle de priorité spéciale pour certains types de biens grevés. Dans certains d'entre eux, par exemple, l'opposabilité aux tiers d'une sûreté constituée sur des créances de sommes d'argent et les revendications concurrentes sur ces créances sont fonction de la date à laquelle les débiteurs desdites créances ("les débiteurs du compte") reçoivent notification de l'existence de la sûreté. Toutefois, ce système n'est pas propice à la promotion du crédit garanti bon marché, pour un certain nombre de raisons. Premièrement, il ne permet pas au créancier de déterminer, avec un degré de certitude suffisant, au moment où celui-ci consent le crédit, s'il existe ou non des sûretés concurrentes sur les créances de sommes d'argent. Deuxièmement, il ne fournit pas de moyen efficace d'obtenir des sûretés sur des créances de sommes d'argent futures, car la notification de telles créances aux débiteurs du compte n'est pas possible au moment de l'octroi initial du crédit, et elle doit donc leur être adressée à mesure que naissent lesdites créances. Troisièmement, en cas de pluralité de débiteurs du compte, la notification peut être coûteuse. Quatrièmement, de nombreux constituants ne tiennent peut-être pas à ce que leurs clients soient avisés directement de l'existence d'une sûreté sur leurs créances de sommes d'argent.

3. Champ d'application des règles de priorité

18. Étant donné l'importance des règles de priorité, un régime d'opérations garanties devrait incorporer un ensemble de règles de priorité de portée étendue, couvrant un large éventail d'obligations garanties et de biens grevés existants et futurs, et fournissant les moyens de résoudre des conflits de priorités entre une grande diversité de réclamants concurrents (aussi bien titulaires de sûretés conventionnelles que non conventionnelles). Comme il a été noté au paragraphe 1 ci-dessus, un ensemble complet de règles de priorité sert non seulement à classer les créances concurrentes sur le même bien, mais détermine aussi quand une personne peut prendre un bien libre des créances de tous les autres réclamants concurrents.

a) Obligations garanties concernées

19. Pour pouvoir déterminer le montant du crédit à consentir et les conditions pertinentes, il faut qu'un créancier garanti puisse savoir, au moment de la conclusion de l'opération garantie, quelle part du montant de sa créance se verra accorder la priorité.

20. Certains systèmes juridiques limitent cette priorité au montant de la créance existant à la date de la constitution de la sûreté. L'avantage de cette solution est que le rang de la créance peut ainsi (sans que ce soit toutefois automatique) correspondre aux attentes des parties à ce moment-là. Son inconvénient est qu'elle exige des créanciers une diligence accrue (il faudra par exemple rechercher les nouvelles inscriptions) ainsi que des accords et des inscriptions supplémentaires pour les sommes avancées par la suite. Cela est particulièrement problématique, car l'un des moyens les plus efficaces de consentir un crédit garanti est de le faire sous la forme de crédit renouvelable, puisque c'est ce type de crédit qui correspond le mieux aux besoins de financement du constituant (voir exemple 2 dans les documents A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, par. 23 à 25, et Add.2, par. 7). On peut résoudre ce problème en accordant aux avances futures la même priorité qu'aux avances faites lors de la constitution initiale de la sûreté. Dans le cas d'un crédit consenti dans le cadre de contrats prévoyant des livraisons ou prestations échelonnées de biens ou de services, la solution consiste à considérer que la totalité de la créance prend naissance au moment de la signature du contrat et non à chaque livraison ou prestation de biens ou de services.

21. D'autres systèmes limitent la priorité au montant maximum spécifié dans l'avis inscrit dans un registre public concernant une sûreté pour éviter que tous les biens du constituant soient grevés au profit d'un seul créancier, ce qui aurait pour effet de décourager les créanciers suivants d'octroyer par la suite un crédit au constituant (voir A/CN.9/WG.VI/ WP.14, par. 38).

22. D'autres systèmes juridiques encore accordent la priorité à tous les crédits, y compris aux avances faites après la constitution de la sûreté, et pour toutes les obligations conditionnelles qui peuvent naître après la constitution de la sûreté, sans qu'il soit nécessaire de spécifier un montant maximum. Dans ces systèmes, une sûreté peut porter sur toutes les obligations monétaires et non monétaires garanties dues au créancier garanti et garanties par la sûreté, y compris le principal, les coûts, l'intérêt et les frais, et y compris les obligations d'exécution et autres obligations conditionnelles. La priorité n'est pas affectée par la date à laquelle une avance ou une autre obligation garantie par la sûreté est faite ou contractée (c'est-à-dire qu'une

sûreté peut garantir des avances futures dans le cadre d'un crédit avec le même rang de priorité que les avances faites au moment où la sûreté est constituée).

b) Biens à acquérir

23. Comme il est indiqué de façon plus détaillée au chapitre IV (voir A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, par. 16 à 18), une sûreté peut, dans certains systèmes juridiques, être créée sur des biens que le constituant pourra acquérir à l'avenir. Il l'obtiendra alors automatiquement au moment où il acquerra les biens en question, sans avoir à prendre des mesures supplémentaires. Les coûts liés à l'octroi d'une sûreté sont ainsi réduits au minimum et les attentes des parties sont satisfaites. Cette pratique est particulièrement importante pour les stocks, qui sont acquis en permanence pour être revendus, pour les créances, qui sont recouvrées et naissent en permanence (voir exemple 2 dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, par. 23 à 25) et pour le matériel qui est remplacé dans le cours normal des affaires du constituant.

24. Avec l'octroi de sûretés sur des biens à acquérir se pose la question de savoir si la priorité doit être fonction de la date de constitution initiale (par exemple la date à laquelle la sûreté devient opposable aux tiers) ou de la date d'acquisition des biens par le constituant. Cette question est réglée différemment selon les systèmes juridiques. Certains adoptent une solution différente selon le statut du créancier réclamant un droit de préférence (la date de constitution de la sûreté étant retenue pour le classement par rapport aux autres créanciers titulaires d'une sûreté conventionnelle, et la date d'acquisition des biens pour le classement par rapport à tous les autres créanciers). Il est généralement admis que le moyen le plus efficace de promouvoir l'offre de crédit garanti bon marché est de retenir, pour déterminer le rang de priorité, la date de constitution initiale de la sûreté plutôt que celle à laquelle le constituant acquiert des droits sur les biens (voir, par exemple, l'article 8-2 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances).

25. Les régimes efficaces en matière d'opérations garanties précisent qu'une sûreté sur des biens que le constituant acquerra dans l'avenir a le même rang de priorité qu'une sûreté sur des biens qu'il détient ou qui existent au moment où la sûreté est initialement rendue opposable aux tiers.

c) Produit

26. Si le créancier détient une sûreté sur le produit et les fruits civils du bien grevé initialement, la question est de savoir quel sera le rang de cette sûreté par rapport à celles d'autres réclamants concurrents. Peuvent figurer parmi ces derniers, entre autres, un autre créancier du constituant titulaire d'une sûreté sur le produit et un créancier du constituant qui a obtenu une sûreté judiciaire sur le produit ou la saisie de ce dernier (pour une définition de ce qui constitue le produit, voir A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, par. 30 à 34).

27. Un bien constituant un produit pour un créancier garanti peut constituer un bien initialement grevé pour un autre créancier garanti. Par exemple, le créancier A peut détenir une sûreté sur l'ensemble des créances du constituant au titre de sa sûreté sur la totalité de ses stocks existants et futurs et sur le produit résultant de leur vente ou de leur disposition d'une autre manière, et le créancier B peut détenir une sûreté sur la totalité des créances existantes et futures du constituant à titre de

garantie initiale. Si, par la suite, le constituant vend à crédit les stocks sur lesquels le créancier A détient une sûreté, les deux créanciers ont une sûreté sur la créance née de la vente: le créancier A sur la créance en tant que produit des stocks grevés et le créancier B sur la créance en tant que bien initialement grevé.

28. Un régime des sûretés complet doit régler plusieurs questions en ce qui concerne les créances concurrentes des créanciers garantis mentionnés ci-dessus. L'une est de savoir si la sûreté du créancier A sur la créance en tant que produit des stocks est opposable non seulement au constituant, mais aussi aux réclamants concurrents. La réponse doit être positive dans la plupart des cas, faute de quoi la valeur des biens initialement grevés (c'est-à-dire les stocks) serait en grande partie illusoire. Les sûretés n'apportent plus de sécurité économique à un créancier garanti que lorsqu'elles lui donnent le droit d'affecter la valeur économique du bien grevé à son obligation garantie avant les autres réclamants concurrents. Dès que les stocks, dans notre exemple, sont vendus, leur valeur économique est, du point de vue du créancier, incorporée dans les créances ou tout autre produit résultant de la vente et devrait donc, en premier lieu, être mise à la disposition du créancier A.

29. Une deuxième question est de savoir dans quelle mesure le droit sur le produit s'étend au produit du produit, par exemple si un créancier détenant une sûreté sur des créances de sommes d'argent en tant que produit de stocks aurait aussi une sûreté sur l'argent reçu lorsque lesdites créances sont recouvrées par le constituant. La réponse à cette question doit également être positive dans la plupart des cas, car une règle contraire permettrait facilement au constituant de compromettre le droit du créancier garanti sur le produit.

30. Une troisième question est de savoir si le droit sur le produit s'étend uniquement au produit identifiable (par exemple si une sûreté sur le produit consistant en argent est éteinte lorsque l'argent est mêlé à d'autres fonds dans un compte bancaire). Pour cette question, de nombreux systèmes juridiques ont adopté diverses règle de "traçage" pour déterminer quand des fonds déposés sur un compte bancaire peuvent être dûment considérés comme identifiables en tant que produit d'une sûreté.

31. Les considérations qui ont conduit certains pays à exiger l'inscription ou un autre acte pour qu'une sûreté sur un bien particulier soit opposable aux tiers ont également conduit certains d'entre eux à exiger un acte supplémentaire pour que la sûreté sur le produit d'un tel bien le soit.

32. Dans certains cas, l'acte supplémentaire est une inscription concernant le produit, dans d'autres c'est un acte différent (comme la possession dans le cas d'un instrument négociable). Lorsqu'un acte supplémentaire est exigé, le régime juridique devrait prévoir un délai après l'opération générant le produit pendant lequel le créancier peut accomplir cet acte sans perdre sa priorité sur le produit.

33. Bien qu'il soit très important de déterminer si un acte supplémentaire est nécessaire pour qu'une sûreté sur le produit soit opposable aux tiers, une telle détermination ne suffit pas à elle seule à régler la question de la hiérarchie des droits sur le produit du détenteur d'une telle sûreté et des autres créanciers. Des règles de priorité sont nécessaires pour déterminer si c'est le créancier garanti qui prime les réclamants concurrents.

34. Ces règles peuvent varier selon la nature du réclamant concurrent. Par exemple, lorsque le réclamant concurrent est un autre créancier garanti, les règles de priorité relatives au produit du bien initialement grevé peuvent se déduire de celles qui s'appliquent à ce bien et des principes dont elles procèdent. Dans un système juridique où, pour un bien donné, c'est la première sûreté ayant fait l'objet d'une inscription qui prime les sûretés concurrentes, on pourrait appliquer la même règle pour déterminer la priorité lorsque le bien initialement grevé a été transféré et que le créancier garanti se prévaut d'une sûreté sur le produit. Si la sûreté sur le bien initialement grevé a fait l'objet d'une inscription avant la sûreté du réclamant concurrent sur le produit, c'est elle qui pourrait avoir la priorité.

35. Dans les cas où l'ordre de priorité de sûretés concurrentes sur le bien initialement grevé n'est pas déterminé par l'ordre d'inscription (par exemple lorsque des sûreté en garantie du prix d'achat bénéficient d'un superprivilège), il faudra déterminer séparément la règle de priorité devant s'appliquer au produit de ce bien.

36. La priorité peut aussi dépendre d'autres facteurs lorsque le réclamant concurrent est un créancier judiciaire (voir par. 56 à 61) ou un représentant de l'insolvabilité (voir par. 92 et 93).

4. Priorité des sûretés non opposables aux tiers

37. Comme on l'a vu plus haut (par. 18), un régime efficace d'opérations garanties devrait avoir des règles pour déterminer les priorités relatives d'un créancier garanti et d'un large éventail de réclamants concurrents. Les résultats peuvent différer selon que les sûretés concernées sont ou non opposables aux tiers. Celles qui le sont bénéficient généralement du niveau de protection le plus élevé, mais celles qui ne le sont pas peuvent néanmoins, dans certaines circonstances, recevoir un certain degré de protection.

a) Créanciers chirographaires

38. Le constituant contracte souvent des dettes non garanties par des sûretés sur des biens du débiteur. En fait, ces créances générales non garanties représentent souvent la majeure partie de ses engagements non réglés.

39. Il est généralement admis que la priorité donnée aux créanciers garantis sur les créanciers chirographaires est nécessaire pour promouvoir l'offre de crédits garantis, et qu'un créancier garanti devrait donc avoir le droit d'obtenir la valeur économique de ses sûretés par préférence aux créances d'autres créanciers du constituant qui n'ont pas de sûreté sur les biens de ce dernier. Les créanciers chirographaires peuvent prendre d'autres mesures pour protéger leurs intérêts, par exemple suivre l'état des crédits, demander des intérêts de retard ou obtenir une décision judiciaire concernant leurs créances (voir à ce sujet la section 5 d) ci-dessous), en cas de non-paiement. En outre, si le constituant obtient un crédit garanti, il peut accroître le fonds de roulement, ce dont profitent souvent les créanciers chirographaires, car la probabilité de remboursement de leurs créances non garanties augmente. En fait, les avances accordées au titre d'un crédit permanent (voir A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, par. 23 à 25) sont souvent la source à partir de laquelle une entreprise paie ses créanciers chirographaires dans le cours normal de ses affaires.

40. Par conséquent, une caractéristique essentielle d'un régime efficace en matière de crédit garanti est que les créances assorties de sûretés, obtenues régulièrement, priment les créances ordinaires non garanties. Malgré cela, certains systèmes juridiques ont adopté une exception à ce principe dans le cas d'une sûreté portant sur la totalité des biens (voir A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, par. 23 à 25).

41. Une autre question qui se pose est de savoir si une sûreté devrait se voir accorder la priorité sur un crédit non garanti même si elle n'est pas devenue opposable aux tiers. Dans certains systèmes juridiques, la réponse à cette question dépend du point de savoir si la sûreté est réalisée dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité engagée par ou contre le constituant. Si c'est le cas, le représentant de l'insolvabilité peut être habilité à invalider les sûretés qui ne sont pas devenues opposables aux tiers, et si elles sont invalidées, les obligations qu'elles garantissent seront traitées comme des créances non garanties. D'un autre côté, une sûreté non opposable aux tiers peut néanmoins être opposable au constituant et être réalisée contre lui par le créancier garanti en dehors de la procédure d'insolvabilité du constituant.

b) Créanciers garantis

42. Comme on l'a vu plus haut (par. 2 et 5), de nombreux systèmes juridiques autorisent le constituant à consentir plusieurs sûretés sur un même bien, les rangs de ces sûretés étant fondés sur la règle de priorité (premier à prendre inscription ou autre règle) en vigueur dans ce système ou sur l'accord des créanciers (voir par. 94 et 95). Le fait d'autoriser de cette manière des sûretés multiples sur le même bien permet au constituant d'utiliser la valeur intrinsèque de son bien pour obtenir un crédit de plusieurs sources, en ouvrant ce faisant le potentiel d'emprunt maximum du bien.

43. Les régimes d'opérations garanties qui font une distinction entre une sûreté opposable aux tiers et une sûreté qui ne l'est pas prévoient généralement aussi que, même si les deux sûretés sont opposables au constituant, celle qui est opposable aux tiers prime celle qui ne l'est pas, indépendamment de l'ordre dans lequel elles ont été constituées. Soutenir une autre position ferait perdre son sens au concept d'opposabilité aux tiers.

44. D'un autre côté, si les deux sûretés sont inopposables aux tiers mais sont opposables au constituant, la priorité est déterminée par l'ordre dans lequel elles ont été constituées.

5. Priorité des sûretés opposables aux tiers

a) Créanciers chirographaires

45. Comme on l'a vu ci-dessus (voir par. 38 à 41), un principe fondamental de la loi sur les opérations garanties de nombreux systèmes juridiques est qu'une sûreté opposable aux tiers est opposable aux créanciers chirographaires du constituant.

b) Créanciers garantis

46. Dans de nombreux systèmes juridiques, entre deux sûretés portant sur le même bien grevé qui sont opposables aux tiers, sous réserve des exceptions limitées examinées à la section 5 c) ci-dessous, le rang de priorité est déterminé par l'ordre

dans lequel ont été respectivement effectuées les formalités destinées à assurer leur opposabilité aux tiers, même si une ou plusieurs des conditions de constitution d'une sûreté n'étaient pas remplies à ce moment là.

c) Titulaires de sûretés mobilières en garantie du prix d'achat

47. Le plus souvent, le constituant acquiert ses biens par l'achat. Dans certaines situations, l'achat s'effectue grâce à un crédit consenti par le vendeur ou à un financement d'un prêteur, et il est garanti dans chaque cas par des sûretés sur les biens en question. Ce type de financement est appelé "financement du prix d'achat" et les sûretés qui le garantissent sont désignées par l'expression "sûretés réelles mobilières en garantie du prix d'achat" (voir A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, par. 17 b) et 19 à 22, et A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, par. 35 à 45). Dans ces situations, il faut examiner la priorité de ces sûretés en garantie du prix d'achat par rapport aux sûretés sur les mêmes biens détenus par d'autres parties.

48. Reconnaissant que le financement du prix d'achat est un moyen efficace de fournir aux entreprises les capitaux dont elles ont besoin pour acquérir des biens particuliers, de nombreux systèmes juridiques disposent que les détenteurs de sûretés en garantie du prix d'achat priment les autres créanciers (y compris ceux qui ont inscrit avant eux une sûreté sur les biens) pour ce qui est des biens acquis avec le produit de ce financement, à condition qu'un avis concernant la sûreté en garantie du prix d'achat soit déposé dans un délai approprié (un "délai de grâce" pouvant être accordé pour certaines catégories de biens).

49. Dans ces systèmes, l'attribution de ce rang plus élevé (parfois appelé "superprivilège") est une exception importante à la règle du classement en fonction de l'ordre d'inscription examinée à la section 2 a) ci-dessus, et nécessaire pour promouvoir l'offre de financement du prix d'achat. Les entreprises, pour obtenir un tel financement, consentent souvent des sûretés sur la totalité ou sur une partie de leurs stocks et de leur matériel existants et futurs. Dans ce cas, si les sûretés en garantie du prix d'achat ne bénéficiaient pas d'un rang plus élevé, les personnes octroyant ce genre de financement ne pourraient guère se fier à leurs sûretés sur les biens achetés, car elles seraient primées par des sécurités existantes sur les mêmes biens. Dans l'exemple 1 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, par. 19 à 22), le vendeur A, le prêteur A et le bailleur A hésiteraient tous trois à fournir un financement si leurs sûretés sur les biens financés étaient primées par les sûretés existantes du prêteur B dans l'exemple 2 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, par. 25).

50. L'attribution d'un rang plus élevé aux sûretés en garantie du prix d'achat n'est généralement pas considérée comme préjudiciable aux autres créanciers du constituant, car le financement du prix d'achat, loin de réduire la masse des biens (c'est-à-dire l'actif net ou la valeur nette) de ce dernier, y ajoute au contraire les nouveaux biens achetés. Ainsi, dans l'exemple 2, la position du prêteur B n'est pas affaiblie par une opération de financement du prix d'achat de stocks, car il conserve tous ses biens grevés, auxquels s'ajoute une sûreté d'un rang inférieur à la sûreté en garantie du prix d'achat sur les nouveaux biens financés par cette opération.

51. Afin de promouvoir l'offre de financement du prix d'achat sans décourager le crédit ordinaire garanti, il est important que le rang de priorité plus élevé accordé

aux sûretés en garantie du prix d'achat ne s'applique qu'aux biens acquis à l'aide de ce financement et non à d'autres biens du constituant.

52. Dans certains systèmes juridiques, les sûretés en garantie du prix d'achat ne sont pas soumises à inscription (au motif notamment que les vendeurs sont probablement des parties peu averties qui ne devraient pas en principe inscrire leur sûreté ou consulter le registre). En revanche, dans d'autres systèmes, elles le sont pour éviter que d'autres créanciers ne comptent à tort sur des biens grevés de ce type de sûretés (voir A/CN.9/WG.VI/WP.14, par. 56 et 57).

53. Pour un créancier concurrent, il serait avantageux d'exiger que soit déposé un avis au moment où la sûreté en garantie du prix d'achat est constituée. Ainsi, tout créancier pourrait faire une recherche dans le système d'inscription et, ce faisant, déterminer avec certitude si des biens existants du constituant font l'objet, au moment de la recherche, d'une telle sûreté. Toutefois, afin de faciliter le financement immédiat dans les secteurs des ventes et du crédit-bail, certains systèmes prévoient un délai de grâce pour l'inscription des sûretés en garantie du prix d'achat lorsque celles-ci sont constituées sur du matériel. Pour concilier au mieux les intérêts de chacun, ce délai doit être suffisamment long pour que l'obligation d'inscription ne soit pas trop lourde pour ceux qui financent le prix d'achat, mais suffisamment court pour que d'autres créanciers garantis n'aient pas à attendre longtemps avant de pouvoir consulter le registre et déterminer s'il y a des sûretés concurrentes.

54. En règle générale, ce délai de grâce ne s'applique pas à l'inscription des sûretés en garantie du prix d'achat de stocks. Au lieu de cela, pour obtenir un superprivilège sur les stocks, le détenteur d'une sûreté de ce type doit, dans certains systèmes juridiques, non seulement inscrire celle-ci mais également en notifier l'existence à d'autres créanciers garantis existants avant que le constituant prenne possession des biens. Cette notification se fait généralement en une seule fois, au moment de l'entrée en vigueur de l'arrangement de financement du prix d'achat, plutôt qu'à l'occasion de chaque achat de biens financés par celui qui octroie ce financement. Cette obligation de notification se justifie par le fait que les fournisseurs de crédit sur stocks devraient être avisés de la constitution de la sûreté afin de ne pas accorder d'autres prêts sur la base des stocks existants du débiteur en croyant à tort qu'ils bénéficieront d'un droit de préférence sur ces stocks. Sans cette obligation, ils devraient, pour éviter toute méprise, vérifier le registre tous les jours avant d'octroyer une nouvelle avance sur stocks pour s'assurer qu'aucune sûreté en garantie du prix d'achat n'est revendiquée sur ces mêmes stocks (ce qui pourrait accroître considérablement le coût de ce type de financement). Cette vérification quotidienne est du reste insuffisante si un délai de grâce était accordé pour l'inscription de ces sûretés.

55. Une question importante à trancher lors de l'instauration d'une règle concernant le superprivilège pour le financement du prix d'achat est de savoir si ce superprivilège devrait être accordé uniquement aux vendeurs des biens ou également aux banques et à d'autres prêteurs qui financent l'acquisition de ces biens. Les arguments en faveur d'une limitation du superprivilège aux vendeurs sont généralement historiques, à savoir que le crédit fournisseur (par exemple sous la forme d'une clause de réserve de propriété) a été conçu pour remplacer efficacement et à moindre frais le financement bancaire. Un des principaux arguments en faveur de l'octroi du superprivilège aux banques et à d'autres prêteurs est que cette égalité

de traitement renforce la concurrence, qui à son tour devrait avoir un effet positif sur l'offre de crédit et le coût du crédit.

d) Créanciers judiciaires

56. De nombreux systèmes prévoient qu'un créancier chirographaire ordinaire qui a obtenu une décision judiciaire concernant sa créance et a pris les mesures prescrites par la loi pour faire exécuter la décision (telles que la saisie de certains biens ou l'enregistrement de la décision) a l'équivalent d'une sûreté sur lesdits biens. Cette sûreté a pour effet de donner aux créanciers judiciaires priorité sur les créanciers chirographaires ordinaires du constituant en ce qui concerne ce bien.

57. Les créanciers judiciaires se voient accorder cette priorité sur les autres créanciers chirographaires en reconnaissance des dispositions juridiques qu'ils ont prises pour recouvrer leurs créances, ce qui n'est pas injuste pour ces autres créanciers, car ceux-ci ont également le droit d'obtenir une décision judiciaire concernant leurs créances. Toutefois, pour ne pas donner un pouvoir excessif aux créanciers judiciaires dans les systèmes juridiques où un seul créancier peut demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, les lois sur l'insolvabilité prévoient que les sûretés créées par décision judiciaire prise pendant une période spécifiée antérieure à la procédure peuvent être annulées par le représentant de l'insolvabilité.

58. Lorsqu'un créancier judiciaire se voit attribuer l'équivalent d'une sûreté, un créancier existant qui détient une sûreté conventionnelle antérieure sur certains biens aurait intérêt à veiller à ce que sa sûreté conserve la priorité sur la sûreté obtenue par jugement, en particulier lorsqu'il s'agit de biens sur lesquels il s'est déjà fondé pour octroyer un crédit. De son côté, le créancier judiciaire a intérêt à obtenir la priorité concernant les biens qui ont une valeur suffisante pour constituer une source de remboursement de sa créance.

59. De nombreux systèmes juridiques qui ont un système d'inscription classent les sûretés en fonction du moment de leur inscription, ce qui signifie qu'une sûreté conventionnelle sur un bien inscrite antérieurement primera une sûreté judiciaire subséquente sur le même bien. Inversement, une sûreté conventionnelle sur le bien après qu'un créancier a obtenu, sous une forme ou une autre, une sûreté judiciaire donnera lieu à une sûreté de rang inférieur à la sûreté judiciaire existante. En général, les créanciers acceptent cette approche à condition que la sûreté judiciaire fasse l'objet d'une publicité suffisante pour qu'ils puissent en être informés comme il convient et prennent en compte son existence dans leur décision d'octroyer un crédit.

60. Cette règle admet généralement une exception lorsqu'elle s'applique aux avances futures (examinées de façon plus détaillée à la section 3 a) ci-dessus). Si, habituellement, une sûreté inscrite antérieurement prime une sûreté judiciaire pour ce qui est des crédits consentis avant la date où la sûreté judiciaire prend effet, ce n'est pas le cas, en général, pour ce qui est des crédits consentis après cette date (à moins qu'ils n'aient été promis avant). Ainsi, dans l'exemple 2 (voir A/CN.9/WP.VI/WP.11/Add.1, par. 25), le prêteur B accorde des prêts à ABC, qui sont garantis par l'ensemble des créances de sommes d'argent et les stocks existants et futurs de cette entreprise. Si un créancier chirographaire obtient une décision judiciaire contre ABC et se voit ainsi accorder une sûreté sur les stocks de

l'entreprise, la sûreté du prêteur B sur les stocks aura la priorité sur la sûreté judiciaire pour ce qui est des prêts que le prêteur B a consentis aussi bien avant la date où le jugement a pris effet que pendant une période spécifiée ultérieure à cette date. Toutefois, la sûreté judiciaire aura la priorité pour ce qui est de tous prêts supplémentaires consentis par le prêteur B après la période spécifiée (à moins que le prêteur B se soit engagé, avant la date d'effet du jugement, à accorder ces prêts supplémentaires).

61. Pour éviter que les créanciers garantis existants ne consentent des avances supplémentaires fondées sur la valeur de biens soumis à des sûretés judiciaires, il faudrait un mécanisme pour les aviser de l'existence de ces sûretés. Dans de nombreux pays où existe un système d'inscription, on soumet à cette fin les sûretés à inscription. En l'absence de système d'inscription, ou si les sûretés judiciaires n'y sont pas soumises, le créancier judiciaire pourrait être tenu d'adresser notification de la décision aux créanciers garantis existants. En outre, la loi peut prévoir que la priorité de ces derniers est maintenue pendant une certaine période (par exemple de 45 à 60 jours) après l'inscription de la sûreté (ou après que le créancier a reçu notification) de sorte que le créancier peut prendre des mesures pour protéger ses intérêts en conséquence. Moins le créancier garanti disposera de temps pour réagir à l'existence des sûretés judiciaires, et moins ces dernières seront portées à la connaissance du public, plus leur existence potentielle aura une influence négative sur l'offre et le coût de facilités de crédit sous forme d'avances futures.

e) Acheteurs de biens grevés

62. Lorsqu'un constituant vend des biens déjà grevés de sûretés, l'acheteur souhaite recevoir les biens libres de toute sûreté, tandis que le créancier garanti existant est soucieux de conserver sa sûreté sur les biens vendus (à moins que le créancier garanti n'ait consenti à la vente). Il importe d'avoir des règles de priorité conciliant les intérêts des deux parties et de trouver un équilibre approprié. Si les droits d'un créancier garanti sur des biens particuliers sont menacés chaque fois que le constituant vend des biens grevés, la valeur de ces biens en tant que sûreté serait considérablement réduite et l'obtention de crédits bon marché sur cette valeur serait compromise.

63. On fait parfois valoir que le créancier garanti n'est pas lésé par la vente des biens libérés de sa sûreté à condition qu'il conserve une sûreté sur le produit de la vente. Toutefois, celle-ci ne le protégera pas nécessairement car le produit n'a souvent pas la même valeur pour lui que les biens initialement grevés. Dans de nombreux cas, le produit a peu de valeur, voire n'en a pas du tout, en tant que sûreté (par exemple, une créance qui ne peut être recouvrée). Dans d'autres cas, le créancier pourrait avoir des difficultés à identifier le produit et son droit sur ce dernier risque alors d'être illusoire. En outre, le produit, même s'il a de la valeur pour le créancier garanti, risque d'être dilapidé par le vendeur qui le reçoit, laissant le créancier démuni. Les systèmes juridiques ont adopté différentes règles pour concilier les intérêts des créanciers garantis et ceux des personnes achetant des biens grevés aux constituants non dépossédés.

i. Règle fondée sur le cours normal des affaires

64. Une approche adoptée dans de nombreux système prévoit que la vente par le constituant de biens grevés sous la forme de stocks dans le cours normal de ses

affaires entraînera l'extinction automatique de toutes les sûretés que le créancier garanti détient sur lesdits biens, sans qu'aucune autre action de la part de l'acheteur, du vendeur ou du créancier garanti ne soit nécessaire. En revanche, la vente de stocks en dehors du cours normal des affaires du constituant n'éteindra pas les sûretés, le créancier garanti pouvant, en cas de défaillance de ce dernier (voir A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.2, par. 5, définition de "défaillance"), réaliser sa sûreté sur les stocks qui se trouvent entre les mains de l'acheteur (à moins, bien sûr, qu'il n'ait consenti à la vente). Lorsque la convention constitutive de sûreté en dispose ainsi, la vente elle-même peut constituer une défaillance donnant au créancier garanti le droit de réaliser ses sûretés; dans le cas contraire, il ne peut le faire tant qu'il n'y a pas eu de défaillance).

65. Pour pouvoir être considéré comme "acheteur dans les conditions normales du commerce", le vendeur des biens doit être un professionnel vendant des biens du même genre. En outre, l'acheteur doit ignorer que la vente était interdite par les conditions de la convention constitutive de sûreté entre le vendeur et un prêteur au vendeur qui était titulaire de sûretés sur les biens (voir A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, par. 17 aa), définition d'"acheteur dans les conditions normales du commerce").

66. Cette règle constitue sans doute un moyen simple et transparent de déterminer si les biens sont vendus libres de toute sûreté. Par exemple, un concessionnaire vendant une voiture à un consommateur réalise de toute évidence une vente de stocks dans le cours normal de ses affaires et le consommateur devrait automatiquement prendre la voiture libérée de toutes sûretés constituées en faveur des créanciers du concessionnaire. Par contre, la vente par ce dernier de plusieurs voitures à la fois à un autre concessionnaire n'entrerait probablement pas dans le cours normal des affaires. Cette règle correspond à ce que l'on attend d'un point de vue commercial, à savoir que le constituant vendra ses stocks de biens (et il doit du reste le faire pour assurer sa viabilité) et que les acheteurs de ces biens les acquerront libres de toute sûreté. Sans cette exception, la faculté du constituant de vendre des biens dans le cours normal de ses affaires serait gravement compromise, car les acheteurs devraient s'enquérir des droits existant sur les biens avant de les acheter, ce qui entraînerait des coûts élevés et entraverait considérablement les opérations courantes.

67. Afin d'encourager ce type de transferts dans le cours normal des affaires, et d'éliminer l'incertitude qui résulte de la subordination de la priorité à la connaissance de la sûreté antérieure (voir par. 11), de nombreux systèmes juridiques prévoient que les acheteurs obtiennent les biens libres de toute sûreté même s'ils savent effectivement que ceux-ci sont grevés. Cette considération est si importante que certains systèmes juridiques autorisent même un acheteur de biens sachant pertinemment qu'il existe une sûreté sur ces derniers à les prendre libres de cette sûreté même si celle-ci n'est pas opposable aux tiers. Toutefois, comme il a été indiqué plus haut (voir par. 65), dans certains systèmes juridiques, un acheteur n'est pas autorisé à le faire s'il savait que la vente avait été réalisée en violation d'une convention entre le vendeur et son créancier interdisant la vente des biens sans le consentement de ce dernier.

68. En ce qui concerne les ventes réalisées en dehors du cours normal des affaires du constituant, à condition que la sûreté du créancier soit soumise à inscription dans un système d'inscription fiable et facilement accessible, l'acheteur peut se protéger

en faisant une recherche dans ledit système pour déterminer si le bien qu'il achète est grevé et, dans l'affirmative, essayer d'obtenir du créancier garanti la mainlevée de la sûreté. Dans certains systèmes, les articles bon marché sont exemptés de cette règle, car le coût des recherches imposées aux acheteurs potentiels ne serait pas justifié. En revanche, on peut faire valoir que si un article est vraiment bon marché, il est peu probable qu'un créancier garanti réalise sa sûreté contre le bien qui est entre les mains de l'acquéreur. En outre, le fait de déterminer quels articles sont suffisamment bon marché pour être ainsi exemptés conduirait à fixer des limites arbitraires et supposerait des révisions permanentes pour tenir compte des fluctuations de coût dues à l'inflation et à d'autres facteurs.

69. Dans certains pays qui ont un système d'inscription dans lequel on ne peut faire des recherches que d'après le nom du constituant, et non la désignation des biens grevés, un acquéreur qui achète les biens à un vendeur qui les a lui-même déjà achetés au constituant (un "acheteur éloigné") obtient les biens libres des sûretés consenties par le constituant. Cette règle se justifie par le fait qu'il serait difficile pour un acheteur éloigné de découvrir l'existence d'une sûreté consentie par un précédent propriétaire des biens grevés. Dans de nombreux cas, les acheteurs éloignés ignorent que le bien avait un propriétaire antérieur et, de ce fait, n'ont pas de raison de faire des recherches sur lui.

70. Un inconvénient possible de la règle fondée sur le cours normal des affaires est qu'un acheteur ne saura peut-être pas toujours avec certitude (en particulier dans le commerce international) quelles activités pourraient ou non s'inscrire dans le cours normal des affaires du vendeur. Un autre inconvénient éventuel serait que, si cette règle était appliquée uniquement aux ventes de stocks à l'exclusion d'autres biens, l'acheteur risquerait de ne pas savoir exactement si les biens qu'il acquiert sont considérés comme des stocks par le vendeur. Toutefois, il est à noter que, dans une relation acheteur-vendeur normale, les acheteurs sauront très probablement à quel type d'activité se livre le vendeur, et la règle fondée sur le cours normal des affaires serait alors celle qui correspond aux attentes des parties. En outre, cette règle facilite le commerce et permet aux créanciers garantis de protéger de manière efficace et économique leurs intérêts sans compromettre la promotion du crédit garanti. De plus, ces inconvénients éventuels ne concerneraient pas le commerce de détail (dans lequel la vente est présumée entrer dans le cours normal des affaires du vendeur et où l'acheteur n'est pas tenu de vérifier le registre), tandis que dans d'autres cas les acheteurs pourraient se protéger en négociant avec les vendeurs (et leurs créanciers garantis) pour obtenir les biens libres de toute sûreté.

ii. Autres règles

71. Une autre solution adoptée par certains systèmes juridiques pour régler le problème est de prévoir qu'un acheteur obtient les biens libres de toute sûreté s'il les achète "de bonne foi" (autrement dit s'il n'a pas ou n'est pas censé avoir connaissance de l'existence des sûretés). On justifie cette règle notamment par le fait que la notion de "bonne foi" est connue de tous les systèmes juridiques et qu'elle a déjà été très souvent appliquée aux niveaux tant national qu'international. On fait également valoir qu'un acheteur devrait être présumé agir de bonne foi sauf preuve contraire.

72. D'autres approches sont possibles pour combiner la règle fondée sur la "bonne foi" et celle fondée sur le "cours normal des affaires". L'une d'elles consiste à

retenir la notion de “cours normal des affaires” comme critère principal et à appliquer le critère de “bonne foi” à la situation des “acheteurs éloignés” décrite plus haut (voir par. 69). Ainsi, l’acheteur éloigné prendrait les biens libres des sûretés constituées par la partie à laquelle son vendeur direct a acheté les biens, sauf s’il avait ou était censé avoir connaissance de l’existence des sûretés. Même si cette solution peut involontairement donner lieu à des abus, un constituant pouvant en effet léser les droits du créancier garanti en vendant les biens en dehors du cours normal des affaires à une partie qui les vendrait ensuite dans le cours normal des affaires, il y est impérativement nécessaire de protéger les acheteurs éloignés. Un moyen de protéger les créanciers garantis dans ce cas est d’obliger le constituant de mauvaise foi à les dédommager.

f) Titulaires de droits de revendication

73. Dans de nombreux systèmes juridiques, un fournisseur qui vend des biens à crédit sans garantie peut les revendiquer auprès de l’acheteur dans un délai spécifié (appelé “délai de revendication”) après avoir découvert que l’acheteur est devenu insolvable. Après restitution des biens au vendeur, le contrat dans le cadre duquel ceux-ci ont été initialement vendus est généralement réputé résolu.

74. Bien que le fournisseur souhaite que ce délai soit aussi long que possible pour protéger ses intérêts, les autres créanciers seront réticents à consentir des crédits garantis par des biens pouvant faire l’objet d’un droit de revendication. En outre, si le fournisseur est véritablement préoccupé par le risque crédit, il pourrait insister pour que soit constituée une sûreté sur les biens qu’il fournit à crédit en garantie de leur prix d’achat. Par conséquent, s’il importe que les fournisseurs soient autorisés à revendiquer les biens qu’ils fournissent à crédit sans garantie pour avoir certains droits sur eux, le délai de revendication devrait toutefois être court (30 à 45 jours au plus) pour ne pas faire obstacle aux prêts en général.

75. Une question importante est de savoir si le droit de revendication sur des biens particuliers devrait primer les sûretés déjà constituées sur les mêmes biens, autrement dit, si, dans le cas où un tiers octroyant un financement détient des sûretés effectives sur les stocks de l’acheteur, y compris les biens revendiqués, ces derniers devraient être restitués au vendeur libres de ces sûretés. Dans certains systèmes juridiques, la revendication a un effet rétroactif, si bien que le vendeur se retrouve dans la même situation qu’avant la vente (à savoir qu’il détient des biens ne faisant l’objet d’aucune sûreté en faveur des créanciers de l’acheteur). En revanche, dans d’autres systèmes, les biens restent grevés, au motif que tout autre résultat non seulement serait injuste pour un créancier préexistant de l’acheteur qui aurait consenti un crédit sur la base de ces biens mais créerait également des incertitudes et, partant, découragerait le financement sur stocks.

76. Dans de nombreux systèmes juridiques, le droit de revendication sur des biens particuliers est éteint lorsque ces biens sont incorporés à d’autres biens dans le processus de fabrication ou ne peuvent simplement plus être identifiés, ou lorsqu’ils sont vendus à un tiers.

g) Preneurs à bail

77. Des conflits de priorité naissent parfois entre le titulaire d’une sûreté sur un bien consentie par le propriétaire/bailleur du bien qui est opposable aux tiers et un

preneur de ce bien. La principale question, dans ce cas, est de savoir, si le détenteur de cette sûreté l'a réalisée, si le preneur pourrait néanmoins continuer d'utiliser le bien tant qu'il paie le loyer et respecte les conditions du bail.

78. Pour répondre à cette situation, certains systèmes juridiques ont adopté une approche selon laquelle le preneur à bail de biens prime une sûreté sur les biens constituée par le bailleur si le bail est conclu dans le cours normal des affaires du bailleur, même si le preneur à bail avait connaissance de l'existence de la sûreté. Ainsi, même si, dans cette situation, le créancier garanti a réalisé sa sûreté et vendu le droit du bailleur à un tiers lors d'une vente en réalisation, le tiers acquerrait la propriété du bien objet du bail, et le preneur aurait le droit de continuer de l'utiliser conformément aux conditions du bail.

79. Il y a parfois une exception si, au moment où le preneur a pris le bail, il savait que celui-ci était en violation des droits du créancier garanti, comme ce serait le cas s'il savait que la convention constitutive de sûreté portant création de la sûreté interdisait spécifiquement au constituant de donner le bien à bail. En revanche, la simple connaissance de l'existence de la sûreté, attestée par un avis inscrit dans le système d'inscription des sûretés, ne serait pas suffisante pour mettre fin à la priorité du preneur.

h) Détenteurs d'instruments négociables et de documents négociables

80. De nombreux régimes d'opérations garanties ont adopté une règle spéciale de priorité pour les instruments négociables (tels que les billets à ordre) et les documents négociables (tels que les récépissés d'entrepôt et les connaissements négociables), selon laquelle les détenteurs de tels biens peuvent les acquérir libres des créances d'autres personnes, y compris des détenteurs de sûretés valides. Ce statut spécial reflète l'importance du concept de négociabilité dans ces systèmes, et la volonté de le conserver. En général la loi (que ce soit le régime des opérations garanties ou une autre loi applicable) n'accorde ce statut spécial qu'aux détenteurs répondant à certaines normes spécifiées de bonne foi (par exemple pour avoir l'assurance qu'ils n'agissent pas en collusion avec la personne dont ils ont reçu le bien).

i) Titulaires de droits sur une somme d'argent

81. De nombreux régimes d'opérations garanties accordent un statut similaire à une personne qui donne une contrepartie en échange d'argent et est en possession de l'argent, et lui permettent de prendre cet argent libre des créances d'autres personnes, y compris des titulaires de sûretés valides sur cet argent. Cette règle spéciale de priorité vise à protéger la libre circulation de l'argent comme moyen d'échange non grevé. Des règles différentes s'appliquent souvent lorsque l'argent est déposé sur un compte bancaire, où lorsqu'il peut être établi que le détenteur de la somme d'argent est en collusion avec le constituant pour compromettre la priorité du titulaire de sûretés sur la somme d'argent ou ayant d'autres prétentions sur cette somme.

j) Créanciers légaux (privilégiés)

82. De nombreux systèmes juridiques, dans le souci d'atteindre un objectif sociétal général (par exemple, la protection des recettes fiscales ou des salaires),

donnent la priorité à certaines créances non garanties (dans le cadre voire en dehors d'une procédure d'insolvabilité) sur d'autres créances non garanties et, dans certains cas, sur des créances garanties (y compris des créances garanties antérieurement inscrites). Par exemple, pour protéger les créances salariales (salaires non versés) et fiscales (impôts non acquittés), certains systèmes juridiques leur donnent la priorité sur des sûretés qui existaient antérieurement. Les objectifs sociétaux différant selon les pays, la nature précise des créances protégées (par exemple créances salariales ou d'un autre type) et la mesure dans laquelle la priorité leur est attribuée, diffèrent également.

83. L'avantage de privilégier certaines créances est la possibilité de poursuivre un objectif sociétal. L'inconvénient éventuel est que ces types de privilèges peuvent proliférer au point d'entamer la certitude des créanciers existants et potentiels et de faire ainsi obstacle à l'offre de crédit garanti bon marché. En outre, même si un créancier existant ou potentiel peut en déterminer l'existence avec certitude, ces créances privilégiées (qu'elles naissent dans le cadre ou en dehors d'une procédure d'insolvabilité) auront des effets négatifs sur l'offre de crédit garanti et le coût du crédit; du fait qu'elles réduisent la valeur économique d'un bien pour les créanciers garantis, ceux-ci répercuteront généralement le fardeau économique qu'elles représentent sur le constituant en relevant les taux d'intérêt ou en déduisant leur montant estimé du crédit octroyé.

84. Pour éviter de décourager le crédit garanti, dont l'offre est également un objectif sociétal, il faudrait soigneusement peser les divers objectifs sociétaux avant de décider de privilégier telle ou telle créance. Les créances privilégiées devraient être aussi limitées que possible et n'être autorisées que lorsqu'il n'y a pas d'autre moyen efficace d'atteindre l'objectif sociétal poursuivi et que le système juridique a déterminé que leur impact sur l'offre de crédit bon marché est acceptable. Par exemple, certains systèmes juridiques protègent les recettes fiscales en incitant les dirigeants d'entreprise à régler rapidement leurs problèmes financiers sous peine d'être tenus personnellement responsables, et les créances salariales grâce à un fond public.

85. S'il existe des créances privilégiées, les lois qui en portent création devraient être suffisamment claires et transparentes pour qu'un créancier puisse en calculer le montant potentiel et se protéger. Dans certains systèmes juridiques, cette clarté et cette transparence sont assurées par l'énumération de toutes les créances privilégiées dans une loi ou en annexe à la loi. D'autres systèmes exigent, à cette fin, que les créances privilégiées soient inscrites sur un registre public et ne leur accordent la priorité que sur les sûretés inscrites ultérieurement. Dans ces systèmes, la priorité est donnée aux sûretés qui, ou bien ont été inscrites avant les créances privilégiées, ou bien ont été constituées dans un délai spécifié, par exemple 45 à 60 jours après l'inscription des créances privilégiées, si les sûretés préexistantes garantissent l'engagement de fournir des avances futures. Toutefois, cette obligation d'inscription présente un inconvénient pour certaines créances privilégiées qui naissent immédiatement avant une procédure d'insolvabilité: il risque en effet d'être difficile d'en calculer le montant ou des les inscrire dans les délais.

k) Titulaires de droits acquis sur des biens grevés pour leur amélioration ou leur stockage

86. Dans certains systèmes juridiques, les créanciers qui ont, d'une manière ou d'une autre, valorisé des biens, par exemple en les réparant, détiennent sur ceux-ci une sûreté, qui prime généralement les autres sûretés constituées sur les mêmes biens. Cette règle de priorité a l'avantage non seulement d'inciter ceux qui apportent cette valeur ajoutée à poursuivre leurs efforts, mais également de faciliter l'entretien et la conservation de biens grevés. Tant que la créance garantie par elle se limite à un montant reflétant le supplément de valeur apporté au bien grevé, cette sûreté et son rang élevé ne devraient pas être contestables par les créanciers garantis existants.

87. Certains systèmes prévoient aussi que les créanciers, tels que des bailleurs et des entreposeurs, qui stockent les biens grevés ou louent à un constituant les locaux dans lesquels sont stockés les biens grevés, ont une sûreté sur ces biens afin de s'assurer le paiement des loyers et des frais de stockage. Cette sûreté prime souvent les sûretés constituées sur les mêmes biens pour garantir d'autres créances.

88. Dans de nombreux systèmes juridiques, les sûretés décrites dans les deux paragraphes précédents ne sont pas soumises à inscription et seule la diligence raisonnable d'un créancier potentiel permet d'en déceler l'existence. En conséquence, elles sont souvent qualifiées d'"occultes". Si elles ont l'avantage de protéger les droits des parties qui en bénéficient sans que ces dernières soient obligées de supporter les dépenses liées à l'inscription, elles n'en constituent pas moins un sérieux obstacle à l'octroi de crédits garantis, car elles empêchent les créanciers de déterminer s'il existe des sûretés concurrentes. Comme cela a été indiqué au chapitre V (voir A/CN.9/WG.VI/WP.14, par. 56 à 59), il faudrait envisager d'exiger qu'un avis concernant ces sûretés soit déposé dans le système d'inscription.

89. Si les législateurs donnent la priorité aux droits de ces prestataires de services, la question est de savoir si ces droits devraient porter sur un montant limité et s'ils devraient être considérés comme des créances privilégiées uniquement dans certaines circonstances. Une solution serait de limiter le montant (par exemple, un mois de loyer dans le cas des bailleurs) et d'accorder la priorité sur des sûretés préexistantes seulement si la valorisation profite directement aux titulaires de ces sûretés. Une autre solution serait de ne pas fixer de limite car cela restreindrait injustement l'offre de crédit à ces prestataires de services. En outre, une limitation du montant serait sans doute inutile car les créanciers garantis peuvent se protéger contre les créances nées de cette prestation de services de différentes manières, par exemple en restreignant contractuellement la mesure dans laquelle les constituants peuvent conclure des contrats pour ce type de services ou en réservant une fraction suffisante du crédit octroyé pour pouvoir payer les prestataires en cas de défaillance du constituant.

l) Titulaires de sûretés sur des immeubles par destination

90. Dans la mesure où un régime d'opérations garanties permet la constitution de sûretés sur des immeubles par destination (approche recommandée par le présent Guide), il devrait également énoncer des règles régissant le rang de priorité du titulaire de telles sûretés vis-à-vis de personnes qui détiennent des droits sur le bien

immeuble auquel ils sont attachés (par exemple une personne, autre que le constituant, qui a un droit de propriété sur le bien immeuble, un acheteur de ce bien ou un créancier dont les sûretés grèvent le bien immeuble dans son ensemble). De telles règles de priorité pourraient utilement traiter des cas où les sûretés sur les immeubles par destination ont été constituées avant les sûretés sur les biens immeubles, et inversement, où les sûretés sur les biens meubles corporels ont été constituées avant que ces derniers ne deviennent des immeubles par destination et après qu'ils le sont devenus. Lors de l'élaboration de règles de priorité pour les immeubles par destination, il faudrait veiller à ne pas porter inutilement atteinte aux principes bien établis du droit immobilier.

m) Donataires

91. La position de celui qui reçoit un bien grevé à titre de donation ("donataire") est quelque peu différente de celle d'un acheteur ou du bénéficiaire d'un transfert à titre onéreux. Comme le donataire n'a pas déboursé d'argent, il n'a pas de preuve objective pour invoquer la confiance légitime dans la propriété apparemment non grevée du constituant. Aussi, dans un conflit de priorité entre le donataire d'un bien et le détenteur d'une sûreté constituée par le donateur sur ce bien, il existe un argument solide en faveur de l'octroi de la priorité au créancier garanti, même dans les cas où la sûreté n'était pas par ailleurs opposable aux tiers. D'un autre côté, il peut y avoir des motifs valables de s'écarter de ce principe dans des cas particuliers, par exemple lorsque le donataire a modifié sa position à la suite du don, sous réserve du droit du créancier garanti et du représentant de l'insolvabilité du donateur de contester le don en vertu des lois applicables sur la transmission frauduleuse lorsqu'il peut être démontré qu'il y a eu collusion entre le donataire et le donateur pour compromettre les droits du créancier garanti.

n) Représentants de l'insolvabilité

92. Il importe particulièrement qu'un créancier garanti soit en mesure de déterminer quel sera son rang si une procédure d'insolvabilité est engagée par ou contre le constituant, car il n'y aura très probablement pas assez de biens pour désintéresser tous les créanciers et les biens grevés lui servant de garantie sont peut-être sa principale ou son unique source de remboursement. C'est pourquoi, lorsqu'ils décident d'octroyer un crédit et qu'ils évaluent leur rang, les créanciers garantis, généralement, se soucient surtout de savoir quel sera ce rang dans le cas où le constituant ferait l'objet d'une procédure d'insolvabilité. Il importe donc qu'une sûreté obtenue régulièrement ne soit pas déclassée ou son rang remis en cause dans une procédure d'insolvabilité, sous réserve des dispositions applicables des lois sur l'insolvabilité concernant les créances privilégiées et les actions en annulation. On ne saurait trop souligner combien ce point est essentiel dans l'élaboration d'une loi efficace sur les opérations garanties. Si les lois sur le crédit garanti et sur l'insolvabilité ne sont pas claires à ce sujet, les créanciers seront beaucoup moins disposés à octroyer ce type de crédit.

93. Afin de rémunérer dûment les représentants de l'insolvabilité pour leur travail dans le cadre de la procédure d'insolvabilité, on leur accorde souvent une créance superprivilégiée sur les biens de la masse de l'insolvabilité. Cette créance et la mesure dans laquelle un représentant de l'insolvabilité peut être habilité à contester les sûretés dans différentes circonstances sont examinées en détail au chapitre IX.

6. Accords de subordination

94. Dans de nombreux systèmes juridiques, la priorité peut être modifiée – et l'est souvent – par un créancier garanti, unilatéralement ou par contrat privé avec d'autres créanciers garantis. Par exemple, le prêteur A titulaire d'une sûreté sur tous les biens existants et à venir d'un constituant en vertu d'une sûreté sur la totalité de l'actif pourrait autoriser le constituant à donner au prêteur B une sûreté de premier rang sur un bien particulier afin de pouvoir obtenir de ce dernier des moyens de financement supplémentaires sur la base de la valeur du bien. Ces accords doivent être distingués des accords de subordination entre créanciers non garantis qui renoncent au principe d'égalité de traitement des créances non assorties d'une sûreté. La reconnaissance de la validité de la subordination de sûretés, unilatéralement ou conventionnellement, correspond à une politique bien établie (voir, par exemple, l'article 25 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances).

95. De tels accords de subordination sont parfaitement acceptables tant qu'ils n'ont d'incidence que pour les parties qui consentent effectivement aux modifications. Ils ne doivent pas léser les droits des créanciers qui n'y sont pas parties. En outre, il est essentiel que la priorité reconnue dans un accord de subordination continue à s'appliquer en cas d'insolvabilité du constituant, ce que devraient prévoir les lois sur l'insolvabilité. En fait, dans certains pays, il peut être nécessaire qu'une telle disposition figure dans la législation sur l'insolvabilité pour que les tribunaux puissent faire exécuter les accords de subordination et pour que les représentants de l'insolvabilité puissent trancher les conflits de priorité entre parties à de tels accords sans s'exposer à une responsabilité civile (voir chap. IX).

7. Pertinence de la priorité avant réalisation

96. Une autre question importante est de savoir si la priorité joue uniquement après que le constituant a manqué à l'obligation sous-jacente ou si elle joue aussi avant. De nombreux pays adoptent la première approche, autorisant ainsi le détenteur d'une sûreté non prioritaire (en l'absence de convention contraire entre le réclamant prioritaire et les réclamants non prioritaires) à recevoir des paiements échelonnés au titre de l'obligation due même si l'obligation garantie ayant la priorité n'a pas été payée intégralement. Cette approche repose sur l'idée que, en l'absence de convention contraire et avant défaillance, un constituant devrait être libre de disposer de ses biens et d'utiliser le produit pour acquitter ses obligations à mesure qu'elles viennent à terme, indépendamment de la priorité relative des sûretés constituées sur ces biens. Imposer au réclamant non prioritaire de remettre le paiement au réclamant prioritaire en l'absence d'une telle convention expresse, représenterait un obstacle majeur à l'octroi par celui-ci de moyens de financement.

97. La situation peut être différente si le réclamant non prioritaire a reçu le produit du recouvrement, de la vente ou d'un autre acte de disposition du bien grevé. Dans de tels cas, certains pays l'obligent à remettre le produit au réclamant prioritaire s'il savait, lorsqu'il l'a reçu, que le constituant était tenu de le remettre au réclamant prioritaire. La justification de cette règle est la même que celle donnée à la section 5 e) ci-dessus concernant les acheteurs de biens grevés.

B. Recommandations

[*Note au Groupe de travail: Les documents A/CN.9/WG.VI/WP.13 et Add.1 regroupant toutes les recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, les recommandations relatives à la priorité ne sont pas reproduites ici. Une fois les recommandations finalisées, le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer si elles devraient être reproduites à la fin de chaque chapitre ou dans un appendice à la fin du Guide, ou encore aux deux endroits.*]

A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.2

Rapport du Secrétaire général concernant le projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumis au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa sixième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
IX.	Défaillance et réalisation	1-34
A.	Remarques générales	1-33
1.	Introduction	1-4
2.	Défaillance	5
3.	Réalisation	6-33
a)	Généralités	6-9
b)	Avis de réalisation	10-11
c)	Mesure dans laquelle les tribunaux supervisent la réalisation	12-16
d)	Liberté des parties de convenir de la procédure de réalisation	17
e)	Acceptation des biens grevés à titre d'exécution de l'obligation garantie	18-19
f)	Libération des biens grevés	20
g)	Autorisation donnée au constituant de disposer des biens grevés	21
h)	Appréhension des biens grevés entre les mains du constituant	22-23
i)	Vente ou autre mode de disposition des biens grevés	24-27
j)	Répartition du produit de la disposition	28-29
k)	Extinction de la sûreté	30
l)	Variations par rapport au cadre général	31-32
m)	Actions judiciaires intentées par d'autres créanciers	33
B.	Recommandations	

IX. Défaillance et réalisation

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Un créancier garanti raisonnable s'attend à ce qu'un débiteur s'acquitte de ses obligations sans qu'il soit obligé de faire jouer sa sûreté sur les biens grevés. Un débiteur raisonnable s'attend lui aussi à pouvoir remplir ses obligations. L'un et l'autre sont toutefois conscients que, dans certains cas, le débiteur ne sera pas en mesure de respecter ses engagements, par exemple en raison d'une mauvaise gestion ou d'erreurs d'appréciation en matière commerciale, mais également pour des motifs indépendants de sa volonté, tels qu'une baisse d'activité dans un secteur particulier ou des difficultés économiques plus générales.

2. Le plus souvent, les créanciers examinent périodiquement les activités commerciales de leurs débiteurs et les biens grevés et prennent contact avec ceux qui semblent avoir des difficultés financières. Les débiteurs coopèrent généralement avec leurs créanciers pour trouver des moyens de surmonter ces difficultés. En travaillant ensemble, un débiteur et ses créanciers peuvent conclure un "concordat" ou un accord de "restructuration", qui prolonge le délai de paiement, réduit l'obligation du débiteur ou modifie les conventions constitutives de sûreté. Deux principaux facteurs juridiques pèsent sur les négociations visant à parvenir à un concordat: le droit du créancier garanti de réaliser ses sûretés si le débiteur ne s'acquitte pas de l'obligation garantie et la possibilité qu'une procédure d'insolvabilité soit engagée par ou contre le débiteur.

3. Au cœur d'un régime d'opérations garanties se trouve le droit du créancier garanti de compter sur la valeur des biens grevés pour se rembourser si le débiteur est défaillant. L'existence de mécanismes de réalisation efficaces et économiques permettant aux créanciers de prévoir exactement ce qu'il leur en coûtera en temps et en argent pour faire exécuter l'obligation garantie et combien ils pourraient retirer de la disposition des biens grevés aura un impact sur l'offre de crédit et le coût du crédit. Un régime d'opérations garanties devrait, par conséquent, comporter des règles de fond et de procédure à la fois efficaces, prévisibles et économiques pour la réalisation d'une sûreté après la défaillance d'un débiteur. Ces règles devraient être claires, simples et transparentes pour qu'il n'y ait aucun doute sur l'issue probable de la procédure de réalisation. Elles devraient aussi prévoir des mesures de protection raisonnables pour les intérêts du débiteur, du constituant et d'autres personnes ayant un droit sur les biens grevés.

4. Le présent chapitre examine la réalisation de la sûreté par le créancier garanti en cas d'inexécution de l'obligation garantie ("défaillance"; voir par. 5) de la part du débiteur avant l'engagement d'une procédure d'insolvabilité ou avec l'autorisation de l'organe compétent dans le cadre de la procédure d'insolvabilité (l'insolvabilité est traitée au chapitre IX).

2. Défaillance

5. Lorsqu'il ne s'acquitte pas de l'obligation garantie, le débiteur est "défaillant". La défaillance du débiteur est une condition préalable au droit du créancier garanti de réaliser sa sûreté sur les biens grevés. L'accord conclu entre les parties et le droit

général des obligations déterminent ce qui constitue un cas de défaillance, s'il y a eu ou non défaillance, si un avis de défaillance doit être adressé et si le débiteur doit être autorisé à remédier à la défaillance. Ce dernier doit en principe prendre l'initiative de contester en justice un cas de défaillance invoqué par le créancier garanti ou le calcul du montant dû en raison de la défaillance. Pour ne pas retarder indûment une réalisation légitime, ce type de recours devrait être examiné rapidement. La procédure devrait comporter des garanties de nature à dissuader les débiteurs de présenter des contestations dépourvues de fondement en vue de retarder la réalisation.

3. Réalisation

a) Généralités

6. La question essentielle pour un régime d'opérations garanties est de savoir quelles modifications devraient éventuellement être apportées aux règles normales de recouvrement des créances pour faciliter la réalisation des sûretés. Certains régimes prévoient une procédure judiciaire accélérée. D'autres délèguent au créancier garanti le pouvoir de déterminer s'il y a eu manquement, de prendre possession des biens grevés et d'en disposer sans intervention directe des pouvoirs publics ou d'un administrateur indépendant. Les procédures accélérées et les délégations de pouvoir devraient cependant tenir compte du droit d'autres personnes à être entendues afin de protéger leurs revendications légitimes concernant les biens grevés. En outre, la répartition des ressources au sein du système judiciaire et toute délégation de pouvoirs à des particuliers soulèvent nécessairement des questions d'intérêt général. Il est essentiel que le rôle des autorités judiciaires ou d'autres autorités administratives dans la réalisation des sûretés soit déterminé de manière claire et simple.

٧. La maximisation du montant retiré de la disposition des biens grevés après la défaillance du débiteur profite à toutes les parties intéressées (c'est-à-dire le créancier garanti, le débiteur ou le constituant et les autres créanciers). Le créancier garanti bénéficie d'une réduction éventuelle du montant résiduel pouvant être dû par le débiteur en tant que dette non garantie après affectation du produit de la réalisation des biens grevés au paiement de l'obligation garantie. Le débiteur ou le constituant et les autres créanciers du débiteur, quant à eux, bénéficient soit d'une dette résiduelle moindre, soit d'un excédent de fonds plus important. Un régime d'opérations garanties qui facilite la disposition et en réduit le coût, tout en veillant à ce que le créancier garanti prenne des mesures commercialement raisonnables pour disposer des biens grevés, augmentera le produit de la réalisation desdits biens.

8. Une sûreté revêt une importance particulière pour un créancier garanti lorsque le débiteur connaît des difficultés financières. Un débiteur en proie à de telles difficultés risque davantage de ne pas s'acquitter de ses obligations et peut se retrouver, volontairement ou involontairement, soumis à une procédure d'insolvabilité. Si la procédure d'insolvabilité dresse trop d'obstacles sur le chemin du créancier garanti qui cherche à réaliser sa sûreté de sorte que la valeur de cette dernière est inférieure dans le cadre de la procédure à ce qu'elle serait en dehors, le débiteur et ses autres créanciers seront incités à précipiter son déclenchement. Lorsqu'il décide initialement d'octroyer un crédit, un créancier garanti soumis à un tel régime tient compte de la valeur moindre de la sûreté dans une procédure d'insolvabilité et réduit le crédit consenti ou en augmente le coût pour le débiteur

afin de compenser le risque accru auquel est exposée sa sûreté. Aussi des dispositions prévoyant la reconnaissance et la réalisation des sûretés dans la procédure d'insolvabilité apporteront-elles une sécurité et faciliteront-elles l'octroi de crédit (pour un examen de la réalisation des sûretés dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, voir chapitre IX).

9. Il importe que le système prenne en considération les intérêts du débiteur, du constituant et d'autres personnes ayant un droit sur les biens grevés. De nombreux systèmes imposent au créancier garanti, lorsqu'il exerce ses droits, l'obligation générale et absolue d'agir de bonne foi, de suivre des normes commercialement raisonnables et de respecter l'ordre public.

b) Avis de réalisation

10. Une loi sur les opérations garanties détermine normalement si un avis d'intention de réaliser la sûreté doit être donné et à qui. Un avis directement adressé au débiteur ou au constituant a principalement pour avantage d'avertir ceux-ci de la nécessité de protéger leurs droits sur les biens grevés (le débiteur sait qu'il est défaillant mais le tiers constituant l'ignore peut-être), par exemple en remédiant à la défaillance du débiteur, si cela est autorisé par ailleurs. Un avis donné aux autres parties intéressées permet à ces dernières de suivre la réalisation ultérieure de la sûreté par le créancier garanti et, si elles sont des créanciers garantis dont les sûretés sont prioritaires (et que le débiteur ne se soit pas acquitté de ses obligations envers elles non plus), de participer à la procédure de réalisation ou de la prendre en main. Les inconvénients d'un avis comprennent son coût, la possibilité qu'il donne à un débiteur ou un constituant peu coopératif de mettre les biens grevés hors de portée du créancier et le risque que d'autres créanciers se précipitent pour faire valoir leurs droits sur les biens de l'entreprise du débiteur. Du fait qu'ils exigent la notification de tout acte de disposition des biens grevés, de nombreux régimes n'imposent pas aussi l'envoi d'un avis de défaillance (voir par. 5).

11. En ce qui concerne d'autres situations dans lesquelles un avis peut être nécessaire, dans les systèmes juridiques exigeant un avis de défaillance, une loi sur les opérations garanties énonce en principe le contenu minimal de l'avis, la façon dont il doit être donné et le moment où il doit l'être. Ce faisant, elle pourrait établir une distinction entre un avis au débiteur, un avis au constituant lorsque ce dernier n'est pas le débiteur, un avis aux autres créanciers et un avis aux autorités publiques ou au public en général. Le créancier garanti pourrait, par exemple, être tenu de donner un préavis écrit au débiteur et au constituant et d'inscrire ensuite un avis dans un registre public (voir art. 54 de la Loi type interaméricaine). Il pourrait également être tenu d'aviser par écrit les autres créanciers garantis qui ont inscrit un avis de constitution de sûreté ou ont informé le créancier d'une autre façon. Une autre solution serait que le conservateur du registre soit tenu de donner un tel avis. En ce qui concerne les informations devant figurer dans l'avis au débiteur et au constituant, la loi pourrait exiger qu'il contienne le décompte, établi par le créancier garanti, du montant dû en raison de la défaillance et indique dans le détail les mesures que le débiteur ou le constituant peuvent prendre pour payer l'obligation garantie ou remédier à la défaillance. Le créancier garanti peut également être tenu d'indiquer, au moins à titre provisoire, les mesures qu'il a l'intention de prendre pour réaliser sa sûreté. Les avis aux autres parties intéressées n'ont probablement pas besoin d'être aussi précis.

c) Mesure dans laquelle les tribunaux supervisent la réalisation

12. Une question essentielle pour un régime d'opérations garanties est de savoir dans quelle mesure le créancier garanti doit recourir aux tribunaux ou à d'autres autorités (par exemple un huissier de justice, un notaire ou la police) plutôt qu'à une procédure extrajudiciaire pour réaliser sa sûreté. Pour protéger le débiteur et les autres parties ayant des droits sur les biens grevés, certains systèmes juridiques font obligation au créancier garanti de faire appel exclusivement aux tribunaux ou à d'autres autorités publiques pour réaliser sa sûreté. Cependant, du fait que, dans biens des cas, les procédures judiciaires ne permettent pas d'obtenir un résultat de manière rapide et économique ou de tirer le maximum possible des biens grevés, cette obligation aura un impact négatif sur l'offre et le coût du crédit. La durée et le coût de ces procédures réduisent la valeur de réalisation des biens grevés et seront pris en compte dans le coût de l'opération de financement.

13. Pour éviter ces problèmes, certains systèmes juridiques n'obligent pas le créancier garanti à saisir les tribunaux ou d'autres autorités publiques. Dans ces systèmes juridiques, le créancier garanti est souvent autorisé à réaliser sa sûreté sans intervention préalable d'institutions publiques officielles telles que les tribunaux, les huissiers de justice ou la police. D'autres systèmes juridiques ne prévoient qu'une intervention préalable limitée d'institutions publiques officielles dans la procédure de réalisation. Par exemple, le créancier garanti peut demander à un tribunal de rendre une ordonnance de remise en possession, ce que le tribunal fait sans entendre les parties (le débiteur peut cependant engager une procédure distincte pour contester cette ordonnance; voir art. 57 de la Loi type interaméricaine). Dans ce cas, une fois en possession du bien, le créancier garanti peut le vendre directement sans intervention du tribunal suivant certaines procédures prescrites (voir art. 59 de la Loi type interaméricaine). Cette approche se justifie par le fait qu'il est souvent plus souple, plus rapide et moins coûteux de laisser le créancier garanti ou un tiers de confiance prendre possession des biens et en disposer que de laisser les autorités publiques prendre en main la procédure. Elle peut aussi permettre de maximiser la valeur de réalisation des biens grevés.

14. Néanmoins, même dans ces systèmes juridiques, il est possible de saisir les tribunaux pour faire reconnaître les revendications et moyens de défense légitimes du débiteur et d'autres parties ayant des droits sur les biens grevés. Pour informer ces parties et leur donner la possibilité de réagir, le créancier garanti peut être tenu de leur donner un avis de défaillance et de réalisation (voir par. 5 et 10). En outre, il n'est pas autorisé à exercer son droit de prendre possession des biens grevés, si cet exercice est de nature à troubler l'ordre public. De plus, lorsqu'il dispose des biens grevés, il doit agir d'une façon "commercialement raisonnable" (voir par. 9).

15. Même s'il est autorisé à agir sans intervention officielle, un créancier garanti a aussi normalement le droit d'essayer de réaliser sa sûreté au moyen d'une action judiciaire. Il peut choisir d'ester en justice plutôt que d'agir lui-même pour un certain nombre de raisons. Par exemple, il souhaitera peut-être éviter le risque que ses actes privés ne soient contestés par la suite ou il peut parvenir à la conclusion qu'il devra de toute façon intenter une action en justice pour recouvrer une partie de sa créance car il s'attend à ce que la valeur de réalisation soit insuffisante.

16. Qu'ils exigent ou non du créancier garanti qu'il fasse appel aux tribunaux, de nombreux systèmes juridiques modifient les règles normales de la procédure civile

lorsqu'un créancier garanti cherche à réaliser une sûreté, par exemple en limitant le délai dans lequel le tribunal doit agir, ou les revendications ou moyens de défense que les parties peuvent présenter. Si le tribunal conclut qu'il y a eu défaillance, l'objectif de toute décision est de désintéresser le créancier garanti. Le tribunal est généralement habilité à ordonner au débiteur de payer l'obligation, de disposer des biens grevés lui-même ou de remettre ces biens au créancier garanti ou au tribunal en vue de leur disposition.

d) Liberté des parties de convenir de la procédure de réalisation

17. Une autre question essentielle est de savoir dans quelle mesure le créancier garanti et le débiteur ou autre constituant peuvent convenir de déroger à la loi pour réaliser la sûreté. Dans certains systèmes juridiques, la procédure de réalisation relève de la loi impérative qui n'est pas susceptible de dérogation conventionnelle. Dans d'autres, les parties sont autorisées à déroger à la loi à condition de ne pas porter atteinte à l'ordre public, aux priorités et aux droits des tiers (en particulier en cas d'insolvabilité). Dans d'autres encore, l'accent est mis sur des mécanismes de réalisation efficaces dans lesquels la réalisation judiciaire n'est pas la procédure exclusive ou principale. Même si un système limite le droit du créancier garanti et du débiteur ou autre constituant de s'entendre pour déroger à la loi, le fait de permettre aux parties de convenir librement des conséquences de leur opération après défaillance encourage une allocation efficace des ressources. Cette liberté peut toutefois faire l'objet d'abus lors de la conclusion de la convention constitutive de sûreté. C'est pourquoi la loi ne reconnaît parfois que les accords de dérogation conclus après la défaillance du débiteur.

e) Acceptation des biens grevés à titre d'exécution de l'obligation garantie

18. Après défaillance, le créancier garanti peut proposer au constituant d'accepter les biens grevés à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie. La plupart des lois privent d'effet, un accord antérieur à la défaillance qui transfère automatiquement la propriété des biens grevés au créancier garanti en cas de défaillance. Certaines, en revanche, donnent force obligatoire à un accord postérieur. Le fait de permettre la conclusion d'accords après la défaillance a l'avantage d'accélérer la réalisation de la sûreté et d'en réduire le coût. L'inconvénient est que le créancier garanti peut exercer des pressions excessives sur le débiteur ou le constituant dans les cas où les biens grevés ont une valeur plus élevée que l'obligation garantie.

19. La loi peut prévenir les comportements abusifs en exigeant le consentement du débiteur ou du constituant, des tiers ou du tribunal dans certaines circonstances, par exemple lorsque le débiteur a effectué d'importants paiements pour rembourser l'obligation garantie. Elle peut exiger l'envoi d'un avis aux autres personnes intéressées et fixer un certain délai avant le règlement définitif, pour permettre à une personne intéressée de saisir un tribunal en cas de désaccord. Elle pourrait également prescrire une évaluation officielle des biens grevés.

f) Libération des biens grevés

20. La plupart des lois permettent à un débiteur défaillant ou à un constituant de libérer les biens grevés avant que le créancier garanti n'en dispose, en s'acquittant du solde de l'obligation garantie, y compris les intérêts et les frais de réalisation

jusqu'au moment de la libération. Cette dernière met fin à l'opération. L'espoir de libérer les biens grevés peut encourager le débiteur ou autre constituant à rechercher des acquéreurs potentiels disposés à acheter lesdits biens et à suivre de près les actes du créancier garanti. La libération des biens grevés doit être distinguée de la régularisation de l'inexécution de l'obligation garantie. Cette régularisation (par le versement d'une mensualité non acquittée avant la disposition, par exemple), si elle est autorisée par le droit général des obligations, remédie à une défaillance, l'obligation dont l'exécution est rétablie continuant d'être garantie par les biens grevés. En revanche, la libération des biens grevés éteint l'obligation garantie.

g) Autorisation donnée au constituant de disposer des biens grevés

21. À la suite d'une défaillance, le souci du créancier garanti est de tirer le maximum de valeur des biens grevés. Le constituant connaissant souvent mieux que lui le marché de ces biens, il se voit parfois impartir un délai limité après la défaillance dans lequel il est autorisé à en disposer lui-même.

h) Appréhension des biens grevés entre les mains du constituant

22. Lors de la défaillance du débiteur, le créancier garanti qui n'est pas déjà en possession des biens grevés redoute que ceux-ci ne soient dissipés ou utilisés de manière abusive. Il est possible d'apaiser cette crainte en remettant les biens à un tribunal, à un agent public, à un tiers de confiance ou au créancier garanti lui-même. Si le créancier garanti est autorisé à prendre possession des biens grevés sans aucune intervention d'un tribunal ou d'une autre autorité ou avec une intervention limitée seulement, il en résulte une diminution des frais de réalisation (voir par. 13 et 14). Cependant, même les lois qui permettent une telle prise de possession des biens grevés par le créancier garanti tiennent compte de la possibilité d'abus, en particulier des risques d'atteinte à l'ordre public ou d'intimidation. En conséquence, la plupart d'entre elles subordonnent la prise de possession à l'obligation de ne pas troubler l'ordre public. Certaines exigent un préavis de défaillance avant toute prise de possession.

23. Dans le cas particulier où les biens grevés risquent de se déprécier rapidement, la plupart des lois prévoient qu'un tribunal ou une autre autorité compétente peut ordonner des mesures provisoires pour préserver la valeur des biens.

i) Vente ou autre mode de disposition des biens grevés

24. Une sûreté donne droit au créancier garanti de faire vendre les biens grevés ou d'en disposer d'une autre manière. La loi devrait prévoir des procédures générales supplémentaires pour la disposition des biens grevés, en indiquant par exemple quel mode de publicité utiliser pour un acte de disposition proposé, si les biens doivent être vendus aux enchères et si le créancier a le droit de les vendre, de les louer, de les mettre sous licence ou de les mettre en recouvrement. L'objectif de la disposition devrait être de maximiser la valeur des biens grevés, sans porter atteinte aux revendications et moyens de défense légitimes du débiteur ou du constituant et d'autres personnes.

25. Les systèmes juridiques existants énoncent des prescriptions plus ou moins formelles. Certains soumettent les actes de disposition aux mêmes procédures publiques que celles qui sont utilisées pour l'exécution des jugements des tribunaux.

D'autres permettent au créancier garanti de diriger la disposition mais prescrivent des procédures uniformes pour la disposition par vente aux enchères des biens grevés, en énonçant des règles relatives à des questions telles que le moment, la publicité et le prix minimum de la vente. D'autres systèmes encore permettent au créancier garanti de diriger la disposition en lui fixant des règles souples concernant la façon de procéder (mais en lui imposant toujours l'obligation de satisfaire à un critère indépendant, tel que le caractère commercialement raisonnable). Ces systèmes peuvent subordonner le droit du créancier au consentement du débiteur ou autre constituant, soit dans la convention constitutive de sûreté, soit après la défaillance. Le créancier garanti doit habituellement respecter un critère général (exprimé par des formules du type "commercialement raisonnable" ou "avec le soin d'un homme d'affaires prudent"). Il peut également exister des règles spéciales concernant la façon de percevoir le produit de la disposition et de le conserver avant sa répartition.

26. La plupart des lois sur les opérations garanties exigent qu'un acte de disposition proposé soit notifié à certaines parties, que la vente fasse l'objet d'une publicité ou que des offres soient sollicitées auprès des parties appropriées. En raison du caractère définitif de toute disposition, il faut prévoir des règles détaillées pour informer les parties intéressées afin qu'elles protègent leurs intérêts. Des procédures spéciales peuvent être prescrites pour la vente d'une entreprise en vue de la poursuite de ses activités.

27. La mise en recouvrement de biens meubles incorporels et d'instruments négociables n'est pas toujours facile à intégrer dans les procédures de disposition des biens grevés. Aussi de nombreux systèmes prévoient-ils des règles spéciales pour ce type de bien grevé, en particulier le droit d'exiger de la personne débitrice de payer toute somme due directement au créancier garanti.

j) Répartition du produit de la disposition

28. Pour limiter autant que possible les différends, les lois sur les opérations garanties énoncent des règles sur la répartition du produit de la disposition. Le plus souvent, il faut payer d'abord les frais raisonnables de réalisation et ensuite l'obligation garantie. Les lois contiennent généralement des règles indiquant si et, dans l'affirmative, quand un créancier garanti est chargé de distribuer le produit à une partie ou à l'ensemble des autres créanciers garantis (par exemple ceux de rang inférieur détenant des sûretés sur les mêmes biens). Ces règles exigent souvent que le créancier garanti soit avisé de l'existence de ces autres sûretés et que tout excédent de fonds soit remis au débiteur ou autre constituant.

29. Le produit de la disposition est affecté au paiement des frais de répartition et au remboursement de l'obligation garantie. Si après la répartition, les fonds sont insuffisants, l'obligation n'est remboursée qu'à hauteur du produit reçu. Le créancier garanti a normalement le droit de recouvrer le solde auprès du débiteur. À moins que le débiteur n'ait constitué une sûreté sur d'autres biens au bénéfice du créancier, la créance de ce dernier sur le solde non versé n'est pas garantie (bien que le créancier garanti ait pu se voir octroyer des sûretés par un tiers).

k) Extinction de la sûreté

30. Les lois sur les opérations garanties prévoient normalement que la disposition des biens grevés met fin à la sûreté. La sûreté du créancier garanti s'éteint, de même que les droits du débiteur ou autre constituant et les droits de tout créancier garanti de rang inférieur ou d'une autre personne titulaire d'un droit de rang inférieur sur les biens grevés. La loi dispose habituellement que les droits d'autres personnes sur les biens grevés (notamment d'autres créanciers garantis) subsistent nonobstant la disposition des biens au cours de la procédure de réalisation.

l) Variations par rapport au cadre général

31. Une loi sur les opérations garanties qui porte sur de nombreux types de biens grevés énonce, si nécessaire, des règles spéciales pour la disposition de certains types de biens. C'est en particulier le cas des créances de somme d'argent et des instruments négociables. Par exemple, un créancier garanti bénéficiant d'une sûreté sur une créance de somme d'argent devrait avoir le droit d'informer le débiteur du compte qu'il doit le payer directement après défaillance.

32. Les lois sur les opérations garanties abordent également la question de savoir comment un créancier garanti doit procéder lorsqu'une opération unique est garantie par des sûretés constituées à la fois sur des biens meubles et des biens immeubles. La réalisation d'une sûreté sur des immeubles par destination exige aussi des règles spéciales pour traiter le problème de la séparation de ces biens d'un bien immeuble appartenant à une personne autre que le débiteur ou constituant.

m) Actions judiciaires intentées par d'autres créanciers

33. D'autres créanciers du débiteur ou du constituant peuvent recourir aux tribunaux pour recouvrer leurs créances contre leur débiteur, et les règles de procédure peuvent donner à ces créanciers le droit d'obtenir la disposition forcée des biens grevés, sous réserve des sûretés du créancier garanti. Ce dernier s'appuiera sur les règles de procédure relatives à l'intervention dans de telles actions judiciaires en vue de protéger son rang de priorité. Dans de rares cas, les règles de procédure peuvent prévoir des exceptions aux règles générales de priorité. Dans certains systèmes juridiques, par exemple, un tribunal peut ordonner à une personne qui doit de l'argent à un débiteur judiciaire de payer le créancier judiciaire. Si la décision du tribunal peut effectivement donner la priorité au créancier judiciaire et si un créancier garanti détient une sûreté sur cette créance de somme d'argent, le résultat aura inévitablement un impact négatif sur l'offre et le coût du crédit octroyé sur la base de créances.

B. Recommandations

[*Note au Groupe de travail: Les documents A/CN.9/WG.VI/WP.13 et Add.1 regroupant toutes les recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, les recommandations relatives à la défaillance et à la réalisation ne sont pas reproduits ici. Une fois les recommandations finalisées, le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer si celles-ci devraient être reproduites à la fin de chaque chapitre ou dans un appendice à la fin du Guide ou encore aux deux endroits.*]

A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.4

Rapport du Secrétaire général concernant le projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumis au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa sixième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

X. Conflit de lois 1-32
A. Remarques générales 1-32
1. Introduction 1-9
a. Objet des règles de conflit de lois 1-5
b. Champ d'application des règles de conflit de lois 6-9
2. Règles de conflit de lois concernant la constitution, l'opposabilité aux tiers et la priorité 10-18
3. Règles de conflit de lois pour les sûretés réelles mobilières sur le produit . . 19-20
4. Effet d'un changement ultérieur du facteur de rattachement 21-25
5. Règles de conflit de lois pour les questions de réalisation 26-31
6. Incidence de l'insolvabilité sur les règles de conflit de lois 32
B. Recommandations . . . . . .

X. Conflit de lois

A. Remarques générales

1. Introduction

a. Objet des règles de conflit de lois

1. Le présent chapitre examine les règles qui déterminent la loi applicable à la constitution d'une sûreté réelle mobilière entre le constituant et le créancier garanti, à son opposabilité aux tiers, à sa priorité et à sa réalisation. Ces règles sont généralement appelées "règles de conflit de lois". Elles déterminent également le champ d'application territorial des règles de fond prévues dans le Guide (autrement dit si les règles matérielles de l'État adoptant le régime envisagé dans le Guide s'appliquent). Par exemple, si un État a adopté les règles de droit matériel prévues dans le Guide concernant la priorité d'une sûreté, celles-ci ne s'appliqueront à un conflit de priorité survenant dans cet État que si la règle de conflit relative aux questions de priorité désigne les lois de ce dernier. Si la règle de conflit renvoie à la loi d'un autre État, le rang de chaque réclamant concurrent sera alors déterminé

conformément à cette loi et non d'après les règles matérielles de priorité de l'État adoptant.

2. Une fois la sûreté devenue effective, le facteur de rattachement qui permet de déterminer la loi applicable peut changer. Par exemple, si une sûreté sur des biens meubles corporels situés dans l'État A est régie par la loi du lieu de situation des biens, la question est de savoir ce qu'il advient lorsque ces biens sont transférés par la suite dans l'État B (dont les règles de conflit prévoient également que les sûretés sur des biens meubles corporels sont soumises à la loi du lieu de situation des biens). Une solution serait que la sûreté continue de produire ses effets dans l'État B sans qu'il soit nécessaire de prendre d'autres mesures dans cet État. Une autre solution serait d'obtenir une nouvelle sûreté conformément aux lois de l'État B. Une autre encore serait de préserver le droit préexistant du créancier garanti sous réserve de l'accomplissement, dans l'État B, de certaines formalités dans un délai déterminé (par exemple, dans les 30 jours qui suivent le transfert des biens de cet État). Ces questions sont abordées par les règles de conflit de lois de certains systèmes juridiques. Le présent chapitre propose à ce sujet une règle générale.

3. Les règles de conflit de lois devraient répondre aux objectifs d'un régime efficace d'opérations garanties, ce qui dans le présent chapitre signifie que la loi applicable aux aspects réels d'une sûreté devrait être aisément déterminable: la sécurité juridique est un objectif essentiel de l'élaboration de règles – tant de fond que de conflit – concernant les opérations garanties. La prévisibilité constitue un autre objectif. Comme l'illustrent les questions évoquées au paragraphe précédent, les règles de conflit de lois devraient permettre de préserver une sûreté obtenue conformément aux lois de l'État A si, suite au changement du facteur de rattachement qui permet de déterminer la loi applicable, la sûreté tombe sous l'empire des lois de l'État B. Un troisième objectif essentiel d'un bon système de conflit de lois est que les règles de ce système doivent correspondre aux attentes raisonnables des parties intéressées (créancier, constituant, débiteur et tiers). Beaucoup estiment que, pour obtenir ce résultat, la loi applicable à une sûreté devrait avoir un lien avec la situation de fait qu'elle sera appelée à régir.

4. L'utilisation du Guide (y compris le présent chapitre) pour l'élaboration de lois concernant les opérations garanties aidera à réduire les risques et les coûts résultant de différences entre les règles actuelles de conflit de lois. Dans une opération garantie, le créancier souhaite normalement que ses droits soient reconnus dans tous les États où il pourrait réaliser sa sûreté (y compris dans un État où est administrée l'insolvabilité du constituant). Si ces États ont des règles de conflit différentes pour le même type de biens grevés, le créancier devra se conformer à plusieurs régimes afin d'être pleinement protégé. Un des avantages de l'existence de règles de conflit harmonisées dans différents États est que le créancier peut se fonder sur une loi unique pour déterminer le rang de priorité de sa sûreté dans tous ces États. Il s'agit là d'un des buts atteints par la Convention des Nations Unies sur la cession pour ce qui est des créances de sommes d'argent et par la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire pour ce qui est des titres détenus indirectement.

5. Il est à noter que des règles de conflit de lois seraient nécessaires même si tous les États avaient harmonisé leur législation relative aux opérations garanties. Il subsisterait en effet des cas où les parties devraient déterminer l'État dont les règles s'appliqueront. Par exemple, si les lois de tous les États prévoyaient qu'une sûreté

réelle mobilière sans dépossession est rendue opposable aux tiers par inscription sur un registre public, il faudrait encore savoir sur le registre de quel État la sûreté doit être inscrite.

b. Champ d'application des règles de conflit de lois

6. Le présent chapitre ne définit pas les sûretés réelles mobilières auxquelles s'appliqueront les règles de conflit. Normalement, un droit sera qualifié de sûreté réelle mobilière aux fins d'un conflit de lois en fonction du droit matériel régissant ce type de sûreté dans un État donné. En principe, un tribunal étatique appliquera le droit local chaque fois qu'il devra procéder à une telle qualification pour choisir la règle de conflit appropriée. La question est toutefois de savoir si les règles de conflit de lois concernant les sûretés réelles mobilières devraient également s'appliquer à d'autres opérations qui sont fonctionnellement similaires à ces sûretés, même si elles ne sont pas couvertes par un régime d'opérations garanties. Bien que les clauses de réserve de propriété, les baux financiers, les consignations et d'autres mécanismes analogues ne soient pas soumis aux règles de droit matériel régissant les opérations garanties, un État pourrait néanmoins les soumettre aux règles de conflit de lois applicables à ce type d'opérations.

7. Une question similaire se pose à propos de certains transferts qui ne sont pas effectués à titre de sûreté, lorsqu'il est souhaitable que la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité aux tiers et à la priorité soit la même que pour une sûreté réelle mobilière sur la même catégorie de biens. C'est ce que prévoit par exemple la Convention des Nations Unies sur la cession, dont les dispositions (y compris les règles de conflit de lois) s'appliquent tant aux cessions pures et simples de créances de sommes d'argent qu'aux sûretés sur ce type de créances (voir art. 2 a)). Ce choix est motivé notamment par la nécessité de se référer à une seule loi pour classer plusieurs personnes revendiquant un droit sur la même créance. En cas de conflit de priorité entre l'acquéreur d'une créance et un créancier détenant une sûreté sur cette même créance, il serait plus difficile (et parfois impossible) de déterminer qui a la priorité si le rang de l'acquéreur était régi par les lois de l'État A et celui du créancier garanti par les lois de l'État B.

8. Quelle que soit la décision d'un État concernant les catégories d'opérations régies par les règles de conflit, ces dernières ne porteront que sur les aspects réels de ces opérations. Ainsi, une règle concernant la loi applicable à la constitution d'une sûreté réelle mobilière détermine uniquement quelle loi régit les conditions à remplir pour la création d'un droit réel sur les biens grevés. Elle ne s'appliquera pas aux obligations personnelles contractées par les parties, lesquelles dans la plupart des systèmes juridiques, sous réserve de certaines exceptions, sont soumises à la loi choisie par les parties.

9. Si l'autonomie des parties est reconnue pour ce qui est des obligations personnelles, les règles de conflit de lois applicables aux aspects réels des opérations garanties échappent en revanche à la liberté contractuelle. Par exemple, le constituant et le créancier garanti ne sont normalement pas autorisés à choisir la loi applicable aux questions de priorité, car cela pourrait non seulement avoir une incidence sur les droits des tiers mais également entraîner un conflit de priorité entre deux créanciers garantis concurrents soumis à deux lois différentes aboutissant à des résultats opposés.

2. Règles de conflit de lois concernant la constitution, l'opposabilité aux tiers et la priorité

10. La détermination de l'étendue des droits conférés par une sûreté réelle mobilière exige généralement une analyse en trois étapes:

a) En premier lieu, il faut déterminer si la sûreté a été valablement constituée (voir chap. IV);

b) Ensuite, il faut déterminer si la sûreté est opposable aux tiers (voir chap. V); et

c) Enfin, il faut établir le rang de priorité du créancier garanti (voir chap. VI).

11. Tous les systèmes juridiques n'établissent pas de distinctions conceptuelles précises entre ces trois aspects. Dans certains d'entre eux, le fait qu'un droit réel a été valablement créé implique nécessairement que ce droit est opposable aux tiers. En outre, les systèmes juridiques qui établissent une distinction claire entre ces trois aspects ne prévoient pas toujours des règles de fond distinctes pour chacun d'eux. Par exemple, dans le cas d'un gage avec dépossession qui satisfait aux conditions de validité des contrats réels de ce type, la sûreté est généralement opposable aux tiers sans qu'aucune autre formalité ne soit nécessaire.

12. La question essentielle est de savoir si une règle de conflit de lois unique devrait être appliquée aux trois aspects ou s'il faut permettre une plus grande souplesse, lorsqu'il peut être préférable que la loi applicable à l'opposabilité aux tiers ou à la priorité de la sûreté soit différente de celle qui régit sa constitution. Des considérations d'ordre pratique, telles que la simplicité et la sécurité juridique, militent en faveur de l'adoption d'une règle unique pour la constitution, l'opposabilité aux tiers et la priorité. Comme cela a été indiqué plus haut, la distinction entre ces trois aspects n'est pas toujours établie ou comprise de la même manière dans tous les systèmes juridiques, de sorte que l'élaboration de règles de conflit de lois différentes les concernant risque de compliquer l'analyse ou de créer une incertitude. Cependant, il y a des cas où le choix d'une loi différente pour les questions de priorité tiendrait mieux compte des intérêts des tiers, tels que les personnes détenant des sûretés non conventionnelles.

13. Une autre question importante est de savoir si, pour l'un quelconque de ces trois aspects (constitution, opposabilité aux tiers ou priorité), la règle de conflit de lois applicable devrait être la même pour les biens meubles corporels et les biens meubles incorporels. Une réponse affirmative à cette question militerait en faveur d'une règle reposant sur la loi du lieu de situation du constituant. L'autre possibilité serait de se référer à la loi du lieu où est détenu le bien grevé (*lex rei sitae*), ce qui ne serait cependant pas conforme, pour les créances de sommes d'argent, à la Convention des Nations Unies sur la cession (dont l'article 22 fait référence à la loi de l'État dans lequel est situé le cédant, autrement dit le constituant).

14. Des considérations de simplicité et de sécurité incitent à adopter la même règle de conflit de lois (par exemple la loi du lieu de situation du constituant) pour les biens meubles corporels et incorporels, en particulier si la même loi s'applique à la constitution, à l'opposabilité aux tiers et à la priorité. Dans cette solution, une seule recherche suffirait pour s'assurer de l'étendue des sûretés grevant tous les biens d'un constituant. En outre, il ne serait pas nécessaire de donner des indications en

cas de transfert des biens grevés vers un autre lieu ni d'établir une distinction entre la loi applicable aux sûretés avec dépossession et celle applicable aux sûretés sans dépossession (ni de déterminer celle qui prime lorsqu'une sûreté avec dépossession régie par la loi de l'État A entre en concurrence avec une sûreté sans dépossession sur le même bien régie par la loi de l'État B).

15. Cependant, les systèmes juridiques ne considèrent pas tous la loi du lieu de situation du constituant comme suffisamment rattachée aux sûretés sur des biens meubles corporels (s'agissant de biens "non mobiles" du moins). En outre, il faudrait que la loi régissant une opération garantie soit la même que la loi régissant la vente des biens grevés, ce qui signifie que l'acceptation de la loi du constituant pour tous les types de sûreté réelle mobilière ne serait possible que si les systèmes juridiques, d'une manière générale, étaient disposés à accepter cette règle pour tous les transferts.

16. De plus, il est presque universellement admis qu'une sûreté avec dépossession devrait être régie par la loi du lieu où le bien est détenu, si bien que l'adoption de la loi du constituant pour ce type de sûreté irait à l'encontre des attentes raisonnables des créanciers peu avertis. En conséquence, même si la loi du lieu de situation du constituant constituait la règle générale, il faudrait faire une exception pour les sûretés avec dépossession.

17. Comme les règles de conflit applicables pourraient varier selon qu'il s'agit de biens meubles corporels ou incorporels ou encore de sûretés avec ou sans dépossession, la question est de savoir quelle est la règle de conflit appropriée si des biens incorporels sont susceptibles d'être grevés d'une sûreté avec dépossession. À ce propos, la plupart des systèmes juridiques assimilent certaines catégories de biens meubles incorporels matérialisés par un document (par exemple les instruments négociables et les titres représentés par un certificat) à des biens meubles corporels, reconnaissant ainsi la possibilité d'engager ces biens par la remise de ce document au créancier. Le gage serait alors régi par la loi de l'État dans lequel le document est détenu.

18. Le même problème se pose lorsque des marchandises sont représentées par un titre négociable (tel qu'un connaissement). Il est généralement admis qu'un titre représentatif négociable est également assimilé à un bien meuble corporel et peut faire l'objet d'un gage avec dépossession. La loi du lieu où se trouve le document (et non les marchandises) régirait alors le gage. La question est toutefois de savoir quelle loi s'appliquera à un conflit de priorité entre un créancier ayant reçu le titre représentatif en gage et un autre créancier auquel le débiteur aura consenti une sûreté réelle mobilière sans dépossession sur les marchandises elles-mêmes, si le document et les marchandises ne se trouvent pas dans le même État. Dans un tel cas, les règles de conflit devraient donner préséance à la loi gouvernant le gage, car cette solution répondrait davantage aux attentes légitimes des parties intéressées.

[*Note au Groupe de travail: Le champ d'application de la loi envisagée dans le présent Guide se limite aux marchandises, au matériel et aux créances commerciales. Si le Groupe de travail décide d'étendre le champ d'application à d'autres catégories de biens meubles incorporels, tels que les créances non commerciales, les dépôts bancaires, les lettres de crédit et les droits de propriété intellectuelle, il pourrait éventuellement examiner si des règles spéciales de conflit de lois devraient être élaborées pour ces catégories de biens.*]

3. Règles de conflit de lois pour les sûretés réelles mobilières sur le produit

19. Des considérations de simplicité et de sécurité inciteraient à appliquer au produit les mêmes règles de conflit que celles qui régissent la constitution, l'opposabilité aux tiers et la priorité d'une sûreté réelle mobilière obtenue directement sur des biens du même type que le produit. Ainsi, si un créancier revendique des droits sur des créances de sommes d'argent qui sont le produit de la vente de stocks précédemment grevés d'une sûreté en sa faveur, ces droits devraient être déterminés par application de la même loi qui aurait été applicable à une sûreté réelle mobilière obtenue directement sur les créances en tant que biens initialement grevés. Dans cet exemple, si la loi de l'État B régissait une sûreté consentie initialement sur des créances, cette loi déterminerait aussi si le créancier a droit aux créances en tant que produit découlant de stocks, même si sa sûreté sur les stocks était régie par la loi de l'État A. L'opposabilité aux tiers et la priorité du droit du créancier sur les créances (en tant que produit découlant des stocks) seraient également régies par la loi de l'État B.

20. Cependant, la solution exposée ci-dessus devrait sans doute admettre une exception, à savoir que la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le produit devrait être régie par la loi qui était applicable à la constitution de la sûreté sur les biens initialement grevés dont provient le produit, ce qui répondait aux attentes d'un créancier qui obtient une sûreté sur des stocks conformément à une loi interne prévoyant le report automatique de cette sûreté sur le produit. Dans ce cas, la question de savoir si une sûreté s'étend au produit serait régie par la loi applicable à la constitution d'une sûreté sur les biens initialement grevés dont découle le produit, tandis que l'opposabilité aux tiers et la priorité d'un droit sur le produit seraient soumises à la loi qui leur aurait été applicable si le produit avait été le bien initialement grevé.

4. Effet d'un changement ultérieur du facteur de rattachement

21. Tout facteur de rattachement retenu pour déterminer la règle de conflit de lois la plus appropriée pour une question donnée pourrait changer après la constitution d'une sûreté réelle mobilière. Par exemple, lorsque la loi applicable est celle de l'État où se trouve le siège social du constituant, ce dernier pourrait transférer par la suite son siège dans un autre État. De même, lorsque la loi applicable est celle de l'État où les biens grevés sont situés, ces biens pourraient être déplacés vers un autre État.

22. Si ces questions ne sont pas réglées de façon expresse, une règle implicite pourrait être déduite. Les règles générales de conflit de lois concernant la constitution, l'opposabilité aux tiers et la priorité pourraient être interprétées comme suit: en cas de changement de facteur de rattachement, la loi initialement applicable continue de régir les questions qui se sont posées avant ce changement (constitution, par exemple), tandis que la loi applicable ultérieurement régirait les événements se produisant après (par exemple, un conflit de priorité entre deux réclamants concurrents).

23. Cependant, le silence de la loi sur ces questions pourrait donner lieu à d'autres interprétations. Par exemple, une interprétation possible serait que la loi applicable ultérieurement régit également la constitution de la sûreté en cas de conflit de priorité survenant après le changement du facteur de rattachement (au motif que les

tiers concluant des opérations avec le constituant ont le droit de déterminer la loi applicable pour toutes les questions en se fondant sur le facteur de rattachement effectif, à savoir celui existant au moment de leurs opérations).

24. Il semblerait nécessaire d'élaborer une règle sur ces questions pour éviter l'insécurité juridique, en particulier lorsque le facteur de rattachement est déplacé d'un État qui n'a pas adopté de loi fondée sur les recommandations du présent Guide vers un État qui en a adopté une.

25. Une question similaire se pose au sujet des marchandises en transit. Certains systèmes juridiques prévoient qu'une sûreté réelle mobilière sur ces biens peut être valablement constituée et rendue opposable aux tiers conformément à la loi du lieu de destination s'ils sont transférés dans ce lieu dans un délai spécifié.

5. Règles de conflit de lois pour les questions de réalisation

26. Lorsqu'une sûreté réelle mobilière est constituée et rendue opposable aux tiers conformément à la loi d'un État, mais que sa réalisation est demandée dans un autre État, la question est de savoir quelles voies de droit s'offrent au créancier garanti. Cette question revêt une grande importance pratique lorsque les règles matérielles de réalisation des deux États diffèrent considérablement. Par exemple, la loi régissant la sûreté pourrait autoriser la réalisation par le créancier garanti sans recours préalable au système judiciaire à moins qu'il n'y ait atteinte à l'ordre public, alors que la loi du lieu de réalisation pourrait exiger une intervention judiciaire. Chacune des solutions possibles à cette question comporte des avantages et des inconvénients.

27. Une possibilité est de soumettre les moyens de réalisation de la sûreté à la loi du lieu de réalisation, c'est-à-dire à la *lex fori* pour les raisons suivantes:

a) La loi applicable aux moyens de réalisation coïnciderait avec celle généralement applicable aux questions de procédure;

b) La loi applicable aux moyens de réalisation coïnciderait, dans de nombreux cas, avec la loi du lieu où se trouve le bien qui fait l'objet de la réalisation (et pourrait aussi coïncider avec la loi régissant la priorité si les règles de conflit de l'État concerné renvoient à ce lieu pour les questions de priorité);

c) Les règles seraient les mêmes pour tous les créanciers ayant l'intention d'exercer des droits contre les biens d'un constituant, que ces droits soient d'origine nationale ou étrangère.

28. D'un autre côté, il se pourrait que la *lex fori* ne réponde pas aux attentes des parties. Celles-ci s'attendront sans doute à ce que leurs droits et obligations respectifs en cas de réalisation soient ceux prévus par la loi sous l'empire de laquelle la sûreté a été constituée. Par exemple, si la réalisation extrajudiciaire est permise par la loi régissant la constitution de la sûreté, elle serait également possible dans l'État où le créancier garanti doit réaliser sa sûreté, même si elle n'est généralement pas autorisée par la législation interne de cet État.

29. Une approche fondée sur les attentes raisonnables des parties se traduirait par une règle soumettant les questions de réalisation à la loi qui régit la constitution ou, dans la mesure où la constitution et la priorité sont régies par la même loi (voir recommandations 101 à 103 dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1), la

priorité d'une sûreté. Un autre avantage de cette approche serait que les questions de constitution, de priorité et de réalisation seraient soumises à la même loi.

30. Une troisième possibilité est d'adopter une règle par laquelle la loi régissant la relation contractuelle des parties s'appliquerait également aux questions de réalisation, ce qui correspondrait généralement à l'attente de ces dernières et, dans bien des cas, coïnciderait aussi avec la loi applicable à la constitution de la sûreté, étant donné que cette loi est souvent retenue comme étant également la loi du contrat. Cependant, selon cette approche, les parties pourraient librement choisir, en ce qui concerne les questions de réalisation, une loi autre que la *lex fori* ou que la loi régissant la constitution, l'opposabilité aux tiers et (ou) la priorité. Cette solution serait défavorable aux tiers qui n'auraient probablement aucun moyen de déterminer la nature des voies de droit susceptibles d'être utilisées par un créancier garanti contre les biens de leur débiteur commun.

31. En conséquence, la règle consistant à soumettre les questions de réalisation à la loi régissant la relation contractuelle des parties devrait comporter des exceptions visant à tenir compte des intérêts des tiers, ainsi que des règles impératives du for, ou de la loi régissant la constitution et l'opposabilité aux tiers. Les questions de procédure devraient en tout état de cause être régies par la *lex fori*. Ainsi, les différentes questions de réalisation seraient traitées différemment.

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

32. Comme cela est indiqué dans le chapitre consacré à l'insolvabilité (A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.3, par. ...), sous réserve des actions en annulation, une sûreté opposable au constituant et aux tiers en dehors de l'insolvabilité devrait continuer de produire ses effets dans la procédure d'insolvabilité. De même, l'insolvabilité ne devrait pas entraîner la mise à l'écart des règles de conflit de lois applicables à la constitution, à l'opposabilité aux tiers et, sous réserve de certaines exceptions, à la priorité d'une sûreté.

B. Recommandations

[*Note au Groupe de travail: Les documents A/CN.9/WG.VI/WP.13 et Add.1 regroupant toutes les recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, les recommandations relatives au conflit de lois ne sont pas reproduites ici. Une fois les recommandations finalisées, le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer si celles-ci devraient être reproduites à la fin de chaque chapitre ou dans un appendice à la fin du Guide ou encore aux deux endroits.*]

D. Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa septième session (New York, 24-28 janvier 2005) (A/CN.9/574) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1
II.	Organisation de la session	2-7
III.	Délibérations et décisions	8
IV.	Élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties	9-80
	Chapitre X. Conflit de lois (A/CN.9/WG.VI/WP.16/Add.1, recommandations 100 à 116) et A/CN.9/WG.VI/WP.19)	9-33
	A. Recommandations	9-32
	B. Remarques générales	33
	Chapitre XII. Mécanismes de financement d'acquisitions (A/CN.9/WG.VI/WP.17 et Add.1)	34-69
	A. Remarques générales	34-36
	B. Recommandations	37-69
	Chapitre XVI. Sûretés sur des comptes bancaires (A/CN.9/WG.VI/WP.18 et Add.1)	70-80
	A. Remarques générales	70
	B. Recommandations	71-80
V.	Travaux futurs	81

I. Introduction

1. À sa septième session, le Groupe de travail VI a poursuivi ses travaux d'élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties conformément à une décision prise par la Commission à sa trente-quatrième session, en 2001[1]. Cette dernière avait décidé d'entreprendre des travaux dans le domaine du droit du crédit garanti en raison de la nécessité de mettre en place un régime juridique efficace qui

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 358. Pour l'historique du projet, voir A/CN.9/WG.VI/WP.15, par. 6 à 17. Les rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses première à sixième sessions ont été publiés sous les cotes A/CN.9/512, A/CN.9/531, A/CN.9/532, A/CN.9/543, A/CN.9/549 et A/CN.9/570. Les rapports sur les première et deuxième sessions conjointes des Groupes de travail V (Droit de l'insolvabilité) et VI (Sûretés) ont été publiés sous les cotes A/CN.9/535 et A/CN.9/550. Il est rendu compte de l'examen de ces rapports par la Commission dans les documents A/57/17 (par. 202 à 204), A/58/17 (par. 217 à 222) et A/59/17 (par. 75 à 78).

permette de supprimer les obstacles juridiques au crédit garanti et puisse ainsi avoir un effet bénéfique sur l'offre de crédit et le coût du crédit[2].

II. Organisation de la session

2. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa septième session à New York du 24 au 28 janvier 2005. Ont assisté à cette session des représentants des États membres du Groupe de travail énumérés ci-après: Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Argentine, Autriche, Bélarus, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Guatemala, Inde, Italie, Japon, Madagascar, Mexique, Nigéria, Ouganda, Pologne, République de Corée, République tchèque, Sri Lanka, Suède, Suisse, Thaïlande, Tunisie, Turquie et Zimbabwe.

3. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Afghanistan, Cuba, Éthiopie, Hongrie, Irlande, Malaisie, Pérou, Philippines, République dominicaine, Saint-Siège et Sénégal.

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

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

b) Organisations intergouvernementales: Conseil de l'Assemblée interparlementaire des États membres de la Communauté d'États indépendants, Conférence de La Haye de droit international privé; et

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 City of New York (ABCNY), Center for International Legal Studies (CILS), Commercial Finance Association (CFA), Chambre de commerce internationale (CCI), Groupe de travail international sur les sûretés en Europe, Institut Max Planck de droit privé étranger et international, International Association of Restructuring, Insolvency & Bankruptcy Professionals (INSOL), International Credit Insurance & Surety Association (ICISA), International Insolvency Institute (III) et Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe (UNICE).

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

Présidente: Mme Kathryn SABO (Canada)

Rapporteur: M. Sung-Keun YOON (République de Corée)

6. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1 (Priorité), A/CN.9/WG.VI/WP.16 et Add.1 (Recommandations), A/CN.9/WG.VI/WP.17 et Add.1 (Mécanismes de financement

---

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

d'acquisitions), A/CN.9/WG.VI/WP.18 et Add.1 (Sûretés sur des comptes bancaires) et A/CN.9/WG.VI/WP.19 (Conflit de lois).

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

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

III. Délibérations et décisions

8. Le Groupe de travail a examiné les chapitres X (Conflit de lois), XII (Mécanismes de financement d'acquisitions) et XVI (Sûretés sur les comptes bancaires). Il est rendu compte aux chapitres IV et V ci-après de ses délibérations et décisions. Le secrétariat a été prié de revoir ces chapitres pour tenir compte des délibérations et décisions du Groupe de travail.

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

Chapitre X. Conflit de lois (A/CN.9/WG.VI/WP.16/Add.1, recommandations 100 à 116 et A/CN.9/WG.VI/WP.19)

A. Recommandations

Section relative à l'objet des recommandations

9. Le Groupe de travail a généralement approuvé la section relative à l'objet des recommandations ainsi que le principe selon lequel les règles de conflit devraient être claires, faciles à appliquer, pragmatiques et conformes aux exigences des pratiques modernes de financement garanti.

Recommandations 100 (Sûreté avec dépossession sur des biens meubles corporels) et 101 (Sûreté sans dépossession sur des biens meubles corporels)

10. Le Groupe de travail a généralement approuvé les recommandations 100 et 101 quant au fond. Des avis divergents ont cependant été exprimés quant à l'opportunité de fusionner celles-ci. Selon un point de vue, bien qu'elles prévoient toutes deux l'application de la loi du lieu de situation des biens (*lex rei sitae*), les recommandations ne devraient pas être fusionnées. On a fait valoir qu'il fallait maintenir la distinction pour des raisons de cohérence. On a en outre fait observer que cette distinction se justifiait car, à supposer que la possession doive être effective (voir A/CN.9/WG.VI/WP.16, recommandation 31), les biens mobiles, les

marchandises en transit et les marchandises destinées à l'exportation ne pouvaient faire l'objet d'une sûreté avec dépossession.

11. De l'avis de la majorité, toutefois, les recommandations 100 et 101 devraient être fusionnées. On a argué qu'il ne fallait faire aucune distinction lorsqu'une seule et même règle pouvait s'appliquer à la fois aux sûretés avec dépossession et aux sûretés sans dépossession. Il a été ajouté que les sûretés avec dépossession sur des biens mobiles, des marchandises en transit et des marchandises destinées à l'exportation étaient certes rares mais possibles et que les règles spéciales prévues dans la deuxième phrase de la recommandation 101 et dans les recommandations 104 et 105 devraient alors s'appliquer aux deux types de sûretés. Après un débat, il a été convenu de fusionner les recommandations 100 et 101 et d'y insérer un renvoi aux règles spéciales sur les biens mobiles, les marchandises en transit et les marchandises destinées à l'exportation (la signification de ces termes devant être précisée dans le commentaire).

12. À cet égard, le Groupe de travail a examiné la nature des recommandations 104 et 105 et a convenu qu'elles donnaient à juste titre la possibilité au créancier garanti de faire le nécessaire pour constituer une sûreté entre les parties et pour rendre celle-ci opposable aux tiers conformément à la loi de l'État de destination finale (voir par. 17 et 18 ci-dessous).

13. En ce qui concerne la note figurant après la recommandation 102, le Groupe de travail a décidé de différer son débat jusqu'à ce qu'il ait eu la possibilité d'examiner la question des sûretés grevant des instruments ou documents négociables en se fondant sur un rapport du secrétariat.

Recommandation 103 (produit)

14. Le Groupe de travail a noté que, si une sûreté sur les biens initialement grevés (par exemple des stocks) était créée dans l'État A et si une sûreté sur le produit (créances de sommes d'argent) était créée dans l'État B où étaient générées ces créances, d'après la variante A, la constitution, l'opposabilité et la priorité de la sûreté sur les créances de sommes d'argent seraient régies par la loi de l'État B, tandis que, dans la variante B, la constitution de la sûreté sur les créances serait régie par la loi de l'État A et son opposabilité et sa priorité relèveraient de la loi de l'État B.

15. On a fait valoir, à l'appui de la variante A, que celle-ci soumettait les questions de constitution, d'opposabilité et de priorité des sûretés sur le produit à une seule et même loi et, a-t-on fait observer, évitait ainsi de créer des problèmes d'application de la règle dans les États qui ne distinguaient pas la constitution de la sûreté entre les parties et son opposabilité aux tiers et de défavoriser les créanciers dans les pays qui ne reconnaissaient pas la création automatique d'une sûreté sur le produit. D'un autre côté, a-t-on dit, la variante A laisserait planer une incertitude quant à la loi applicable au produit pour les raisons suivantes: la loi régissant la création d'une sûreté sur le produit serait différente de la loi gouvernant la constitution de la sûreté sur les biens initialement grevés; il serait très difficile de déterminer cette loi au moment de la constitution de la sûreté sur les biens initialement grevés; et plusieurs lois seraient applicables dans le cas où un produit serait généré dans plusieurs pays.

16. La majorité a jugé la variante B préférable. Il a été fait observer que cette variante permettait de savoir avec plus de certitude quelle loi régissait le produit, car

elle prévoyait l'application d'une seule et même loi aux questions de création d'une sûreté à la fois sur les biens initialement grevés et sur le produit en découlant et d'une loi pouvant être aisément déterminée au moment de la constitution de la sûreté sur les biens initialement grevés. Il a également été dit que cette variante était conforme à la recommandation 13 (A/CN.9/WG.VI/WP.16) relative au droit matériel, selon laquelle la sûreté sur le produit découlait de la sûreté sur les biens initialement grevés et répondait aux attentes normales des parties. Après discussion, le Groupe de travail a décidé de supprimer la variante A et de conserver la variante B.

Recommandations 104 (marchandises en transit) et 105 (marchandises destinées à l'exportation)

17. Le Groupe de travail a noté que, d'après les recommandations 104 et 105, une sûreté sur des marchandises en transit ou sur des marchandises destinées à l'exportation pouvait être constituée entre les parties et rendue opposable aux tiers non seulement conformément à la loi du lieu de situation initial des marchandises (recommandations 100 et 101) mais également conformément à la loi de l'État de destination finale. Il a aussi noté que la priorité restait, conformément aux recommandations 100 et 101, soumise à la loi du lieu où se trouvaient les marchandises au moment où survenait le conflit de priorité (voir recommandation 107).

18. Le Groupe de travail a généralement approuvé les recommandations 104 et 105 quant au fond. S'agissant du libellé de la recommandation 105, il a été convenu de parler systématiquement de la loi de l'État de destination finale des marchandises et de la constitution d'une sûreté "entre les parties" (et non de la constitution en général). La proposition de limiter le champ d'application de la recommandation 105 aux seules marchandises exportées vers le constituant n'a pas recueilli suffisamment de suffrages, car elle exclurait inutilement, par exemple, les cas où les marchandises seraient expédiées par le constituant à une autre partie.

Recommandations 106 (lieu de situation), 107 (moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation) et 108 (maintien de l'opposabilité aux tiers après un changement de lieu de situation)

19. Le Groupe de travail a généralement approuvé les recommandations 106, 107 et 108 quant au fond. Il est également convenu de laisser la recommandation 106 dans le chapitre sur le conflit de lois compte tenu de son importance pour les recommandations sur cette question.

20. La proposition de supprimer la recommandation 107 n'a pas obtenu suffisamment de soutien. Cette recommandation a été jugée importante car elle énonçait une règle de base sur le moment à prendre en considération pour déterminer le lieu de situation des biens ou du constituant. Il a été expliqué que le moment devant servir de référence n'était pas le même pour la constitution, qui correspondait à un seul point dans le temps, et pour l'opposabilité, la sûreté pouvant être opposable à un moment et ne plus l'être par la suite. Il a aussi été dit que la signification exacte des mots "moment où la sûreté a été créée", question relevant du droit matériel applicable qui était examinée dans le chapitre du guide consacré à la constitution de la sûreté entre les parties, pouvait être indiquée dans le commentaire en réponse aux inquiétudes exprimées à ce sujet. On a également fait

observer que le sens exact des mots “ces questions se posent” pouvait également être expliqué dans le commentaire à l’aide d’illustrations précises (par exemple, le moment à prendre en considération pour déterminer la loi applicable à l’opposabilité d’une sûreté aux tiers en cas d’insolvabilité du constituant devrait être la date d’ouverture de la procédure d’insolvabilité).

Recommandation 109 (renvoi)

21. Le Groupe de travail a généralement approuvé la recommandation 109 quant au fond. D’un point de vue rédactionnel, la proposition de remplacer les mots “règles de conflit” par “règles sur le choix de la loi” pour ne pas viser involontairement des questions telles que celle de la qualification, n’a pas recueilli suffisamment de suffrages. Il a été dit que l’expression “règles de conflit” était couramment employée et facile à comprendre, alors que l’expression “règles sur le choix de la loi” pouvait être interprétée à tort comme désignant le choix de la loi par les parties. En raison de son importance pour les recommandations relatives au conflit de lois, il a été convenu de laisser la recommandation 109 dans le chapitre X.

Recommandation 110 (réclamant concurrent)

22. Le Groupe de travail a généralement approuvé la recommandation 110 quant au fond. S’agissant du libellé de cette dernière, il est convenu: de ne pas aborder l’alinéa a *bis*) avant d’avoir examiné le chapitre sur le financement d’acquisitions; de parler à l’alinéa c) du “représentant de l’insolvabilité”; et de parler à l’alinéa d), qui devrait être conservé sans les crochets, d’un “acheteur ou tout autre bénéficiaire” des biens grevés. La recommandation 110 définissant un terme employé dans d’autres chapitres du guide, il a été convenu de la déplacer et de l’insérer au chapitre premier avec les autres définitions.

Recommandation 111 (étendue de l’autonomie des parties en ce qui concerne la loi applicable)

23. Il a été noté que la recommandation 111 avait pour objet de reconnaître aux parties la liberté de choisir la loi applicable aux droits et obligations naissant entre elles de la convention constitutive de sûreté avant défaillance. L’expression “droits et obligations réciproques” ayant été reprise de l’article 28 de la Convention des Nations Unies sur la cession, qui s’inspirait elle de l’article 12-1 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, il a été noté que la recommandation 111 traitait en principe de questions contractuelles. Le Groupe de travail a approuvé généralement cette interprétation du contenu de la recommandation.

Recommandation 112 (loi régissant les droits et obligations réciproques des parties en l’absence d’accord entre elles)

24. Il a été convenu que, si les parties n’avaient pas choisi de loi, leurs droits et obligations réciproques découlant de la convention constitutive de sûreté devraient être soumis à la loi régissant cette convention. Il a été dit que cette variante était appropriée, car les droits et obligations réciproques des parties découlaient de la convention constitutive de sûreté, et était plus claire que la variante analogue faisant référence à “la loi de l’État avec lequel cette convention a le lien le plus étroit”.

Recommandation 113 (questions de droit matériel liées à la réalisation)

25. Les variantes A (loi du for), C (loi gouvernant la relation contractuelle entre les parties) et D (loi gouvernant les droits et obligations réciproques des parties) ont été appuyées.

26. On a fait valoir, à l'appui de la variante A, qu'il convenait d'appliquer la loi du for aux questions de réalisation car cette solution aboutirait à l'application de la loi régissant les voies de droit (et rendrait ainsi inutile la distinction entre questions de procédure et questions de fond), la loi du lieu de situation probable des biens et la loi que les parties espéraient voir s'appliquer. Il a également été fait remarquer que les variantes C et D étaient source d'incertitude, car les tiers ne pourraient pas aisément déterminer quelle loi régissait la relation contractuelle ou les droits et obligations réciproques des parties à une convention constitutive de sûreté déterminée, et qu'elles risquaient d'aboutir à l'application de plusieurs lois dans les cas où plusieurs créanciers réaliseraient leur sûreté.

27. Il a également été proposé de modifier la variante A pour y indiquer que, si la réalisation devait être soumise à la loi du for, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté reconnue par une autre loi devraient être respectées de la même manière qu'elles le seraient conformément aux recommandations 115 et 116 lors de la réalisation de la sûreté en cas d'insolvabilité du constituant.

28. Les partisans des variantes C et D ont fait observer que celles-ci considéraient les questions de réalisation comme partie intégrante de l'accord entre le créancier garanti et le constituant et qu'elles soumettaient ces questions à la loi d'un seul et même État facilement déterminable, ce qui, a-t-on dit, permettait au créancier garanti de déterminer avec plus de certitude la loi applicable à la finalité la plus importante d'une sûreté, à savoir le protéger en cas de défaillance. Il a également été argué que la variante A serait source d'incertitude, du fait que les parties ne pourraient pas aisément déterminer au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté où la réalisation aurait lieu et que la réalisation comportait différentes mesures pouvant être soumises à plusieurs lois si les biens grevés se trouvaient dans différents pays.

29. Des variantes C et D, la seconde était jugée préférable, selon un avis, car elle ne faisait pas de distinction entre les questions de fond et les questions de procédure et mentionnait plus directement certaines mesures de réalisation. Selon un autre point de vue, la variante C était préférable car elle mentionnait à juste titre les règles impératives du for en général, sans insister en particulier sur la nécessité d'obtenir le consentement du constituant (ou d'une autre personne en possession des biens) en cas de réalisation extrajudiciaire.

30. Après un débat, il a été convenu de conserver la variante A et de la modifier pour qu'elle soit conforme à l'approche suivie pour la réalisation en cas d'insolvabilité du constituant. Il a en outre été convenu de conserver aussi les variantes C et D ou de les fusionner.

Recommandation 114 (questions de procédure liées à la réalisation)

31. Le Groupe de travail a noté que la recommandation 114 ne serait pas nécessaire si la variante A ou la variante D de la recommandation 113 était adoptée.

Recommandation 115 (incidence de l'insolvabilité sur les règles de conflit) et 116 (réalisation dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité)

32. Faute de temps, le Groupe de travail a décidé d'examiner les recommandations 115 et 116 ultérieurement.

B. Remarques générales

33. Ayant fini d'examiner les recommandations, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'aligner les remarques générales du chapitre consacré au conflit de lois sur lesdites recommandations.

Chapitre XII. Mécanismes de financement d'acquisitions (A/CN.9/WG.VI/WP.17 et Add.1)

A. Remarques générales

34. Le Groupe de travail a confirmé sa décision d'opter pour une approche fonctionnelle (voir A/CN.9/WG.VI/WP.16, recommandation 6), selon laquelle tous les mécanismes remplissant une fonction de sûreté seraient visés par le guide. Il est en outre convenu que cette approche pourrait être mise en pratique soit par le regroupement, sous une seule et unique notion de sûreté réelle mobilière, de tous les mécanismes remplissant cette fonction et leur soumission aux règles du droit des opérations garanties ("approche intégrée") ou par le maintien des différents mécanismes en question sans les rassembler sous une notion unitaire de sûreté mais en leur appliquant certaines règles du droit des opérations garanties ("approche non intégrée"). Il a été déclaré que les États ayant un système juridique développé et une économie du crédit mature préféreraient peut-être l'approche non intégrée (qui exigerait une certaine coordination entre le droit des opérations garanties et d'autres droits), alors que les États qui ne voyaient pas d'inconvénient à réformer d'autres branches de leur droit et avaient besoin de développer une économie de crédit pourraient pencher plutôt pour l'approche intégrée (qui serait probablement plus facile à appliquer).

35. De plus, le Groupe de travail a été d'avis, dans son ensemble, que le guide devrait traiter sur un pied d'égalité tous les éventuels fournisseurs de financement d'acquisitions afin d'accroître la concurrence qui devrait diminuer le coût du crédit et en augmenter l'offre. Il a également été convenu d'insister sur l'importance de la réserve de propriété et du crédit-bail, en particulier pour les petites et moyennes entreprises, car les fournisseurs et les crédits-bailleurs étaient probablement, dans certains cas, la principale voire la seule source possible de crédit pour ces entreprises. Il a enfin été généralement considéré que le guide devrait s'attacher avant tout à définir les droits et obligations des parties et à assurer la sécurité et la transparence à cet égard plutôt que de déterminer à quel créancier appartenait tel ou tel bien.

36. Après avoir débattu des principaux points à souligner dans les remarques générales, le Groupe de travail est passé à l'examen des recommandations.

B. Recommandations

Recommandation 1 (équivalence entre les mécanismes [de financement d'acquisitions] [de financement du prix d'achat] et les sûretés réelles mobilières)

37. Si certains ont exprimé une préférence pour l'approche intégrée et d'autres pour l'approche non intégrée, il a été généralement convenu de les recommander toutes deux aux États. Il a aussi été estimé dans l'ensemble que la recommandation 1 devrait être modifiée afin de mieux rendre compte de ces deux approches. D'un point de vue terminologique, le Groupe de travail a dit préférer l'expression générique "financement d'acquisitions" pour englober à la fois la réserve de propriété, les prêts pour le financement du prix d'achat et le crédit-bail. Il a décidé de ne pas trancher la question de savoir où placer les recommandations relatives au financement d'acquisitions dans le guide avant d'avoir fini de les examiner.

Recommandation 2 (constitution de sûretés en garantie d'acquisitions entre les parties)

38. La recommandation 2 a recueilli un appui suffisant. Un certain nombre de problèmes ont toutefois été soulevés. Tout d'abord, en omettant d'exiger un écrit signé, cette recommandation risquait d'être source d'insécurité et de litiges, ce à quoi on a répondu qu'elle apportait la sécurité juridique recherchée en ce qui concerne la constitution d'une sûreté en garantie d'acquisitions, tout en tenant compte des exigences de pratiques telles que la réserve de propriété et d'autres pratiques similaires. On a toutefois fait observer que, si aucune signature n'était requise, l'obligation de diligence raisonnable risquait d'être plus coûteuse au créancier garanti qui répercuterait ses frais sur l'emprunteur, aspect qu'il fallait préciser dans le commentaire sur la recommandation. Aussi, de l'avis général, cette dernière ne devait-elle pas s'appliquer aux sûretés constituées à des fins autres que la garantie du financement d'acquisitions.

39. Par ailleurs, en exigeant un écrit, la recommandation 2 était en contradiction avec la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) qui, elle, n'imposait pas d'écrit. Il a été répondu que la recommandation traitait de la clause de réserve de propriété, de la convention constitutive de sûreté et de l'accord de crédit-bail, mais non pas du contrat de vente.

40. Enfin, si la recommandation 2 pourrait convenir pour un État adoptant une approche intégrée, elle risquait d'être insuffisante si l'État adoptait une approche non intégrée. On a fait valoir, par exemple, que le terme "grantor" ("constituant") pouvait prêter à confusion dans le cadre du droit des ventes ou d'autres branches de droit, où le vendeur et l'acheteur détenaient tous deux un droit de propriété et aucun n'octroyait de sûreté à l'autre. Il a aussi été souligné que les incidences de la recommandation 2 sur le droit des ventes ou d'autres branches de droit n'étaient pas claires, car celle-ci ne précisait pas les conséquences du non-respect, par le vendeur, des exigences de forme énoncées par elle. Il a été répondu que la recommandation 2 plaçait la barre très bas et que, de ce fait, ces exigences seraient remplies dans la plupart des opérations de vente commerciale assorties de clauses de réserve de propriété.

41. À ce propos, il a été convenu que, pour répondre au dernier problème soulevé, la recommandation ou le commentaire devrait indiquer clairement les conséquences du non-respect par le vendeur des conditions de forme fixées par la recommandation 2. Des avis divergents ont été exprimés quant à la nature exacte de ces conséquences. Selon un avis, le droit de propriété devrait être transféré à l'acheteur qui devrait alors être en mesure de constituer une sûreté sur les biens en faveur d'un tiers. Selon un autre point de vue, le contrat de vente risquant d'être nul en raison de l'invalidité de la clause de réserve de propriété qui serait un élément essentiel du contrat, le vendeur resterait propriétaire. En conséquence, si l'acheteur avait consenti des sûretés à des tiers, ces sûretés seraient inexistantes car il n'aurait aucun droit sur les biens grevés.

42. Selon une autre opinion encore, si les conditions de forme énoncées à la recommandation 2 n'étaient pas satisfaites et si l'acheteur octroyait une sûreté à un tiers qui aurait pris toutes les mesures nécessaires pour rendre cette sûreté opposable, le créancier garanti aurait priorité sur le vendeur. Il a été déclaré que le guide n'avait pas besoin d'empiéter sur le droit des ventes ni le droit des biens et d'aller jusqu'à indiquer que la propriété était transférée à l'acheteur (ce qui n'était pas nécessaire car l'acheteur pouvait constituer une sûreté même sans être propriétaire; voir recommandation 12 dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.16).

43. Il a été ajouté que le fait de laisser le vendeur conserver la propriété risquait de fragiliser le régime prévu dans le guide, car un créancier garanti qui aurait suivi toutes les règles recommandées dans ce dernier se verrait déchu de sa priorité. L'idée d'aborder ces questions dans le commentaire sur la recommandation 2 a recueilli suffisamment de suffrages, de même que la proposition d'avertir les États, dans le commentaire, que leur droit des ventes ou leur droit des biens risquaient d'être affectés même s'ils adoptaient une approche non intégrée.

44. À cet égard, il a été fait observer que l'examen des conséquences du non-respect, par les parties, des conditions de forme énoncées à la recommandation 2 (voir par. 40 à 43 ci-dessus) avait montré combien il était difficile d'appliquer une approche non intégrée et devait conduire le Groupe de travail à reconsidérer sa décision de recommander deux approches. Il a été répondu que le problème des conséquences d'un non-respect des conditions de forme serait réglé si aucun formalisme n'était imposé pour la constitution d'une sûreté en garantie d'acquisitions.

45 À l'issue de son débat, le Groupe de travail a généralement approuvé la recommandation 2 quant au fond. Il est également convenu que le commentaire devrait examiner l'impact de cette recommandation dans le cadre d'une approche intégrée et d'une approche non intégrée. En outre, si, de l'avis général, le niveau des exigences de forme énoncées dans la recommandation était suffisamment bas pour que la plupart des opérations de vente commerciale assorties de clauses de réserve de propriété, de prêts destinés à financer les achats et d'accords de crédit-bail satisfassent à ces exigences, il a été convenu de l'utilité d'exposer dans le commentaire les conséquences du non-respect desdites exigences par la partie finançant les acquisitions (à savoir le vendeur, le prêteur ou le crédit-bailleur).

Recommandation 3 (opposabilité aux tiers des sûretés en garantie d'acquisitions)

46. La recommandation 3 a, dans l'ensemble, été jugée acceptable sur le fond. Un certain nombre de propositions ont cependant été avancées. Il a tout d'abord été suggéré que le délai de grâce soit supérieur à 20 ou 30 jours. On a expliqué que, dans le cas d'un registre sur papier ou d'un registre situé à l'étranger, un délai de grâce de 50 ou 60 jours conviendrait davantage. Il a été fait observer que, dans tous ces cas, la partie finançant l'acquisition aurait besoin de temps pour se familiariser avec les règles d'enregistrement, prendre conseil sur le droit étranger auprès d'un juriste et effectuer toutes ses démarches auprès d'une administration étrangère inconnue. Cette suggestion a suscité des objections. Il a été déclaré que le délai de grâce constituait un compromis en ce sens que l'octroi d'un crédit supplémentaire à un acheteur, un constituant ou un preneur à bail serait retardé afin de protéger les intérêts de la partie finançant l'acquisition. Il a été ajouté que, dans un environnement papier, un délai de grâce de 20 ou 30 jours serait suffisant, tandis que, dans un système électronique où les utilisateurs pouvaient inscrire leur sûreté directement depuis leur ordinateur sans intervention de l'organe responsable du registre, ce délai devrait être beaucoup plus court (2 à 3 jours). Il a été souligné cependant que chaque État devrait déterminer la durée exacte du délai de grâce en fonction des circonstances, des besoins et des moyens locaux. Après un débat, il a été convenu d'exposer en détail, dans le commentaire, les différents aspects à prendre en considération pour déterminer la durée du délai de grâce et d'indiquer, dans la recommandation, que ce délai serait aussi bref que possible compte tenu de la situation dans chaque État adoptant.

47. Il a par ailleurs été proposé d'apporter davantage de précisions sur l'événement déclenchant le délai de grâce (à savoir, la remise de la possession des biens). Cette proposition a recueilli suffisamment de soutien. Il a été dit qu'il fallait se référer, comme dans les recommandations sur la constitution d'une sûreté entre les parties et son opposabilité aux tiers, à la remise de la possession effective des biens. Toutefois, de l'avis général, la recommandation ne devait pas aller plus loin, car la définition exacte de la notion de "remise de la possession" relevait du droit des ventes. Dans le même ordre d'idées, il a été suggéré que, si une personne était en possession des biens à un autre titre, le délai de grâce commence à courir lorsque cette personne devenait acheteur, constituant ou preneur à bail. Cette suggestion a également recueilli suffisamment de suffrages.

48. Une autre proposition encore était de donner effet à l'enregistrement à compter du moment où l'avis était soumis au registre et non à partir du moment où il était disponible sur le registre pour les utilisateurs effectuant des recherches. Cette proposition a été favorablement accueillie, mais il a été noté que la date de prise d'effet de l'enregistrement était une question générale qu'il fallait aborder dans le chapitre sur l'opposabilité d'une sûreté aux tiers.

49. Enfin il a été proposé d'examiner dans le commentaire les conséquences du défaut d'enregistrement dans le registre des opérations garanties, par la personne finançant l'acquisition, d'un avis de constitution de la sûreté, dans le contexte tant d'une approche intégrée que d'une approche non intégrée. Cette proposition a bénéficié d'un appui suffisant.

Recommandation 4 (exemptions)

50. Le Groupe de travail s'est dit favorable à ce que les opérations de financement d'acquisition de biens de consommation, autrement dit de biens achetés par des particuliers pour leurs besoins personnels, familiaux ou domestiques (recommandation 4 a)), soient exemptées d'enregistrement. On s'est toutefois inquiété de ce que, dans sa rédaction actuelle, cette exception obligeait le législateur à examiner en permanence et à modifier la valeur des opérations d'achat de biens de consommation qui ne devaient pas être exonérées d'inscription. Pour apaiser cette préoccupation, il a été suggéré de parler de biens de consommation ayant une valeur de revente et d'ajouter une liste indicative de ces biens (par exemple véhicules, aéronefs, bateaux, caravanes et autres biens similaires). Il a été dit que, suivant cette approche, les opérations concernant des biens de consommation de faible valeur seraient exemptées d'inscription, car il n'existait pas de marché pour le financement du rachat de tels biens. Il a également été fait observer que les opérations sur biens de consommation de grande valeur soumis à inscription sur un registre de titres de propriété, tels que les véhicules automobiles, seraient également exemptées d'enregistrement dans le registre des opérations garanties.

51. En ce qui concerne les exceptions relatives aux opérations d'un faible montant et aux opérations à court terme (recommandation 4 b) et c)), des avis divergents ont été exprimés quant à leur maintien ou non. Selon un point de vue, ces exceptions devaient être conservées car elles permettaient de ne pas imposer aux parties des formalités inutiles et de ne pas surcharger les registres d'informations excessives. S'agissant de l'exception prévue pour les opérations de faible valeur, il a été proposé de fixer un montant réaliste afin de protéger les opérations pour lesquelles l'enregistrement était inutile. Pour ce qui est de l'exception concernant les opérations à court terme, il a été suggéré de fixer le délai à 180 jours.

52. De l'avis de la majorité, toutefois, ces exceptions devaient être supprimées. Il a été expliqué qu'une exception en fonction du montant de l'obligation garantie ou du délai de paiement obligerait le législateur à examiner en permanence et à modifier le montant et serait source de complexité et de litiges car ce montant et ce délai pourraient changer périodiquement. En outre, on a fait remarquer que l'exception relative aux opérations d'achat de biens de consommation était suffisante pour exclure les opérations de faible valeur et que le délai de grâce était suffisant pour exclure quant à lui les opérations à court terme. De plus, a-t-on dit, une exception pour les opérations à court terme ou de faible valeur serait très difficile à appliquer, en particulier dans les opérations concernant des stocks, où la rotation s'effectuait sur quelques jours mais ne pouvait être déterminée avec certitude car la partie finançant l'opération le faisait sur la base de factures et ne pouvait suivre le mouvement effectif des stocks quotidiennement ou sur une courte période. On a également argué qu'une telle exception serait sujette à manipulation car les parties à des arrangements de financement à long terme ou de grande valeur pourraient fractionner leur relation en plusieurs échéances courtes ou en plusieurs montants faibles pour éviter d'avoir à inscrire leur opération. À l'issue de son débat, le Groupe de travail est convenu de supprimer les exceptions relatives aux opérations de faible valeur et aux opérations à court terme.

Recommandation 5 (priorité des sûretés en garantie d'acquisitions sur des sûretés antérieures ne garantissant pas le financement d'acquisitions sur des biens futurs autres que des stocks)

53. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la recommandation selon laquelle la sûreté en garantie d'acquisitions devrait primer une sûreté sur des biens futurs autres que des stocks ne garantissant pas le financement d'acquisitions et inscrite antérieurement si la partie finançant l'acquisition restait en possession effective des biens ou inscrivait un avis dans un délai de grâce spécifié après avoir remis ces biens à l'acheteur, au constituant ou au preneur à bail ou encore si l'opération d'acquisition n'était pas soumise à inscription conformément à la recommandation 4. Il a été convenu de parler de sûreté inscrite antérieurement (plutôt que préexistante) ne garantissant pas le financement d'acquisitions, car, l'inscription préalable étant possible, une telle sûreté pouvait être constituée même après avoir été inscrite. Il a également été convenu de parler de la remise de la possession effective à l'acheteur, au constituant ou au preneur à bail agissant en cette qualité (voir par. 47 ci-dessus).

Recommandation 6 (priorité des sûretés en garantie d'acquisitions sur des sûretés antérieures ne garantissant pas le financement d'acquisitions sur des stocks futurs)

54. Le Groupe de travail a généralement approuvé quant au fond la recommandation selon laquelle la sûreté en garantie d'acquisitions devait primer une sûreté sur des stocks futurs ne garantissant pas le financement d'acquisitions et inscrite antérieurement (plutôt que préexistante), si la partie finançant l'acquisition restait en possession effective des stocks ou si, avant remise de la possession effective des stocks à l'acheteur, au constituant ou au preneur à bail agissant en cette qualité, elle enregistrait un avis et informait par voie de notification les parties finançant les stocks inscrites antérieurement. En réponse à un certain nombre de questions, il a été dit que la notification ne devait pas décrire les biens dans le détail ni mentionner qu'il s'agissait d'une sûreté en garantie d'acquisitions; que la notification était une condition d'octroi d'une superpriorité à la partie finançant l'acquisition; et que, si une partie finançant les stocks inscrite antérieurement n'était pas avisée, elle aurait priorité sur la partie finançant l'acquisition.

55. L'opinion a été émise qu'il faudrait autoriser la partie finançant l'acquisition à s'inscrire dans un certain délai de grâce après remise des stocks à l'acheteur, au constituant ou au preneur à bail. On a fait valoir que, sans un tel délai, cette partie ne financerait pas l'acquisition des stocks par l'acheteur, le constituant ou le preneur à bail. Cette proposition a suscité des objections. On a fait valoir aussi que, en l'absence de délai de grâce, la partie finançant l'acquisition devrait retarder la remise des stocks jusqu'à ce qu'elle ait la possibilité de s'inscrire et d'informer les parties finançant les stocks inscrites antérieurement, ce qui pouvait prendre plusieurs jours. Selon l'avis qui l'a emporté, cependant, un délai de grâce aboutirait par inadvertance à ce que les parties finançant les stocks n'accordent pas de crédit avant l'expiration de ce délai, du fait que les stocks étaient fongibles et avaient une rotation si rapide que lesdites parties seraient incapables de suivre leur mouvement. Il a été fait observer que rien n'empêcherait la partie finançant les stocks d'octroyer un crédit en l'absence de délai de grâce car elle pouvait obtenir une superpriorité d'abord en inscrivant sa sûreté et en informant les parties finançant les stocks

inscrites antérieurement, puis en remettant les biens à l'acheteur, au constituant ou au preneur à bail. Il a également été déclaré que, contrairement au matériel, il n'était pas facile de distinguer les nouveaux stocks des anciens et de déterminer le moment de la remise car la partie finançant les stocks ne pouvait pas suivre des biens en rotation permanente, comme les stocks. En réponse à une question, il a été indiqué que la recommandation 3, qui autorisait un délai de grâce pour l'inscription de sûretés en garantie d'acquisitions à la fois sur des stocks et sur du matériel, ne conférait une superpriorité à la partie finançant l'acquisition que par rapport aux créanciers qui obtenaient une sûreté pendant le délai de grâce. Il a été indiqué également que, bien que la question de savoir si la notification prenait effet au moment où elle était envoyée ou au moment où elle était reçue relève d'une autre loi, elle devrait être abordée par le législateur.

56. Après débat, le Groupe de travail a décidé de ne pas fixer de délai de grâce pour l'inscription des sûretés en garantie d'acquisitions sur des stocks.

Recommandation 7 (constitution d'une même sûreté sur plusieurs biens)

57. Le Groupe de travail a approuvé généralement la recommandation selon laquelle la partie finançant l'acquisition ne devrait pas perdre sa superpriorité uniquement parce qu'elle détenait une sûreté autre qu'une sûreté en garantie d'acquisitions sur d'autres biens de l'acheteur, du constituant ou du preneur à bail garantissant la même obligation que la sûreté en garantie d'acquisitions ou parce qu'elle détenait une sûreté d'un autre type sur les mêmes biens, garantissant toutefois d'autres obligations (non liées à l'acquisition) de l'acheteur, du constituant ou du preneur à bail.

Recommandation 8 (priorité des sûretés en garantie d'acquisitions sur le produit de stocks)

58. Des avis divergents ont été exprimés à propos de la recommandation 8. Selon un point de vue, il fallait conserver telle quelle la recommandation qui prévoyait que la superpriorité de la partie finançant l'acquisition ne s'étendait pas au produit des stocks (par exemple aux créances de sommes d'argent), ce qui permettrait à l'acheteur, au constituant ou au preneur à bail d'obtenir d'autres types de financement, tels qu'un financement par cession de créances, avec lequel rembourser le financement obtenu pour les stocks ou d'autres dépenses d'exploitation. Selon un autre point de vue, la superpriorité attachée à la sûreté en garantie d'acquisitions sur des stocks devrait être élargie au produit de ces stocks (dans tous les cas ou seulement si la partie finançant l'acquisition et l'acheteur, le constituant ou le preneur à bail en convenaient). Toutefois, selon l'avis qui l'a emporté, la superpriorité d'une sûreté en garantie d'acquisitions devrait aussi s'appliquer au produit des stocks achetés, à condition que la partie finançant l'acquisition informe par voie de notification les parties qui avaient inscrit antérieurement une sûreté sur des biens du même type que le produit. Il a été dit que cette solution était conforme à celle adoptée pour la superpriorité sur des stocks, éviterait le double financement et protégerait les parties finançant les stocks inscrites antérieurement dans la mesure où la superpriorité porterait sur un produit identifiable. Bien que des doutes aient été émis quant aux avantages d'une telle solution, le Groupe de travail a décidé, après discussion, de reformuler la recommandation 8 afin d'y indiquer que la superpriorité des sûretés en garantie

d'acquisitions s'appliquerait également au produit des stocks, à condition que la partie finançant l'acquisition informe les parties octroyant un financement inscrites antérieurement qui détiennent une sûreté sur des biens du même type que le produit.

Recommandations 9 et 10 (réalisation)

59. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la recommandation 9 prévoyant qu'en cas de défaillance du constituant, la partie finançant l'acquisition serait habilitée à reprendre possession des biens et à en disposer conformément aux règles applicables à la réalisation des sûretés en général. Il a été déclaré que cette recommandation conviendrait à un État optant pour une approche intégrée. On a également fait observer qu'il faudrait néanmoins décrire, dans le commentaire, les voies de droit dont disposait une partie finançant l'acquisition, en insérant des renvois appropriés au chapitre sur la défaillance et la réalisation, car même dans le cadre d'une approche intégrée, les parties octroyant d'autres types de financement pouvaient jouir de droits spéciaux à condition d'être toutes traitées de la même façon.

60. Des avis divergents ont été exprimés à propos de la recommandation 10. Selon un point de vue, celle-ci reflétait bien une approche adoptée dans les États qui considéraient les mécanismes de financement d'acquisitions comme une modalité du transfert de la propriété. Il a cependant été fait remarquer que ces États ne suivaient pas tous la règle proposée dans la recommandation 10. Selon une autre opinion, afin de mieux tenir compte de l'approche non intégrée, la recommandation ou le commentaire devait expliquer plus en détail la manière dont les sûretés constituées dans le cadre de mécanismes de financement d'acquisitions seraient réalisées par rapport aux sûretés consenties dans d'autres mécanismes de financement. À cette fin, il faudrait, par exemple, que la recommandation ou le commentaire indique précisément les voies de droit dont pouvaient se prévaloir les parties finançant l'acquisition (par exemple, comment ces parties reprendraient possession des biens et quels droits elles pourraient exercer par la suite) en précisant l'impact du droit des opérations garanties sur le droit des ventes et le droit des biens. Il a été déclaré que l'équivalence entre les droits des parties finançant l'acquisition et ceux des parties octroyant d'autres types de financement constituait un objectif fondamental qui ne pourrait être atteint si, par exemple, la créance résiduelle d'une partie finançant l'acquisition n'était pas reconnue ou si cette partie se voyait accorder le droit de conserver un excédent. On a fait valoir aussi que le défaut de reconnaissance d'une créance résiduelle inciterait une partie octroyant un financement à exiger davantage de biens grevés, en conséquence de quoi le constituant verrait sa possibilité d'utiliser ses biens pour obtenir un crédit auprès d'autres créanciers limitée, ce qui irait à l'encontre de l'objectif général du guide, à savoir augmenter l'offre de crédit garanti. On a également argué qu'il n'y avait aucune raison économique ou autre d'octroyer à la partie finançant l'acquisition le droit de conserver un excédent, résultat qui équivaudrait à un enrichissement sans cause. Il a été souligné en outre qu'une autre façon d'assurer l'équivalence entre les droits des parties finançant l'acquisition et ceux des parties apportant un autre type de financement était de renvoyer aux principes énoncés dans le chapitre sur la défaillance et la réalisation, comme le principe selon lequel la partie finançant l'acquisition devrait réaliser sa sûreté de bonne foi et d'une manière commercialement raisonnable.

61. À l'issue de son débat, le Groupe de travail est convenu de reformuler la recommandation 10 pour y rendre compte de l'approche non intégrée, dans laquelle toutes les parties finançant l'acquisition seraient traitées sur un pied d'égalité et de la même manière que les parties apportant d'autres types de financement.

Recommandations 11 et 12 (insolvabilité)

62. La recommandation 11 a bénéficié d'un soutien suffisant au sein du Groupe de travail. Il a été dit que, en préconisant l'égalité de traitement des sûretés en garantie d'acquisitions et des autres types de sûretés, cette recommandation reflétait ce que le Groupe de travail avait nommé, au cours de ses précédentes discussions, l'approche intégrée (à savoir celle consistant à appliquer le même ensemble de règles à la fois aux sûretés en garantie d'acquisitions et aux autres sûretés et à appliquer toute règle spéciale de la même façon à toutes les sûretés en garantie d'acquisitions).

63. La recommandation 12 a recueilli un certain appui. Il a été dit que celle-ci rendait compte de manière appropriée de la solution adoptée dans de nombreux systèmes juridiques qui traitaient les mécanismes de financement d'acquisitions comme une modalité du transfert de la propriété. Il a cependant été proposé de reformuler cette recommandation pour y traiter des droits de la partie finançant l'acquisition en cas d'insolvabilité et non des obligations du représentant de l'insolvabilité.

64. Un certain nombre de problèmes ont également été soulevés à propos de la recommandation 12. On a, d'une part, estimé que cette recommandation ne rendait pas suffisamment compte de la seule autre approche possible approuvée par le Groupe de travail (à savoir l'approche non intégrée), qui consistait à appliquer aux sûretés en garantie d'acquisitions des règles différentes de celles applicables aux autres sûretés et, cependant, équivalentes. On a, d'autre part, fait observer qu'en indiquant ce qu'un représentant de l'insolvabilité pouvait ou ne pouvait pas faire, la recommandation 12 empiétait indûment sur le droit de l'insolvabilité.

65. On a par ailleurs exprimé la crainte que, dans la mesure où cette recommandation pouvait être interprétée comme laissant entendre que le représentant de l'insolvabilité devait décider rapidement d'exécuter ou de rejeter le contrat, celle-ci ne soit incompatible avec le guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité ("le guide sur l'insolvabilité"), qui donnait au représentant de l'insolvabilité suffisamment de temps pour déterminer, notamment, si l'entreprise devait être liquidée ou redressée et si tel ou tel contrat devait être exécuté ou rejeté. Il a été ajouté que la recommandation 12 risquait de ne pas être pleinement conforme, par exemple, à la recommandation 54 du guide sur l'insolvabilité, selon laquelle le représentant pouvait utiliser des actifs appartenant à un tiers et se trouvant en possession du constituant, pour autant que certaines conditions soient remplies (par exemple, que les intérêts du tiers soient protégés contre toute dépréciation des actifs et que les coûts, prévus au contrat, de la poursuite de son exécution et de l'utilisation des actifs soient considérés comme des dépenses afférentes à l'administration de la procédure).

66. À cet égard, on a déclaré qu'il était possible, dans le cadre de l'approche non intégrée, d'accorder aux sûretés en garantie d'acquisitions un traitement qui serait semblable à celui dont bénéficiaient les actifs appartenant à des tiers dans le guide

sur l'insolvabilité. Il a été fait observer que, dans une telle approche, il importait avant tout d'éviter que des différences minimes n'aboutissent à des résultats différents et, pour accroître l'offre de crédit, d'assurer le même traitement à toutes les sûretés en garantie d'acquisitions, même si ce traitement pouvait quelque peu s'écarter de celui accordé aux autres types de sûretés. Il a également été dit que les recommandations relatives au traitement des sûretés en garantie d'acquisitions en cas d'insolvabilité devraient concilier l'objectif général du guide sur les opérations garanties, à savoir accroître l'offre de crédit garanti, et les objectifs du guide sur l'insolvabilité, à savoir maximiser la valeur de la masse de l'insolvabilité au profit de tous les créanciers et faciliter le redressement.

67. À l'issue de son débat, le Groupe de travail est convenu que tous les mécanismes de financement d'acquisitions devraient bénéficier du même traitement, qu'un État les intègre dans son droit sur les opérations garanties ou les soumette à un ensemble de règles différent mais équivalent. Il est en outre convenu que le guide sur les opérations garanties devrait adopter la même approche que le guide sur l'insolvabilité toujours pour ce qui est du traitement de ces mécanismes. Il est aussi convenu que le guide sur les opérations garanties devrait examiner quelles recommandations du guide sur l'insolvabilité, à savoir celles traitant des sûretés ou celles sur les actifs appartenant à des tiers devraient s'appliquer aux mécanismes de financement d'acquisitions. Le secrétariat a été prié d'élaborer une version révisée des recommandations 11 et 12 qui tienne compte des décisions du Groupe de travail.

Recommandations 13 et 14 (conflit de lois)

68. En réponse à une question, il a été noté que, si un État adoptait une approche intégrée, les recommandations 13 et 14 seraient inutiles car elles reprenaient les recommandations applicables aux autres types de sûretés. Elles seraient en revanche nécessaires en cas d'adoption d'une approche non intégrée, mais, a-t-il été convenu, le même résultat pourrait être obtenu par un renvoi aux recommandations applicables aux autres types de sûretés (à l'exception de la recommandation 102, qui traitait du droit applicable aux sûretés sur des biens meubles incorporels).

Recommandation 15 (période transitoire)

69. Il a été dit que les parties finançant l'acquisition devraient se voir accorder, après la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi, un bref délai à l'intérieur duquel elles pourraient faire inscrire leurs sûretés dans le registre des opérations garanties et protéger leur rang de priorité. Toutefois, on a fait observer qu'il ne faudrait pas prévoir une période transitoire plus longue pour les sûretés en garantie d'acquisitions car une telle approche aurait pour effet involontaire de retarder, peut-être pendant des années, l'application de la nouvelle loi. Le Groupe de travail est convenu que les questions relatives à la période transitoire devraient être traitées dans le chapitre relatif aux dispositions transitoires.

Chapitre XVI. Sûretés sur des comptes bancaires (A/CN.9/WG.VI/WP.18 et Add.1)

A. Remarques générales

70. L'idée de traiter les comptes bancaires dans le guide a été largement appuyée. On a déclaré qu'un régime moderne sur les opérations garanties ne pouvait pas simplement passer cette question sous silence. On a également fait observer que l'absence d'un régime juridique approprié relatif aux sûretés sur les comptes bancaires empêchait les parties à des transactions commerciales d'utiliser l'un de leurs éléments d'actifs les plus importants pour obtenir des crédits. Il a été suggéré (et ces suggestions ont été appuyées) d'intégrer les débats sur les comptes bancaires dans les chapitres pertinents du guide (champ d'application, constitution, opposabilité aux tiers, priorité, etc.) et d'appliquer les recommandations générales, sauf si des règles spéciales étaient nécessaires, auquel cas il fallait en examiner soigneusement les raisons.

B. Recommandations

71. Le Groupe de travail a entamé l'examen des recommandations concernant les sûretés sur les comptes bancaires.

Paragraphe 81 (définition du compte bancaire)

72. Il a été suggéré de préciser dans la recommandation et le commentaire que les comptes bancaires internes n'étaient pas visés.

Paragraphe 82 (coordination avec la loi applicable aux titres)

73. L'idée selon laquelle il faudrait établir une distinction claire entre les comptes bancaires et les comptes titres a été largement appuyée. Bien que l'on se soit déclaré favorable à ce que le régime juridique applicable aux comptes bancaires soit identique à celui applicable aux titres, ou tout au moins coordonné avec celui-ci, il a été convenu que la partie pertinente du paragraphe 82 devrait être conservée entre crochets jusqu'à ce que le Groupe de travail ait eu la possibilité d'examiner les règles recommandées quant au fond. Il a également été convenu de supprimer le renvoi à des textes juridiques précis qui figurait dans ce paragraphe.

Paragraphe 83 (constitution)

74. On a largement appuyé la proposition selon laquelle les recommandations générales relatives à la constitution des sûretés devraient s'appliquer à la constitution d'une sûreté sur un compte bancaire. On a fait observer que cela n'aurait de toute façon pas d'incidence sur la réglementation et le droit de la consommation.

75. Le Groupe de travail a approuvé le paragraphe 83 quant au fond et a prié le secrétariat de réviser le commentaire pour tenir compte des observations et des suggestions formulées, en particulier la nécessité d'expliquer: i) l'application des règles générales aux comptes bancaires; ii) toutes règles spéciales concernant les

conventions d'incessibilité; et iii) toutes exceptions introduites par les lois sur la protection des consommateurs.

Paragraphe 84 (opposabilité aux tiers)

76. Le paragraphe 84 a été appuyé au sein du Groupe de travail. Ce dernier a prié le secrétariat d'expliquer plus avant dans le commentaire la méthode de contrôle comme alternative à l'inscription, en particulier lorsque le contrôle a été obtenu par transfert du compte bancaire au créancier garanti. Il a aussi été convenu que la banque dépositaire ne devrait pas être tenue de répondre à des demandes de tiers concernant l'existence d'un accord de prise de contrôle.

Paragraphes 85 et 86 (priorité)

77. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 85 et 86 quant au fond.

Paragraphe 87 (réalisation)

78. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le paragraphe 87, prévoyant le droit pour un créancier garanti ayant le contrôle du compte bancaire de faire réaliser sa sûreté sans recourir à une procédure judiciaire, sauf dans des cas limités et clairement énoncés (dont l'insolvabilité). Bien qu'il ait été reconnu que le commentaire expliquait la nature spéciale d'un compte bancaire et devrait être conservé, il a été admis aussi que, dans la mesure où une recommandation répétait la règle générale, il n'était peut-être pas nécessaire.

Paragraphe 88 (droits et obligations de la banque dépositaire)

79. Le paragraphe 88, selon lequel la banque dépositaire ne pouvait pas être obligée de consentir à un accord de prise de contrôle ni être assujettie sans son consentement à d'autres obligations, a été appuyé au sein du Groupe de travail. Il a été suggéré d'incorporer la recommandation au paragraphe 83, qui traite de la constitution d'une sûreté sur un compte bancaire.

Paragraphe 89 (loi applicable)

80. Il a été convenu que la recommandation devrait comporter deux possibilités, à savoir la loi régissant la convention d'ouverture de compte et la loi du lieu d'établissement de la banque dépositaire ayant le lien le plus étroit avec le compte bancaire. Il a été convenu également qu'il faudrait conserver entre crochets la référence au lieu d'établissement du constituant pour ce qui est de l'opposabilité aux tiers par inscription dans un registre, si l'inscription dans un registre n'était pas reconnue par l'autre loi autrement applicable.

V. Travaux futurs

81. Le Groupe de travail a noté que sa huitième session était prévue à Vienne du 5 au 9 septembre 2005, et sa neuvième session à New York du 30 janvier au 3 février 2006, sous réserve que ces dates soient approuvées par la Commission à sa trente-huitième session, qui doit se tenir à Vienne du 4 au 15 juillet 2005.

A/CN.9/WG.VI/WP.16

E. Rapport du Secrétaire général concernant les recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumis au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa septième session

(A/CN.9/WG.VI/WP.16 et Add.1) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
V.	Objectifs fondamentaux	1
VI.	Champ d'application	2-4
VII.	Approches fondamentales en matière de sûretés	5-6
VIII.	Constitution de la sûreté entre les parties	7-17
IX.	Opposabilité de la sûreté aux tiers	18-37
X.	Priorité de la sûreté sur les droits des réclamants concurrents	38-57

Recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties

I. Objectifs fondamentaux

Objet

L'objet des recommandations relatives aux objectifs fondamentaux est de fournir un cadre général pour la mise en place et le développement d'une loi rationnelle et efficace sur les opérations garanties. Ces recommandations pourraient être incluses dans le préambule d'une loi sur les opérations garanties (ci-après "la loi").

Objectifs fondamentaux

1. Il faudrait prendre en considération les objectifs fondamentaux ci-après:

a) Promouvoir le crédit garanti;

b) Permettre à un grand nombre d'entreprises d'utiliser la valeur intrinsèque intégrale de leurs actifs pour obtenir un crédit dans un large éventail d'opérations de crédit;

c) Obtenir des sûretés réelles mobilières de manière simple et efficace;

d) Reconnaître l'autonomie des parties;

e) Assurer l'égalité de traitement des créanciers;

f) Valider les sûretés réelles mobilières sans dépossession;

g) Encourager un comportement responsable en renforçant la prévisibilité et la transparence;

h) Établir des règles de priorité claires et prévisibles;

i) Faciliter la réalisation des sûretés de manière prévisible et efficace;

j) Équilibrer les intérêts des personnes intéressées;

k) Harmoniser les lois sur les opérations garanties, y compris les règles de conflit de lois.

II. Champ d'application

Objet

L'objet des dispositions relatives au champ d'application de la loi devrait être de spécifier les parties, les sûretés, les obligations garanties et les biens auxquels la loi s'applique.

Parties, sûretés réelles mobilières, opérations garanties et biens visés

2. Le champ d'application de la loi devrait être aussi large que possible pour ce qui est des parties et des types de sûretés réelles mobilières, des obligations garanties et des biens grevés visés. Les exceptions devraient être limitées et clairement énoncées dans la loi.

3. En particulier la loi devrait s'appliquer

a) Aux personnes morales et physiques, y compris les consommateurs, sans toutefois porter atteinte à leurs droits découlant de la législation sur la protection des consommateurs;

b) Aux droits réels créés contractuellement pour garantir tous types d'obligation, y compris des obligations futures, des montants fluctuants d'obligations et des obligations décrites en termes génériques;

c) Aux sûretés réelles mobilières avec dépossession et sans dépossession sur des biens meubles et des immeubles par destination garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution d'une ou de plusieurs obligations, présentes ou futures, déterminées ou déterminables;

d) À tous les types de biens meubles et d'immeubles par destination, corporels ou incorporels, qui ne sont pas expressément exclus par la loi, y compris les stocks, le matériel et autres marchandises, les créances de somme d'argent, [instruments négociables, tels que chèques, lettres de change, et billets à ordre, documents négociables tels que connaissements, comptes bancaires, lettres de crédit et droits de propriété intellectuelle]; [*Note à l'intention du Groupe de travail: Si le Groupe de travail décide que ces types de biens devraient être visés dans le projet de guide, il souhaitera peut-être revoir les recommandations pour s'assurer qu'elles conviennent aussi à ces biens et pour ajouter en cas de besoin des recommandations spéciales*.]

e) Aux sûretés acquises par transfert de propriété et à tous les autres types de droits garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution d'une ou de plusieurs obligations, quelle que soit la forme de l'opération et que la propriété des biens grevés soit détenue par le créancier garanti ou par le constituant, y compris la réserve de propriété, les baux financiers et les accords de location-vente; et

f) Dans une certaine mesure, aux ventes de créances de sommes d'argent.

4. La loi ne devrait pas s'appliquer aux sûretés portant sur:

a) Des valeurs mobilières;

b) Des immeubles, à l'exception des immeubles par destination;

c) Aux salaires;

d) [...].

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il y aurait lieu d'insérer ici une recommandation prévoyant que la loi ne l'emporte pas sur les obligations internationales de l'État adoptant découlant de traités ou d'accords internationaux, et dans l'affirmative, si une telle recommandation devrait faire référence à tous les traités ou accords internationaux ou seulement à des traités ou accords internationaux particuliers.*]

III. Approches fondamentales en matière de sûretés

Objet

L'objet des recommandations relatives aux approches fondamentales en matière de sûretés est de spécifier que la loi suit une approche unitaire et fonctionnelle.

Approche unitaire

5. La loi devrait comprendre un ensemble complet et cohérent de dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières sans dépossession sur les biens meubles corporels et incorporels. Elle devrait également comprendre des dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières avec dépossession sur les biens meubles corporels.

Approche fonctionnelle

6. La loi devrait traiter de tous les mécanismes qui remplissent des fonctions de garantie, y compris le transfert de propriété à titre de sûreté, la réserve de propriété, les baux financiers et les accords de location-vente, de la même manière que les opérations garanties, sauf dans la mesure où elle en dispose autrement.

IV. Constitution de la sûreté entre les parties

Objet

L'objet des dispositions de la loi relatives à la constitution est de spécifier de quelle manière une sûreté sur un bien meuble est constituée entre le constituant et le créancier garanti.

Convention constitutive de sûreté

7. La loi devrait spécifier qu'une sûreté réelle mobilière, y compris une sûreté en garantie du prix d'achat, est constituée par une convention entre le constituant et le créancier garanti.

Remise de la possession

8. La constitution d'une sûreté réelle mobilière avec dépossession requiert, outre une convention, la remise de la possession des biens à grever au créancier garanti ou à un tiers (autre que le constituant ou un mandataire ou un employé du constituant) qui détient les biens pour le compte du créancier garanti.

Contenu minimum de la convention constitutive de sûreté

9. La loi devrait prévoir que la convention constitutive de sûreté doit, au minimum, identifier le créancier garanti et le constituant et décrire raisonnablement l'obligation garantie et les biens devant être grevés. Une description générique de l'obligation garantie et des biens grevés devrait être suffisante.

Forme

10. La loi devrait prévoir que la convention constitutive de sûreté par laquelle est créée une sûreté sans dépossession doit faire l'objet d'un écrit et être signée par le constituant. Elle devrait spécifier qu'une communication électronique satisfait à cette exigence si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement (voir l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et le paragraphe 2 de l'article 9 du projet de Convention sur les contrats électroniques).

11. La loi devrait aussi spécifier que, sauf si elle en dispose autrement, lorsqu'elle exige la signature d'une personne, il est satisfait à cette exigence en ce qui concerne une communication électronique si:

a) Une méthode est utilisée pour identifier cette personne et pour indiquer qu'elle approuve l'information contenue dans la communication électronique; et

b) Cette méthode est aussi fiable que cela était approprié aux fins pour lesquelles la communication électronique a été créée ou transmise, à la lumière de toutes les circonstances, y compris toute convention pertinente.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si la recommandation 2 figurant dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.17/Add.1 devrait s'appliquer aux conventions visant la constitution de sûretés en garantie du prix d'achat aussi bien que de sûretés constituées à un autre titre.*]

Biens et obligations pouvant faire l'objet d'une convention constitutive de sûreté

12. La loi devrait permettre de garantir tous les types d'obligations, y compris les obligations futures et les obligations dont le montant fluctue. Elle devrait également permettre de constituer une sûreté sur tous les types de biens, y compris les biens dont le constituant n'est pas propriétaire ou n'a pas la faculté de disposer ou qui n'existent pas au moment de la convention constitutive de sûreté, et sur le produit des biens grevés. Les exceptions à ces règles devraient être limitées et clairement énoncées dans la loi.

Produit

13. La loi devrait prévoir que, sauf accord contraire des parties à la convention constitutive de sûreté, la sûreté sur les biens grevés s'étend au produit dans la mesure où celui-ci est identifiable selon les règles relatives au traçage qui figurent également dans la loi. [La sûreté ne s'étend aux fruits des biens grevés, tels que [...] que si les parties le prévoient dans la convention constitutive de sûreté.]

Immeubles par destination, accessoires et biens mélangés

14. La loi devrait prévoir qu'une sûreté peut être constituée sur des immeubles par destination [en vertu de la présente loi ou du droit immobilier] ou sur des accessoires, ou continuer d'exister sur des biens grevés qui deviennent des immeubles par destination ou des accessoires.

15. La loi devrait prévoir aussi qu'une sûreté ne peut être créée sur des biens qui sont physiquement unis à d'autres biens de telle manière que leur identité est perdue dans un produit ou une masse ("biens mélangés"). Toutefois, si des biens grevés deviennent des biens mélangés, la sûreté devient une sûreté sur la masse ou sur le produit (voir aussi la recommandation 37 relative à l'opposabilité aux tiers et la recommandation 42 relative à la priorité).

Moment de la constitution

16. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière avec dépossession est constituée au moment où le constituant remet la possession des biens à grever au créancier garanti ou à un tiers (autre que le constituant ou un mandataire ou un employé du constituant) qui détient les biens pour le compte du créancier garanti, sauf accord contraire des parties.

17. La loi devrait aussi prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sans dépossession est constituée au moment où la convention constitutive de sûreté est conclue, sauf accord contraire des parties, et qu'une sûreté portant sur des biens futurs est constituée au moment où le constituant acquiert des droits sur ces biens.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Il est fait référence à la possession uniquement, car seuls les biens meubles corporels sont soumis à la possession uniquement. Toutefois, si le Groupe de travail décide d'appliquer des règles de "contrôle" à certains types de biens meubles corporels, tels que les lettres de crédit et les certificats de dépôt, il faudra peut-être ajouter, dans la première phrase, une référence au "contrôle" après le mot "possession", au sens technique de "contrôle", c'est-à-dire le pouvoir légal d'orienter la disposition des biens grevés*

sans que le consentement ou une action supplémentaires du constituant soit nécessaire.]

V. Opposabilité de la sûreté aux tiers

Objet

L'objet des dispositions de la loi relatives à l'opposabilité d'une sûreté aux tiers est d'imposer une étape supplémentaire pour qu'une sûreté puisse devenir opposable aux tiers de manière:

a) À avertir les tiers intéressés par les biens meubles du constituant du risque que ces biens soient grevés d'une sûreté; et

b) À fixer une référence temporelle pour l'établissement des rangs de priorité entre les créanciers garantis et entre un créancier garanti et d'autres catégories de réclamants concurrents.

Moyens d'assurer l'opposabilité aux tiers

18. La loi devrait prévoir qu'une sûreté n'est opposable aux tiers que si l'une des formalités ci-après est accomplie:

a) Inscription d'un avis concernant la sûreté dans un registre général des sûretés;

b) Dépossession du constituant si les biens grevés sont des biens meubles corporels individualisés;

[c) Transfert du contrôle au créancier garanti si les biens grevés sont constitués par [certaines obligations incorporelles, autres que des créances de sommes d'argent, dues au constituant par un tiers] [un compte bancaire];]

d) Inscription d'un avis concernant la sûreté dans un registre spécialisé des titres de propriété si les biens grevés sont des biens meubles individualisés pour lesquels la propriété est établie, en vertu d'une autre loi de l'État adoptant, par voie d'inscription dans un tel registre; ou

e) Notation de la sûreté sur le certificat de propriété si les biens grevés sont des biens meubles corporels individualisés pour lesquels, en vertu d'une autre loi de l'État adoptant, la propriété est attestée par un certificat; ou [

f) ...].

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner des moyens supplémentaires d'assurer l'opposabilité aux tiers (par exemple opposabilité automatique aux tiers au moment de la constitution d'une sûreté sur des biens de consommation. Il souhaitera peut-être aussi examiner si, dans le cas de biens soumis à inscription dans un registre spécialisé ou à un système de notation sur le certificat de propriété, il faudrait aussi exiger, en plus de l'inscription dans un registre spécialisé ou de la notation sur le certificat de propriété, l'inscription d'un avis dans le registre général des opérations garanties. L'avantage d'une telle exigence d'inscription supplémentaire serait qu'une recherche dans le registre des opérations garanties révélerait toutes les sûretés sur*

un grand nombre d'actifs, y compris celles qui sont soumis à un système d'inscription spécialisé.]

19. La loi devrait confirmer que différents moyens d'assurer l'opposabilité aux tiers peuvent être utilisés pour différents articles ou types de biens grevés, qu'ils soient ou non grevés en vertu de la même convention constitutive de sûreté ou de conventions distinctes.

Établissement et caractéristiques d'un registre général des sûretés

20. La loi devrait prévoir l'établissement d'un registre général des sûretés ayant les caractéristiques ci-après:

a) L'inscription est effectuée par le dépôt d'un avis de constitution de la sûreté, et non d'une copie de l'acte constitutif de la sûreté;

b) Le fichier du registre est centralisé, c'est-à-dire qu'il contient tous les avis de constitution de sûretés inscrites en vertu de la loi sur les opérations garanties de l'État adoptant;

c) Le système d'inscription est établi de façon à permettre l'indexation et la recherche des avis suivant le nom du constituant ou suivant quelque autre élément fiable d'identification de celui-ci;

d) Le registre est ouvert au public;

e) Un accès raisonnable du public au registre est assuré par des mesures telles que:

i) La fixation de redevances pour l'inscription et la recherche au prix coûtant; et

ii) La création de modes ou de points d'accès à distance;

f) Le système d'inscription est administré et organisé pour faciliter une inscription et une recherche efficaces. En particulier:

i) Un avis peut être enregistré sans vérification ni examen approfondi de son contenu;

ii) Si les capacités financière et infrastructurelle de l'État adoptant le permettent, les avis sont conservés sous forme électronique dans une base de données informatisée;

iii) Si les capacités financière et infrastructurelle de l'État adoptant le permettent, les personnes qui procèdent à une inscription et celles qui font une recherche d'avis ont accès au fichier du registre par des moyens électroniques ou autres, y compris l'échange de données informatisées, le courrier électronique, les télex, le téléphone ou la télécopie; et

g) La loi fixe des règles d'attribution de la responsabilité en cas de perte ou de dommage causé par une erreur dans l'administration ou l'exploitation du système d'inscription et de recherche.

Teneur de l'avis déposé

21. Pour que l'avis déposé constitue une inscription juridiquement valable, la loi devrait exiger qu'il contienne seulement:

a) Les noms (ou autres éléments d'identification fiables) du constituant et du créancier garanti, ainsi que leur adresse;

b) Une description des biens meubles visés par l'avis;

c) La durée de l'inscription; et

[d) Une déclaration du montant monétaire maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée [si l'État estime que cette info est nécessaire pour faciliter des prêts subordonnés.]

Caractère juridiquement suffisant du nom du constituant dans un avis inscrit

22. La loi devrait prévoir que le nom ou un autre élément d'identification du constituant figurant sur un avis inscrit est juridiquement suffisant s'il est possible de retrouver cet avis en effectuant une recherche dans le fichier du registre à partir du nom exact ou un autre élément d'identification du constituant. À cet effet, la loi devrait spécifier des règles pour déterminer le nom exact ou un autre élément d'identification des personnes physiques et des personnes morales.

Caractère juridiquement suffisant de la description des biens visés par un avis inscrit

23. La loi devrait prévoir qu'une description des biens visés par un avis inscrit est juridiquement suffisante si elle permet à un tiers de distinguer ces biens des autres biens du constituant.

24. Si les biens visés par l'avis consistent en une catégorie ou des catégories génériques de biens meubles, la loi devrait confirmer qu'une description générique est juridiquement suffisante.

25. Si les biens visés par l'avis sont tous les biens meubles présents et futurs du constituant, la loi devrait confirmer que la description des biens grevés par une expression du type "l'ensemble des biens meubles" est juridiquement suffisante.

Inscription anticipée

26. La loi devrait confirmer qu'une inscription peut être faite avant ou après la constitution de la sûreté à laquelle elle se rapporte.

Inscription unique pour plusieurs conventions constitutives de sûretés conclues entre les mêmes parties

27. La loi devrait confirmer qu'une seule inscription suffit pour les sûretés constituées par l'ensemble des conventions conclues entre les mêmes parties dans la mesure où elles couvrent des articles ou types de biens meubles qui entrent dans la description figurant dans l'avis inscrit.

Durée et renouvellement de l'inscription

28. La loi devrait spécifier la durée de l'inscription ou autoriser la personne qui inscrit l'avis à choisir celle-ci lors de l'inscription. La loi devrait prévoir le droit de renouveler une inscription plusieurs fois.

Radiation de l'inscription

29. La loi devrait adopter une procédure simplifiée pour permettre au constituant de faire radier une inscription si aucune convention constitutive de sûreté n'a été conclue entre les parties ou si la sûreté est éteinte en raison du paiement ou de l'exécution complète de toutes les obligations garanties. La loi devrait aussi autoriser la radiation d'une inscription par accord du créancier garanti et du constituant.

Autres droits soumis à inscription

30. La loi devrait prévoir que les droits ci-après ne sont opposables aux tiers que si un avis les concernant est inscrit dans le registre général des sûretés:

[a) Le droit de propriété dont jouit un créancier en vertu d'une réserve de propriété garantissant le paiement du prix d'achat des marchandises ou d'un mécanisme économiquement équivalent comme un crédit-bail ou une convention de location-vente;] et

b) Le droit d'un cessionnaire découlant d'une cession pure et simple de créances de sommes d'argent;

[c) La loi peut aussi autoriser l'inscription d'un avis concernant les droits ci-après afin qu'ils deviennent opposables aux tiers:

i) Le droit dont jouit un bailleur en vertu d'un bail, autre qu'un crédit-bail, dont la durée est supérieure à un an;

ii) Le droit d'un déposant qui, dans le cadre d'une activité commerciale, remet les marchandises à un dépositaire chargé de les vendre en son nom, à condition que ce dernier ne soit ni commissaire-priseur ni un dépositaire n'agissant pas ès qualités dans le cours normal des affaires; et

iii) Le droit d'un acheteur découlant d'une vente réalisée en dehors du cours normal des affaires du vendeur lorsque ce dernier reste en possession des biens pendant plus de [trente] [soixante] [quatre-vingt-dix] jours;]

Dépossession du constituant

31. La loi devrait prévoir que, pour qu'une sûreté avec dépossession soit opposable aux tiers, la dépossession du constituant doit être effective et non présumée, fictive ou symbolique. La dépossession n'est suffisante que s'il est possible à un tiers objectif de conclure que le constituant n'est effectivement pas en possession des biens grevés. L'entiercement ne constitue une dépossession suffisante que si le tiers convenu n'est pas un mandataire ou un employé du constituant et possède les biens grevés pour le créancier garanti ou en son nom.

Dépossession du constituant dans le cas de biens meubles corporels représentés par un document négociable

32. La loi devrait prévoir qu'aux fins de l'opposabilité d'une sûreté avec dépossession sur des biens meubles corporels représentés par un document négociable, la remise de ce document au créancier garanti constitue une dépossession effective du constituant durant la période pendant laquelle les biens sont couverts par le document.

[Transfert du contrôle des [obligations incorporelles] [comptes bancaires]

33. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur [certaines obligations incorporelles] [des comptes bancaires] peut être rendue opposable aux tiers par transfert du contrôle [desdites obligations incorporelles] [desdits comptes bancaires] au créancier garanti.

34. [Une personne redevable d'une certaine obligation incorporelle à l'égard du constituant] [une institution dépositaire auprès de laquelle le constituant a un compte bancaire] est tenue de répondre, dans un délai [prescrit] [raisonnable], à une demande écrite présentée par un créancier du constituant pour savoir si le contrôle [de l'exécution de l'obligation incorporelle] [du compte bancaire] a été transféré à un créancier garanti.

35. Si le créancier garanti et [la personne redevable de l'obligation incorporelle] [l'institution dépositaire] sont la même personne, la loi devrait confirmer que le créancier garanti acquiert le contrôle dès que la sûreté est constituée.]

Sûretés sur le produit

36. Lorsque la loi reconnaît une sûreté légale sur le produit identifiable issu des biens initialement grevés, elle devrait prévoir que cette sûreté devient opposable aux tiers dès qu'elle est constituée entre les parties à la convention constitutive de sûreté à condition que:

a) Le produit prenne la forme d'argent, d'instruments négociables, de documents représentatifs négociables, ou de créances de sommes d'argent [y compris] [et] de comptes bancaires;

b) Le produit soit visé par la description figurant sur un avis inscrit dans le registre général des sûretés; ou

c) La sûreté sur le produit soit rendue opposable aux tiers indépendamment de la sûreté sur les biens initialement grevés par l'une des méthodes mentionnées dans la recommandation 18 dans un délai de [...] jours après que le produit est généré.

Sûretés sur des immeubles par destination, des accessoires et des biens mélangés

37. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur des immeubles par destination, des accessoires et des biens mélangés est rendue opposable aux tiers par l'une des méthodes mentionnées dans la recommandation 18. [*Note à l'intention du Groupe de travail: En ce qui concerne les sûretés sur des immeubles par destination, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si une inscription dans le registre immobilier devrait également être requise.*] Si une sûreté est opposable aux tiers au

moment où les biens grevés deviennent des accessoires ou sont mélangés, la sûreté sur les biens grevés ou, dans le cas de biens mélangés, sur le produit ou sur la masse reste opposable aux tiers.

VI. Priorité de la sûreté sur les droits des réclamants concurrents

Objet

L'objet des dispositions de la loi concernant la priorité est de:

a) Permettre à un éventuel créancier garanti de déterminer, de manière efficace et avec un degré élevé de certitude avant de consentir un crédit, le rang de priorité qu'auraient les sûretés par rapport à des réclamants concurrents; et

b) Permettre aux constituants de créer plus d'une sûreté sur le même bien et, de tirer ainsi parti de toute la valeur de leurs biens pour obtenir plus facilement des crédits.

Portée des règles de priorité

38. La loi devrait comporter un ensemble complet de règles de priorité couvrant tous les conflits possibles de priorité.

Obligations garanties concernées

39. La loi devrait prévoir que la priorité accordée à une sûreté:

a) S'applique à l'ensemble des obligations monétaires et non monétaires dues au créancier garanti [à concurrence d'un montant monétaire maximum indiqué dans l'avis inscrit], y compris le principal, les frais, les intérêts et les droits, dans la mesure garantie par la sûreté; et

b) N'est pas modifiée par la date à laquelle une avance ou une autre obligation garantie par la sûreté est consentie ou souscrite (autrement dit une sûreté peut garantir des avances futures dans le cadre d'un crédit avec la même priorité que des avances faites dans le cadre de ce même crédit au moment où la sûreté est rendue opposable aux tiers).

Priorité sur les biens futurs

40. La loi devrait spécifier qu'une sûreté sur les biens du constituant acquis ou créés ultérieurement a la même priorité qu'une sûreté sur les biens du constituant qui existent ou lui appartiennent au moment où la sûreté est rendue opposable aux tiers.

Priorité sur le produit

41. La loi devrait prévoir que la priorité d'un créancier garanti sur un bien grevé s'étend au produit de ce bien sous réserve des conditions énoncées à la recommandation 36.

Priorité sur les immeubles par destination, les accessoires et les biens mélangés

42. La loi devrait énoncer des règles régissant la priorité relative:

a) D'une sûreté sur des immeubles par destination par rapport aux droits sur le bien immeuble auxquels ils sont attachés, par exemple un droit de propriété détenu par une personne autre que le constituant sur le bien immeuble, le droit d'un acquéreur du bien immeuble ou une sûreté grevant le bien immeuble dans son ensemble;

b) D'une sûreté sur des accessoires par rapport à des sûretés et à d'autres droits sur le bien auquel les accessoires sont rattachés; et

c) D'une sûreté sur des biens mélangés par rapport à des sûretés et à d'autres droits sur le produit ou la masse qui résulte de ce mélange.

Maintien de la priorité lorsque l'opposabilité aux tiers est assurée par différentes méthodes

43. La loi devrait prévoir que, si une sûreté est rendue opposable aux tiers par une méthode et qu'elle l'est également par une autre méthode, la priorité remonte au moment où la première méthode a été utilisée [à condition qu'aucun laps de temps ne sépare l'utilisation de la première et de la deuxième méthode].

Priorité des sûretés non opposables aux tiers

Créanciers chirographaires

44. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti titulaire d'une sûreté qui n'est pas opposable [n'a de droits à l'égard des tiers qu'en tant que créancier chirographaire] [a priorité sur les créanciers chirographaires, à moins que ces derniers n'aient agi pour obtenir une décision judiciaire concernant leur créance ou que le constituant ne soit devenu insolvable].

Créanciers garantis

45. La loi devrait prévoir:

a) Qu'une sûreté sur un bien qui n'est pas opposable aux tiers a un rang inférieur à une sûreté constituée sur le même bien qui est opposable aux tiers, indépendamment de l'ordre dans lequel les sûretés ont été constituées; et

b) Que l'ordre de priorité des sûretés qui ne sont pas opposables aux tiers est déterminé par l'ordre dans lequel elles ont été constituées.

Priorité des sûretés opposables aux tiers

Créanciers chirographaires

46. La loi devrait prévoir qu'une sûreté qui est opposable aux tiers a priorité sur les droits de créanciers chirographaires.

Créanciers garantis

47. La loi devrait prévoir:

a) Que, sous réserve des dispositions de la recommandation [relative à la priorité des sûretés en garantie du prix d'achat], lorsque deux sûretés opposables grèvent le même bien, la priorité est déterminée par l'ordre dans lequel elles ont été rendues opposables, même si une ou plusieurs des conditions de constitution

n'étaient pas remplies à ce moment là. Si l'une des sûretés est rendue opposable aux tiers par transfert de possession ou de contrôle du bien grevé, il incombera au titulaire de cette sûreté d'établir le moment où il a obtenu cette possession ou ce contrôle;

b) Que, lorsqu'une sûreté peut être rendue opposable aux tiers par transfert de contrôle, celle-ci a priorité sur une sûreté rendue opposable aux tiers par toute autre méthode;

c) Que, s'agissant d'instruments négociables, de documents négociables et d'argent, une sûreté rendue opposable aux tiers par transfert de possession ou de contrôle a priorité sur une sûreté rendue opposable par inscription.

Créanciers judiciaires

48. La loi devrait prévoir que, si en vertu de la loi applicable un créancier judiciaire ayant pris des mesures pour faire exécuter le jugement acquiert des droits sur des biens du débiteur judiciaire, une sûreté opposable aux tiers a priorité sur les droits du créancier judiciaire qui s'est inscrit après que la sûreté est devenue opposable, sauf pour ce qui est des montants avancés par le créancier garanti après un nombre de jours spécifié suivant la date à laquelle le créancier judiciaire a inscrit un avis relatif à ses droits.

Acquéreurs de biens grevés

49. La loi devrait prévoir que le droit d'un acquéreur de biens est subordonné à une sûreté qui est devenue opposable aux tiers avant la vente, à moins que le créancier garanti n'ait autorisé cette vente. Toutefois, une personne qui achète des stocks grevés dans le cours normal des affaires du vendeur (et quiconque dont les droits sur les stocks grevés découlent de cette personne) acquiert ces stocks libres de toute sûreté opposable aux tiers, même si elle a connaissance de l'existence de la sûreté.

Droits de revendication

50. Si la loi prévoit que les fournisseurs de biens ont le droit de revendiquer ceux-ci dans un délai spécifié après que l'acheteur est devenu insolvable, elle devrait aussi prévoir que ce délai doit être bref et que le droit de revendiquer les biens est subordonné aux sûretés opposables aux tiers que l'acheteur a consenties sur ces biens.

Preneurs à bail

51. La loi devrait traiter de la priorité d'une sûreté opposable grevant un bien loué par rapport aux droits d'un preneur à bail de ce bien.

Détenteurs de billets à ordre et de documents négociables

52. La loi devrait prévoir [qu'une personne qui en vertu d'une autre loi acquiert des droits sur un billet à ordre ou un document négociable libre de tous droits] [que le porteur légitime d'un billet à ordre ou d'un document négociable] prend ce bien libre de toute sûreté opposable aux tiers.

Titulaires de droits sur une somme d'argent

53. La loi devrait prévoir qu'une personne qui donne une contrepartie en échange d'une somme d'argent et est en possession de cette somme détient celle-ci libre de toute sûreté qui n'est rendue opposable aux tiers que par inscription.

Créanciers légaux (privilégiés)

54. La loi devrait limiter tant le nombre que le montant des créances privilégiées qui ont priorité sur des sûretés opposables aux tiers et, dans la mesure où des créances privilégiées existent, elles devraient être décrites dans la loi de manière claire et précise.

Titulaires de droits acquis sur des biens pour leur amélioration et leur stockage

55. Si la loi applicable confère des droits équivalents à des sûretés à un créancier qui a valorisé des biens (par exemple en les réparant) ou en a préservé la valeur (par exemple en les stockant), ces droits devraient être limités aux biens en possession dudit créancier dont la valeur a été augmentée ou préservée et ne devraient primer les sûretés antérieures sur les mêmes biens qui sont opposables aux tiers que dans la mesure où la valeur ajoutée par l'amélioration ou la conservation des biens profite directement aux titulaires de ces sûretés antérieures.

Créanciers dans une procédure d'insolvabilité

56. La loi devrait prévoir que la priorité d'un créancier garanti devrait être préservée dans une procédure d'insolvabilité du constituant, sous réserve des dispositions applicables des lois sur l'insolvabilité se rapportant aux créances privilégiées et aux actions en annulation.

Accords de cession de rang

57. La loi devrait reconnaître les accords qui modifient la priorité des sûretés, à condition qu'ils ne touchent que les personnes qui acceptent effectivement cette modification. Ces accords devraient s'imposer à ces personnes même en cas d'insolvabilité du constituant des sûretés.

A/CN.9/WG.VI/WP.17

F. Rapport du Secrétaire général concernant le projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumis au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa septième session

(A/CN.9/WG.VI/WP.17 et Add.1) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

XII. Mécanismes de financement d'acquisitions 1-48
A. Remarques générales 1-48
1. Introduction 1-5
2. Contexte commercial 6-8
3. Approches adoptées pour le financement de l'acquisition de biens 9-17
4. Constitution entre les parties 18-22
5. Opposabilité aux tiers 23-28
6. Priorité sur les réclamants concurrents 29-38
7. Réalisation 39-42
8. Insolvabilité 43-46
9. Conflit de lois 47
10. Dispositions transitoires 48

XII. Mécanismes de financement d'acquisitions

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Un vendeur réservataire, en faisant crédit à son acheteur, finance l'acquisition par celui-ci des biens (matériel ou stocks) qu'il lui vend. Toutefois, il n'est qu'un des différents acteurs pouvant financer un tel achat. Ainsi, un prêteur peut octroyer un crédit à l'acheteur pour lui permettre d'acquérir les biens auprès du vendeur. De même, un bailleur qui loue des biens à son preneur dans des conditions économiquement équivalentes à celles d'une vente fournit un crédit qui permettra à ce dernier d'acquérir les biens.

2. L'une des questions essentielles à laquelle doit répondre un État envisageant de réformer son droit des opérations garanties est de savoir comment traiter les opérations qui remplissent une fonction économique de sûreté mais qui sont effectuées au moyen de mécanismes par lesquels un vendeur ou un bailleur reste propriétaire des biens jusqu'à complet paiement, après quoi la propriété est transférée à l'acheteur ou au preneur. La réponse à cette question dépend de

l'orientation choisie par l'État, qui peut suivre: i) une approche unitaire et fonctionnelle dans laquelle les opérations remplissant une fonction de sûreté sont traitées essentiellement de la même manière que les opérations garanties (en étant soumises soit à des règles séparées mais presque identiques soit au même ensemble de règles dans le droit des opérations garanties); ou ii) une approche consistant à traiter les opérations selon leur forme (appellation qui leur est donnée par les parties) et non leur fonction réelle. Ce choix aura inévitablement des incidences sur les droits des tiers (dans le cadre et en dehors de la procédure d'insolvabilité) et, par conséquent, sur l'offre et le coût du crédit.

3. Le Guide recommande une approche unitaire et fonctionnelle (voir chap. III. Approches fondamentales en matière de sûretés, Recommandations 6 et 7 du document A/CN.9/WG.VI/WP.16). Une telle approche favorise la concurrence entre fournisseurs de crédit et a par conséquent plus de chances d'accroître l'offre de crédit meilleur marché qu'une approche dans laquelle les opérations remplissant une fonction de sûreté sont traitées très différemment. Un autre avantage de cette approche est qu'elle facilite la prise de décisions transparente et fondée sur des considérations d'efficacité. Conformément à cette approche unitaire et fonctionnelle, le présent chapitre suggère que les opérations de financement d'acquisitions soient traitées, que ce soit dans la loi sur les opérations garanties ou dans des règles séparées mais presque identiques, indépendamment de leur forme, qu'il s'agisse d'une réserve de propriété, d'une opération garantie ou d'un crédit-bail.

4. Il ne faut pas entendre par-là qu'un régime distinct en matière de réserve de propriété, avec ses propres règles, ne fonctionne pas bien dans un État particulier lorsqu'on l'examine isolément. La question est plutôt de savoir s'il est logique que le présent Guide, compte tenu de ses autres recommandations concernant un système moderne et efficace prévoyant des sûretés sans dépossession, des sûretés en garantie du prix d'achat et l'inscription d'un avis sur un registre des opérations garanties, recommande également un régime distinct pour la réserve de propriété, avec ses propres règles qui diffèreraient de celles du régime des opérations garanties. La réponse est non.

5. On examinera ci-après le contexte commercial (section A.2), les différentes approches adoptées dans les systèmes juridiques pour le financement d'acquisitions (section A.3), la création de mécanismes de financement d'acquisitions entre les parties (section A.4), l'opposabilité de ces mécanismes aux tiers (section A.5), la priorité sur les réclamants concurrents (section A.6), la réalisation (section A.7), l'insolvabilité (section A.8), le conflit de lois (section A.9) et les questions de transition (section A.10). La section B contient des recommandations à l'intention du législateur envisageant une réforme du droit des opérations garanties[1].

---

[1] Dans l'introduction du chapitre Ier, les "sûretés en garantie du prix d'achat" sont définies comme englobant les mécanismes de réserve de propriété (voir A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, par. 17 b)). Cependant, dans le présent chapitre, il est fait référence à la "réserve de propriété" (vendeur et acheteur) et à ses équivalents, tels que la "sûreté en garantie du prix d'achat" (créancier garanti et constituant) et le "crédit-bail" (crédit-bailleur et preneur), pour montrer que ces mécanismes devraient être traités de la même manière. [*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l'expression "sûreté en garantie*

2. Contexte commercial

6. Un acheteur peut financer l'acquisition de biens de différentes façons. Premièrement, il pourrait simplement emprunter le prix d'achat à un tiers sans constituer de sûreté. Cette méthode est simple, mais la cote de solvabilité ou la réputation de l'acheteur pourrait limiter l'accès à un tel crédit ou en augmenter excessivement le coût. Deuxièmement, le vendeur pourrait accepter de vendre les biens à des conditions (sans constitution de garantie) qui permettent à l'acquéreur de payer (peut-être en plusieurs versements) après conclusion de la vente. Cette méthode, de toute évidence, n'est pas réellement différente du financement par un tiers sauf que c'est le vendeur et non le tiers qui s'expose au risque de non-paiement. De nombreux vendeurs refusent de supporter un tel risque non garanti. En conséquence, pour nombre d'acheteurs, il est nécessaire, sur le plan pratique, d'offrir une forme ou une autre de garantie pour acquérir des biens à crédit. Si l'acheteur peut certes affecter d'autres biens en garantie, la source la plus évidente de sûreté, et souvent la seule, est généralement le bien acquis lui-même. Ainsi, l'acheteur peut se servir de ce dernier comme garantie en le grevant formellement d'une sûreté réelle mobilière en faveur d'un tiers fournisseur de crédit ou du vendeur, ou en utilisant des mécanismes qui, bien qu'ils ne se présentent pas sous la forme d'une sûreté réelle mobilière, en sont l'équivalent économique. Deux de ces mécanismes sont le crédit-bail et la réserve de propriété (parfois appelée "vente sous condition", bien que ce ne soit pas la vente mais plutôt le transfert de propriété qui est conditionnel).

Réserve de propriété et "ventes sous condition"

7. Un fournisseur de stocks ou de matériel souhaitera peut-être satisfaire le besoin de crédit de son client en remettant les biens directement à ce client, ou à une institution de financement ou à un autre prêteur qui peut ensuite les lui vendre "sous condition". Dans la "vente sous condition", le vendeur se réserve la propriété des biens jusqu'au paiement intégral du prix d'achat ou jusqu'à ce que l'acheteur ait rempli toute autre condition énoncée dans le contrat de vente. En d'autres termes, l'acceptation par le vendeur de différer le paiement intégral est garantie par le report du transfert de la propriété des biens à l'acheteur. Cette clause de réserve de propriété simple peut, dans certains pays, être modifiée par des clauses "toutes créances" ou "compte-courant", dans lesquelles le vendeur reste propriétaire jusqu'à ce que l'acheteur ait réglé toutes ses dettes envers lui (et non pas simplement celles issues du contrat de vente en question), et des clauses prolongées par lesquelles le droit de propriété du vendeur est étendu au produit de la revente ou de la transformation des biens réservés ou par lesquelles il est réputé avoir une sûreté sur ce produit (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, par. 35 à 45). Cependant, la loi applicable limite souvent la propriété réservée soit aux biens vendus, et seulement à condition qu'ils restent dans leur état initial (c'est-à-dire qu'ils ne soient pas modifiés par le processus de fabrication), soit à leur valeur d'achat, ou encore aux deux.

---

d'acquisitions" serait préférable.]

Crédits-baux et opérations de location-vente

8. Un fournisseur peut également recourir au mécanisme de la location pour vendre des biens. Par exemple, il peut louer du matériel à un acheteur qui en prend possession et le paye par versements successifs. Le fournisseur conserve la propriété du matériel en garantie du paiement des loyers à leur échéance. Les opérations de location-vente reposent sur un principe analogue. Dans une opération classique de crédit-bail, le preneur (acquéreur) dans un premier temps, choisirait le matériel auprès du fournisseur (vendeur), puis demanderait à une société de crédit-bail (en général une institution financière ou une de ses filiales) d'acheter ce matériel au fournisseur et de le lui louer. En règle générale, la période de bail équivaut à la durée de vie utile du matériel, le preneur pouvant acquérir ce dernier pour un montant symbolique à l'expiration du bail. Elle peut aussi être inférieure à la durée de vie utile, le preneur ayant alors la possibilité d'acheter le matériel à un prix avantageux à la fin du bail. Dans ce type d'opération, le fait est que le preneur paye le matériel par versements échelonnés, tandis que le bailleur reste propriétaire jusqu'à complet paiement du prix d'achat. Le bail peut être conclu pour une durée allant de quelques mois à plusieurs années et porter sur du matériel de grande valeur, comme des aéronefs, ou du matériel de plus faible valeur, tel que des ordinateurs. Les accords de crédit-bail sont souvent adaptés aux besoins spécifiques de trésorerie et à d'autres besoins des preneurs.

3. Approches adoptées pour le financement de l'acquisition de biens

9. Relevant du droit des biens (ou du droit des ventes), la technique de la réserve de propriété est connue dans la plupart des systèmes juridiques, qu'ils appartiennent à la famille romano-germanique ou à la *common law*. Ses modalités et ses effets varient toutefois considérablement. Nombre de ces différences sont le produit de l'histoire (elles s'expliquent souvent par la nécessité de combler des lacunes ou de contourner des règles rigides) et non le résultat d'une analyse économique contemporaine. Aussi, dans de nombreux pays, les pratiques commerciales existantes ne justifient-elles pas le maintien du *statu quo* juridique, car elles ne reflètent ni la politique législative ni le libre choix des parties mais sont simplement le fruit de la rigidité des règles juridiques existantes et de l'absence d'intervention du législateur, le droit ayant dû être développé par les tribunaux qui n'avaient pas les capacités institutionnelles de moderniser la structure juridique.

10. Dans les systèmes juridiques où la législation sur les opérations garanties ne suit pas une approche unitaire et fonctionnelle, différentes lois ou règles jurisprudentielles régissent plusieurs types d'opérations garanties ou d'opérations faisant office de sûretés aux appellations diverses. Dans certains de ces systèmes, la réserve de propriété et des mécanismes économiquement équivalents, souvent élaborés par la pratique et par les tribunaux en l'absence de législation, sont le principal ou le seul moyen de constituer une sûreté qui permette au débiteur de rester en possession des biens affectés en garantie ("sûretés réelles mobilières sans dépossession" du point de vue du créancier). Ce fait tient parfois à la volonté dans certains pays de protéger les petits et moyens fournisseurs à crédit face aux gros organismes de financement compte tenu de l'importance des PME (fabricants et distributeurs) pour l'économie et de la position dominante de ces organismes sur les marchés de crédit. Ces pays partent sur un certain nombre de principes pour justifier le recours à la réserve de propriété et à des mécanismes économiquement

équivalents: les fournisseurs ont intérêt à octroyer des crédits à de faibles taux pour accroître le volume de leurs ventes; le coût de ce type de crédit est abordable dans la mesure où les fournisseurs ne prennent pas d'intérêts et, du fait de la concurrence entre eux, des prix de vente compétitifs sont proposés aux acheteurs; et les acquéreurs peuvent tirer parti de la concurrence entre crédit fournisseur et crédit bancaire, car seuls les fournisseurs peuvent obtenir directement une réserve de propriété tandis que les banques ne le peuvent que si la créance afférente au prix d'achat est cédée.

11. Un État qui envisage de réformer le droit des opérations garanties devra néanmoins évaluer soigneusement ces principes. Le fait qu'un fournisseur vende des biens sous réserve de propriété ne signifie pas nécessairement que le crédit ainsi octroyé ne coûte rien à l'acquéreur. Le fournisseur doit lui-même supporter des coûts pour obtenir des fonds afin de faire crédit à l'acheteur, coûts qui sont répercutés sur le prix de vente des biens. De plus, un État qui souhaite promouvoir la fabrication et la distribution de biens ne doit pas nécessairement privilégier les fournisseurs de ces biens par rapport aux parties qui en financent l'acquisition. De même que la concurrence entre fournisseurs de biens fait chuter les prix de vente, de même la concurrence entre fournisseurs de crédit fait baisser le coût du crédit. Une plus grande concurrence entre tous les fournisseurs de crédit permettra à l'acquéreur non seulement d'obtenir des crédits aux taux les plus bas pour l'achat de biens mais également d'accéder à d'autres sources de crédit grâce auxquelles payer les vendeurs. Cet aspect est particulièrement important pour les États qui cherchent à diversifier les sources de crédit. Cette diversification encouragera la fabrication et la distribution de biens en raison de la souplesse avec laquelle les fournisseurs pourront vendre leurs biens et être payés sans avoir à fournir de financement aux acheteurs.

12. Par ailleurs, les vendeurs et les prêteurs octroyant au constituant un financement pour son fonds de roulement et détenant une sûreté sur ses biens existants et futurs ne sont pas les seuls à pouvoir financer l'acquisition de biens. Bien que cela puisse être actuellement le cas dans certains États, cette situation découle probablement d'anciennes structures juridiques et n'est pas économiquement inévitable. Les règles de droit régissant les opérations garanties dans un État ne devraient pas empêcher l'émergence d'autres sources de crédit pour l'achat de biens. Ces règles devraient permettre non seulement aux vendeurs réservataires et aux créanciers garantis préexistants mais également à d'autres banques, sociétés de financement et crédits-bailleurs de se faire concurrence pour pouvoir octroyer un financement aux acheteurs (constituants et preneurs).

13. Certains des systèmes juridiques qui n'appliquent pas une approche unitaire et fonctionnelle admettent les clauses de réserve de propriété étendues, par exemple au produit (souvent appelées "réserve de propriété prolongée"). Toutefois, en l'absence de règles d'identification spécifiques, la réserve de propriété ne s'étend en fait au produit que si celui-ci est facilement individualisable. Ce mécanisme n'est accessible qu'aux prêteurs qui financent le vendeur en prenant, comme sûreté, la créance de ce dernier afférente au prix d'achat avec la réserve de propriété. Dans certains de ces systèmes qui reconnaissent à l'acheteur un droit éventuel sur les biens, ce dernier peut constituer une sûreté de rang inférieur sur ces mêmes biens en faveur d'un autre créancier. Dans d'autres systèmes juridiques qui ne suivent pas une approche unitaire et fonctionnelle, seule la réserve de propriété simple est

considérée comme une modalité de transfert de la propriété, alors que des formes de réserve de propriété plus complexes, telles que les clauses “toutes créances” ou les clauses étendues au produit de la revente ou de la transformation, soit ne sont pas admises soit sont traitées comme des sûretés réelles mobilières.

14. Dans les systèmes juridiques où la législation sur les opérations garanties se fonde sur une approche fonctionnelle, les opérations de financement des acquisitions soit sont régies par cette législation soit font l’objet de règles séparées mais presque identiques. Dans les États où ce type de financement relève de lois séparées ou de règles jurisprudentielles, celles-ci – ainsi que leurs conséquences – doivent être coordonnées avec les dispositions s’appliquant aux opérations garanties. Pour éviter le risque de mauvaise coordination, certains systèmes juridiques soumettent les opérations de financement des achats aux mêmes règles que les sûretés réelles mobilières et les considèrent toutes comme des opérations garanties. Les deux approches tiennent à la volonté d’accorder le même traitement à toutes les opérations qui remplissent une fonction de sûreté et d’assurer une égalité des chances entre tous les fournisseurs de crédit, l’idée étant que la concurrence entre ces fournisseurs sera renforcée et qu’elle permettra d’accroître l’offre de crédit et d’en diminuer le coût.

15. Dans ces systèmes juridiques, la réserve de propriété existe sous la forme de “sûreté réelle mobilière en garantie du prix d’achat” (voir la définition figurant au chapitre Ier (Introduction) du document A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, par. 17 b)). Cette sûreté présente les caractéristiques suivantes: i) elle peut être consentie non seulement aux fournisseurs, mais également à d’autres dispensateurs de crédit, y compris les prêteurs et les bailleurs; ii) le créancier finançant le prix d’achat bénéficie d’une sûreté, qu’il ait ou non, aux fins des opérations garanties, un droit de propriété sur les biens; iii) l’acheteur peut consentir une sûreté de rang inférieur sur les mêmes biens à d’autres créanciers et ainsi utiliser la valeur intégrale de ses actifs pour obtenir des crédits, d’où une plus grande mobilisation de capitaux dans l’économie; iv) le créancier finançant le prix d’achat doit inscrire un avis de constitution de sa sûreté sur un registre des opérations garanties afin d’établir sa priorité sur les réclamants concurrents et de donner aux tiers le moyen d’être informés du fait qu’un autre créancier revendique une sûreté sur les mêmes biens; v) une fois l’avis inscrit, la sûreté devient opposable aux tiers; vi) si l’avis est inscrit peu de temps après la livraison des biens à l’acheteur, le créancier détenant une sûreté en garantie du prix d’achat est prioritaire sur le titulaire d’une sûreté judiciaire ou sur l’administrateur de l’insolvabilité de l’acheteur entre le moment de la livraison et l’inscription de l’avis; vii) lorsqu’il s’agit de matériel et que l’avis est inscrit peu de temps après sa livraison à l’acheteur, le créancier titulaire d’une sûreté en garantie du prix d’achat est prioritaire sur un créancier garanti antérieur qui détient une sûreté sur le matériel futur de l’acheteur; viii) dans le cas de stocks, avant que ceux-ci soient livrés à l’acheteur, le créancier finançant le prix d’achat inscrit l’avis sur le registre des opérations garanties et informe également un créancier garanti antérieur titulaire d’une sûreté sur les stocks futurs de l’acheteur, pour laquelle un avis a aussi été inscrit, qu’il revendique une sûreté de rang supérieur sur les stocks et que cette sûreté a priorité sur celle de ce créancier; ix) le vendeur-créancier finançant le prix d’achat peut réaliser sa sûreté, dans le cadre ou en dehors d’une procédure d’insolvabilité, de la même manière que tout autre créancier garanti.

16. La tendance actuelle en matière de réforme du droit des opérations garanties, en particulier dans les États qui ont besoin d'introduire ou de développer une économie de crédit, consiste à adopter une approche unitaire et fonctionnelle et à traiter ainsi de manière globale et cohérente de toutes les opérations qui font office de sûreté, indépendamment de leur nom ou de leur forme. La même tendance prévaut également au niveau international. Par exemple, la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles soumet la réserve de propriété et les opérations de crédit-bail à des règles distinctes mais fondamentalement identiques et, surtout, étend le registre international prévu par la Convention au-delà des sûretés pour englober la réserve de propriété en faveur de vendeurs et les contrats de crédit-bail; la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international applique les mêmes règles i) aux nantissements de créances, ii) aux cessions de créances à titre de garantie et iii) même aux cessions de créances pures et simples (art. 2), évitant d'établir, entre les sûretés et les mécanismes de transfert de propriété, une distinction qui entraînerait involontairement une incertitude et des litiges (et, surtout, l'article 22 de la Convention traite de divers conflits de priorité, dont un conflit entre un cessionnaire de créances et un créancier du cédant détenant une réserve de propriété sur des biens englobant les créances issues de la vente des biens). La Loi type de la BERD sur les transactions garanties, la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières et le Guide de la Banque asiatique de développement sur les registres de biens meubles suivent la même démarche.

17. La terminologie utilisée et la question de savoir si les mécanismes de financement d'acquisitions sont redéfinis comme des sûretés ou sont traités comme des opérations garanties dans des règles distinctes mais identiques n'importent pas tant (bien que la première approche puisse être préférable pour éviter d'avoir à coordonner les diverses lois). Ce qui importe, c'est que fondamentalement, les mêmes règles s'appliquent à toutes les opérations qui font office de sûreté. Il ne sert à rien qu'un régime d'opérations garanties adopte, pour les fournisseurs de financements d'achat, des règles fondamentalement différentes en fonction de la forme de la transaction. Si l'on soumet les vendeurs réservataires, les prêteurs de financements d'achat et les crédits-bailleurs à des règles fondamentalement différentes, la concurrence qui s'instaurera entre eux ne reposera pas uniquement sur le prix. En fait, l'hétérogénéité des règles avantagera certains fournisseurs de crédit par rapport à d'autres, ce qui empêchera que s'instaure une concurrence fondée purement sur le prix.

4. Constitution entre les parties

18. Les systèmes juridiques qui ne traitent pas la réserve de propriété comme une sûreté diffèrent largement pour ce qui est des conditions de constitution. Dans nombre de ces systèmes, la constitution est habituellement régie par le droit général des contrats. En conséquence, la réserve de propriété, qui découle normalement d'une clause d'un contrat de vente, peut être conclue même oralement ou par référence à une correspondance, à un bon de commande ou à une facture où sont imprimées des conditions générales. Ces documents peuvent ne pas porter la signature de l'acheteur, mais celui-ci peut les accepter implicitement en acceptant la livraison des marchandises et en réglant une partie de leur prix d'achat indiqué, par exemple, sur le bon de commande ou sur la facture.

19. Dans certains de ces systèmes juridiques, seul le vendeur peut être réservataire, les autres prêteurs ne pouvant obtenir la réserve de propriété que s'ils reçoivent du prêteur une cession du solde impayé du prix d'achat. Les prêteurs parties à des opérations de crédit-bail, de location-vente et autres peuvent, cependant, être réservataires dans le contexte de ces opérations.

20. Dans d'autres systèmes juridiques, un écrit (même minimal), une date certaine, une légalisation, voire un enregistrement peuvent être requis pour qu'une réserve de propriété soit opposable. Dans certains de ces systèmes, si des biens réservés sont ensuite mélangés à d'autres biens, la réserve s'éteint tandis que dans d'autres, la réserve subsiste à condition que des biens similaires se trouvent entre les mains de l'acheteur, le vendeur étant réputé être propriétaire de ces biens similaires. Dans certains systèmes, la réserve subsiste même si les biens sont transformés en un nouveau produit tandis que dans d'autres, elle ne peut être étendue à de nouveaux produits.

21. Dans les systèmes juridiques qui comportent une législation unitaire et fonctionnelle sur les opérations garanties, le financement de l'acquisition de biens est traité comme une catégorie particulière de financement garanti, soit au moyen de règles parallèles mais fondamentalement identiques à celles relatives aux opérations garanties, soit de façon intégrée à la législation sur les opérations garanties. Ce financement peut être procuré par le vendeur ou par toute autre personne et les prescriptions de forme sont les mêmes que celles applicables aux autres opérations garanties (par exemple, une convention écrite et signée identifiant les parties et décrivant de manière raisonnable les biens vendus et leur prix).

22. La différence entre les systèmes juridiques décrits ci-dessus tient rarement, dans une mesure importante, à l'obligation d'existence d'un document écrit, la plupart d'entre eux acceptant une correspondance, une facture, un bon de commande ou un document similaire comprenant des conditions générales, qu'il s'agisse d'un document papier ou d'un document électronique. Elle semble tenir davantage à l'obligation d'existence d'une signature, qui peut ne pas être nécessaire aussi longtemps que le vendeur réservataire, le prêteur de financement d'achat ou le crédit-bailleur est en mesure de démontrer par d'autres éléments que les clauses du document écrit ont été acceptées par l'acheteur ou le preneur à bail. Ces éléments peuvent être, par exemple, le simple fait que l'acheteur ou le preneur à bail ait acquis et utilisé les biens sans protester après avoir reçu le document écrit. Ces prescriptions de forme minimales ne sont donc pas pesantes. En outre, les opérations d'achat de biens étant souvent bien documentées pour d'autres raisons, le problème se pose rarement.

5. Opposabilité aux tiers

23. Dans la plupart des systèmes juridiques qui ne traitent pas la réserve de propriété comme une sûreté, cette réserve n'est, à quelques rares exceptions près, pas soumise à l'obligation d'enregistrement. De plus, même lorsqu'un enregistrement est requis, aucune distinction n'est faite entre la création d'un droit réel entre les parties et son opposabilité aux tiers. Au contraire, une fois créés, les droits réels sont opposables à toutes les parties. Le créancier réservataire a la pleine propriété et les autres créanciers n'ont rien, même s'ils ont consenti un crédit à l'acheteur et si la valeur des actifs réservés de ce dernier est supérieure au montant des obligations qu'il a contractées envers le vendeur (à l'exception des systèmes

juridiques dans lesquels l'acheteur peut grever son droit éventuel). Ces systèmes juridiques empêchent à des emprunteurs ou font qu'il leur est difficile d'utiliser la valeur intégrale de leurs biens meubles réservés en proposant une sûreté réelle sans dépossession sur les mêmes biens à plusieurs créanciers ou un système permettant de classer ces derniers par ordre de priorité de règlement (bien qu'un tel système existe pour des biens immeubles pour lesquels il peut y avoir plusieurs créanciers hypothécaires, dont le rang de priorité dépend de la date d'enregistrement).

24. Dans les systèmes juridiques qui adoptent une approche unitaire et fonctionnelle, la réserve de propriété et ses équivalents économiques sont soumis à l'inscription d'un avis dans le registre des opérations garanties au même titre que toute autre opération garantie. L'enregistrement de l'avis ne crée pas la sûreté; il sert plutôt à établir l'ordre de priorité et à informer des tiers de l'existence potentielle d'une telle sûreté. Il favorise la concurrence sur le marché du crédit, notamment en fournissant dans le registre des informations consultables par tous les créanciers. Dans le contexte d'un système fonctionnel, l'enregistrement accroît l'égalité de chances entre fournisseurs. Le système permet aux financiers de mieux évaluer leurs risques et accroît la sécurité dans le financement de l'acquisition de biens. Si les créanciers ne pouvaient pas utiliser le registre de sûretés pour connaître l'existence éventuelle de réserves de propriété antérieures, l'intégrité et l'utilité du registre lui-même seraient compromises. L'incertitude du créancier quant au rang de priorité de sa sûreté, s'il était incapable d'utiliser le registre, réduirait l'offre de crédit ou rehausserait son coût, même dans des situations où les biens ne seraient pas réservés.

Opposabilité aux tiers d'opérations de financement du prix d'achat de matériel ou de stocks

25. Dans certains systèmes juridiques, les règles générales d'opposabilité aux tiers applicables aux opérations garanties ne portant pas sur le prix d'achat s'appliquent également à celles qui portent sur le prix d'achat. Pour déterminer, cependant, le rang de priorité de certains réclamants concurrents, il existe certaines règles particulières, examinées ci-après.

Délai de grâce pour l'enregistrement des sûretés réelles mobilières en garantie du prix d'achat

26. La procédure d'enregistrement est facilitée en accordant un bref délai spécifié ("délai de grâce") pendant lequel une réserve de propriété peut être enregistrée (par exemple, 20 ou 30 jours suivant la livraison des marchandises au constituant). L'utilisation du délai de grâce présente l'avantage de permettre la livraison des marchandises sans attendre que l'enregistrement soit effectué. Si l'avis est enregistré pendant le délai de grâce, la sûreté en garantie du prix d'achat a priorité sur un droit judiciaire sur les marchandises ou sur les droits que des créanciers ont acquis en cas d'insolvabilité du constituant (acheteur) pendant le délai de grâce.

Exemptions d'enregistrement

27. Dans certains systèmes juridiques, les opérations de financement d'acquisitions portant sur des biens de consommation (c'est-à-dire des biens achetés à des fins personnelles, domestiques ou familiales de l'acheteur) sont généralement exemptées d'enregistrement. Autrement dit, le vendeur finançant l'achat de biens de

consommation n'est pas tenu d'effectuer un enregistrement. Ces opérations deviennent opposables aux tiers lors de leur conclusion. De toute manière, la nécessité d'avertir des financiers tiers potentiels est moins forte (à moins que les consommateurs revendent ces biens), en particulier dans le cas d'opérations portant sur des biens de consommation de faible valeur. Dans d'autres systèmes, seules les opérations portant sur des biens de consommation de faible valeur sont exemptées d'enregistrement (par exemple, des opérations de consommation d'un montant maximum de 3 000 euros ou leur équivalent, qui relèvent de la compétence de tribunaux connaissant de litiges mineurs), tandis que l'important marché automobile, qui fait appel au crédit à la consommation, est desservi par un système exigeant non une inscription au registre des opérations garanties, mais un avis sur un certificat de propriété. Même si les opérations de commerce et de consommation portant sur des biens de faible valeur sont exemptées d'enregistrement, cette exemption ne s'applique en aucun cas aux opérations sur stocks de faible valeur (certains stocks de faible valeur peuvent avoir une valeur importante lorsqu'ils sont regroupés).

28. Si un délai de grâce a été adopté pour enregistrer l'avis correspondant à une opération de financement d'achat portant sur du matériel dans le registre des opérations garanties, ce délai peut en lui-même servir d'exemption pour des opérations à court terme réalisées (c'est-à-dire intégralement réglées) pendant le délai de grâce car, dans la pratique, le prêteur du financement d'achat ne serait pas tenu d'enregistrer l'opération avant l'expiration de ce délai. Cependant, comme pour les opérations de financement d'achat de matériel comportant des délais de remboursement plus longs et pour les opérations de financement d'achat de stocks à court terme en général, une exemption peut ne pas être nécessaire si le prêteur a pu inscrire, dans le registre d'opérations garanties, un avis unique pour une série d'opérations à court terme intervenant pendant une période plus longue (par exemple, cinq ans).

6. Priorité sur les réclamants concurrents

29. Dans les systèmes juridiques où la réserve de propriété n'est pas considérée comme une sûreté, le vendeur réservataire a la priorité, pour ce qui est des biens vendus, sur tous les autres réclamants concurrents (sauf les acheteurs de bonne foi). Dans les systèmes juridiques ayant des systèmes d'opérations garanties unitaires et fonctionnels, cela est possible à condition que le vendeur réservataire, qui est traité de la même manière que le prêteur dans le cadre d'une opération de financement du prix d'achat ou que le crédit-bailleur, inscrive un avis dans le registre des opérations garanties dans un délai de grâce court et, dans le cas de stocks, prenne certaines mesures examinées ci-après pour avoir priorité sur un créancier garanti antérieur titulaire d'une sûreté sur les stocks futurs de l'acheteur. Ainsi, la réserve de propriété en dehors du régime d'opérations garanties n'est pas indispensable pour que soient obtenus les résultats souhaités en matière de sûreté.

Priorité des sûretés en garantie du prix d'achat sur les sûretés antérieures grevant du matériel futur

30. Dans le souci de promouvoir l'offre de nouveaux crédits pour l'acquisition de biens supplémentaires afin de stimuler la production et les échanges, il est important que des règles spéciales s'appliquent aux conflits de priorité avec les créanciers

garantis antérieurs titulaires de sûretés sur les biens futurs du constituant à un autre titre que le financement du prix d'achat. Lorsqu'il s'agit de matériel, l'inscription d'un avis dans un délai déterminé après la livraison des biens au constituant donne priorité à la sûreté en garantie du prix d'achat sur les sûretés préexistantes. Cela signifie que tant qu'un avis la concernant est inscrit dans le registre des opérations garanties pendant le délai de grâce, la sûreté en garantie du prix d'achat grevant de nouveaux matériels obtient la priorité sur les sûretés antérieures constituées sur du matériel futur (on parle souvent alors de "superpriorité", car elle prévaut sur la règle générale de la priorité fondée sur la date de l'inscription).

Priorité des sûretés en garantie du prix d'achat sur les sûretés antérieures grevant des stocks futurs

31. Lorsque les biens supplémentaires acquis par le constituant sont des stocks, pour que la sûreté en garantie du prix d'achat ait priorité sur une sûreté grevant des stocks futurs constituée à un autre titre que le financement du prix d'achat, il faut que l'inscription d'un avis sur les registre des opérations garanties ait lieu avant la livraison des stocks supplémentaires au constituant. De plus, dans certains systèmes juridiques, il faut que les créanciers antérieurs du prix d'achat inscrits soient avisés directement du fait qu'une sûreté en garantie du prix d'achat d'un rang supérieur est revendiquée sur les stocks supplémentaires. La raison en est qu'en règle générale, les fournisseurs de financement pour l'acquisition de stocks consentent des crédits périodiques à courts intervalles, parfois même tous les jours, en se fiant à un ensemble de stocks existants ou futurs. L'ensemble des stocks peut évoluer en permanence, du fait que certains sont vendus et que d'autres sont fabriqués ou acquis (le constituant présentant des factures ou des certificats pour l'obtention de chaque nouvelle avance). Dans ces conditions, il serait inefficace d'exiger du fournisseur de crédit qu'il fasse dans chaque cas une recherche dans le registre des opérations garanties. En outre, si le créancier du prix d'achat n'était pas tenu d'aviser les fournisseurs antérieurs de crédit sur stock, et que ceux-ci ne découvraient pas à temps par d'autres voies l'avis sur le registre des opérations garanties pour l'acquisition de nouveaux stocks, le constituant pourrait utiliser les nouvelles avances qu'ils feraient à d'autres fins (ce qui reviendrait à financer deux fois les mêmes stocks).

32. Pour éviter d'imposer une charge excessive aux fournisseurs de financement du prix d'achat, une notification générale unique adressée aux fournisseurs antérieurs inscrits de crédit sur stocks, peut être valable pour tous les envois au même acheteur effectués pendant une durée significative (par exemple cinq ans ou le temps que dure la période d'inscription pour qu'une sûreté soit opposable aux tiers). Cela signifie que, une fois que les fournisseurs antérieurs inscrits de crédit sur stocks ont été avisés, il serait inutile de leur adresser une nouvelle notification pendant la période en question pour chacune des multiples opérations sut stocks entre le prêteur et la partie qui acquiert les stocks.

Constitution d'une même sûreté sur plusieurs biens

33. De plus, dans les systèmes juridiques ayant une approche unitaire et fonctionnelle, la superpriorité des sûretés en garantie du prix d'achat n'est pas compromise par la constitution d'une même sûreté sur plusieurs biens. Cela signifie que si le créancier du prix d'achat fournit un crédit supplémentaire au constituant,

garanti par une sûreté sur du matériel ou des stocks supplémentaires, la superpriorité est maintenue dans la mesure où elle garantit le paiement du prix d'achat ou des obligations contractées pour payer le prix d'achat du matériel ou des stocks. De même, si le prêteur du prix d'achat obtient une sûreté sur d'autres biens du constituant pour garantie le prix d'achat ou les obligations contractées pour payer le prix d'achat du matériel ou des stocks, sa superpriorité sur ce matériel ou ces stocks est maintenue (bien qu'elle ne s'étende pas à d'autres biens qui n'ont pas été eux-mêmes financés par le créancier du prix d'achat).

Superpriorité sur le produit

34. Dans certains systèmes juridiques ayant une approche unitaire et fonctionnelle, la superpriorité porte sur les seuls biens dont l'acquisition est financée, tandis que dans d'autres elle s'étend à leur produit et aux productions issus de ces biens, du moins dans le cas d'opérations portant sur du matériel.

35. Du fait qu'en général le matériel qu'acquiert le constituant n'est pas destiné à être revendu, il n'y a guère à s'inquiéter si la superpriorité d'une sûreté en garantie du prix d'achat constituée sur du matériel s'étend au produit de ce matériel. Si, par la suite, le constituant doit vendre le matériel ou en disposer d'une autre manière, parce que celui-ci est obsolète ou ne répond plus à un besoin, il demandera souvent au créancier garanti de lever la sûreté pour pouvoir disposer du matériel libre de toute sûreté. En effet, sans cette mainlevée, la disposition serait soumise à la sûreté, et il est peu probable qu'un acheteur ou un autre bénéficiaire du transfert paierait la totalité de la valeur pour acquérir le matériel grevé. En échange de la mainlevée, le créancier garanti, en général, s'assurera du paiement du produit. Il pourra demander par exemple que ce produit lui soit versé directement en déduction des obligations garanties. Dans ces conditions, il est peu probable qu'un autre créancier, pour consentir un crédit au constituant, se fie à une sûreté de rang supérieur sur un bien grevé qui est le produit de la disposition du matériel.

36. La situation est différente dans le cas de stocks, dont le produit consiste généralement en créances de sommes d'argent. Il est fréquent qu'un créancier garanti antérieur, pour financer le fonds de roulement du constituant, consente à ce dernier des avances à intervalles rapprochés, parfois même tous les jours, moyennant une sûreté de rang supérieur sur un ensemble en évolution constante de créances de sommes d'argent existantes et futures représentant les actifs grevés initiaux. Il sera peut-être difficile ou impossible au constituant de distinguer les créances de sommes d'argent qui sont le produit de stocks dont le prix d'achat a été financé de celles que finance le créancier garanti antérieur. Même s'il pouvait faire cette distinction, il ne pourrait peut-être pas distinguer rapidement le produit des stocks dont le prix d'achat a été financé. Et même s'il le pouvait, il faudrait que ce soit d'une manière qui soit transparente pour les deux fournisseurs de crédit et qui limite au minimum le contrôle qu'ils exercent.

37. Sinon, il y aurait un risque important que le créancier garanti antérieur qui consent un crédit garanti par des créances de sommes d'argent suppose, à tort, qu'il avait une sûreté de rang supérieur sur la totalité des créances de sommes d'argent du constituant. De même, il y a un risque de conflit entre le créancier garanti antérieur et le vendeur réservataire, le prêteur d'un financement du prix d'achat ou le crédit-bailleur sur le point de savoir quel fournisseur de crédit a un droit de priorité sur

quel produit. Tous ces risques et tous les coûts de contrôle concomitants peuvent aboutir à un refus de crédit ou à l'octroi d'un crédit plus cher.

38. Il va de soi que si la priorité de la sûreté en garantie du prix d'achat sur les stocks ne s'étend pas au produit constitué de créances de sommes d'argent, le créancier du prix d'achat peut refuser le crédit ou proposer seulement un crédit plus cher. Ce risque peut toutefois être sensiblement réduit. En effet, si la sûreté ne s'étend pas au produit, un créancier garanti antérieur titulaire d'une sûreté antérieure sur les créances de sommes d'argent futures du constituant accordera plus probablement un crédit à ce dernier, du fait du rang plus élevé de sa sûreté, pour lui permettre de payer les stocks acquis grâce au financement du prix d'achat. Le montant de l'avance du créancier garanti antérieur devrait être suffisant pour que le constituant paie le prix d'achat au fournisseur de financement du prix d'achat des stocks. Cela tient au fait que les taux des avances garanties par des créances de sommes d'argent sont en général beaucoup plus élevés que ceux des avances garanties par des stocks, et que le montant des créances de sommes d'argent correspond à un prix de revente pour l'acheteur des stocks nettement supérieur à leur coût pour le vendeur. Il y a donc une plus grande probabilité que l'obligation de payer le prix d'achat soit acquittée en temps voulu. Un tel résultat serait à la fois efficace et pratique pour les parties à l'opération.

7. Réalisation

39. Dans certains systèmes juridiques où la réserve de propriété n'est pas considérée comme une sûreté, le vendeur peut, en cas de défaillance de l'acheteur, résilier le contrat de vente et exiger la restitution des biens en sa qualité de propriétaire. Dans ce cas, le vendeur est tenu de rembourser toute partie du prix payée, après avoir déduit la valeur locative des biens pendant qu'ils étaient en possession de l'acheteur, le montant de la dépréciation des biens due à leur utilisation par ce dernier ou des dommages-intérêts calculés selon une formule similaire. Un vendeur qui a la priorité sur des réclamants concurrents n'est pas tenu de rendre compte à l'acheteur du profit dégagé d'une revente ultérieure des biens. En revanche, lorsque le produit de la revente est insuffisant, il ne peut pas exiger de l'acheteur plus que le montant des dommages-intérêts éventuellement dus pour contravention au contrat de vente initial. Dans quelques-uns de ces systèmes juridiques, les tribunaux ont statué dans certains cas que les clauses de réserve de propriété interdisent implicitement au vendeur de récupérer plus de biens qu'il ne faut pour rembourser le solde impayé du prix d'achat.

40. Dans d'autres systèmes juridiques où la réserve de propriété est considérée comme une sûreté, le prêteur finançant le prix d'achat peut reprendre possession des biens comme le ferait tout autre créancier garanti. Le créancier garanti est tenu de restituer au constituant tout excédent dégagé lors de la revente des biens et détient une créance non garantie en cas d'insuffisance du produit de la revente. L'acheteur et ses autres créanciers bénéficient aussi de la même protection, quelle que soit la forme de l'opération.

41. Un État pourrait certes envisager d'adopter l'un ou l'autre mécanisme, à condition de l'appliquer de manière égale aux vendeurs réservataires, aux créanciers détenant une sûreté en garantie du prix d'achat et aux crédits-bailleurs. Toutefois, le mécanisme du crédit garanti pourrait être préférable pour des raisons pratiques, puisqu'il offrirait au créancier une créance en cas de produit insuffisant, qui sera

généralement plus intéressante pour le vendeur qu'une créance sur un éventuel excédent. Sauf dans les rares cas où seule une partie particulièrement faible du prix d'achat est financée, la probabilité d'un surplus qui pourrait être conservé par le créancier est presque toujours moins élevée que celle d'un produit insuffisant.

42. Une règle qui en cas de déficit n'accorderait pas de créance à un créancier garanti finançant le prix d'achat inciterait celui-ci à financer une plus faible partie de ce prix afin de réduire autant que possible le montant d'un éventuel manque à recouvrer. Il s'ensuivrait que les constituants n'ayant pas de fonds suffisants pour acquitter le reste du prix d'achat se verront refuser le crédit nécessaire ou devront se le procurer à un coût plus élevé, ce qui risquerait de décourager la fabrication, la fourniture et le financement de biens.

8. Insolvabilité

43. D'une manière générale, mais non universelle, dans les systèmes juridiques qui ne considèrent pas la réserve de propriété comme une sûreté, les contrats de vente assortis d'une clause de réserve de propriété sont soumis, en cas d'insolvabilité de l'acheteur, non pas aux règles qui s'appliquent aux sûretés mais aux règles qui régissent les contrats partiellement exécutés (en d'autres termes, ils sont traités comme une modalité de transfert de la propriété). Dans les systèmes juridiques où les sûretés en garantie du prix d'achat relèvent du droit des opérations garanties ou sont soumises à des règles séparées mais essentiellement identiques, ces sûretés sont traitées, en cas d'insolvabilité du constituant, de la même manière que les autres sûretés (et conservent toute superpriorité que leur octroie une loi autre que la loi sur l'insolvabilité).

44. Lorsque la réserve de propriété est traitée comme un contrat partiellement exécuté (ou comme une modalité de transfert de la propriété), l'administrateur de l'insolvabilité a le droit, dans un délai prescrit et s'il veut et peut le faire, d'exécuter le contrat, d'acquitter le solde impayé du prix et de conserver les biens dans la masse. Dans certains cas, l'administrateur de l'insolvabilité peut aussi vendre le contrat, avec le droit d'utiliser les biens, à un tiers; ou encore rejeter le contrat, restituer les biens et réclamer le remboursement de la partie du prix d'achat payée par l'acheteur. Toutefois, si les biens sont indispensables pour assurer le succès du redressement de l'acheteur, l'administrateur de l'insolvabilité ne pourrait en pratique choisir que la première possibilité (exécution du contrat comme convenu). La nécessité d'exécuter le contrat comme convenu (et de conserver, par exemple, du matériel utile, même si sa valeur est inférieure à son prix), obligera généralement l'administrateur à utiliser d'autres actifs de la masse de l'insolvabilité pour financer cette exécution et non d'autres aspects du redressement du constituant. Dans ce cas, la distraction d'autres actifs de la masse de l'insolvabilité pour permettre à l'administrateur de l'insolvabilité d'exécuter le contrat peut être particulièrement préoccupante lorsque la valeur des biens est inférieure au montant du prix à acquitter.

45. En revanche, lorsque la sûreté en garantie du prix d'achat est traitée de la même façon qu'une sûreté ordinaire (autre qu'une sûreté en garantie du prix d'achat), il s'ensuit normalement: i) que l'administrateur de l'insolvabilité peut utiliser, vendre ou louer les biens à condition de donner des actifs de remplacement au créancier garanti ou de protéger d'une autre façon la valeur de la sûreté du créancier garanti sur les biens; ii) que toute partie des obligations garanties qui

dépasse la valeur de la sûreté du créancier garanti sur les biens est traitée comme une créance chirographaire ordinaire; et iii) que, lors du redressement du constituant, la créance du créancier garanti, jusqu'à concurrence de la valeur de la sûreté, peut être réaménagée (comme dans le cas des sûretés autres que celles constituées en garantie du prix d'achat) avec notamment une échéance, un échéancier et un taux d'intérêt différents.

46. Si la réserve de propriété et ses équivalents fonctionnels – sûreté en garantie du prix d'achat et crédit-bail – sont considérés comme des contrats partiellement exécutés (ou des modalités de transfert de la propriété), le vendeur réservataire (le prêteur finançant le prix d'achat et le crédit-bailleur) verra ses droits renforcés au détriment d'autres créanciers de la procédure d'insolvabilité. L'exercice de ces droits pourrait faire échouer certains redressements, et, ainsi, entraîner éventuellement des suppressions d'emploi et empêcher d'autres créanciers de la masse de l'insolvabilité de recouvrer leurs créances. Un État qui étudie le traitement à appliquer à la réserve de propriété, à la sûreté en garantie du prix d'achat, au crédit-bail et à d'autres mécanismes similaires dans les procédures d'insolvabilité devrait donc se demander si sa politique visant à encourager la fabrication, la fourniture et le financement de matériel ou de stocks grâce au renforcement des droits des vendeurs réservataires, des créanciers détenant une sûreté en garantie du prix d'achat ou des crédits-bailleurs doit l'emporter sur sa politique visant à favoriser les procédures de redressement ou lui être subordonnée.

9. Conflit de lois

47. Que la réserve de propriété soit ou non traitée comme une sûreté, la loi applicable à sa constitution, à son opposabilité et à sa priorité devrait être la loi de l'État où se trouvent les biens. Des règles différentes devraient s'appliquer aux biens mobiles, aux biens en transit et aux biens destinés à l'exportation. Il faut en outre une règle qui garantisse la reconnaissance internationale de ces sûretés (voir chap. X. Conflit de lois dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.16/Add.1)[2].

10. Dispositions transitoires

48. Les règles concernant le traitement de la réserve de propriété comme une sûreté constitueront un changement important dans les systèmes juridiques où le droit des opérations garanties ne repose pas sur une approche unitaire et fonctionnelle. Le chapitre XI du Guide (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.8) traite des questions de droit transitoire afin de permettre aux parties de se préparer à l'application de la nouvelle législation et d'éviter que leurs droits découlant d'opérations conclues avant l'adoption de cette nouvelle législation ne soient brusquement modifiés. En ce qui concerne la réserve de propriété, ce résultat pourrait être obtenu si, conformément aux dispositions transitoires applicables aux sûretés autres que celles garantissant le prix d'achat, l'opposabilité aux tiers et la

---

[2] L'article 4 de la Directive 2000/35/CE du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales oblige les États membres à reconnaître la réserve de propriété créée dans un autre État membre conformément aux règles de droit international privé. Il est généralement admis que la loi applicable est la *lex rei sitae*. Les articles 5 (Droits réels) et 7 (Réserve de propriété) du Règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité sont également fondés sur la *lex rei sitae*.

priorité de la réserve de propriété antérieures à la date d'entrée en vigueur étaient préservées à condition qu'un avis approprié soit inscrit au registre des opérations garanties. Une autre solution serait que la législation prévoie une date d'entrée en vigueur suffisamment éloignée, pour couvrir la durée de vie de la plupart des clauses de réserve de propriété existant au moment de son adoption (par exemple, trois à cinq ans).

[*Note à l'intention du Groupe de travail: La partie B. Recommandations figure dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.17/Add.1.*]

A/CN.9/WG.VI/WP.17/Add.1

Rapport du Secrétaire général concernant le projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumis au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa septième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

XII. Mécanismes de financement d'acquisitions 1-14

B. Recommandations 1-14

XII. Mécanismes de financement d'acquisitions

[*Note au Groupe de travail: la Partie A. Remarques générales figure dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.17.*]

B. Recommandations

Objet

[…]

Équivalence entre les mécanismes [de financement d'acquisitions] [de financement du prix d'achat] et les sûretés réelles mobilières

1. La loi devrait traiter les sûretés en garantie [d'acquisition] [du prix d'achat] découlant d'opérations telles que des ventes avec réserve de propriété, des prêts de financement d'achats et des opérations de crédit-bail comme des sûretés réelles mobilières en incluant ces sûretés dans la définition du terme "sûretés réelles mobilières" et en leur appliquant directement, par conséquent, les règles régissant les sûretés réelles mobilières. La loi pourrait aussi exclure ces sûretés (ou certaines d'entre elles) de la définition du terme "sûretés réelles mobilières", mais leur appliquer un régime parallèle foncièrement identique aux règles qui régissent les sûretés réelles mobilières. Dans l'un comme dans l'autre cas, les recommandations applicables aux sûretés en garantie [d'acquisition] [du prix d'achat] devraient s'appliquer, complétées par celles applicables aux sûretés qui ne sont pas constituées en garantie [d'acquisition] [du prix d'achat].

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de reproduire les recommandations précises énoncées dans les paragraphes ci-après dans les autres chapitres du Guide. Ces recommandations pourront aussi figurer dans les autres chapitres du Guide et être incorporées dans le présent chapitre sous forme de références.*]

Constitution de sûretés en garantie [d'acquisition] [du prix d'achat] entre les parties

2. La loi devrait disposer que l'accord portant constitution d'une sûreté en garantie [d'une acquisition] [du prix d'achat] doit être attesté par un écrit. Cet écrit peut être un bon de commande, une facture, des conditions générales, etc. Ce peut être aussi une communication électronique (voir l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et l'article 9-2 du projet de convention sur les contrats électroniques, ainsi que les recommandations 10 et 11 figurant dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.16). L'écrit n'a pas besoin d'être signé par l'acheteur, le constituant ou le preneur à bail (appelés, dans ces recommandations, "constituant"), à condition que le vendeur, le prêteur du financement d'achat ou le crédit-bailleur (appelés, dans ces recommandations, "partie finançant l'acquisition") puissent démontrer par d'autres moyens (par exemple, un comportement) que l'arrangement a été accepté par le constituant.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être s'interroger sur le fait de savoir si, pour éviter d'avoir une recommandation concernant les sûretés en garantie du prix d'achat (c'est-à-dire une notion souple d'écrit sans signature) et une recommandation différente concernant les sûretés qui ne constituent pas une garantie du prix d'achat (c'est-à-dire une notion moins souple d'écrit sans signature, voir les recommandations 10 et 11 figurant dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.16), la recommandation 2 ci dessus devrait d'appliquer à la fois aux sûretés qui constituent une garantie du prix d'achat et à celles qui n'en constituent pas une.*]

Opposabilité aux tiers des sûretés en garantie [d'acquisition] [du prix d'achat]

3. Comme pour les sûretés en général, la loi devrait disposer que pour qu'une sûreté en garantie [d'acquisition] [du prix d'achat] sans dépossession soit opposable aux tiers, il faut que la partie finançant l'acquisition inscrive un avis couvrant son droit dans le registre d'opérations garanties pertinent. Si la partie finançant l'acquisition inscrit l'avis dans un délai maximum de [indiquer un bref délai, par exemple 20 ou 30 jours] après la livraison des marchandises au constituant, la sûreté devrait également être opposable à des tiers dont les droits sont nés entre la constitution de la sûreté en garantie [d'acquisition] [du prix d'achat] et son inscription. Si la partie finançant l'acquisition inscrit l'avis après l'expiration de ce délai, la sûreté en garantie [d'acquisition] [du prix d'achat] est opposable aux tiers à compter de l'inscription de l'avis.

Exemptions

4. La loi devrait disposer que les sûretés en garantie [d'acquisition] [du prix d'achat] sans dépossession suivantes sont opposables aux tiers lorsqu'elles sont constituées sans qu'il soit nécessaire de les inscrire:

a) Sûretés en garantie [d'acquisition] [du prix d'achat] grevant des biens de consommation [, à l'exception des biens de consommation dont la valeur est supérieure à [préciser la valeur]];

[b) Sûretés en garantie [d'acquisition] [du prix d'achat] grevant des biens autres que des stocks, pour lesquelles le montant total de l'obligation due par le constituant à la partie finançant l'acquisition en rapport avec ces sûretés et toutes les

autres sûretés en garantie [d'acquisition] [du prix d'achat] constituées dans un délai de [préciser le délai] est inférieur à [préciser la valeur];

c) Transactions à court terme pour lesquelles l'obligation contractée par le constituant est acquittée dans un délai de [préciser le délai]].

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être s'interroger sur le fait de savoir si l'exception relative aux biens de consommation et celle relative à la faible valeur devraient s'appliquer aux transactions portant sur des stocks, compte tenu du fait que des biens de consommation ne peuvent représenter des stocks pour le constituant et que des stocks ne seraient généralement pas concernés par l'exception relative à la faible valeur. En outre, le Groupe de travail souhaitera peut-être s'interroger sur le fait de savoir si l'exception relative aux transactions à court terme devrait s'appliquer aussi aux transactions portant sur des stocks. Enfin, dans l'éventualité où le Groupe de travail déciderait de faire une exception pour les transactions à court terme ou de faible valeur, il souhaitera peut-être s'interroger sur le fait de savoir s'il faudrait préciser dans la recommandation ce à quoi correspondent les expressions "à court terme" et "de faible valeur", ou s'il faudrait les traiter dans les remarques générales au moyen d'exemples.*]

Priorité de sûretés en garantie [d'acquisition] [du prix d'achat] sur des sûretés antérieures ne constituant pas une garantie [d'acquisition] [du prix d'achat] sur des biens futurs autres que des stocks

5. Dans le cas de biens autres que des stocks, la loi devrait disposer qu'une sûreté en garantie [d'acquisition] [du prix d'achat] a priorité sur une sûreté antérieure grevant les mêmes biens (même si un avis couvrant cette sûreté antérieure a été inscrit dans le registre d'opérations garanties avant que ne le soit la sûreté en garantie [d'acquisition] [du prix d'achat] si: i) la partie finançant l'acquisition reste en possession des marchandises; ii) l'avis relatif à la sûreté en garantie [d'acquisition] [du prix d'achat] a été inscrit dans un délai de [nombre de jours spécifié dans la recommandation 3] après la livraison des marchandises au constituant; ou iii) la sûreté en garantie [d'acquisition] [du prix d'achat] est devenue opposable aux tiers lorsqu'elle a été constituée conformément à la recommandation 4 (sûretés en garantie [d'acquisition] [du prix d'achat] sans dépossession qui n'ont pas besoin d'être inscrites pour être opposables aux tiers).

Priorité de sûretés en garantie [d'acquisition] [du prix d'achat] sur des sûretés antérieures ne constituant pas une garantie [d'acquisition] [du prix d'achat] sur des stocks futurs

6. Dans le cas de stocks, la loi devrait disposer qu'une sûreté en garantie [d'acquisition] [du prix d'achat] a priorité sur une sûreté antérieure grevant les stocks du constituant (même si cette sûreté antérieure est devenue opposable aux tiers avant que la sûreté en garantie [d'acquisition] [du prix d'achat] le soit elle-même devenue) si: i) la partie finançant l'acquisition reste en possession des marchandises; ou ii) avant la livraison des stocks au constituant, la partie finançant l'acquisition: a) inscrit un avis couvrant son droit dans le registre d'opérations garanties pertinent; et b) informe par écrit le titulaire de la sûreté antérieure du fait qu'il entend engager une ou plusieurs transactions dans le cadre desquelles cette personne aura une sûreté en garantie [d'acquisition] [du prix d'achat] de rang

supérieur pour ce qui est des stocks supplémentaires du constituant décrits dans la notification. La notification aux titulaires de sûretés antérieures pourra couvrir plusieurs opérations [d'acquisition] [de financement du prix d'achat] réunissant les mêmes parties. Elle ne devra cependant produire un effet que pour les sûretés en garantie [d'acquisition] [du prix d'achat] constituées dans un délai de [préciser le délai, par exemple cinq ans] suivant la notification.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être s'interroger sur le fait de savoir s'il faudrait accorder un délai de grâce pour l'inscription d'une sûreté en garantie du prix d'achat grevant des stocks (mais non pour la notification des titulaires de sûretés antérieures inscrits).*]

Constitution d'une même sûreté sur plusieurs biens

7. La loi devrait disposer qu'une sûreté en garantie [d'acquisition] [du prix d'achat] est soumise aux recommandations du présent chapitre en ce qui concerne l'opposabilité aux tiers et la priorité même si la partie finançant l'acquisition: i) possède aussi une sûreté sur les biens garantissant des obligations du constituant non relatives [à l'acquisition] [au prix d'achat]; ou ii) possède une sûreté sur d'autres biens du constituant garantissant l'obligation de paiement liée à la sûreté en garantie [d'acquisition] [du prix d'achat].

Priorité de sûretés en garantie [d'acquisition] [du prix d'achat] sur le produit de stocks

8. La loi devrait disposer que la priorité, prévue par la recommandation 6, d'une sûreté en garantie [d'acquisition] [du prix d'achat] de stocks sur une sûreté antérieure grevant les mêmes biens ne s'applique pas au produit de ces stocks.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: En ce qui concerne le produit de biens autres que des stocks grevés d'une sûreté en garantie du prix d'achat, la recommandation applicable au produit de biens grevés de sûretés autres devrait s'appliquer (voir recommandation 41 figurant dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.16).*]

Réalisation

9. [Sous réserve des dispositions de la recommandation 10,] la loi devrait disposer qu'en cas de défaillance du constituant, la partie finançant l'acquisition est habilitée à prendre possession ou à disposer des biens conformément aux règles qui s'appliquent aux sûretés de manière générale.

10. [Si, suite à une défaillance du constituant, la partie finançant l'acquisition qui a priorité sur les réclamants concurrents pour ce qui est des biens prend possession de ces derniers, elle n'est nullement tenue d'en disposer. Si elle ne dispose pas des biens, elle perd tout droit à exiger du constituant l'exécution de l'obligation garantie par la sûreté en garantie [d'acquisition] [du prix d'achat]. Si elle en dispose, elle est habilitée à conserver tout excédent subsistant une fois le produit de ces biens pris en compte dans la demande opposée au constituant, mais ne peut, dans le cas où il subsisterait un déficit, rien réclamer au-delà de dommages-intérêts pour rupture de contrat.]

Insolvabilité

11. [Sous réserve des dispositions de la recommandation 12,] la loi devrait disposer qu'en cas d'insolvabilité du constituant, la partie finançant l'acquisition a les mêmes droits et devoirs qu'une personne titulaire d'une sûreté.

12. [L'administrateur de l'insolvabilité du constituant peut régler le solde impayé du prix d'achat et conserver les biens, vendre le contrat à une autre personne qui peut régler le solde impayé du prix d'achat et conserver les biens, ou rejeter le contrat et rendre les biens sous réserve du remboursement, par la partie finançant l'acquisition, du prix payé par le constituant après déduction de la valeur locative des biens lorsqu'ils étaient en possession du constituant, ce qui correspond au montant dont la valeur des biens a diminué du fait de leur utilisation par le constituant ou à des dommages-intérêts déterminés en appliquant une formule similaire.]

[Conflit de lois

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Les recommandations ci-après sont les mêmes que celles applicables aux sûretés qui ne constituent pas une garantie du prix d'achat. Elles sont reprises ici, cependant, en raison de légères modifications terminologiques. Le Groupe de travail souhaitera peut-être en examiner la formulation.*]

13. La loi devrait disposer que la constitution entre les parties, l'opposabilité aux tiers et la priorité vis-à-vis de réclamants concurrents de sûretés en garantie [d'acquisition] [du prix d'achat] sont régies par la loi de l'État dans lequel le bien est situé, à l'exception:

a) des biens corporels d'un type généralement utilisé dans plusieurs États, auquel cas ces questions sont régies par la loi de l'État dans lequel le constituant est situé;

b) des marchandises en transit, pour lesquelles de telles sûretés peuvent également être constituées entre les parties et rendues opposables aux tiers en vertu de la loi de l'État de destination, à condition que les marchandises parviennent dans ledit État dans un délai spécifié; et

c) des marchandises destinées à l'exportation, pour lesquelles de telles sûretés peuvent également être constituées entre les parties et rendues opposables aux tiers en vertu de la loi de l'État de destination si les marchandises [parviennent dans l'État de destination] [quittent l'État adoptant] dans un délai spécifié à compter de la date de constitution de la sûreté.

14. La loi devrait également disposer que des sûretés en garantie [d'acquisition] [du prix d'achat] constituées entre les parties et rendues opposables aux tiers en vertu de la loi d'un État autre que l'État adoptant sont opposables aux tiers en vertu de la loi de l'État adoptant pendant un délai de [à préciser] jours à compter de la date à laquelle le lieu de situation du constituant ou des biens (selon le cas) est passé dans l'État adoptant. Si les prescriptions de l'État adoptant qui obligent à rendre ces sûretés opposables aux tiers sont respectées avant l'expiration de ce délai, l'opposabilité aux tiers acquise dans l'État autre que l'État adoptant se maintient également dans ce dernier.]

Dispositions transitoires

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager une période de transition plus longue ou d'autres exceptions aux règles de transition applicables aux sûretés qui ne constituent pas une garantie du prix d'achat pour que la nouvelle loi prenne effet s'agissant des sûretés en garantie du prix d'achat.*]

A/CN.9/WG.VI/WP.18

G. Rapport du Secrétaire général concernant le projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumis au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa septième session

(A/CN.9/WG.VI/WP.18 et Add.1) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

XVI. Sûretés sur des comptes bancaires 1-60
A. Remarques générales 1-60
1. Introduction. 1-3
2. Contexte commercial 4-5
3. Signification du terme “compte bancaire” 6-16
4. Constitution de la sûreté entre les parties. 17-30
5. Opposabilité de la sûreté aux tiers 31-35
6. Priorité de la sûreté sur les droits des réclamants concurrents 36-45
7. Réalisation de la sûreté contre le constituant. 46-52
8. Droits et obligations de la banque dépositaire 53-60

XVI. Sûretés sur des comptes bancaires

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Les sûretés grevant les droits d’un déposant sur un compte bancaire jouent un rôle important dans un certain nombre d’opérations de crédit. Un régime des opérations garanties qui admet les sûretés sur des comptes bancaires et énonce des règles claires pour leur constitution, leur opposabilité, leur priorité et leur réalisation favorisera l’octroi de crédit à des taux plus faibles dans les opérations où ce type de sûreté est un élément indispensable ou déterminant de la décision du créancier d’octroyer un crédit.

2. Le présent chapitre traite des sûretés grevant des espèces déposées sur un compte bancaire (défini ici comme une créance que le titulaire du compte détient sur la banque dépositaire pour l’argent qu’il y a placé). Il n’aborde pas les sûretés sur des comptes de titres.

3. La partie A du présent document examine différentes questions relatives aux sûretés sur des comptes bancaires. Elle fournit tout d’abord des informations générales sur les types d’opérations de crédit dans lesquelles une sûreté sur un compte bancaire pourrait être un élément important et qui seraient facilitées si le

droit des opérations garanties reconnaissait ce type de sûretés (partie A.2). Elle examine ensuite la signification du terme "compte bancaire" (partie A.3) avant d'étudier la constitution d'une sûreté sur un compte bancaire (partie A.4); l'opposabilité de cette sûreté (partie A.5); sa priorité sur les droits des réclamants concurrents (partie A.6); sa réalisation (partie A.7); les droits et obligations de la banque dépositaire (partie A.8); le droit de l'insolvabilité (partie A.9) et les questions de conflit de lois (partie A.10). Elle présente enfin plusieurs conclusions (partie A.11). La partie B du document contient des propositions de recommandations.

2. Contexte commercial

4. Le solde créditeur d'un compte bancaire détenu par un emprunteur potentiel peut constituer un actif important et, comme d'autres biens, devrait pouvoir être grevé d'une sûreté pour faciliter l'obtention d'un crédit. Dans les États qui autorisent la création de sûretés sur des comptes bancaires, celles-ci jouent en fait un rôle majeur dans un certain nombre d'opérations de crédit courantes. Ces opérations – à savoir entre autres, le financement d'échanges commerciaux, les prêts reposant sur des éléments d'actif, les prêts immobiliers, le financement de projets, la titrisation et les prêts de produits dérivés et de titres – seraient facilitées si le droit des opérations garanties admettait ce type de sûretés.

5. On trouvera ci-après quelques exemples d'opérations dans lesquelles les sûretés sur comptes bancaires constituent l'élément essentiel sur lequel repose la décision d'octroyer un crédit:

a) Un constituant peut demander à une banque ou à un autre créancier d'émettre ou de faire émettre une lettre de crédit stand-by, une garantie bancaire autonome ou un cautionnement en faveur d'une partie avec laquelle il a une relation contractuelle, que ce soit pour l'achat national ou international de biens meubles corporels, l'exécution d'un contrat de construction voire le simple paiement d'un billet à ordre ou d'une autre obligation monétaire. Le constituant sera alors tenu de rembourser au créancier tout montant que ce dernier sera amené à payer en cas de mise en jeu de la lettre de crédit stand-by, de la garantie bancaire autonome ou du cautionnement. Afin de réduire le risque de perte en cas d'inexécution de l'obligation de remboursement par le constituant, le créancier peut aussi exiger de ce dernier qu'il garantisse cette obligation en lui octroyant une sûreté sur son compte bancaire, lequel doit contenir des fonds suffisants pour couvrir le montant maximal de l'obligation dans l'hypothèse où le créancier serait tenu de payer le montant non tiré de la lettre de crédit, de la garantie ou du cautionnement;

b) Une sûreté sur un compte bancaire est souvent un élément clef dans la structure d'une opération de prêt de produits dérivés ou de titres. Par exemple, un détenteur de titres peut "prêter" ceux-ci à un contrepartiste emprunteur, qui s'engage à lui restituer ces titres, ou d'autres titres de même nature et en même quantité, à une date déterminée. Le contrepartiste emprunteur garantira généralement son obligation de restitution en créant une sûreté sur son compte bancaire pour un montant au moins égal à la valeur des titres devant être restitués;

c) Dans certaines opérations de crédit, un constituant est autorisé à vendre un bien grevé, par exemple du matériel ou un autre actif immobilisé, contre des espèces qu'il dépose sur un compte bancaire. Pendant une période convenue (par

exemple 12 mois) suivant cette vente, le constituant peut décider s'il souhaite utiliser les fonds ainsi déposés pour acheter un nouveau bien qui sera alors grevé en faveur du créancier garanti. Si, à la fin de la période en question, les fonds n'ont pas été utilisés pour acheter un nouveau bien, le constituant doit les utiliser pour réduire l'obligation garantie. Le créancier garanti bénéficie habituellement d'une sûreté sur le compte bancaire pendant la période comprise entre la vente du bien initialement grevé et l'utilisation des fonds soit pour acheter un nouveau bien, soit pour réduire l'obligation garantie;

d) Un créancier peut consentir un crédit à une entreprise qui utilise ses recettes pour payer d'abord ses dépenses courantes à intervalles réguliers puis les obligations dont elle lui est redevable. Il peut s'agir d'une entreprise immobilière, par exemple un bâtiment commercial qui loue des espaces à des preneurs à bail, ou d'une entreprise énergétique, telle qu'une centrale électrique qui fournit du courant à des clients. Le créancier peut exiger, pour octroyer le crédit, que le constituant lui consente une sûreté sur son compte bancaire où sont créditées les recettes de l'entreprise. Les documents relatifs au financement du bâtiment commercial ou de la centrale électrique contiennent généralement une clause qui répartit "en cascade" les recettes de l'entreprise déposées sur le compte bancaire. Dans ce type de clause, applicable sauf en cas de défaillance du constituant, certains montants sont débloqués du compte pour payer les dépenses prévues au budget, le solde étant ensuite affecté au remboursement des intérêts et du principal des prêts consentis et à la constitution de réserves en vue des besoins futurs de l'entreprise. Les réserves elles-mêmes sont souvent déposées sur un compte bancaire séparé, sur lequel le créancier détient une sûreté;

e) Dans une opération de financement structuré, un tiers mandataire ou fiduciaire peut être tenu de recevoir des sommes provenant de créances achetées au créancier par une société ad hoc et d'utiliser ces sommes pour régler des obligations dues à des investisseurs après paiement de certaines dépenses. Les documents concernant l'opération de financement structuré peuvent contenir une clause stipulant une répartition "en cascade", qui ressemble beaucoup à celle décrite plus haut pour le financement d'un bâtiment commercial ou d'une centrale électrique, mais qui est habituellement plus simple puisque la société ad hoc n'exerce pas elle-même d'activités commerciales. En tout état de cause, le mandataire ou le fiduciaire bénéficiera généralement d'une sûreté sur tous les comptes bancaires de la société ad hoc;

f) Une sûreté sur un compte bancaire peut jouer un rôle important dans une opération de financement reposant sur des éléments d'actif, à savoir une opération de crédit dans laquelle le créancier garanti compte essentiellement sur les biens grevés en sa faveur pour se faire rembourser, ce qui est le cas en particulier lorsque les biens grevés sont des actifs circulants, autrement dit des actifs qui "tournent" et sont transformés en espèces dans le cours normal des affaires du constituant. Ainsi, des stocks peuvent être vendus dans le cours normal des affaires du constituant, générant des créances de sommes d'argent qui deviennent ensuite des fonds déposés sur un compte bancaire. Afin d'obtenir une sûreté sur la valeur des biens grevés pour lesquels il a négocié avec le constituant, le créancier garanti souhaitera soit être payé immédiatement sur le compte bancaire soit obtenir une sûreté sur ce compte en remplacement de sa sûreté sur les stocks vendus ou les créances recouvrées;

g) Dans les États qui admettent le report d'une sûreté sur le produit d'autres biens grevés, et lorsque ce produit se présente sous la forme d'espèces déposées sur un compte bancaire, la sûreté du créancier garanti sur le produit, qui remplace sa sûreté sur les biens initialement grevés, se transportera généralement sur le compte bancaire lui-même dans la mesure où le produit peut être identifié dans le solde créditeur du compte. Dans les États qui ne reconnaissent pas le report de la sûreté sur le produit d'autres biens grevés, le créancier garanti, s'il souhaite obtenir une telle sûreté sur le produit qui a remplacé les biens initialement grevés, devra obtenir une sûreté séparée sur le compte bancaire où le produit a été déposé.

3. Signification du terme "compte bancaire"

6. Dans le présent document, le terme "compte bancaire" désigne un compte tenu par une banque sur lequel des fonds sont déposés par un client. Il peut s'agir d'un compte chèques, d'un dépôt à terme ou d'un compte d'épargne. Dans ce dernier cas, le compte peut ou non être attesté par un livret d'épargne.

Compte bancaire en tant que créance sur la banque

7. Un compte bancaire est en fait un type particulier de créance de somme d'argent, à savoir une créance que le client a sur la banque dépositaire pour l'argent qu'il y a placé. Dans ce sens, le client est le créancier de la banque, la banque le débiteur du client et le solde créditeur le montant de la créance. La définition du compte bancaire comme une simple créance du client sur la banque dépositaire ne correspond peut-être pas à la conception ordinaire du compte bancaire, à savoir une somme d'argent déterminée que la banque met de côté en espèces ou sous une autre forme en faveur du client. Cependant, du fait que les banques utilisent l'ensemble des fonds déposés par leurs clients en octroyant des prêts et en procédant à d'autres investissements, il est impossible à un client d'identifier les fonds qu'il a déposés dans la masse des espèces placées à la banque et encore moins dans la masse des prêts ou investissements qu'elle réalise. Par conséquent, il est plus juste de parler de simple créance pour qualifier un compte bancaire.

Propriété de la créance

8. En règle générale, le client est à la fois propriétaire en droit et bénéficiaire du compte bancaire, autrement dit de la créance monétaire qu'il a sur la banque pour l'argent qu'il a déposé sur le compte. Dans certains cas, toutefois, le client peut être seulement propriétaire en droit s'il agit en qualité de fiduciaire, de dépositaire ou autre administrateur pour un ou plusieurs tiers bénéficiaires.

Définition du terme "banque"

9. Le type de personne morale pouvant constituer une "banque" varie d'un État à l'autre. Il peut aussi varier, dans un même État, selon les lois ou règles de droit en fonction de leur champ d'application et de leur objet. Quoi qu'il en soit, le terme désignerait normalement toute institution de prêt qui accepte des dépôts en espèces de ses clients.

Relation entre la banque et son client

10. La relation entre un client et sa banque pour ce qui est d'un compte bancaire est habituellement régie par le droit commun (bien que certains États aient des lois spéciales). Ces lois ne font généralement pas partie du droit de l'État gouvernant les opérations garanties.

Distinction entre un compte bancaire et un instrument négociable

11. Un compte bancaire doit être distingué d'un instrument négociable émis par une banque et représentant l'obligation monétaire de cette dernière envers son client. Certaines banques émettent des effets ou des "certificats de dépôt" qui remplissent les conditions requises dans la loi applicable pour les instruments négociables.

12. Les sûretés constituées sur ces effets et certificats de dépôt sont régies par la branche du droit des opérations garanties qui traite des sûretés sur les instruments négociables et non des sûretés sur les comptes bancaires. Il n'y a aucune raison d'établir une distinction, dans le droit des opérations garanties, entre les instruments négociables émis par les banques et ceux émis par d'autres personnes. En outre, le fait de traiter les effets et certificats de dépôt négociables émis par les banques comme des instruments négociables dans le droit des opérations garanties sera conforme aux attentes commerciales. Les parties qui effectuent des opérations sur des effets et certificats de dépôt négociables traitent habituellement ceux-ci comme des instruments négociables et non comme des comptes bancaires.

Distinction entre un compte bancaire et un compte de titres

13. Un compte bancaire devrait également être distingué d'un compte de titres. Un compte bancaire est une créance du client sur la banque dépositaire pour une somme d'argent qui est déposée sur le compte et que la banque crédite à ce client. Un compte de titres, quant à lui, est un crédit dû au client par une banque, un courtier ou autre intermédiaire pour certains titres et autres actifs financiers que cet intermédiaire a inscrits en compte dans ses livres pour ce client. [*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être adopter la même approche fonctionnelle que le projet de convention d'Unidroit, qui définit le "compte de titres" comme "un compte tenu par un intermédiaire sur lequel des titres peuvent être crédités ou duquel des titres peuvent être débités" et les "titres" comme "toutes actions, obligations ou autres instruments financiers ou actifs financiers (autres que des espèces) transférables, ou tout droit sur ces titres"*.] Le client titulaire d'un compte de titres a généralement une créance sur cet intermédiaire pour la valeur des titres et autres actifs financiers crédités sur ledit compte. Dans la législation de certains États, il a aussi un droit de propriété proportionnel sur les titres et autres actifs financiers détenus par l'intermédiaire pour tous ses clients.

14. Lorsqu'une banque tient à la fois des comptes bancaires et des comptes de titres, elle sépare normalement les deux et utilise des numéros ou des symboles différents. Cependant, il est parfois difficile de savoir si la banque joue le rôle de dépositaire, en ce qui concerne un compte bancaire, ou celui d'intermédiaire en ce qui concerne un compte de titres. Si la banque investit les espèces déposées sur le compte en titres et autres actifs financiers et crédite lesdits titres et actifs sur ce

même compte, celui-ci sera probablement un compte de titres et non un compte bancaire. Toutefois, même dans ce cas, le compte peut à tout moment faire apparaître un solde en espèces uniquement et peut donc, d'une certaine façon, être considéré alors comme un compte bancaire et non comme un compte de titres.

15. Attendu qu'il est parfois difficile de savoir si une banque tient un compte bancaire ou un compte de titres, il importera probablement que le droit des opérations garanties établisse une distinction claire entre espèces et titres, de sorte que les acteurs du marché puissent déterminer à l'avance les conditions qu'ils doivent remplir pour obtenir une sûreté. [Il serait en outre utile que les règles relatives aux comptes bancaires et aux comptes de titres soient presque identiques ou du moins coordonnées de sorte que le créancier garanti puisse généralement satisfaire à un ensemble global de règles pour s'assurer que sa sûreté a été valablement constituée, qu'elle est opposable aux tiers, qu'elle a la priorité requise et qu'elle peut être réalisée, indépendamment du fait que le compte soit considéré comme un compte bancaire ou un compte de titres.]

16. Pour les règles de fond s'appliquant aux sûretés créées sur des comptes de titres, on se reportera aux propositions faites dans l'étude de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) concernant les opérations sur les marchés financiers interconnectés et transnationaux (Étude LXXVIII – Titres détenus auprès d'un intermédiaire). Pour les règles de conflit s'appliquant aux sûretés créées sur des titres, on se reportera à la Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, élaborée par la Conférence de La Haye de droit international privé.

4. Constitution de la sûreté entre les parties

17. Un régime des opérations garanties qui s'applique aux sûretés sur des comptes bancaires devrait prévoir des règles de constitution pour ces sûretés. Ce type de régime fixe généralement plusieurs conditions de constitution.

Obligation garantie

18. Comme les autres sûretés, une sûreté sur un compte bancaire doit garantir une obligation. Par exemple, le créancier peut octroyer un crédit au constituant, la sûreté consentie par ce dernier sur son compte bancaire servant alors à garantir son obligation de remboursement.

Droits sur le compte bancaire

19. Une autre condition, qui découle du principe général selon lequel le constituant doit jouir d'un droit réel sur le bien grevé, est que celui-ci doit avoir son nom sur le compte bancaire ou détenir suffisamment de droits sur le compte susceptibles d'être transmis par le biais d'une sûreté. Dans certains cas, même si le constituant est client de la banque, il n'aura peut-être pas suffisamment de droits sur le compte pour le grever sans le consentement d'un autre client. Par exemple, dans le cas d'un compte joint, il se peut que la loi applicable interdise à un client de créer une sûreté sur le compte bancaire sans le consentement des autres cotitulaires.

Clauses d'incessibilité

20. Si la convention d'ouverture du compte bancaire conclue entre la banque et le client contient une clause interdisant à ce dernier de créer une sûreté ou de céder de toute autre manière ses droits sur le compte sans le consentement de la banque dépositaire, l'accord de cette dernière sera probablement nécessaire pour que le client puisse grever le compte en faveur du créancier. Même dans les États où la législation prive d'effet les clauses d'incessibilité concernant les créances commerciales, cette législation ne va probablement pas jusqu'à annuler une clause d'incessibilité figurant dans une convention conclue entre le client et la banque dépositaire à propos du compte bancaire (voir art. 4-2 f) et 9-3 de la Convention des Nations Unies sur la cession).

21. Il est peut-être souhaitable, cependant, de ne donner effet à la clause d'incessibilité que dans le but recherché, qui est généralement d'éviter à la banque dépositaire d'avoir à traiter avec un inconnu ou un cessionnaire comme s'il s'agissait de son client. Compte tenu de cet objectif, il ne semble guère justifié d'appliquer la clause d'incessibilité pour empêcher la constitution de la sûreté, à condition que la loi prévoie que cette constitution n'oblige pas la banque dépositaire à reconnaître le créancier garanti ou ne lui impose par ailleurs aucune obligation envers ce dernier, sans son consentement.

Comptes bancaires de consommateurs

22. La loi d'un État peut également interdire, ou appliquer des règles spéciales pour limiter, la constitution, par un particulier, d'une sûreté sur un compte bancaire lorsque celui-ci contient des fonds utilisés par le constituant à des fins personnelles, familiales ou domestiques ou sert à garantir un crédit octroyé au constituant à de telles fins.

23. Un État adoptant une législation sur les opérations garanties devrait examiner si et dans quelle mesure un particulier peut créer une sûreté sur un compte bancaire lorsque les fonds déposés sur ce compte ou le crédit obtenu sont destinés aux besoins personnels, familiaux ou domestiques du constituant. L'État devrait examiner si sa politique visant à favoriser l'offre de crédit à des taux abordables doit primer ou être subordonnée à sa politique visant à protéger le particulier contre les emprunts inconsidérés et le risque de perdre les fonds nécessaires pour subvenir à ses propres besoins et à ceux de sa famille. Des solutions possibles seraient d'interdire la constitution d'une telle sûreté, de limiter cette constitution à certains types d'opérations ou d'exiger que le compte bancaire soit décrit plus précisément dans la convention constitutive de sûreté. L'exigence d'une telle description vise à mieux informer le constituant particulier que la sûreté a été consentie et à indiquer que le créancier garanti table en fait sur la possibilité de se rembourser sur le compte bancaire ainsi grevé, pour décider d'octroyer un crédit au constituant.

Formalités requises

24. La législation d'un État peut exiger l'accomplissement de certaines formalités pour prouver que le constituant avait l'intention de créer une sûreté sur le compte bancaire. Dans certains États, il suffira au constituant de rapporter cette preuve au moyen d'un écrit signé par lui et remis au créancier garanti. D'autres États peuvent exiger soit que la banque dépositaire reçoive notification de la sûreté ou reconnaisse

cette dernière, soit qu'elle accepte de suivre les instructions du créancier garanti concernant le compte bancaire sans que le constituant ait à donner son consentement, ou encore les deux. Les formalités requises peuvent également être remplies par le créancier garanti qui se substitue au constituant en tant que client de la banque pour ce qui est du compte bancaire.

25. Certains États exigent que le compte bancaire soit décrit précisément dans l'écrit donnant naissance à la sûreté. D'autres autorisent une description plus générale. Dans les États qui exigent soit que la banque dépositaire reçoive notification de la sûreté ou reconnaisse celle-ci, soit qu'elle accepte de suivre les instructions du créancier garanti concernant le compte bancaire sans avoir à demander le consentement du constituant, soit que le créancier garanti remplace le constituant en tant que client de la banque pour ce qui est du compte, ou encore les trois à la fois, l'obligation de décrire le compte avec précision est inhérente à ces différentes exigences.

26. Un créancier peut, dans certains cas, obtenir automatiquement une sûreté (de plein droit ou en vertu de conditions générales) sur un compte bancaire. Ainsi, dans certains États, une banque dépositaire qui consent un crédit à un client obtient automatiquement une sûreté sur le compte de ce client tenu par elle. De même, dans les États qui admettent le report de la sûreté sur le produit d'autres biens grevés, un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur un bien peut obtenir automatiquement une sûreté sur un compte bancaire qui est crédité du produit obtenu de la vente, d'un autre acte de disposition ou du recouvrement de ce bien.

27. Toutefois, certains États peuvent considérer une sûreté prise par la banque dépositaire sur un compte tenu chez elle comme un simple droit à compensation et, par conséquent, ne pas la reconnaître en tant que telle.

28. Il ne semble guère justifié qu'un État impose, dans son droit des opérations garanties, des formalités différentes pour les comptes bancaires, les créances de sommes d'argent ou d'autres biens grevés en général.

Comptes bancaires d'opérations

29. Les exemples ci-dessus n'opèrent pas de distinction entre les opérations dans lesquelles le constituant conserve le droit de retirer des fonds du compte bancaire en émettant des chèques ou autrement, et celles dans lesquelles ce droit est restreint. Dans certains États, le fait que le constituant puisse retirer des fonds risque d'être considéré comme incompatible avec la conception traditionnelle du gage qui confère au créancier garanti l'équivalent de la possession du bien grevé. De même, un compte bancaire d'où le constituant peut retirer des fonds pourrait être considéré comme n'étant pas suffisamment en possession du créancier garanti pour pouvoir être grevé.

30. Dans d'autres États, la sûreté peut être créée même si le constituant a le droit de retirer des fonds du compte bancaire. Dans ces États, le créancier garanti a la possibilité d'empêcher le constituant de retirer des fonds, en cas de défaut de paiement ou d'exécution de l'obligation garantie. Cependant, l'utilisation tardive de cette possibilité ne compromet pas la constitution de la sûreté.

5. Opposabilité de la sûreté aux tiers

31. Comme pour les sûretés grevant d'autres types de biens, la question de la constitution d'une sûreté sur un compte bancaire entre le constituant et le créancier garanti se distingue de celle de l'opposabilité aux tiers. Ainsi, une loi sur les opérations garanties qui reconnaît les sûretés sur des comptes bancaires devrait indiquer les mesures supplémentaires qu'il faudrait éventuellement prendre pour que la sûreté, une fois constituée, soit opposable aux tiers.

32. Dans certains États, une sûreté sur un compte bancaire peut devenir opposable si le créancier garanti inscrit un avis relatif à ce compte dans un registre des sûretés. Dans d'autres États, il peut être exigé que le compte bancaire soit cédé au créancier garanti; dans ce cas, la banque soit reçoit notification de la cession, ou en prend acte, soit convient de suivre les instructions du créancier garanti concernant le compte sans que le constituant ait à donner son consentement. Une sûreté sur un compte bancaire peut aussi devenir opposable aux tiers si le créancier garanti remplace le constituant comme client de la banque pour ce qui est du compte.

33. En outre, dans la législation de certains États, si le créancier garanti n'est autre que la banque dépositaire et si la sûreté n'est pas considérée comme un simple droit à compensation de ladite banque, la sûreté peut être automatiquement opposable aux tiers. Même dans les États ou l'opposabilité peut être assurée par inscription dans un registre, il est généralement prévu que la sûreté constituée en faveur de la banque dépositaire sur un compte tenu chez elle devient automatiquement opposable sans avoir à être inscrite. La raison en est que la plupart des tiers créanciers envisageant de se faire octroyer une sûreté sur le compte bancaire supposeront, dans tous les cas, que la banque a des droits à compensation qui sont dans une large mesure l'équivalent économique d'une sûreté et primeront probablement une sûreté concurrente ou une sûreté judiciaire. Ces droits à compensation ne font pas, bien entendu, l'objet d'une inscription sur des registres publics. Dans ces conditions, obliger la banque dépositaire à inscrire sa sûreté pour la rendre opposable aux tiers n'aurait qu'une utilité au mieux limitée s'agissant d'informer les tiers que la banque dépositaire a peut-être un droit supérieur sur le compte bancaire. Une telle obligation pourrait en revanche avoir un coût important en fonction du nombre de clients qui constitueraient des sûretés sur leurs comptes tenus dans cette banque.

34. Lorsqu'un créancier garanti est autorisé par la loi à donner des instructions à la banque dépositaire à propos de la disposition des fonds présents sur le compte sans demander le consentement du constituant, il est considéré comme ayant le "contrôle" du compte (voir définition dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, par. 17 bb)). D'après cette définition, le créancier garanti a le "contrôle": i) lorsqu'il n'est autre que la banque dépositaire; ii) lorsque la banque dépositaire a convenu de suivre ses instructions concernant le compte bancaire sans que le constituant ait à donner son consentement (l'accord par lequel la banque convient de suivre les instructions est appelé, dans le présent chapitre, "accord de contrôle"); ou iii) lorsque le créancier garanti est client de la banque pour ce qui est du compte bancaire.

35. Dans la législation de certains États, une sûreté sur un compte bancaire est opposable aux tiers lorsque le créancier garanti obtient le contrôle de ce compte. Même si, dans un État, une sûreté peut devenir opposable par inscription dans un registre, elle pourra aussi généralement le devenir si le créancier garanti prend le

contrôle du compte bancaire, action qui se justifie tout particulièrement lorsque les règles de priorité de l'État prévoient qu'une sûreté rendue opposable par prise de contrôle prime les autres sûretés. La priorité obtenue par contrôle est examinée ci-après.

6. Priorité de la sûreté sur les droits des réclamants concurrents

36. Outre des règles régissant la constitution et l'opposabilité d'une sûreté sur un compte bancaire, la loi devrait énoncer des règles de priorité, c'est-à-dire des règles de classement des droits dont le créancier garanti et les réclamants concurrents sont titulaires sur le compte.

Règles générales de priorité fondées sur le classement chronologique

37. Dans les États où le créancier garanti peut rendre sa sûreté opposable aux tiers en inscrivant un avis relatif au compte bancaire dans un registre, cette sûreté, une fois inscrite, aura généralement priorité sur les droits d'un créancier garanti concurrent qui inscrit sa sûreté sur le compte en second, d'un créancier du constituant qui obtient par la suite une sûreté judiciaire sur le compte ou d'un administrateur de l'insolvabilité du constituant lorsqu'une procédure d'insolvabilité est engagée ultérieurement par ou contre ce dernier.

38. De même, dans les États qui exigent, pour l'opposabilité de la sûreté, la cession du compte bancaire au créancier garanti et d'autres actions – que la banque soit reçoive notification ou prenne acte de la cession, soit convienne de suivre les instructions du créancier garanti concernant le compte sans que le constituant ait à donner son consentement, ou encore que le créancier garanti remplace le constituant comme client de la banque pour ce qui est du compte –, la sûreté, une fois ces différentes exigences remplies, aura généralement priorité sur les droits d'un créancier garanti concurrent qui accomplit en second les formalités d'opposabilité – en notifiant la cession à la banque ou en obtenant de celle-ci qu'elle en prenne acte ou qu'elle convienne de suivre ses instructions –, d'un créancier du constituant qui obtient par la suite une sûreté judiciaire sur le compte, ou d'un administrateur de l'insolvabilité du constituant lorsqu'une procédure d'insolvabilité est engagée ultérieurement par ou contre ce dernier (si le premier créancier garanti a obtenu la priorité en devenant client de la banque pour ce qui est du compte, cette méthode d'obtention de la priorité ne pourra probablement pas être utilisée par un créancier garanti subséquent).

39. La législation de nombreux États prévoit que, dans certains cas, une sûreté sur un compte bancaire, qui naît automatiquement, a aussi automatiquement priorité. Dans les États où une banque dépositaire obtient automatiquement une sûreté sur un compte bancaire tenu chez elle, cette sûreté peut avoir automatiquement priorité sur d'autres droits concurrents. Dans les États qui reconnaissent le report d'une sûreté sur le produit d'autres biens grevés, la sûreté d'un créancier garanti sur un compte bancaire en tant que produit peut avoir automatiquement priorité sur certains droits concurrents, tels qu'une sûreté judiciaire ou une sûreté de rang inférieur sur le bien initialement grevé.

Exceptions aux règles générales de priorité fondées sur le classement chronologique

40. Si la règle "*prior tempore*" est généralement appliquée pour résoudre les conflits de priorité entre sûretés, elle ne convient peut-être pas toujours à une sûreté grevant un compte bancaire, en particulier lorsqu'une telle sûreté peut être rendue opposable aux tiers par une méthode telle que l'inscription d'un avis dans un registre des sûretés, sans le consentement ou autre intervention de la banque dépositaire.

41. De nombreuses parties peuvent effectuer des opérations avec le compte bancaire ou les fonds qui y sont crédités. Dans un certain nombre d'opérations, notamment celles qui reposent sur des conventions de rachat, des prêts de titres et des produits dérivés, les parties agissent rapidement, parfois quotidiennement. Il n'est ni habituel, ni efficace d'exiger de ces parties qu'elles inscrivent un avis dans un registre des sûretés avant de conclure ces opérations. Elles ne devraient pas non plus avoir à effectuer des recherches dans un registre des sûretés ou s'enquérir de l'existence d'éventuels créanciers garantis avant de réaliser une opération quelconque en rapport avec le compte bancaire.

42. En fait, dans certains États, une sûreté qui est devenue opposable aux tiers par inscription d'un avis dans un registre des sûretés peut avoir un rang de priorité inférieur par rapport à une sûreté dont la banque a reçu notification, à laquelle elle a consenti, pour laquelle elle a convenu de suivre les instructions du créancier garanti sans que le constituant ait à donner son consentement ou pour laquelle le créancier garanti a remplacé le constituant comme client de la banque. De même, dans les États qui reconnaissent la priorité d'une sûreté grevant un compte bancaire en tant que produit, la sûreté sur ce produit peut avoir un rang de priorité inférieur par rapport à une sûreté dont la banque a reçu notification, à laquelle elle a consenti, pour laquelle elle a convenu de suivre les instructions du créancier garanti sans que le constituant ait à donner son consentement ou pour laquelle le créancier garanti est devenu client de la banque. Dans ces cas, la règle "*prior tempore*" ne peut pas s'appliquer. Une sûreté qui devient opposable la première chronologiquement peut se voir primer par une sûreté ultérieure si la banque a reçu notification de cette dernière ou y a consenti, ou a convenu de suivre les instructions du créancier garanti concernant le compte bancaire sans que le constituant ait à donner son consentement, ou si le créancier garanti est devenu client de la banque pour ce qui est du compte, après que la première sûreté est devenue opposable aux tiers.

43. En fait, dans les États où une banque dépositaire devient automatiquement titulaire d'une sûreté sur un compte bancaire tenu chez elle, cette sûreté peut avoir priorité sur toutes les autres, que ces dernières soient ou non devenues opposables les premières, à moins que la banque dépositaire en convienne autrement.

44. Le fait d'accorder, dans ce cas, la priorité à la banque dépositaire semble justifié dans la pratique. La priorité donnée à un créancier garanti qui est aussi la banque dépositaire est conforme aux droits à compensation de rang supérieur dont jouit habituellement cette dernière. Si le créancier garanti n'est pas la banque dépositaire et espère se rembourser sur le compte bancaire, il voudra, dans la pratique, soit devenir client de la banque pour ce qui est du compte, soit conclure avec elle un accord de contrôle ou autre accord similaire pour réaliser sa sûreté de sorte qu'en cas de défaillance du constituant, la banque sera tenue de lui remettre les

fonds présents sur le compte. Il voudra aussi que l'accord contienne une clause de cession de rang aux termes de laquelle, si la banque dépositaire revendique une sûreté sur le compte bancaire ou jouit d'un droit à compensation, cette sûreté ou ce droit auront, dans la plupart des cas, un rang inférieur à celui de la sûreté du créancier garanti tiers. Si ce dernier est devenu client de la banque pour ce qui est du compte, celle-ci n'aura ensuite probablement pas le droit d'effectuer une compensation entre les fonds présents sur le compte et les obligations dont le constituant lui est redevable, du fait qu'il n'y a plus réciprocité des obligations entre les parties (constituant et banque dépositaire) se devant de l'argent l'une à l'autre, élément que la loi applicable exige généralement pour que la compensation soit possible.

Bénéficiaires des fonds provenant du compte bancaire

45. Bien entendu, la règle "*prior tempore*" se justifie encore moins en ce qui concerne les bénéficiaires de fonds provenant du compte bancaire – bénéficiaires de chèques tirés sur le compte et de virements de fonds. Dans les États où le constituant peut retirer des fonds du compte sur lequel le créancier garanti possède une sûreté, les bénéficiaires de ces fonds prennent ceux-ci généralement libres de toute sûreté grevant le compte et, dans les États qui reconnaissent le concept de produit, libres de toute sûreté sur les fonds en tant que produit. Dans le cas contraire, la loi de l'État régissant les opérations garanties empiéterait indûment sur celle régissant les instruments négociables ou compromettrait la négociabilité de l'argent, des chèques et des virements entre banques et autres personnes.

7. Réalisation de la sûreté contre le constituant

46. Une loi sur les opérations garanties qui reconnaît une sûreté sur un compte bancaire devrait contenir des règles juridiques claires pour une réalisation efficace de la sûreté.

Réalisation en général

47. Lorsqu'un créancier garanti détient une sûreté sur un compte bancaire, il a le droit, en cas de manquement du constituant, de réaliser sa sûreté. En règle générale, la réalisation consiste ici pour le créancier à obtenir de la banque dépositaire les fonds crédités sur le compte, puis à les affecter au paiement de l'obligation garantie. Lorsque le créancier garanti est la banque dépositaire ou est client de la banque dépositaire pour ce qui est du compte, il peut simplement affecter le solde créditeur de ce compte au paiement de l'obligation garantie.

Nécessité de recourir à une procédure judiciaire ou de se soumettre au contrôle d'un tribunal

48. Comme pour d'autres types de biens susceptibles d'être grevés, la loi sur les opérations garanties doit déterminer dans quelle mesure un créancier garanti peut réaliser sa sûreté sans recourir à une procédure judiciaire ni même se soumettre au contrôle d'un tribunal. Le contraindre à utiliser la voie judiciaire augmente les frais de réalisation et retarde cette dernière, ce qui rend le crédit plus cher pour les débiteurs, que ceux-ci manquent ou non à leurs obligations de remboursement. D'un autre côté, lui imposer un encadrement judiciaire peut être nécessaire si son droit de

réaliser sa sûreté est contesté de bonne foi, si l'ordre public est menacé ou s'il y a un risque élevé d'abus de sa part.

49. Il ne semble guère justifié pour un État d'exiger qu'un créancier garanti ait recours à une procédure judiciaire ou se soumette au contrôle d'un tribunal pour réaliser sa sûreté sur un compte bancaire, en particulier dans trois cas. Le premier est celui où le créancier garanti n'est autre que la banque dépositaire. On voit difficilement quel intérêt il y aurait alors à lui imposer un encadrement judiciaire pour effectuer une compensation entre une créance due à son client et une créance que lui doit ce dernier. Cela est vrai en particulier lorsque la loi de l'État donne aussi au créancier garanti, en sa qualité de banque dépositaire, un droit à compensation qu'il pourrait exercer sans recourir à une procédure judiciaire ou se soumettre au contrôle d'un tribunal. L'exercice du droit à compensation aboutit pour l'essentiel au même résultat économique que la réalisation d'une sûreté. Il semblerait peu logique d'exiger une procédure judiciaire ou le contrôle d'un tribunal dans un cas mais pas dans l'autre.

50. Le deuxième cas est celui où la banque dépositaire a déjà convenu par contrat avec le créancier garanti et le constituant de transférer les fonds qui sont sur le compte bancaire au créancier garanti sur instructions de ce dernier, sans que le constituant ait à donner son consentement. Le contrat ayant été expressément négocié avec le constituant et la banque dépositaire, un encadrement judiciaire paraît là aussi superflu dans la mesure où l'accord du constituant est un accord contractuel contraignant.

51. Le troisième cas est celui où le créancier garanti a remplacé le constituant comme client de la banque dépositaire pour ce qui est du compte bancaire. Il semblerait que là non plus un encadrement judiciaire ne soit nécessaire, puisque le créancier garanti a déjà le droit de faire des opérations sur ce compte en tant que client de la banque.

52. Il semblerait peut-être plus justifié d'exiger qu'un créancier garanti, dans certaines circonstances, ait recours à une procédure judiciaire ou soit soumis au contrôle d'un tribunal pour la réalisation de sa sûreté sur un compte bancaire lorsque le crédit consenti ou le compte bancaire lui-même est utilisé par un constituant particulier à des fins personnelles, familiales ou domestiques. Même dans ce cas, cependant, il ne semble guère utile d'exiger une procédure judiciaire ou le contrôle d'un tribunal lorsque la banque dépositaire est le créancier garanti et aurait de toute manière un droit à compensation.

8. Droits et obligations de la banque dépositaire

53. Toute méthode de réalisation d'une sûreté sur un compte bancaire par un créancier garanti qui n'est pas la banque dépositaire conduit à s'interroger sur les droits et obligations de ladite banque lorsque ce créancier n'a pas recours à une procédure judiciaire ou ne se soumet pas au contrôle d'un tribunal et qu'aucune décision de justice n'est rendue à propos de ces droits et obligations. Une loi sur les opérations garanties qui reconnaît une sûreté sur un compte bancaire devrait comporter des règles juridiques claires énonçant les droits et les obligations de la banque dépositaire à l'égard de la sûreté.

54. À l'argument selon lequel la question des droits et des obligations de la banque dépositaire est essentiellement une question de priorité, on peut répondre

qu'il n'est peut-être pas inutile de l'examiner de façon plus approfondie pour montrer qu'il importe de l'aborder du point de vue de la constitution, de l'opposabilité aux tiers, de la priorité et de la réalisation de la sûreté, même si ces aspects ont déjà été traités précédemment. C'est que la banque dépositaire joue un rôle unique en tant que débiteur de son client, lequel détient sur elle une créance – le compte bancaire.

Différence avec les droits et obligations du débiteur d'une créance commerciale

55. En fait, pour traiter des droits et obligations de la banque dépositaire en ce qui concerne un compte bancaire en l'absence de décision de justice les définissant, il importe de distinguer ceux-ci des droits et obligations du débiteur d'une créance commerciale. Dans ce dernier cas, une sûreté sur une créance commerciale pourrait rester opposable au débiteur même si le contrat initial en vertu duquel est née ladite créance comportait une clause d'incessibilité (voir art. 9 de la Convention sur la cession). De plus, le créancier garanti a généralement le droit d'envoyer au débiteur instruction de le payer (voir art. 13-1 de la Convention sur la cession), le débiteur ne pouvant alors effectuer de paiement libératoire qu'à ce créancier (voir art. 17 de la Convention sur la cession).

56. Lorsque le débiteur est une banque dépositaire, en revanche, celle-ci n'est pas nécessairement soumise aux mêmes règles dans la législation d'un État (voir art. 4-2 f) de la Convention sur la cession). Elle peut au contraire avoir certains droits, sans avoir d'obligations, ou seulement quelques-unes, concernant l'acceptation ou le refus de la constitution, du rang de priorité ou de la réalisation d'une sûreté sur le compte bancaire, dans certaines circonstances.

Consentement de la banque dépositaire à la constitution de la sûreté entre les parties, à son opposabilité aux tiers et à sa priorité

57. Comme il a été expliqué plus haut, la législation de certains États peut exiger le consentement ou autre manifestation de volonté de la banque dépositaire pour que le constituant crée une sûreté sur un compte bancaire, pour que cette sûreté soit opposable aux tiers ou pour qu'elle soit prioritaire.

a) Le consentement de la banque dépositaire peut être requis pour la constitution d'une sûreté sur un compte bancaire. Cela peut être le cas si l'accord d'ouverture du compte conclu entre le constituant et la banque dépositaire comporte une clause limitant le droit du constituant de créer une sûreté sans le consentement de la banque. Il peut aussi arriver que les lois de certains États exigent le consentement de la banque dépositaire, sous forme de reconnaissance de la sûreté ou d'accord avec le créancier garanti, pour que le constituant crée une sûreté même si l'accord d'ouverture du compte conclu entre le constituant et la banque ne comporte pas de clause limitant le droit du constituant de créer une sûreté;

b) La législation de certains États peut également exiger que la banque dépositaire manifeste sa volonté, en reconnaissant la sûreté ou en se mettant d'accord avec le créancier garanti, pour que la sûreté du créancier garanti soit opposable aux tiers;

c) La manifestation de volonté de la banque dépositaire, sous forme de reconnaissance de la sûreté ou d'accord avec le créancier garanti, peut également

être requise pour que la sûreté du créancier garanti ait priorité sur toute sûreté grevant le compte bancaire en faveur de la banque dépositaire elle-même.

Réalisation de la sûreté contre la banque dépositaire

58. De plus, dans certaines circonstances, le consentement de la banque dépositaire peut être requis pour que le créancier garanti réalise une sûreté sur le compte bancaire.

59. Dans les États où la sûreté sur un compte bancaire est opposable aux tiers par dépôt d'un avis ou autre forme d'inscription dans un registre des sûretés ou du fait d'une notification de la cession à la banque dépositaire ou de la reconnaissance de cette cession par cette dernière, l'inscription, la notification ou la reconnaissance peut ou non imposer à la banque dépositaire l'obligation de suivre les instructions du créancier garanti concernant les fonds qui sont sur le compte bancaire lorsqu'il souhaite réaliser la sûreté. Si une banque dépositaire n'est pas tenue par les lois applicables d'un État particulier à une telle obligation, le créancier garanti aura généralement le droit, lors de la réalisation de la sûreté, d'obtenir les fonds qui sont sur le compte bancaire si le client a donné ordre à la banque dépositaire de suivre les instructions du créancier concernant les fonds ou si la banque dépositaire a convenu avec ce dernier de le faire.

60. En l'absence de telles instructions ou d'un tel accord, le créancier garanti peut être contraint de réaliser la sûreté sur le compte bancaire en recourant à une procédure judiciaire pour obtenir une décision du tribunal enjoignant à la banque dépositaire de lui remettre les fonds qui sont sur le compte.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le reste de la section 8 et les sections 9 à 11 de la Partie A. Remarques générales, ainsi que la Partie B. Recommandations, figurent dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.18/Add.1.*]

A/CN.9/WG.VI/WP.18/Add.1

Rapport du Secrétaire général concernant le projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumis au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa septième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

XVI. Sûretés sur des comptes bancaires 61-80

A. Remarques générales (*suite*) 61-80

8. Droits et obligations de la banque dépositaire (*suite*) 61-67

9. Relation avec le droit de l'insolvabilité. 68-70

10. Conflit de lois 71-79

11. Conclusion 80

B. Recommandations. 81-89

XVI. Sûretés sur des comptes bancaires

A. Remarques générales (*suite*)

[*Note à l'intention du Groupe de travail: les sections 1 à 8 de la Partie A. Remarques générales figurent dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.18*.]

8. Droits et obligations de la banque dépositaire (*suite*)

Autres droits et obligations de la banque dépositaire

61. Lorsque le créancier garanti n'est pas le client de la banque dépositaire pour ce qui est du compte bancaire et que le consentement de la banque dépositaire est requis pour la constitution d'une sécurité sur le compte bancaire, pour que cette sûreté soit opposable et pour qu'elle soit prioritaire ou pour que le créancier garanti la réalise, la banque dépositaire peut ne pas être obligée par la loi de l'État concerné de donner son consentement.

62. Même lorsque le créancier garanti est en mesure de réaliser la sûreté contre la banque dépositaire, cette dernière peut avoir le droit de recouvrer ou de compenser toutes sommes déposées sur le compte bancaire qui pourraient autrement être réclamées par le créancier garanti en tant que créance sur les obligations dues par le constituant à la banque dépositaire. De fait, le droit du créancier garanti à obtenir les fonds déposés sur le compte bancaire peut être subordonné au droit de la banque dépositaire de les recouvrer ou de les compenser, à moins que cette dernière en soit convenue autrement.

63. De plus, la banque dépositaire peut ne pas être tenue par la législation d'un État particulier à réorganiser sa priorité favorable contractuellement en subordonnant son droit de recouvrement ou de compensation, ou en subordonnant toute sûreté qu'elle pourrait obtenir automatiquement sur le compte bancaire en sa qualité de banque dépositaire, à la sûreté d'un autre créancier du constituant.

64. Il va de soi que, même si, pour faciliter la constitution entre les parties, l'opposabilité, la priorité et la réalisation d'une sûreté sur un compte bancaire, le créancier garanti est prêt à devenir le client de la banque dépositaire pour ce qui est du compte bancaire, cette dernière peut ne pas être tenue de l'accepter en tant que client.

Situation de la banque dépositaire justifiant la non-imposition d'obligations à cette banque sans son consentement

65. S'il peut sembler injustifié que le droit des opérations garanties n'impose pas diverses obligations à la banque dépositaire concernant la sûreté sans son consentement, l'autre solution, qui consisterait à imposer ces obligations en vertu d'une règle de droit rigide, risque d'exposer la banque dépositaire à des risques inconsidérés qu'elle n'est pas en mesure de gérer en l'absence de garanties appropriées:

a) La banque dépositaire est exposée à d'importants risques opérationnels, du fait qu'elle débite ou crédite des comptes bancaires quotidiennement, les fonds crédités l'étant souvent à titre provisoire, et supposant parfois d'autres opérations avec ses clients;

b) Ces risques sont aggravés par le risque juridique que constitue le non-respect, par le dépositaire, dans ses opérations ordinaires, des lois relatives aux instruments négociables et aux transferts télégraphiques de fonds et d'autres réglementations relatives aux systèmes de paiement, ainsi que par le risque que constitue le non-respect de certaines obligations imposées à la banque dépositaire en vertu d'autres lois, telles que les lois relatives à la confidentialité des opérations avec les clients;

c) De plus, la banque dépositaire est généralement exposée à des risques découlant de dispositions réglementaires en vertu de lois et réglementations destinées à assurer sa sûreté et sa solidité;

d) La banque dépositaire est aussi exposée aux risques qu'entraîne pour sa réputation le choix des clients avec lesquels elle accepte de réaliser des opérations.

66. Étant donné ces risques, et compte tenu du fait que la banque dépositaire doit mettre en place et maintenir des garanties appropriées pour les gérer, une règle qui n'imposerait à cette banque des obligations relatives aux sûretés sur les comptes bancaires qu'avec son consentement se comprend et se justifie.

67. L'expérience des États où le consentement de la banque dépositaire est requis pour imposer ces obligations montre que les parties sont souvent en mesure de négocier des arrangements satisfaisants de telle sorte que la banque soit assurée de gérer les risques compte tenu de la nature de l'opération et du client.

9. Relation avec le droit de l'insolvabilité

68. Le droit des opérations garanties d'un État qui reconnaît une sûreté sur un compte bancaire devrait comporter des règles visant à relier ce droit au droit de l'insolvabilité de cet État.

69. Le créancier garanti détenant une sûreté sur un compte bancaire sera normalement assujetti aux règles applicables à la procédure d'insolvabilité à l'encontre du constituant. Par exemple, il sera généralement encore assujetti aux règles visant toute suspension de l'exécution contre le constituant, tout transfert préférentiel ou frauduleux et autres règles de ce genre. Dans certains cas, l'administrateur de l'insolvabilité peut, bien que la sûreté du créancier garanti soit autrement opposable à des tiers et prioritaire, être habilité à prélever des sommes sur le compte bancaire aux fins de la procédure d'insolvabilité à condition que le créancier garanti se voit accorder une sûreté sur d'autres biens de valeur équivalente ou que la valeur de la sûreté soit autrement préservée.

70. Même lorsque, pour une raison quelconque, le tribunal chargé de la procédure d'insolvabilité n'a pas compétence pour ce qui est du créancier garanti, ce dernier peut, dans les faits, se trouver assujetti aux règles applicables à la procédure d'insolvabilité à l'encontre du constituant dans la mesure où le tribunal est compétent pour ce qui est de la banque dépositaire et où la banque dépositaire ne peut, aux termes des règles d'insolvabilité, honorer les instructions du créancier garanti concernant les sommes qui se trouvent sur le compte en banque sans le consentement de l'administrateur de l'insolvabilité ou du tribunal.

10. Conflit de lois

71. La loi d'un État qui reconnaît une sûreté sur un compte bancaire devrait comporter des règles claires visant les questions relatives au conflit de lois concernant ces sûretés.

72. Les États envisagent de manière diverse les conflits de lois concernant les sûretés sur des comptes bancaires. Dans certains États, toutes les questions relatives à ce type de sûreté sont régies par le droit de l'État où est situé le constituant, qui est généralement l'État où s'exerce l'administration centrale du constituant ou l'État dans lequel le constituant a sa résidence habituelle (voir l'article 5 h) de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international.

73. Dans d'autres États, toutes les questions se rapportant aux sûretés sur des comptes bancaires sont régies par le droit de l'État où la banque dépositaire est située Généralement, celle-ci est située dans l'État dans lequel elle a son établissement ou, si elle a des établissements dans plus d'un État, dans l'État qui a la relation la plus étroite avec l'opération garantie. Il est toutefois possible que le droit d'un État particulier puisse autoriser le constituant et la banque dépositaire à désigner l'État dans lequel la banque dépositaire est réputée être située aux fins du droit sur les opérations garanties.

74. Un petit nombre d'États optent pour une approche double. Dans ce cas, les questions se rapportant à l'opposabilité au constituant et à la réalisation de la sûreté contre ce dernier peuvent être régies par le droit de l'État dans lequel le constituant est situé ou, éventuellement, par le droit de l'État qui s'applique aux termes des

règles du droit international privé au contrat créant la sûreté. Les questions se rapportant à l'opposabilité aux tiers et à la priorité, dans la mesure où elles ne font pas intervenir la reconnaissance, le consentement ou l'accord de la banque dépositaire ou la constitution du créancier garanti en client de la banque pour ce qui est du compte bancaire, peuvent, elles aussi, être régies par le droit de l'État dans lequel le constituant est situé. Toutefois, en vertu de la double approche, toute question se rapportant à l'opposabilité aux tiers ou à la priorité exigeant la reconnaissance, le consentement ou l'accord de la banque dépositaire ou la constitution du créancier garanti en client de la banque pour ce qui est du compte bancaire, ou se rapportant aux droits et obligations de la banque concernant la sûreté peut être régie par le droit de l'État dans lequel la banque est située ou par le droit de l'État régissant l'accord entre le constituant et la banque dépositaire établissant le compte bancaire.

75. La Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire (ci-après dénommée "Convention de La Haye") propose une approche modifiée. Aux termes de cette convention, les questions se rapportant à la priorité d'une sûreté sur un compte de titres sont déterminées par le droit de l'État dont la loi régit la convention entre le constituant et l'intermédiaire créant le compte de titres.

76. Étant donné qu'il est parfois malaisé de déterminer si un compte tenu par une banque est un compte bancaire ou un compte de titres, l'idéal serait que les règles applicables aux conflits de lois en rapport avec les sûretés sur des comptes bancaires soient le plus possible en harmonie avec celles en rapport avec les sûretés sur des comptes de titres. En conséquence, il semblerait approprié et justifié d'appliquer les règles de la Convention de La Haye, c'est-à-dire que les questions en rapport avec l'opposabilité aux tiers d'une sûreté sur un compte bancaire, sa priorité, les droits et obligations de la banque dépositaire concernant le compte bancaire et la réalisation de la sûreté soient régies par le droit de l'État dont la loi régit la Convention avec la banque dépositaire établissant le compte bancaire. Aux fins de déterminer l'opposabilité aux tiers et la priorité d'une sûreté sur un compte bancaire ainsi que les droits et obligations de la banque dépositaire concernant cette sûreté, cette approche a pour l'essentiel le même effet que si l'on appliquait le droit d'un État qui autoriserait le constituant et la banque dépositaire à désigner l'État dans lequel la banque dépositaire serait réputée être située aux fins du droit des opérations garanties.

77. Il y aurait une autre raison de retenir la convention d'ouverture du compte bancaire: en effet, quiconque consent un crédit avec une sûreté sur un compte bancaire saura bien que la valeur du compte ainsi grevé dépend non seulement de l'opposabilité de la sûreté au constituant et aux tiers, mais aussi de la valeur intrinsèque du compte bancaire. Cette dernière dépendra à son tour, en grande partie, du droit de la banque qui tient le compte d'en réduire la valeur en en utilisant en compensation le solde pour réaliser son droit de créance sur le constituant. Ainsi, le créancier garanti devra, en pratique, avoir une certaine connaissance des droits de la banque contre le constituant selon la législation de l'État qui s'applique au compte bancaire pour déterminer la valeur de la sûreté. En s'informant des aspects régis par la législation de cet État, le créancier garanti peut essayer de savoir si un créancier garanti concurrent a le "contrôle" du compte bancaire en vertu de la législation de l'État en question conformément à une convention avec la banque. Par

conséquent, une opposabilité aux tiers par voie de prise de “contrôle” conformément à la loi de l’État à la législation duquel est assujetti le compte bancaire n’impose pas des obligations excessives à ceux qui envisagent d’octroyer un crédit au constituant.

78. Si l’on se réfère aux règles de la Convention de La Haye applicables aux sûretés sur des comptes de dépôt, il se peut que dans certains cas une sûreté opposable aux tiers par voie d’inscription dans un registre ne soit pas reconnue (question envisagée dans le contexte d’un État à plusieurs unités dans l’article 12-2 b) de la Convention de La Haye). Par exemple, si le constituant est établi dans l’État A mais que la loi régissant la convention d’ouverture du compte bancaire entre le constituant et la banque dépositaire est celle de l’État B, une inscription effectuée dans l’État A peut ne pas être une méthode admise pour assurer l’opposabilité de la sûreté aux tiers selon le droit matériel de l’État B. Mais dans d’autres cas, par exemple lorsque le constituant est établi dans l’État à la législation duquel est assujettie la convention d’ouverture du compte bancaire entre le constituant et la banque dépositaire et où l’opposabilité aux tiers d’une sûreté peut être assurée par inscription dans un registre, ladite inscription sera reconnue.

79. Une autre règle pourrait consister à retenir la loi de l’État du constituant régissant l’opposabilité aux tiers des sûretés sur des comptes bancaires, la priorité des sûretés, les droits et obligations de la banque dépositaire par rapport au compte bancaire et la réalisation de la sûreté. Toutefois, une telle approche pourrait soulever des objections pratiques. Si dans les dispositions régissant les conflits de lois on retenait la loi de l’État du constituant, la banque dépositaire pourrait être assujettie à des règles de droit matériel différentes en fonction du lieu d’établissement de ses nombreux clients. Un tel résultat accroîtrait les risques opérationnels et autres de la banque dépositaire dans une mesure qui ne semblerait pas justifiée. Or, éviter une multitude de conflits de règles de droit applicables aux intermédiaires était justement l’un des objectifs de la Convention de La Haye elle-même. En outre, si dans des domaines comme celui de la priorité, on retenait dans les dispositions régissant les conflits de lois le lieu d’établissement du constituant, l’incompatibilité entre les dispositions relatives aux conflits de lois applicables aux comptes bancaires et celles applicables aux comptes de titres risquerait de créer une confusion dans la pratique, surtout dans les cas où il n’apparaît pas clairement s’il s’agit d’un compte bancaire ou d’un compte de titres.

11. Conclusion

80. Les sûretés sur des comptes bancaires jouent un rôle important dans de nombreuses opérations de crédit. Un régime moderne des opérations garanties devrait admettre les sûretés sur des comptes bancaires et énoncer des règles claires concernant leur création entre les parties, leur opposabilité aux tiers, leur priorité et leur réalisation. La loi devrait également traiter la question des droits et obligations de la banque dépositaire par rapport aux sûretés sur les comptes bancaires qu’elle tient. Ces règles juridiques devraient être incorporées au droit de l’insolvabilité de l’État et elles devraient prévoir des dispositions régissant les conflits de lois pour prendre en compte la question des transactions transfrontières portant sur des sûretés sur des comptes bancaires.

B. Recommandations

81. La loi devrait définir le “compte bancaire” auquel elle s’applique. Il faudrait dans la définition distinguer un compte bancaire d’un instrument négociable émis par la banque dépositaire et d’un compte de titres tenu auprès de ladite banque.

82. Attendu qu’il est parfois difficile de savoir si une banque tient un compte bancaire ou un compte de titres, il faudrait que les règles applicables aux sûretés sur des comptes bancaires établissent une distinction claire entre compte bancaire et compte de titres. [Il serait en outre utile que ces règles soient presque identiques à celles relatives aux sûretés sur les comptes de titres, ou du moins coordonnées, de sorte que le créancier garanti puisse généralement satisfaire un ensemble de règles pour s’assurer que sa sûreté a été constituée, qu’elle est opposable aux tiers, qu’elle a la priorité requise et qu’elle peut être réalisée. La loi applicable aux sûretés sur des comptes bancaires devrait donc suivre dans la mesure du possible les règles qui sont préconisées pour les sûretés sur des comptes de titres dans les textes de l’Institut international pour l’unification du droit privé (Unidroit) concernant les opérations sur les marchés financiers interconnectés et internationaux, y compris le projet de convention sur l’harmonisation des règles de droit matériel relatives aux titres détenus auprès d’un intermédiaire.]

83. Les règles pour la constitution des sûretés sur des comptes bancaires devraient, en règle générale, permettre la création d’une sûreté sur tout type de compte bancaire, y compris les comptes bancaires d’opérations et les comptes bancaires dont la banque dépositaire est le créancier garanti. En règle générale, les règles de constitution des sûretés sur des comptes bancaires devraient être identiques aux règles de constitution des sûretés sur d’autres biens grevés. Toutefois, l’existence d’une clause d’incessibilité dans une convention entre le constituant et la banque dépositaire ne devrait pas empêcher de créer une sûreté sur un compte de dépôt du moment que la banque dépositaire n’est pas tenue de reconnaître le créancier garanti ou qu’il ne lui est pas imposé d’autres obligations concernant la sûreté sans son consentement. En outre, un État adoptant une législation devrait examiner si et dans quelle mesure, en conformité avec ses lois et politiques en matière de protection des consommateurs, un particulier peut créer une sûreté sur un compte bancaire lorsque les fonds déposés sur ce compte ou le crédit obtenu sont destinés aux besoins personnels, familiaux ou domestiques du constituant.

84. Une sûreté sur un compte bancaire devrait devenir opposable aux tiers dès lors qu’elle a été constituée et que le créancier garanti soit a procédé à une inscription concernant le compte dans un registre des sûretés, soit a obtenu le contrôle du compte.

85. Une sûreté qui est devenue opposable aux tiers par prise de contrôle devrait avoir priorité sur une sûreté devenue opposable par d’autres méthodes, y compris l’inscription dans un registre des sûretés. Si le créancier garanti est la banque dépositaire, la sûreté de la banque dépositaire devrait avoir priorité sur toutes les autres, à moins que la banque dépositaire en convienne autrement. De même, à moins que la banque dépositaire en convienne autrement, le droit de ladite banque d’effectuer une compensation entre les fonds présents sur le compte et les obligations dont le constituant lui est redevable devrait avoir priorité sur la sûreté

d'un autre créancier garanti, sauf s'il s'agit d'un créancier garanti qui est devenu client de la banque dépositaire pour le compte en question.

86. Les bénéficiaires des fonds provenant d'un compte bancaire devraient pouvoir prendre ceux-ci libres de toute sûreté grevant le compte.

87. Lorsqu'un créancier garanti détient une sûreté sur un compte bancaire opposable aux tiers par prise de contrôle du compte de dépôt, il devrait en général avoir le droit de réaliser sa sûreté contre le constituant sans recourir à une procédure judiciaire ou se soumettre au contrôle d'un tribunal. Les exceptions à ce principe devraient être clairement énoncées et, en règle générale, limitées au cas où l'État autorise la constitution par un particulier d'une sûreté sur un compte bancaire lorsque celui-ci contient des fonds utilisés par le constituant à des fins personnelles, familiales ou domestiques ou sert à garantir un crédit à de telles fins.

88. La banque dépositaire ne devrait pas être obligée de consentir à un accord de prise de contrôle et elle ne devrait pas être assujettie sans son consentement à d'autres obligations en ce qui concerne les sûretés sur des comptes bancaires.

89. Les questions concernant la constitution de sûretés sur des comptes bancaires entre les parties, l'opposabilité de la sûreté aux tiers, la priorité de la sûreté sur les droits des réclamants concurrents, les droits et obligations de la banque dépositaire en ce qui concerne les sûretés sur des comptes bancaires et les règles de réalisation de la sûreté devraient être déterminées par la loi de l'État à la législation duquel est assujettie la convention d'ouverture de compte entre le titulaire du compte et la banque dépositaire (règle de la Convention de La Haye).

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'on devrait plutôt retenir la loi du lieu d'établissement du constituant (voir l'article 22 de la Convention sur la cession) ou bien une autre loi. Le Groupe de travail voudra peut-être également examiner si l'on pourrait retenir la loi du lieu d'établissement du constituant pour ce qui concerne l'opposabilité aux tiers par inscription dans un registre des opérations garanties, même si l'on retient pour toutes les autres questions la loi de l'État à la législation duquel est assujettie la convention d'ouverture du compte entre le titulaire du compte et la banque dépositaire.*]

H. Rapport du Secrétaire général concernant le projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumis au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa septième session

(A/CN.9/WG.VI/WP.19) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

X. Conflit de lois 1-35
A. Remarques générales 1-35
1. Introduction 1-10
a. Objet des règles de conflit de lois 1-5
b. Champ d'application des règles de conflit de lois 6-10
2. Règles de conflit de lois concernant la constitution, l'opposabilité aux tiers et la priorité 11-20
3. Règles de conflit de lois pour les sûretés sur le produit 21-22
4. Effet d'un changement ultérieur de la localisation du facteur de rattachement. 23-27
5. Règles de conflit de lois pour les questions de réalisation 28-34
6. Incidence de l'insolvabilité sur les règles de conflit de lois 35
B. Recommandations . . . . . .

X. Conflit de lois

A. Remarques générales

1. Introduction

a. Objet des règles de conflit de lois

1. Le présent chapitre examine les règles qui déterminent la loi applicable à la constitution d'une sûreté réelle mobilière entre le constituant et le créancier garanti, à son opposabilité aux tiers, à sa priorité et à sa réalisation. Ces règles sont généralement appelées "règles de conflit de lois". Elles déterminent également le champ d'application territorial des règles de fond prévues dans le Guide (autrement dit quand les règles matérielles de l'État adoptant le régime envisagé dans le Guide s'appliquent). Par exemple, si un État a adopté les règles de droit matériel prévues dans le Guide concernant la priorité d'une sûreté, celles-ci ne s'appliqueront à un conflit de priorité survenant dans cet État que si la règle de conflit relative aux questions de priorité désigne les lois de ce dernier. Si la règle de conflit renvoie à la loi d'un autre État, le rang de chaque réclamant concurrent sera alors déterminé conformément à cette loi et non d'après les règles matérielles de priorité de l'État adoptant.

2. Une fois la sûreté devenue opposable, la localisation du facteur de rattachement qui permet de déterminer la loi applicable peut changer. Par exemple, si l'opposabilité aux tiers d'une sûreté sur des biens meubles corporels situés dans l'État A est régie par la loi du lieu de situation des biens, la question est de savoir ce qu'il advient lorsque ces biens sont transférés par la suite dans l'État B (dont les règles de conflit prévoient également que l'opposabilité aux tiers des sûretés sur des biens corporels est soumise à la loi du lieu de situation des biens). Une solution serait que la sûreté reste opposable dans l'État B sans qu'il soit nécessaire de prendre d'autres mesures dans cet État. Une autre solution serait d'obtenir une nouvelle sûreté conformément aux lois de l'État B. Une autre encore serait de préserver la sûreté préexistante du créancier garanti sous réserve de l'accomplissement, dans l'État B, de certaines formalités dans un délai déterminé (par exemple, dans les 30 jours qui suivent le transfert des biens dans cet État). Ces questions sont abordées par les règles de conflit de lois de certains systèmes juridiques. Le présent chapitre propose à ce sujet une règle générale fondée sur cette dernière solution.

3. Les règles de conflit de lois devraient répondre aux objectifs d'un régime efficace d'opérations garanties, ce qui dans le présent chapitre signifie que la loi applicable aux aspects réels d'une sûreté devrait être aisément déterminable: la sécurité juridique est un objectif essentiel de l'élaboration de règles – tant de fond que de conflit – concernant les opérations garanties. La prévisibilité constitue un autre objectif. Comme l'illustrent les questions évoquées au paragraphe précédent, les règles de conflit de lois devraient permettre de préserver une sûreté obtenue conformément aux lois de l'État A si, suite au changement de localisation du facteur de rattachement qui permet de déterminer la loi applicable, la sûreté tombe sous l'empire des lois de l'État B. Un troisième objectif essentiel d'un bon système de conflit de lois est que les règles de ce système doivent correspondre aux attentes raisonnables des parties intéressées (créancier, constituant, débiteur et tiers). Beaucoup estiment que, pour obtenir ce résultat, la loi applicable à une sûreté devrait avoir un lien avec la situation de fait qu'elle sera appelée à régir.

4. L'utilisation du Guide (y compris le présent chapitre) pour l'élaboration de lois concernant les opérations garanties aidera à réduire les risques et les coûts résultant de différences entre les règles actuelles de conflit de lois. Dans une opération garantie, le créancier souhaite normalement que ses droits soient reconnus dans tous les États où il pourrait réaliser sa sûreté (y compris dans un État où est administrée l'insolvabilité du constituant). Si ces États ont des règles de conflit différentes pour le même type de biens grevés, le créancier devra se conformer à plusieurs régimes afin d'être pleinement protégé. Un des avantages de l'existence de règles de conflit harmonisées dans différents États est que le créancier peut se fonder sur une loi unique pour déterminer le rang de priorité de sa sûreté dans tous ces États. Il s'agit là d'un des buts atteints par la Convention des Nations Unies sur la cession pour ce qui est des créances de sommes d'argent et par la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire pour ce qui est des titres détenus indirectement.

5. Il est à noter que des règles de conflit de lois seraient nécessaires même si tous les États avaient harmonisé leur législation relative aux opérations garanties. Il subsisterait en effet des cas où les parties devraient déterminer l'État dont les règles s'appliqueront. Par exemple, si les lois de tous les États prévoyaient qu'une sûreté

sans dépossession est rendue opposable aux tiers par inscription sur un registre public, il faudrait encore savoir sur le registre de quel État la sûreté doit être inscrite.

b. Champ d'application des règles de conflit de lois

6. Le présent chapitre ne définit pas les sûretés réelles mobilières auxquelles s'appliqueront les règles de conflit. Normalement, un droit sera qualifié de sûreté réelle mobilière aux fins d'un conflit de lois en fonction du droit matériel régissant ce type de sûreté dans un État donné. En principe, un tribunal appliquera le droit local chaque fois qu'il devra procéder à une telle qualification pour choisir la règle de conflit appropriée. La question est toutefois de savoir si les règles de conflit de lois concernant les sûretés devraient également s'appliquer à d'autres opérations qui sont fonctionnellement similaires à ces sûretés, même si elles ne sont pas couvertes par un régime d'opérations garanties. Bien que les clauses de réserve de propriété, les crédits-bails, les conventions de dépôt et d'autres mécanismes analogues ne soient pas soumis aux règles de droit matériel régissant les opérations garanties, un État pourrait néanmoins les soumettre aux règles de conflit de lois applicables à ce type d'opérations.

7. Une question similaire se pose à propos de certains transferts qui ne sont pas effectués à titre de garantie, lorsqu'il est souhaitable que la loi applicable à la constitution entre les parties, à l'opposabilité aux tiers et à la priorité soit la même que pour une sûreté réelle mobilière sur la même catégorie de biens. C'est ce que prévoit par exemple la Convention des Nations Unies sur la cession, dont les dispositions (y compris les règles de conflit de lois) s'appliquent tant aux cessions pures et simples de créances de sommes d'argent qu'aux sûretés sur ce type de créances (voir art. 2 a)). Ce choix est motivé notamment par la nécessité de se référer à une seule loi pour classer plusieurs personnes revendiquant un droit sur la même créance. En cas de conflit de priorité entre l'acquéreur d'une créance de somme d'argent et un créancier détenant une sûreté sur cette même créance, il serait plus difficile (et parfois impossible) de déterminer qui a la priorité si le rang de l'acquéreur était régi par les lois de l'État A et celui du créancier garanti par les lois de l'État B.

8. Quelle que soit la décision d'un État concernant les catégories d'opérations régies par les règles de conflit, ces dernières ne porteront que sur les aspects réels de ces opérations. Ainsi, une règle concernant la loi applicable à la constitution d'une sûreté détermine uniquement quelle loi régit les conditions à remplir pour la création d'un droit réel sur les biens grevés. Elle ne s'appliquera pas aux obligations personnelles contractées par les parties, lesquelles dans la plupart des systèmes juridiques, sous réserve de certaines exceptions, sont soumises à la loi choisie par les parties dans leur convention ou, en l'absence d'un tel choix, soit à la loi de l'État avec lequel la convention constitutive de sûreté a le lien le plus étroit soit à la loi régissant la convention constitutive de sûreté.

9. Si l'autonomie des parties est reconnue pour ce qui est des obligations personnelles, les règles de conflit de lois applicables aux aspects réels des opérations garanties échappent en revanche à la liberté contractuelle. Par exemple, le constituant et le créancier garanti ne sont normalement pas autorisés à choisir la loi applicable aux questions de priorité, car cela pourrait non seulement avoir une incidence sur les droits des tiers mais également entraîner un conflit de priorité

entre deux créanciers garantis concurrents soumis à deux lois différentes aboutissant à des résultats opposés.

10. Il est à noter que les règles de conflit de lois de nombreux systèmes juridiques prévoient désormais que toute référence à la loi d'un autre État comme loi régissant une question s'entend de la loi applicable dans cet État, à l'exclusion de ses règles de conflit. Le renvoi est exclu par souci de prévisibilité et aussi parce qu'il peut être contraire aux attentes des parties.

2. Règles de conflit de lois concernant la constitution entre les parties, l'opposabilité aux tiers et la priorité

11. La détermination de l'étendue des droits conférés par une sûreté exige généralement une analyse en trois étapes:

a) En premier lieu, il faut déterminer si la sûreté a été constituée entre les parties (pour les questions de constitution entre les parties, voir chap. IV);

b) Ensuite, il faut déterminer si la sûreté est opposable aux tiers (pour les questions d'opposabilité aux tiers, voir chap. V); et

c) Enfin, il faut établir le rang de priorité du créancier garanti par rapport à un réclamant concurrent, par exemple un autre créancier ou un administrateur de l'insolvabilité du constituant (pour les questions de priorité, voir chap. VI).

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il devrait y avoir une règle de conflit régissant la question de l'extinction d'une sûreté ou si cette question n'entre pas dans le champ d'application des règles de conflit de lois applicables aux sûretés.*]

12. Tous les systèmes juridiques n'établissent pas de distinctions conceptuelles précises entre ces trois aspects. Dans certains d'entre eux, le fait qu'un droit réel a été valablement créé implique nécessairement que ce droit est opposable aux tiers. En outre, les systèmes juridiques qui établissent une distinction claire entre ces trois aspects ne prévoient pas toujours des règles de fond distinctes pour chacun d'eux. Par exemple, dans le cas d'un gage avec dépossession qui satisfait aux conditions de validité des contrats réels de ce type, la sûreté est généralement opposable aux tiers sans qu'aucune autre formalité ne soit nécessaire.

13. La question essentielle est de savoir si une règle de conflit de lois unique devrait être appliquée aux trois aspects ou s'il faut permettre une plus grande souplesse, lorsqu'il peut être préférable que la loi applicable à l'opposabilité aux tiers ou à la priorité de la sûreté soit différente de celle qui régit sa constitution. Des considérations d'ordre pratique, telles que la simplicité et la sécurité juridique, militent en faveur de l'adoption d'une règle unique pour la constitution entre les parties, l'opposabilité aux tiers et la priorité. Comme cela a été indiqué plus haut, la distinction entre ces trois aspects n'est pas toujours établie ou comprise de la même manière dans tous les systèmes juridiques, de sorte que l'élaboration de règles de conflit de lois différentes les concernant risque de compliquer l'analyse ou de créer une incertitude. Cependant, il y a des cas où le choix d'une loi différente pour les questions de priorité tiendrait mieux compte des intérêts des tiers, tels que les personnes détenant des sûretés non conventionnelles.

14. Une autre question importante est de savoir si, pour l'un quelconque de ces trois aspects (constitution entre les parties, opposabilité aux tiers ou priorité), la règle de conflit de lois applicable devrait être la même pour les biens meubles corporels et les biens meubles incorporels. Une réponse affirmative à cette question militerait en faveur d'une règle reposant sur la loi du lieu de situation du constituant. L'autre possibilité serait de se référer à la loi du lieu où est détenu le bien grevé (*lex rei sitae*), ce qui ne serait cependant pas conforme, pour les créances de sommes d'argent, à la Convention des Nations Unies sur la cession (dont l'article 22 fait référence à la loi de l'État dans lequel est situé le cédant, autrement dit le constituant).

15. Par souci de cohérence avec la Convention des Nations Unies sur la cession, il faudrait aussi définir le lieu de situation du constituant de la même manière que dans la Convention. Aux termes de cette dernière, le lieu de situation du constituant est son établissement ou s'il a des établissements dans plus d'un État, l'établissement où s'exerce son administration centrale. Si le constituant n'a pas d'établissement, il fait référence à sa résidence habituelle (voir art. 5 h)).

16. Des considérations de simplicité et de sécurité incitent à adopter la même règle de conflit de lois (par exemple la loi du lieu de situation du constituant) pour les biens meubles corporels et incorporels, en particulier si la même loi s'applique à la constitution entre les parties, à l'opposabilité aux tiers et à la priorité. Dans cette solution, une seule recherche suffirait pour s'assurer de l'étendue des sûretés grevant tous les biens d'un constituant. En outre, il ne serait pas nécessaire de donner des indications en cas de transfert des biens grevés vers un autre lieu ni d'établir une distinction entre la loi applicable aux sûretés avec dépossession et celle applicable aux sûretés sans dépossession (ni de déterminer celle qui prime lorsqu'une sûreté avec dépossession régie par la loi de l'État A entre en concours avec une sûreté sans dépossession sur le même bien régie par la loi de l'État B).

17. Cependant, les systèmes juridiques ne considèrent pas tous la loi du lieu de situation du constituant comme suffisamment rattachée aux sûretés sur des biens meubles corporels (s'agissant de biens "non mobiles" du moins). En outre, il faudrait que la loi régissant une opération garantie soit la même que la loi régissant la vente des biens grevés, ce qui signifie que l'acceptation de la loi du constituant pour tous les types de sûreté ne serait possible que si les systèmes juridiques, d'une manière générale, étaient disposés à accepter cette règle pour tous les transferts.

18. De plus, il est presque universellement admis qu'une sûreté avec dépossession devrait être régie par la loi du lieu où le bien est détenu, si bien que l'adoption de la loi du constituant pour ce type de sûreté irait à l'encontre des attentes raisonnables des créanciers peu avertis. En conséquence, même si la loi du lieu de situation du constituant constituait la règle générale, il faudrait faire une exception pour les sûretés avec dépossession.

19. Comme les règles de conflit applicables pourraient varier selon qu'il s'agit de biens meubles corporels ou incorporels ou encore de sûretés avec ou sans dépossession, la question est de savoir quelle est la règle de conflit appropriée si des biens incorporels sont susceptibles d'être grevés d'une sûreté avec dépossession. À ce propos, la plupart des systèmes juridiques assimilent certaines catégories de biens meubles incorporels matérialisés par un document (par exemple les instruments négociables et les titres représentés par un certificat) à des biens meubles corporels,

reconnaissant ainsi la possibilité d'engager ces biens par la remise de ce document au créancier. Le gage serait alors régi par la loi de l'État dans lequel le document est détenu.

20. Le même problème se pose lorsque des marchandises sont représentées par un titre négociable (tel qu'un connaissement). Il est généralement admis qu'un titre représentatif négociable est également assimilé à un bien meuble corporel et peut faire l'objet d'un gage avec dépossession. La loi du lieu où se trouve le document (et non les marchandises) régirait alors le gage. La question est toutefois de savoir quelle loi s'appliquerait à un conflit de priorité entre un créancier ayant reçu le titre représentatif en gage et un autre créancier auquel le débiteur aurait consenti une sûreté sans dépossession sur les marchandises elles-mêmes, si le document et les marchandises ne se trouvent pas dans le même État. Dans un tel cas, les règles de conflit de lois devraient donner préséance à la loi gouvernant le gage, au motif que cette solution répondrait davantage aux attentes légitimes des parties intéressées.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le champ d'application de la loi envisagée dans le présent Guide se limite aux marchandises, au matériel et aux créances commerciales. Si le Groupe de travail décide d'étendre le champ d'application à d'autres catégories de biens meubles incorporels, tels que les créances non commerciales, les dépôts bancaires et les lettres de crédit, il pourrait éventuellement examiner si des règles spéciales de conflit de lois devraient être élaborées pour ces catégories de biens.*]

3. Règles de conflit de lois pour les sûretés sur le produit

21. Des considérations de simplicité et de sécurité inciteraient à appliquer au produit les mêmes règles de conflit que celles qui régissent la constitution entre les parties, l'opposabilité aux tiers et la priorité d'une sûreté obtenue directement sur des biens du même type que le produit. Ainsi, si un créancier revendique des droits sur des créances de sommes d'argent qui sont le produit de la vente de stocks précédemment grevés d'une sûreté en sa faveur, ces droits devraient être déterminés par application de la même loi qui aurait été applicable à une sûreté obtenue directement sur les créances en tant que biens initialement grevés. Dans cet exemple, si la loi de l'État B régissait une sûreté consentie initialement sur des créances, cette loi déterminerait aussi si le créancier a droit aux créances en tant que produit découlant de stocks, même si sa sûreté sur les stocks était régie par la loi de l'État A. L'opposabilité aux tiers et la priorité du droit du créancier sur les créances (en tant que produit découlant des stocks) seraient également régies par la loi de l'État B.

22. Cependant, la solution exposée ci-dessus devrait sans doute admettre une exception, à savoir que la constitution entre les parties d'une sûreté sur le produit devrait être régie par la loi qui était applicable à la constitution entre les parties de la sûreté sur les biens initialement grevés dont provient le produit, ce qui répondrait aux attentes d'un créancier qui obtient une sûreté sur des stocks conformément à une loi interne prévoyant le report automatique de cette sûreté sur le produit. Dans ce cas, la question de savoir si une sûreté s'étend au produit serait régie par la loi applicable à la constitution entre les parties d'une sûreté sur les biens initialement grevés dont découle le produit, tandis que l'opposabilité aux tiers et la priorité d'un

droit sur le produit seraient soumises à la loi qui leur aurait été applicable si le produit avait été le bien initialement grevé.

4. Effet d'un changement ultérieur de la localisation du facteur de rattachement

23. Quel que soit le facteur de rattachement retenu pour déterminer la règle de conflit de lois la plus appropriée pour une question donnée, sa localisation pourrait changer après la constitution d'une sûreté. Par exemple, lorsque la loi applicable est celle de l'État où se trouve le siège social du constituant, ce dernier pourrait transférer par la suite son siège dans un autre État. De même, lorsque la loi applicable est celle de l'État où les biens grevés sont situés, ces biens pourraient être déplacés vers un autre État.

24. Si ces questions ne sont pas réglées de façon expresse, une règle implicite pourrait être déduite. Les règles générales de conflit de lois concernant la constitution entre les parties, l'opposabilité aux tiers et la priorité pourraient être interprétées comme suit: en cas de changement de la localisation du facteur de rattachement, la loi initialement applicable continue de régir les questions de constitution parce qu'elles se sont posées avant ce changement, tandis que la loi applicable ultérieurement régirait les événements postérieurs qui soulèvent des questions d'opposabilité aux tiers ou de priorité. Par exemple, lorsque la loi applicable à l'opposabilité aux tiers est celle du lieu de situation du constituant, l'opposabilité de la sûreté à l'administrateur de l'insolvabilité du constituant serait déterminée par application de la loi de l'État du nouveau lieu où se trouve le constituant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

25. Cependant, le silence de la loi sur ces questions pourrait donner lieu à d'autres interprétations. Par exemple, une interprétation possible serait que la loi applicable ultérieurement régit également la constitution entre les parties en cas de conflit de priorité survenant après le changement de la localisation du facteur de rattachement (au motif que les tiers concluant des opérations avec le constituant ont le droit de déterminer la loi applicable à toutes les questions en se fondant sur le lieu effectif du facteur de rattachement, à savoir le lieu où celui-ci se trouve au moment de leurs opérations).

26. Il semblerait nécessaire d'élaborer des principes directeurs relatifs à ces questions pour éviter l'insécurité juridique, en particulier lorsque le facteur de rattachement est déplacé d'un État qui n'a pas adopté de loi fondée sur les recommandations du présent Guide vers un État qui en a adopté une.

27. Une question similaire se pose au sujet des sûretés sur les marchandises en transit et les marchandises destinées à l'exportation. Certains systèmes juridiques prévoient qu'une sûreté sur ces biens (qui peut être seulement une sûreté sans dépossession, le terme "possession" s'entendant aux fins du présent Guide, de la possession effective, non de la possession virtuelle) peut être constituée entre les parties et rendue opposable aux tiers conformément à la loi du lieu de destination s'ils y arrivent dans un délai spécifié. En ce qui concerne les marchandises destinées à l'exportation, une autre solution consisterait à exiger qu'elles quittent l'État adoptant dans un délai spécifié. Toutefois, une règle spéciale relative aux marchandises en transit et aux marchandises destinées à l'exportation ne devrait pas empêcher le créancier de faire aussi valoir son droit conformément à la loi du lieu

où les marchandises se trouvent effectivement, afin d'obtenir la priorité en vertu de cette loi si les marchandises doivent rester en ce lieu.

5. Règles de conflit de lois pour les questions de réalisation

28. Lorsqu'une sûreté est constituée et rendue opposable aux tiers conformément à la loi d'un État, mais que sa réalisation est demandée dans un autre État, la question est de savoir quelles voies de droit s'offrent au créancier garanti. Cette question revêt une grande importance pratique lorsque les règles matérielles de réalisation des deux États diffèrent considérablement. Par exemple, la loi régissant la sûreté pourrait autoriser la réalisation par le créancier garanti sans recours préalable au système judiciaire à moins qu'il n'y ait atteinte à l'ordre public, alors que la loi du lieu de réalisation pourrait exiger une intervention judiciaire. Chacune des solutions possibles à cette question comporte des avantages et des inconvénients.

29. Une possibilité est de soumettre les moyens de réalisation de la sûreté à la loi du lieu de réalisation, c'est-à-dire à la *lex fori* pour les raisons suivantes:

a) La loi applicable aux moyens de réalisation coïnciderait avec celle généralement applicable aux questions de procédure;

b) La loi applicable aux moyens de réalisation coïnciderait, dans de nombreux cas, avec la loi du lieu où se trouve le bien qui fait l'objet de la réalisation (et pourrait aussi coïncider avec la loi régissant la priorité si les règles de conflit de l'État concerné renvoient à ce lieu pour les questions de priorité);

c) Les règles seraient les mêmes pour tous les créanciers ayant l'intention d'exercer des droits contre les biens d'un constituant, que ces droits soient d'origine nationale ou étrangère.

30. D'un autre côté, il se pourrait que la *lex fori* ne réponde pas aux attentes des parties. Celles-ci s'attendront sans doute à ce que leurs droits et obligations respectifs en cas de réalisation soient ceux prévus par la loi sous l'empire de laquelle la priorité de la sûreté sera déterminée. Par exemple, si la réalisation extrajudiciaire est permise par la loi régissant la priorité de la sûreté, elle serait également possible dans l'État où le créancier garanti doit réaliser sa sûreté même si elle n'est généralement pas autorisée par la législation interne de cet État. Une autre raison d'appliquer la loi régissant la priorité aux questions de fond concernant la réalisation est que ces questions sont étroitement liées aux questions de priorité (c'est-à-dire, la manière dont un créancier garanti réalisera sa sûreté peut avoir une incidence sur les droits des réclamants concurrents).

31. Une solution consistant à soumettre les questions de réalisation à la loi qui régit la priorité d'une sûreté peut avoir un autre avantage. Étant donné que la loi régissant la priorité est souvent aussi celle qui régit la constitution d'une sûreté entre les parties, il en résulterait en fin de compte que les questions de constitution entre les parties, de priorité et de réalisation, seraient généralement soumises à la même loi.

32. Une troisième possibilité est d'adopter une règle par laquelle la loi régissant la relation contractuelle des parties s'appliquerait également aux questions de réalisation, ce qui correspondrait généralement à l'attente de ces dernières et, dans bien des cas, coïnciderait aussi avec la loi applicable à la constitution de la sûreté entre les parties, étant donné que cette loi est souvent retenue comme étant

également la loi du contrat. Cependant, selon cette approche, les parties pourraient librement choisir, en ce qui concerne les questions de réalisation, une loi autre que la *lex fori* ou que la loi régissant la constitution entre les parties, l'opposabilité aux tiers et (ou) la priorité. Cette solution serait défavorable aux tiers qui n'auraient probablement aucun moyen de déterminer la nature des voies de droit susceptibles d'être utilisées par un créancier garanti contre les biens de leur débiteur commun.

33. En conséquence, la règle consistant à soumettre les questions de réalisation à la loi régissant la relation contractuelle des parties devrait comporter des exceptions visant à tenir compte des intérêts des tiers, ainsi que des règles impératives du for, ou de la loi régissant la constitution entre les parties, l'opposabilité aux tiers et la priorité.

34. L'analyse ci-dessus traite des aspects de fond de la réalisation. Les questions de procédure devraient en tout état de cause être régies par la loi de l'État du lieu de réalisation. Il se pose donc la question de la distinction à faire, en matière de réalisation, entre questions de fond et questions de procédure. Même si un tribunal se référerait à la loi locale pour distinguer les questions de fond et les questions de procédure, on trouvera ci-après des exemples de questions généralement considérées comme étant de fond: la nature et la portée des moyens auxquels le créancier peut recourir pour réaliser les actifs grevés, la possibilité d'utiliser ces moyens (ou certains de ces moyens) sans procédure judiciaire, les conditions auxquelles le créancier garanti doit satisfaire pour pouvoir prendre possession des biens et en disposer (ou obtenir la réalisation judiciaire des biens), le pouvoir qu'a le créancier garanti de recouvrer des créances de sommes d'argent grevées et les obligations du créancier garanti à l'égard des autres créanciers du constituant.

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

35. Comme cela est indiqué dans le chapitre consacré à l'insolvabilité sous réserve des actions en annulation, une sûreté opposable au constituant et aux tiers en dehors de l'insolvabilité devrait rester opposable dans la procédure d'insolvabilité. De même, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ne devrait pas entraîner la mise à l'écart des règles de conflit de lois applicables à la constitution entre les parties, à l'opposabilité aux tiers et, sous réserve de certaines exceptions (en ce qui concerne, par exemple, les créances privilégiées), à la priorité d'une sûreté. Toutefois, tous les aspects de la réalisation d'une sûreté dans la procédure d'insolvabilité devraient être soumis à la loi régissant la procédure d'insolvabilité (pour le principe et les exceptions limitées, voir les recommandations 30 à 34 du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité).

B. Recommandations

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Les documents A/CN.9/WG.VI/WP.16 et Add.1 regroupant toutes les recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, les recommandations relatives au conflit de lois ne sont pas reproduites ici. Une fois les recommandations finalisées, le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer si celles-ci devraient être reproduites à la fin de chaque chapitre ou dans un appendice à la fin du Guide ou encore aux deux endroits.*]

VI. SUIVI DE L'APPLICATION DE LA CONVENTION DE NEW YORK DE 1958

Note du Secrétariat concernant le rapport préliminaire sur l'enquête relative à l'application dans la législation de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958

(A/CN.9/585) [Original: anglais]

Introduction

1. Le secrétariat de la CNUDCI, en coopération avec le Comité D de l'Association internationale du barreau a élaboré, à l'intention des États parties à la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 (ci-après dénommée la "Convention de New York") un questionnaire à remplir et à lui renvoyer, en même temps que les textes de leurs lois traitant de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales étrangères (A/50/17, par. 401 à 404).

2. Ce questionnaire faisait suite à la décision prise par la Commission à sa vingt-huitième session d'entreprendre une enquête en vue de faire le point sur la mise en œuvre de la Convention de New York dans les législations nationales.

3. Le questionnaire a été rédigé dans le but d'examiner les procédures adoptées par les divers pays pour mettre en œuvre la Convention de New York. Les points principaux dont il devait être tenu compte pour analyser les réponses étaient les suivants:

- Comment la Convention de New York a-t-elle été incorporée dans le système juridique des États parties de façon à ce que ses dispositions aient force de loi?
- En mettant en œuvre la Convention de New York, les États parties ont-ils ajouté des dispositions au régime uniforme de ladite convention?
- Si des réserves ont été émises, lors de la mise en œuvre, étaient-elles plus nombreuses que les réserves autorisées au titre de la Convention de New York ou avaient-elles une portée plus vaste?
- Lors de la mise en œuvre, les États parties ont-ils inclus des prescriptions additionnelles concernant la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales qui ne sont pas prévues par la Convention de New York?

4. Le projet ne portait toutefois pas sur le suivi de toutes les décisions judiciaires appliquant la Convention de New York, car cela en dépassait le cadre.

5. Aucune décision définitive n'a été prise quant à la question de savoir si des propositions pourraient émaner du projet, mais il a été dit, à titre de suggestion, que l'on pourrait élaborer un guide à l'intention des législateurs, accompagné éventuellement d'une loi type portant application de la Convention de New York.

Une telle enquête permettrait au minimum de sensibiliser davantage à la question et d'inciter les États à améliorer la mise en œuvre de la Convention de New York.

6. Le présent rapport intérimaire succinct a pour objet de donner à la Commission un aperçu des questions soulevées par les réponses reçues. Il envisage également les questions additionnelles que la Commission pourrait demander au secrétariat de poser aux gouvernements afin d'obtenir des renseignements plus complets concernant la mise en œuvre. Après avoir examiné le présent rapport, la Commission souhaitera peut-être donner au secrétariat de nouvelles indications quant aux informations que le rapport final devrait contenir, compte tenu de l'objectif global de ce dernier.

7. Sur les 135 États parties à la Convention de New York, 75 ont répondu au questionnaire.

A. Application de la Convention de New York

***Question 1*. Comment la Convention a-t-elle pris force de loi dans votre pays, faisant obligation à vos tribunaux de l'appliquer?**

1.1 Veuillez préciser si l'intervention du législateur a uniquement consisté à autoriser la ratification de la Convention ou l'adhésion à celle-ci, ou si son intervention s'est étendue à l'adoption d'une loi d'application de la Convention. (Au cas où cette intervention n'aurait pas été le fait du pouvoir législatif mais celui d'un autre organe de l'État, veuillez préciser en quoi elle a consisté.)

8. L'intervention du législateur a uniquement consisté à autoriser la ratification de la Convention de New York ou l'adhésion à celle-ci dans 23 États, et a pris diverses formes. Ainsi, 5 États ont indiqué que la Convention de New York avait pris force de loi en vertu d'un décret présidentiel ou royal. L'un d'eux a dit que, après la signature de la Convention de New York par le Président, et son approbation par le sénat (ce qui donnait à la Convention de New York force de loi conformément à la constitution de cet État) plusieurs lois ont été modifiées pour donner effet à ladite Convention. Un autre État a noté que la Convention de New York avait pris force de loi conformément à un décret royal approuvant l'adhésion et que ce décret reprenait le texte de la Convention. Un État a indiqué que la Convention de New York avait pris force de loi en vertu d'une loi permettant d'y adhérer et, dans ce cas la loi faisait simplement référence à ladite Convention.

9. Les 52 États restants ont indiqué que la Convention de New York n'avait pris force de loi dans leur système juridique national qu'avec l'adoption d'une loi donnant effet à ses dispositions. Le texte d'application a pris diverses formes allant d'une loi qui ne faisait que mentionner la Convention de New York à une loi qui en reprenait ou en paraphrasait le texte (voir ci-dessous, questions 1.1.1 et 1.1.2).

1.1.1 Le texte de la Convention a-t-il été incorporé dans la loi d'application ou celle-ci y fait-elle simplement référence?

10. Quarante-sept États ont répondu que leur loi d'application incorporait le texte de la Convention de New York et cinq qu'elle se contentait d'y faire référence. Les

lois incorporant le texte de la Convention de New York ont pris diverses formes, notamment:

– Lois modifiant les textes existant concernant l'arbitrage, faisant référence aux conventions internationales en matière d'arbitrage d'une manière générale et non spécifiquement à la Convention de New York;

– Lois ne faisant que paraphraser les dispositions de la Convention de New York ou incorporant certaines dispositions et en paraphrasant d'autres (voir ci-dessous, questions 1.1.2 et 1.1.3).

1.1.2 Si le texte de la Convention a été incorporé dans la loi d'application, y est-il reproduit ou paraphrasé?

11. Quarante États ont reproduit le texte de la Convention de New York *in extenso*. Sept États ont paraphrasé ce texte ou imposé des conditions additionnelles ou particulières. La Commission souhaitera peut-être décider si ces conditions devraient être expliquées en détail.

1.1.3 À supposer que le texte de la Convention soit paraphrasé dans la loi d'application, quelle est l'incidence juridique du texte de la Convention? Par exemple, les tribunaux de votre pays peuvent-ils s'appuyer sur le texte de la loi d'application dès lors qu'il diffère de celui qui apparaît dans la Convention, ou y sont-ils tenus?

12. Dans la plupart des États qui ont adopté une loi d'application, cette dernière faisait référence à la Convention de New York ou la reproduisait *in extenso* sans modification. Toutefois, sept États ont signalé qu'ils avaient adopté des règlements d'application qui différaient sur certains points du texte de la Convention de New York (voir ci-dessous, question 1.1.7) et, dans ce cas, ont indiqué que les tribunaux étaient tenus d'appliquer le texte de la loi si celui-ci différait du texte de la Convention de New York.

Questions additionnelles

13. La Commission souhaitera peut-être examiner s'il convient de demander au secrétariat d'entreprendre une analyse comparative des normes constitutionnelles ou autres qui s'appliquent en cas d'incompatibilité entre la législation nationale et les dispositions d'une convention internationale ainsi que les conséquences de la non-conformité de la législation nationale avec les traités internationaux.

1.1.4 Le texte de la Convention, tel qu'il a été mis en application dans votre pays, est-il un texte autonome ou a-t-il été incorporé dans un texte plus vaste (par exemple un code de procédure civile)?

14. Vingt-cinq États ont répondu que la loi d'application de la Convention de New York était un texte autonome, et 26 États que le texte de la Convention avait été incorporé dans un texte plus vaste tel qu'un Code de procédure civile, un Code de droit international privé ou une loi d'application d'autres instruments internationaux relatifs à l'arbitrage.

1.1.5 Si la loi d'application s'inscrit dans le cadre d'un texte législatif plus large, ce fait a-t-il une incidence sur l'application ou l'interprétation de la Convention en pratique?

15. Les États ayant répondu que la loi d'application s'inscrivait dans le cadre d'un texte législatif plus large ont indiqué que ce fait, à lui seul, n'avait pas d'incidence sur l'application ou l'interprétation de la Convention en pratique.

1.1.6 D'une manière générale, quelles règles d'interprétation les tribunaux appliqueraient-ils pour interpréter la Convention et/ou la loi d'application (travaux préparatoires de la Convention; précédents jurisprudentiels d'autres États signataires)?

16. En général, les États ont indiqué qu'un certain nombre de règles d'interprétation seraient appliquées par les tribunaux pour interpréter la Convention de New York. Seuls cinq États ont répondu qu'ils n'avaient pas jusqu'à présent vu de forme quelconque d'interprétation, que la question ne se posait pas ou n'ont pas fourni de réponse à la question.

17. Les États ont mentionné les sources suivantes comme pouvant aider à l'interprétation de la Convention de New York:

- La jurisprudence nationale et/ou la jurisprudence des autres États signataires;
- Les travaux préparatoires de la Convention de New York, de la loi d'application nationale et de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international;
- Les circonstances dans lesquelles a été conclue la Convention de New York, son objet ou son application dans la pratique;
- La Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, les principes du droit international privé ou les principes généraux de procédure;
- Les ouvrages d'universitaires et les opinions des ministères compétents, tels que le Ministère de la justice, ou des instituts d'études juridiques.

Suivi

18. La Commission souhaitera peut-être décider si le secrétariat devrait procéder à une analyse plus détaillée de la question.

1.1.7 À votre avis, la méthode d'application se traduit-elle par des différences notables entre la loi d'application et les dispositions de la Convention et, le cas échéant, à quel égard? Veuillez, si possible, indiquer les endroits où le texte de la loi d'application diffère de celui de la Convention.

19. Les États ont répondu que la méthode d'application de la Convention de New York n'avait pas d'incidence sur son interprétation ou son application en pratique.

20. Les différences ci-après entre la Convention de New York et la loi d'application ont été signalées:

- Un État a indiqué qu'il avait récemment adopté un règlement d'application prévoyant que les sentences arbitrales étrangères ne seraient exécutées que si

le représentant diplomatique du pays concerné, dans le lieu où l'arbitrage avait été rendu, certifiait que la partie demandant l'exécution était ressortissante d'un des États parties à la Convention;

– Les tribunaux d'un autre État exigeaient un droit d'enregistrement de 10 % pour une procédure d'exécution, comme si le différend allait être entendu pour la première fois quant au fond.

1.2 Si votre pays a invoqué la première clause de réserve (réserve de réciprocité) ou la deuxième clause de réserve (réserve commerciale) prévue au paragraphe 3 de l'article premier, votre loi d'application le signale-t-elle ou en tient-elle compte et, le cas échéant, de quelle manière?

Réserve de réciprocité

21. La réserve de réciprocité prévoit une restriction à l'application de la Convention de New York en autorisant les États qui l'appliquent à ne reconnaître et n'exécuter que les sentences arbitrales prononcées dans d'autres États parties. Environ deux tiers des États contractants ont invoqué la réserve de réciprocité[1].

22. La façon dont la réserve de réciprocité a été exprimée dans la loi d'application des États qui l'ont invoquée n'est pas uniforme. Pour un certain nombre d'États, cette réserve a été exprimée soit dans la loi d'application, soit dans une loi distincte, soit encore dans le décret dans lequel a été publiée la loi d'application de la Convention de New York. Trente-huit États ont indiqué qu'ils avaient invoqué la réserve de réciprocité en incluant dans leur loi d'application une définition selon laquelle une sentence arbitrale étrangère était une sentence rendue sur le territoire d'un État partie à la Convention de New York.

23. Neuf États ont indiqué que, s'ils avaient bien invoqué la réserve de réciprocité, cela n'était pas mentionné ou n'apparaissait pas dans la loi d'application ni du reste ailleurs. Cinq États ont dit qu'ils avaient à l'origine invoqué la réserve de réciprocité mais avaient depuis retiré cette réserve.

Suivi/Questions additionnelles

24. Pour comprendre l'impact négatif potentiel des réserves sur l'effet d'harmonisation de la Convention de New York, la Commission souhaitera peut-être chercher à obtenir davantage d'informations sur les points suivants:

– Pour quelles raisons les États ont-ils maintenu ou retiré la réserve de réciprocité?

– Lorsque la réserve n'apparaît pas dans la loi ni ailleurs, comment prend-elle effet et sur quoi les tribunaux se fondent-ils pour y faire référence?

– Comment cette réserve est-elle appliquée dans la pratique (par exemple comment un "État contractant" est-il identifié)? Certains États, ayant une tradition de *common law*, ont indiqué que l'inclusion du nom d'un État donné sur une liste officielle permet de conclure que cet État devrait être considéré comme un "État contractant", sans préciser si cette condition était suffisante ni

[1] Renseignements disponibles sur le site Web de la CNUDCI, www.uncitral.org.

comment, dans la pratique, la réciprocité devrait être démontrée à la satisfaction des tribunaux de l'État concerné.

Réserve commerciale

25. La réserve commerciale limite le champ d'application de la Convention de New York en autorisant les États à ne reconnaître et exécuter des sentences arbitrales que lorsqu'elles portent sur des différends issus de rapports de droit qui sont considérés comme commerciaux par la loi de l'État qui a invoqué la réserve. En l'absence d'une telle réserve, les sentences arbitrales relatives à un rapport non commercial seraient également exécutoires en vertu de la Convention de New York. Environ un tiers des États contractants ont invoqué cette réserve commerciale[2].

26. Bien qu'elle ait été invoquée par un grand nombre d'États, la réserve commerciale semble comporter un élément de désunion dans la mesure où la question de savoir si un différend peut être qualifié ou non de "commercial" sera jugée conformément au droit de l'État qui a invoqué cette réserve. Dans l'ensemble, les États n'ont pas précisé dans leurs réponses si le terme "commercial" était expressément défini ni quelle définition de ce terme "commercial" serait utilisée pour appliquer la réserve. Il semblerait toutefois que, du moins dans les États qui ont adopté la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, il pourrait être fait référence à la définition indicative du terme "commercial" qui y figure[3]. En outre, quelques États ont fait référence à une loi d'application définissant le terme "commercial". Il convient de noter que l'absence de définition harmonisée du terme "commercial" pourrait aboutir à des différences importantes dans le champ d'application de la réserve entre les différents systèmes juridiques et pourrait nuire à l'application uniforme de la Convention de New York.

Suivi/Questions additionnelles

Réserve commerciale

27. Il pourrait être utile de poser aux États, pour ce qui est de la réserve commerciale, des questions analogues à celles qui ont été posées ci-dessus à propos de la réserve de réciprocité. La Commission pourrait envisager, en outre, de poser les questions additionnelles ci-après:

– Le terme "commercial" est-il défini dans la loi d'application de la Convention de New York ou dans d'autres textes qu'il conviendrait de préciser, ou s'appuie-t-on sur la définition figurant dans d'autres instruments

---

[2] Renseignements disponibles sur le site Web de la CNUDCI, www.uncitral.org.

[3] Le terme "commercial" est défini comme suit dans la Loi type: "Le terme 'commercial' devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute relation de caractère commercial, contractuelle ou non contractuelle. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les transactions suivantes: toute transaction commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licences; investissements; financement; opérations bancaires; assurance; accords d'exploitation ou concessions; coentreprises et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, maritime, ferroviaire ou routière".

internationaux, tels que la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international?

– Si le terme n'est pas défini, la réserve commerciale a-t-elle été appliquée dans la jurisprudence et, dans ce cas, quelle définition a été retenue?

Autres réserves

28. Il n'était pas demandé aux États dans le questionnaire s'ils avaient appliqué d'autres réserves non prévues dans la Convention de New York. Dans certains cas par exemple, soit en vertu d'une loi soit dans l'application pratique, des questions telles que la nationalité des parties, le lieu de l'arbitrage ou le lieu de situation de l'une des parties pourraient affecter le champ d'application de la Convention de New York.

1.3 Votre loi d'application définit-elle la portée de l'article II de la Convention et, par exemple, précise-t-elle quels compromis répondent aux conditions requises pour un renvoi à l'arbitrage en vertu de la Convention (par exemple, compromis international et/ou compromis entre nationaux d'États différents)?

29. Les réponses ont montré que la définition de ce que les États considéraient être un "compromis" répondant aux conditions requises pour un renvoi à l'arbitrage en vertu de la Convention de New York se trouvait généralement dans une loi distincte sur l'arbitrage commercial et que la loi d'application ne précisait pas quels compromis répondaient aux conditions requises pour un renvoi à l'arbitrage en vertu de la Convention de New York. Des différences sont apparues entre les pays pour ce qui est de déterminer quels compromis répondent aux conditions requises pour un renvoi à l'arbitrage au titre de la Convention de New York.

Questions additionnelles

30. La Commission souhaitera peut-être examiner la question de savoir s'il serait utile de demander davantage d'informations aux États sur la manière dont l'article II est mis en œuvre dans la législation nationale et en particulier sur la loi qui détermine si un compromis répond ou non aux conditions requises pour un renvoi à l'arbitrage en vertu de la Convention de New York.

1.4 Des règles de procédure ou des conditions d'exécution ont-elles été établies par décision judiciaire? Le cas échéant, veuillez indiquer les cas d'espèce.

31. Les États n'ont signalé aucune décision judiciaire concernant des règles de procédure relatives à l'exécution.

B. Instance ou autorité compétente pour décider de la reconnaissance et de l'exécution

Questions 2. **Quel tribunal ou autorité a compétence pour statuer sur une demande d'exécution? Un tribunal ou une autorité déterminé pour le pays tout entier ou un type précis de tribunal ou d'autorité? Quels critères déterminent la compétence du tribunal ou de l'autorité?**

32. Les réponses témoignent d'une grande diversité de situations: 9 États ont répondu qu'aucun tribunal particulier n'avait compétence pour statuer sur la demande d'exécution d'une sentence arbitrale et qu'il n'y avait pas de procédure réglementaire pour ce type de demande, tandis que dans les autres États, un tribunal déterminé avait compétence pour statuer sur la demande d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère. Dans 25 États, le tribunal désigné pour examiner une demande d'exécution était une instance supérieure (Cour d'appel ou Tribunal de grande instance) et dans 41 États, il s'agissait d'un tribunal de première instance.

Suivi

33. La Commission souhaitera peut-être décider s'il conviendrait de fournir davantage de détails concernant le tribunal ou l'autorité qui a compétence pour statuer sur une demande de reconnaissance et d'exécution et si le secrétariat pourrait entreprendre des études complémentaires, sur la base des réponses au questionnaire ainsi que d'autres sources de renseignements.

C. Règles de procédure

Question 3. **Veuillez exposer les procédures ou conditions applicables à une demande d'exécution d'une sentence à laquelle la Convention s'applique. Le demandeur est-il tenu de produire quelque pièce autre que le texte de la sentence arbitrale et le texte de la convention d'arbitrage prévus à l'article IV de la Convention?**

34. Dans 48 États, les conditions requises pour obtenir l'exécution d'une sentence étaient limitées à celles énoncées à l'article IV de la Convention de New York.

35. Quatre États ont indiqué qu'il existait des conditions additionnelles et que la demande d'exécution d'une sentence arbitrale devait également contenir:

- Des détails sur le type d'exécution demandée, le nom et l'adresse du demandeur et du défendeur, ainsi que de leurs représentants, des détails relatifs au litige, à la sentence arbitrale et à la convention d'arbitrage;
- Des documents montrant que la sentence arbitrale est exécutoire dans le pays étranger concerné;
- Une attestation du tribunal certifiant que le défendeur a été dûment informé du lieu et de la date de la procédure d'arbitrage, et une attestation certifiant que les parties n'ont formulé aucune objection concernant la constitution de l'organe d'arbitrage lorsque celle-ci n'était pas précisée dans la sentence arbitrale elle-même.

Questions additionnelles

36. Vingt-sept États ont signalé que les principes généraux de la procédure civile s'appliquaient, sans préciser si cela signifiait que des conditions additionnelles seraient requises. La Commission souhaitera peut-être demander de plus amples précisions sur la question et sur les principes généraux de la procédure civile applicables à propos de l'article IV de la Convention de New York.

3.1 Existe-t-il des dispositions législatives, des règles de procédure judiciaire ou une réglementation exposant en détail la procédure applicable à l'exécution d'une sentence arbitrale à laquelle la Convention s'applique? (Voir art. III et IV de la Convention.) (Par exemple, est-il précisé ce qu'il faut entendre par l'expression "dûment authentifié" à l'article IV qui fait obligation au demandeur de fournir "l'original dûment authentifié de la sentence ou une copie de cet original"?)

37. Les États ont répondu soit que les règles générales de procédure relatives aux demandes d'exécution de sentences arbitrales s'appliquaient, *mutatis mutandis*, aux demandes d'exécution de sentences arbitrales, étrangères, soit qu'il n'existait pas de disposition législative dans ce domaine. Étant donné que l'article IV ne précise pas en vertu de quelle loi l'authentification et la certification devraient se faire, cette question a été interprétée de façons diverses par les tribunaux des différents États; en effet, soit la loi de l'État dans lequel la sentence arbitrale a été rendue soit celle de l'État dans lequel l'exécution de cette sentence était demandée, pouvait s'appliquer.

Questions additionnelles

38. La Commission souhaitera peut-être décider s'il conviendrait de fournir davantage de détails sur la question et si le secrétariat pourrait entreprendre des études complémentaires, sur la base des réponses au questionnaire ainsi que d'autres sources de renseignements.

3.2 Quels sont les droits, contributions, taxes ou redevances à acquitter en liaison avec la demande d'exécution d'une sentence à laquelle la Convention s'applique, et sur quelles bases sont-ils déterminés? Veuillez préciser si tout paiement de ce type doit être effectué obligatoirement, que la demande aboutisse ou non, ou uniquement au titre d'une décision accordant l'exécution de la sentence.

39. À la conférence diplomatique qui a conclu la Convention de New York, une proposition visant à ce que cette dernière applique le traitement national aux sentences arbitrales étrangères (c'est-à-dire soumette l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère aux mêmes règles de procédure que l'exécution d'une sentence arbitrale nationale) a été rejetée. La majorité des délégués à la conférence ont fait valoir que, dans leur pays, les règles de procédure qui régissaient l'exécution des sentences arbitrales nationales différaient de celles qui régissaient les sentences arbitrales étrangères et que l'unification des règles de procédure pour la reconnaissance ou l'exécution de sentences arbitrales étrangères empièterait indûment sur différentes lois nationales concernant la procédure[4]. Ils ont adopté à la place la formule consistant à ne pas imposer, pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales étrangères, de "conditions sensiblement plus rigoureuses" que celles qui sont imposées pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales.

---

[4] Voir les *travaux préparatoires* de la Convention de New York, document référencé UN DOC E/CONF.26/SR.11 (disponible sur le site Web de la CNUDCI, http://www.uncitral.org).

40. Dans 18 États, il n'y avait pas de droits à acquitter pour la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères.

41. Dans 55 États qui exigeaient le paiement de droits, ces derniers devaient être acquittés, que la demande aboutisse ou non. Les droits en question allaient des droits de procédure et frais de dépôt usuels, par exemple pour une demande d'*exequatur*, l'endossement de la déclaration à l'appui de la demande, l'émission d'un acte introductif d'instance et le visa d'un titre exécutoire[5].

42. En général, il a été dit dans les réponses que les droits devaient être acquittés au moment de l'exécution effective de la sentence arbitrale.

43. Un État a indiqué que la question n'avait pas encore été réglée.

3.2.1 Par comparaison, quels sont les droits, contributions, taxes ou redevances applicables à la demande d'exécution d'une sentence rendue dans votre pays ou d'une sentence considérée à un autre titre comme nationale dans votre pays?

44. Les résultats de l'enquête ont montré que les États n'avaient pas imposé de droits ou de redevances plus élevés pour la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères que pour la reconnaissance ou l'exécution de sentences arbitrales rendues en vertu de leur droit.

45. Dans certains États, qui imposaient des droits, contributions, taxes ou redevances pour une demande d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère, ceux-ci étaient les mêmes que pour l'exécution d'une sentence arbitrale rendue dans le pays ou considérée à un autre titre comme nationale.

46. Dans d'autres États, où aucun droit n'était à acquitter pour la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère, aucun droit n'était non plus à acquitter pour une sentence arbitrale nationale. Dans un État, le droit relatif à l'exécution, et non à la demande de reconnaissance et d'exécution, s'appliquait, que la sentence arbitrale soit étrangère ou nationale. Dans un autre État, le droit de dépôt usuel était le même, que la sentence arbitrale soit étrangère ou nationale.

---

[5] Les droits applicables à une demande d'exécution, et la base sur laquelle ils ont été calculés étaient, d'après les réponses:

- Une somme fixe qui s'appliquait quel que soit le montant de la sentence;
- Une redevance fixe, que la demande aboutisse ou non, en plus d'un droit supplémentaire (équivalent à 3 % du montant de la sentence arbitrale), à acquitter une fois que l'exécution est accordée et que le créancier procède à l'exécution;
- Un droit de procédure standard et un droit supplémentaire à acquitter dans certains cas en fonction du mode d'exécution recherché et du stade de l'exécution atteint;
- Un droit de dépôt calculé sur la base du montant réclamé dans la sentence arbitrale;
- Un droit de procédure égal au quart d'un droit proportionnel calculé sur la valeur de la matière du litige et un droit de timbre peuvent s'appliquer si l'exécution aboutit au même effet que les actions civiles soumises à un droit de timbre;
- Un droit de timbre représentant soit un montant fixe égal à 0,5 % du montant de la demande ou imposé sur la demande introductive d'instance, la déclaration accompagnant la demande et l'ordonnance d'*exequatur* et le jugement;
- Un droit de 2 % de la valeur du litige et, si elle ne peut être déterminée, un montant fixe.

47. Dans un certain nombre d'États toutefois la réponse était moins tranchée, ou bien il y avait des différences. Dans un cas, par exemple, il était dit dans la réponse qu'il était difficile de comparer les droits imposés pour l'exécution d'une sentence arbitrale nationale et pour l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère, car ils dépendaient dans les deux cas de l'affaire, de sa nature, des circonstances et des faits de la cause.

48. Dans deux États au moins, les droits imposés à l'exécution de sentences arbitrales nationales étaient plus élevés que ceux qui étaient imposés pour l'exécution de sentences arbitrales étrangères. Dans un État, toutefois, l'exécution de la sentence arbitrale nationale donnait lieu à un droit moins élevé, pour la présentation d'une déclaration que l'exécution de sentences arbitrales étrangères. Dans un autre État, les droits à acquitter étaient les mêmes, mais il était noté que les étrangers devaient dans certains cas fournir une garantie lorsqu'ils revendiquaient un droit réel. Dans un autre État, les frais administratifs recouvrés ne différaient pas entre sentences arbitrales étrangères et nationales, mais un droit proportionnel, applicable aux sentences arbitrales étrangères ne s'appliquait pas aux sentences arbitrales nationales, l'exécution n'étant pas la même.

Questions additionnelles

49. La Commission souhaitera peut-être décider s'il faudrait fournir davantage de détails sur la question, entre autres, des droits à acquitter pour l'exécution de sentences arbitrales étrangères, et si le secrétariat pourrait entreprendre des études complémentaires, sur la base des réponses au questionnaire ainsi que d'autres sources de renseignements.

3.3 Un demandeur a-t-il la faculté de rectifier rétroactivement tout vice dans les documents présentés à l'appui de la demande d'exécution d'une sentence à laquelle s'applique la Convention?

50. Il y a eu des différences dans les réponses à cette question.

51. Dans 12 États, les vices pouvaient être rectifiés sans qu'aucune condition ne soit imposée. Dans 22 États, il n'existait pas de règles particulières sur ce point et les règles générales applicables à la procédure civile s'appliquaient. Au moins un État a signalé que la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international s'appliquait à cet égard. Pour 11 États, le droit interne ne prévoyait pas cette possibilité ou bien cette question n'était pas réglée et il n'y avait pas de législation ni de pratique dans ce domaine.

52. Dans sept États, un demandeur pouvait rectifier rétroactivement des vices dans des documents présentés à l'appui de la demande d'exécution, mais diverses conditions et limites s'appliquaient, comme celles qui sont indiquées ci-après.

53. En ce qui concerne les délais, les États prévoyaient dans leurs lois d'application que:

– Des règles de procédure permettaient aux parties de rectifier tout vice dans les documents présentés au moment de la demande d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère;

– Les tribunaux, après avoir procédé à un examen préliminaire de la demande et avoir détecté des erreurs, donneraient au demandeur un délai pour rectifier les vices et, si ce délai n'était pas respecté, rejetteraient la demande; ou

– Si les exigences de forme n'étaient pas satisfaites, le demandeur se voyait accorder une semaine pour rectifier le document.

54. En ce qui concerne les autres conditions qui étaient imposées quant à la nature du vice qui pouvait être rectifié, les possibilités suivantes ont été indiquées dans les réponses:

– Le droit de rectifier les vices était limité aux cas où un tribunal priait un demandeur d'expliquer les vices dans les documents, en exigeant que toutes les parties soient avisées de l'intention de rectifier ces vices et qu'aucune objection ne soit soulevée;

– Un demandeur pouvait rectifier des vices mais il y avait des exceptions dans le cas d'exécution concernant des immeubles;

– Un demandeur pourrait rectifier des vices à condition qu'il ne s'agisse que de vices "de forme", de vices de caractère procédural ou d'erreurs matérielles dans des documents de procédure;

– Seule la demande d'exécution pouvait être rectifiée, à l'exception de tout autre document présenté en liaison avec elle;

– Un demandeur pouvait demander au tribunal saisi de la demande d'exécution de rectifier tout vice dans les documents présentés, avec l'accord et au su de l'autre partie.

3.4 Une traduction de la convention d'arbitrage et de la sentence arbitrale doit-elle toujours être fournie par le demandeur, même si le tribunal peut être considéré comme parfaitement familiarisé avec la langue étrangère dans laquelle ces documents ont été rédigés?

55. Il a été répondu que, ou bien:

– Une traduction de la convention d'arbitrage et de la sentence arbitrale était exigée par la loi dans tous les cas, et ce, indépendamment du fait qu'un tribunal pouvait être considéré comme parfaitement familiarisé avec la langue étrangère dans laquelle les documents étaient rédigés; ou bien

– Ces documents devraient, en règle générale, être traduits, mais le tribunal avait la faculté de faire une exception si lui-même et toutes les parties concernées comprenaient la langue étrangère en question.

3.5 Un délai a-t-il été fixé pour l'introduction d'une demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence à laquelle la Convention s'applique? Quel est ce délai? Veuillez préciser si le délai est le même pour toute sentence ou sentence à laquelle la Convention s'applique ou s'il est fonction du type de revendication prise en considération dans la sentence?

56. La législation d'application des États allait de l'absence de délai pour l'introduction auprès d'un tribunal d'une demande de reconnaissance et d'exécution de sentences étrangères – bien que, l'un au moins de ces États ait répondu que la

demande devait être faite dans un délai raisonnable déterminé en fonction des circonstances de l'espèce – à des délais variant d'un mois[6] à 30 ans, avec diverses conditions. Dans la grande majorité des États, le délai ordinaire s'appliquait. Bien que la Convention de New York ne spécifie pas de délai pour l'introduction d'une demande de reconnaissance et d'exécution, on pouvait considérer qu'un délai court allait à l'encontre de l'objectif déclaré de la Convention de New York qui est de faciliter cette reconnaissance et cette exécution.

57. Aucun État n'a indiqué que le délai dépendait du type de revendication prise en considération dans la sentence. Toutefois, un État a signalé que le délai dépendait de la question de savoir si la demande était formulée contre une personne physique ou une personne morale (le délai étant d'une année dans le premier cas et de six mois dans le second).

Questions additionnelles

58. La Commission souhaitera peut-être décider s'il conviendrait de fournir davantage de détails sur cette question, et si le secrétariat pourrait entreprendre des études complémentaires sur la base des réponses au questionnaire ainsi que d'autres sources de renseignements.

3.6 Veuillez exposer les procédures auxquelles la partie contre laquelle l'exécution est demandée peut recourir pour élever des objections contre la demande d'exécution en vue d'empêcher cette dernière?

59. La législation de divers États exigeait que la partie élevant des objections devait apporter la preuve de toutes circonstances prévues à l'article V de la Convention de New York. Un État a signalé que les motifs d'élever des objections contre la demande d'exécution correspondaient pour une large part à ceux que l'on trouvait dans la Convention de New York, la jurisprudence reconnaissant qu'un tribunal avait la latitude résiduelle de refuser l'exécution pour des motifs autres que ceux qui étaient énumérés dans la Convention de New York.

60. Diverses procédures avaient été décrites par les États:

- Les principes généraux de la procédure civile s'appliquaient à cet égard;
- Dans la plupart des États, la partie élevant une objection devait être entendue par le tribunal dans un délai défini (variant, selon les États, entre 8 à 45 jours);
- Une partie disposait pour présenter ses arguments du même délai que celui prévu pour l'assignation à répondre à la demande et le tribunal pouvait fixer un délai pour l'audition;
- La personne contre laquelle était demandé l'*exequatur* devenait, par la force de la loi, partie à la procédure et la loi imposait l'obligation de notifier la date de l'audience aux deux parties et de leur donner le droit d'être entendues, notamment de permettre à la partie visée par la demande d'*exequatur* de présenter toute requête afin d'empêcher l'exécution de la sentence arbitrale;

---

[6] L'État dans lequel s'applique le délai d'un mois a mentionné également que cette disposition n'avait pas encore été interprétée par les tribunaux.

– Une ordonnance d'*exequatur* était normalement rendue *ex parte* et devait être signifiée au débiteur, qui disposait de 14 jours pour en demander l'annulation; la sentence arbitrale pouvait être exécutée contre le débiteur comme tout autre jugement si, pendant cette période, aucune demande d'annulation de l'ordonnance n'était présentée ou si une telle demande était rejetée;

– Dans un État, aucune procédure d'objection n'était prévue bien que la législation applicable autorise un tribunal à refuser d'accorder l'*exequatur*. Dans un autre État, la question n'était pas abordée.

Questions additionnelles

61. Afin de bien comprendre les procédures auxquelles la partie visée par la demande d'*exequatur* peut recourir pour s'opposer à cette demande afin d'empêcher l'exécution de la sentence arbitrale, la Commission souhaitera peut-être décider si d'autres questions devraient être ajoutées au questionnaire ou être traitées dans une étude complémentaire, à savoir:

– Quelle est la pratique suivie dans chaque État en ce qui concerne l'application de l'article VII de la Convention de New York? En fait, un seul État a dit appliquer systématiquement les dispositions plus favorables de sa propre législation en lieu et place des dispositions de la Convention de New York, comme l'y autorisait expressément cet article VII. De plus amples informations sur le contenu de la législation interne considérée par les États comme plus favorable que les conditions fixées dans la Convention de New York se révéleraient extrêmement utiles, en particulier pour mettre en évidence les tendances éventuelles dans ce domaine. D'un autre côté, il serait utile de recueillir des informations sur les motifs, autres que ceux énumérés dans la Convention de New York, de refus d'accorder l'*exequatur*;

– En ce qui concerne les motifs de refus d'accorder l'*exequatur* définis à l'article V de la Convention de New York, la question se pose de savoir comment les États interprètent le terme "ordre public" mentionné à l'alinéa b) du paragraphe 2 de cet article;

– Des États ont indiqué que la Convention de New York devait être interprétée conformément à la Constitution; il serait peut-être utile d'obtenir des informations sur les principes constitutionnels que les États estiment applicables en rapport avec l'interprétation de la Convention de New York et de sa législation d'application.

3.7 Veuillez fournir des renseignements détaillés sur les procédures à suivre et le tribunal compétent pour connaître de tout appel ou autre recours éventuel contre une décision refusant l'exécution d'une sentence.

62. Le recours contre une décision refusant l'exécution d'une sentence arbitrale était possible dans 44 États et était impossible dans 5 États seulement. Le demandeur pouvait utiliser la même procédure d'appel que celle applicable à la procédure civile ordinaire contre un jugement refusant d'accorder l'*exequatur*. Les procédures variaient sur un certain nombre de points, notamment pour ce qui est du tribunal compétent et du délai d'appel.

Questions additionnelles

63. La Commission souhaitera peut-être décider s'il conviendrait de fournir davantage de détails sur cette question, et si le secrétariat pourrait entreprendre des études complémentaires sur la base des réponses au questionnaire ainsi que d'autres sources de renseignements.

3.8 Veuillez fournir des renseignements détaillés sur les procédures à suivre et le tribunal compétent pour connaître de tout appel ou autre recours éventuel contre une décision d'*exequatur.*

64. Une procédure d'appel ou autre voie de recours contre une décision d'*exequatur* était possible dans 66 États, dont 15 ont indiqué que les dispositions de la procédure civile ordinaire s'appliquaient. Les procédures variaient sur un certain nombre de points, par exemple le tribunal compétent pour connaître de l'affaire ou le délai dans lequel les parties peuvent interjeter appel. Huit États ont répondu que leur législation ne prévoyait aucun recours contre une décision d'*exequatur*.

3.8.1 Le fait d'interjeter appel ou d'exercer un autre recours suspend-il automatiquement l'exécution de la sentence? Ou la suspension peut-elle, si une requête est formulée en ce sens, être ordonnée par le tribunal ou l'autorité?

65. Les réponses à cette question varient. Soixante-trois États ont indiqué qu'il était possible de recourir contre la décision d'*exequatur*. Vingt-six ont indiqué que l'exercice du recours suspendait automatiquement l'exécution de la sentence arbitrale. Dans 38 États, aucune suspension automatique n'était prévue mais dans une grande majorité d'entre eux, une suspension pouvait être ordonnée par un tribunal compétent sur requête. Dans deux États fédéraux, ces deux possibilités étaient prévues, selon le lieu et le type de question. Dans un État, aucune disposition n'était prévue concernant l'effet d'un jugement; un État n'a pas répondu à la question.

Questions additionnelles

66. La Commission souhaitera peut-être décider s'il conviendrait de fournir davantage de détails sur cette question, et si le secrétariat pourrait entreprendre des études complémentaires sur la base des réponses au questionnaire ainsi que d'autres sources de renseignements.

D. Commentaire

Avez-vous des observations complémentaires à formuler en ce qui concerne les règles qui régissent l'application de la Convention dans votre pays?

67. Très peu d'États ont fait des commentaires. Trois ont indiqué que la Convention de New York n'avait pas encore été appliquée chez eux et un a indiqué que les réformes récentes dans le domaine de la procédure civile pouvaient avoir une incidence sur l'application de la Convention dans l'avenir. Un État a souligné que sa législation interne relative aux conditions de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales était plus favorable que la Convention de New York et que,

par conséquent, elle était appliquée en lieu et place de la Convention conformément à l'article VII de cette dernière.

Conclusion

68. Le bref résumé ci-dessus donne une idée générale des réponses reçues concernant l'application de la Convention de New York et a pour but de faciliter les discussions sur le déroulement des prochaines étapes.

69. Pour ce qui est de la première question, à savoir l'incorporation de la Convention de New York dans le système juridique interne, les États ont généralement considéré que la méthode d'incorporation était sans incidence sur l'application de la Convention. Toutefois, l'enquête a mis en évidence plusieurs zones d'incertitude:

– Dans le système constitutionnel de certains États, une convention internationale prend effet uniquement après adoption d'une législation d'application; dans certains de ces États, cette législation n'a pas été adoptée pour la Convention de New York; dans les États qui n'ont pas incorporé la Convention au moyen d'une législation, l'application de cette dernière par les juges risque de ne pas être reconnue;

– Pour les États qui ont adopté une législation paraphrasant la Convention de New York, les divergences entre les textes risquent d'empêcher une interprétation et une application uniformes de la Convention. Sur ce dernier point, toutefois, l'enquête a montré que très peu d'États paraphrasaient le texte de la Convention dans leur législation d'application.

70. En ce qui concerne les réserves, l'enquête a montré clairement que les différences d'application concernant la réserve commerciale tenaient probablement au fait que la Convention de New York ne définissait pas le mot "commercial". De même, la réserve commerciale pourrait soulever des questions de conflit de lois étant donné que cette disposition ne précise pas si le mot "commercial" devrait être interprété par référence à la loi de l'État dans lequel la sentence arbitrale est rendue ou à la loi de l'État dans lequel la partie demande l'*exequatur*.

71. S'agissant de la question importante de savoir si les États parties à la Convention de New York ont inclus dans leur législation d'application des prescriptions additionnelles pour la reconnaissance et l'exécution qui n'étaient pas prévues dans la Convention de New York, il a été noté que l'application des règles internes de procédure aux questions sur lesquelles la Convention restait silencieuse pouvait déboucher sur des solutions divergentes à des questions telles que les exigences applicables à une demande d'*exequatur*, les droits, contributions, taxes ou redevances applicables à une telle demande, la rectification des vices dans les demandes, le délai de demande de reconnaissance et d'exécution, les procédures et les tribunaux compétents pour les recours formés contre une décision refusant d'accorder l'*exequatur*.

72. Il est à noter également que certains pays ont adopté une approche plus souple pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, par rapport aux conditions énoncées dans la Convention de New York et que, par conséquent, une étude plus approfondie sur l'application par les États de l'article VII de cette Convention serait nécessaire afin de compléter la présente enquête.

73. La Commission pouvait envisager de prier le secrétariat de recueillir de plus amples informations auprès des États ou de réaliser des études complémentaires de manière à pouvoir préparer un rapport plus détaillé sur la législation appliquant la Convention de New York. À cette fin, il est proposé à la Commission d'étudier la possibilité de procéder comme suit:

– Il serait peut-être souhaitable de recommander que chaque État désigne un expert national qui pourrait fournir des informations plus détaillées sur les questions soulevées, en particulier sur les exigences procédurales supplémentaires prévues par certains États et sur les questions de transparence des conditions requises pour la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère;

– Le questionnaire devrait sans doute être complété par d'autres questions ou études sur: les règles déterminant la hiérarchie entre les instruments internationaux et la législation interne (voir question 1, en particulier question 1.1.7); la réserve commerciale et la réserve de réciprocité (voir question 1.2); la forme de la convention d'arbitrage (voir question 1.3), les aspects procéduraux de la reconnaissance et de l'exécution (voir question 2); ou les exigences supplémentaires ou les dispositions plus souples pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères prévues par les États dans leur législation (voir questions 2, 3, 3.1, 3.2.1, 3.5, 3.6, 3.7 et 3.8.1);

– La Commission souhaitera peut-être examiner si la manière dont le présent rapport préliminaire a été établi, en particulier le mode de présentation et le niveau de détail, conviennent ou si le rapport devrait, par exemple, fournir plus d'indications, et notamment mentionner les États.

VII. RECUEIL DE JURISPRUDENCE CONCERNANT LES TEXTES DE LA CNUDCI

Le secrétariat de la CNUDCI continue de publier des décisions de tribunaux et des sentences arbitrales en rapport avec l'interprétation ou l'application d'un texte résultant des travaux de la CNUDCI. Pour une description du Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, voir le Guide de l'utilisateur (A/CN.9/SER.C/GUIDE/1/Rev.1) publié en 2000 et disponible sur Internet à l'adresse www.uncitral.org.

Les compilations de sommaires de jurisprudence (A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS) peuvent être obtenues auprès du secrétariat de la CNUDCI à l'adresse suivante:

Secrétariat de la CNUDCI
B.P. 500
Centre international de Vienne
A-1400 Vienne
Autriche

Téléphone (+43-1) 26060-4060 ou 4061
Télex: 135612 uno a
Télécopie: (+43-1) 26060-5813
Courrier électronique: *uncitral@uncitral.org*

Ces compilations sont également disponibles sur le site Internet de la CNUDCI *www.uncitral.org*.

Le texte intégral des décisions des tribunaux et des sentences arbitrales mentionnées dans le Recueil de jurisprudence peut être obtenu dans la langue originale sur demande adressée au secrétariat de la CNUDCI.

VIII. ASSISTANCE TECHNIQUE EN MATIÈRE DE RÉFORME DU DROIT

Note du Secrétariat sur l'assistance technique

(A/CN.9/586) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-2
II.	Textes de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international	3-4
III.	Assistance technique dans le domaine de la réforme du droit	5-7
IV.	Activités d'assistance technique	8
V.	Ressources extrabudgétaires	9-14
VI.	Participation à d'autres activités	15
VII.	Activités futures	16-17
VIII.	Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis	18
IX.	Programme de stages	19-20

I. Introduction

1. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)[1], a décidé à sa vingtième session (1987) de faire des activités d'assistance technique l'une de ses priorités. Ces activités visent à promouvoir la connaissance et l'adoption des textes juridiques qu'elle élabore et sont particulièrement utiles aux pays en développement manquant d'expertise dans les domaines du droit commercial couverts par les travaux de la CNUDCI. La réforme du droit commercial qui se fonde sur des instruments internationaux harmonisés, a une incidence évidente sur l'aptitude des entrepreneurs de tous les États à participer au commerce international. Ce commerce est un important facteur d'amélioration du bien-être de la société et contribue largement au développement durable et à la stabilité sociale. Les activités d'assistance technique du secrétariat pourraient ainsi jouer un rôle majeur dans les efforts d'intégration économique entrepris par de nombreux pays.

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/42/17), par. 335.

2. La présente note dresse la liste des activités menées par le secrétariat depuis la publication de la précédente note, dont la Commission avait été saisie à sa trente-septième session en 2004 (document A/CN.9/560 du 21 avril 2004), et indique les activités d'assistance technique qu'il serait possible d'entreprendre à l'avenir à la lumière des demandes reçues par le secrétariat.

II. Textes de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

3. Les États, les organisations internationales, notamment les organismes d'aide multilatérale et bilatérale, et le secteur privé attachent une importance croissante à l'amélioration du cadre juridique régissant le commerce international et les investissements internationaux. La CNUDCI joue un rôle important à cet égard, puisqu'elle a pour mandat d'élaborer des instruments législatifs et non législatifs, dont elle encourage l'utilisation et l'adoption, dans un certain nombre de domaines clefs du droit commercial, notamment les ventes, le règlement des différends, la passation des marchés publics, les opérations bancaires, les paiements et l'insolvabilité, les transports, et le commerce électronique. Ces textes sont acceptables par le plus grand nombre en ce qu'ils apportent des solutions satisfaisantes à des pays ayant des traditions juridiques différentes et ayant atteint des stades de développement économique différents.

4. Ils comprennent:

a) Dans le domaine des ventes, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises[2] et la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises[3];

b) Dans le domaine du règlement des différends, la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères[4] (Convention des Nations Unies qui a été adoptée avant la création de la Commission, mais dont cette dernière encourage activement l'utilisation), le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI[5], le Règlement de conciliation de la CNUDCI[6], la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international[7], l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur

---

[2] 11 avril 1980, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, p. 3; *documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 10 mars-11 avril 1980* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.82.V.5), première partie.

[3] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la prescription en matière de vente internationale d'objets mobiliers corporels, New York, 20 mai-14 juin 1974* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.74.V.8), première partie; Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1511, p. 77 et 99; *Annuaire 1980 de la CNUDCI*, troisième partie, chap. I, sect. C.

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

[5] *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17* (A/31/17), par. 57; *Annuaire 1976 de la CNUDCI*, première partie, chap. II, sect. A.

[6] *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 17* (A/35/17), chap. V, sect. A, par. 106; *Annuaire 1980 de la CNUDCI*, troisième partie, chap. II.

[7] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), annexe I; *Annuaire 1985 de la CNUDCI*, troisième partie, chap. I.

l'organisation des procédures arbitrales[8] et la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale[9];

c) Dans le domaine de la passation des marchés publics, la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services[10] et le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé[11];

d) Dans le domaine des opérations bancaires et des paiements, la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international[12], la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by[13], la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux[14] et la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux[15];

e) Dans le domaine de l'insolvabilité, la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale[16] et le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité[17];

f) Dans le domaine des transports, la Convention des Nations Unies sur le transport des marchandises par mer, 1978 (Règles de Hambourg)[18] et la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international[19]; et

g) Dans le domaine du commerce électronique, la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[20] et la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques[21].

---

[8] *Annuaire 1996 de la CNUDCI*, troisième partie, chap. II.

[9] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), annexe I; *Annuaire 2002 de la CNUDCI*, troisième partie.

[10] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/49/17), annexe I; *Annuaire 1994 de la CNUDCI*, troisième partie, chap. I.

[11] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.01.V.4, A/CN/9/SER.B/4.

[12] *Annuaire 2002 de la CNUDCI*, troisième partie; résolution 56/81 de l'Assemblée générale, annexe.

[13] New York, 11 décembre 1995, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2169, p. 163; *documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17* (A/50/17), annexe I.

[14] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément n° 17* (A/47/17), annexe I.

[15] *Annuaire 1988 de la CNUDCI*, troisième partie, chap. I; résolution 43/165 de l'Assemblée générale, annexe.

[16] *Annuaire 1992 de la CNUDCI*, troisième partie, chap. I.

[17] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 55.

[18] Hambourg, 31 mars 1978, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1695, p. 3; *documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, Hambourg, 6-31 mars 1978* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.80.VIII.1), document A/CONF.89/13, annexe I.

[19] A/CONF.152/13, annexe.

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

[21] Ibid., cinquante-sixième session, Supplément n° 17 (A/56/17), annexe II.

III. Assistance technique dans le domaine de la réforme du droit

5. Dans sa résolution 58/75 du 8 janvier 2004, l'Assemblée générale a réaffirmé l'importance, en particulier pour les pays en développement, du travail que la Commission réalise en matière d'assistance technique dans le domaine du droit commercial international, et engagé de nouveau le Programme des Nations Unies pour le développement et les autres organismes d'aide au développement, tels que la Banque mondiale et les banques régionales de développement, ainsi que les gouvernements agissant dans le cadre de leurs programmes d'aide bilatérale, à appuyer le programme d'assistance technique de la Commission, à coopérer avec celle-ci et à coordonner leurs activités avec les siennes.

6. Dans la même résolution, l'Assemblée générale a souligné l'importance, pour la poursuite de l'unification et de l'harmonisation progressives du droit privé, de l'entrée en vigueur des conventions issues des travaux de la Commission et, à cette fin, a invité instamment les États qui ne l'avaient pas encore fait à envisager de signer et de ratifier ces conventions ou d'y adhérer. Le secrétariat de la CNUDCI est disposé à apporter son assistance technique et ses conseils aux États qui envisagent de signer et de ratifier les conventions de la CNUDCI, ou d'y adhérer, ainsi qu'à ceux qui ont commencé à modifier leur législation commerciale.

7. Les activités d'assistance technique entreprises par le secrétariat de la CNUDCI sont notamment les suivantes: organisation de missions d'information et de séminaires et participation à des conférences afin de faire connaître aux participants les textes de la CNUDCI et de leur expliquer comment les utiliser; évaluations de la réforme du droit afin d'aider les gouvernements, les organes législatifs et les autres institutions des pays en développement et des autres pays à modifier leur législation existante et à évaluer leurs besoins en matière de réforme du droit dans le domaine commercial; aide à la rédaction au niveau national de textes législatifs visant à appliquer les textes de la CNUDCI; fourniture d'une assistance aux organismes internationaux de développement tels que la Banque mondiale pour l'utilisation des textes de la CNUDCI dans leurs activités et projets de réforme du droit; fourniture de conseils et d'une assistance aux organisations internationales et à d'autres organisations, comme les associations professionnelles, les organisations d'avocats, les chambres de commerce et les centres d'arbitrage, pour l'utilisation des textes de la CNUDCI; et organisation d'activités de formation collective visant à faciliter l'application et l'interprétation, par les magistrats et les autres praticiens du droit, de la législation commerciale moderne fondée sur les textes de la CNUDCI.

IV. Activités d'assistance technique

8. Depuis la dernière session, le secrétariat de la CNUDCI a organisé des activités d'assistance technique dans plusieurs États.

a) Les activités suivantes ont été financées par les ressources du Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (les nombres de participants ne sont qu'approximatifs):

i) Bakou (26 et 27 avril 2004): séminaire tenu en coopération avec le Ministère des affaires étrangères et le Ministère du développement économique (20 participants);

ii) Belgrade (4 et 5 juin 2004): séminaire tenu en coopération avec le Centre européen pour la paix et le développement (12 participants);

iii) Bangkok (7-9 juillet 2004): séminaire tenu conjointement avec la Conférence des experts régionaux de la Commission économique et sociale pour l'Asie et le Pacifique (CESAP) sur l'"Élaboration harmonisée de systèmes juridiques et réglementaires régissant le commerce électronique en Asie et dans le Pacifique" (80 participants);

iv) Bangkok (12-16 juillet 2004): consultations avec les magistrats thaïlandais sur la relation entre les différents appareils judiciaires et l'arbitrage (150 participants);

v) São Paulo (Brésil) (14-16 septembre 2004): séminaire sur la passation des marchés et le commerce électronique dans le cadre du quatrième Séminaire international sur la passation de marchés publics, en coopération avec le Ministère de la planification, du budget et de la gestion (700 participants);

vi) Ljubljana (18 et 19 février 2005): participation au Groupe de travail sur la réforme de la législation en matière d'arbitrage afin d'aider à la rédaction de la nouvelle législation slovène fondée sur les Lois types de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et la conciliation commerciale internationale (5 participants);

vii) Ljubljana (18 et 19 février 2005): consultations avec le Conseil exécutif du barreau slovène (8 participants) et séminaire sur le droit commercial international dans le cadre du programme d'un mastère de droit (25 participants);

viii) Le Cap (15-17 mars 2005): séminaire sur la CNUDCI et l'utilisation des lois types comme outils d'harmonisation du droit commercial international au niveau régional à la conférence de l'Association of Law Reform Agencies of Eastern and Southern Africa (ALRAESA) (100 participants);

ix) Addis-Abeba (18-20 avril 2005): séminaire sur le travail de la CNUDCI et la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises à la Réunion des hauts représentants du Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (COMESA).

b) Le secrétariat de la CNUDCI a fourni une assistance, depuis Vienne, à la rédaction de textes législatifs et autres dans les cas suivants:

i) UE: commentaires sur le document de consultation relatif à l'éventuelle ratification de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances (en cours depuis 2004);

ii) Macédoine: réforme du droit de l'insolvabilité (16 et 17 décembre 2004);

iii) Serbie: loi sur la médiation (en cours depuis 2004);

iv) Organisation des télécommunications du Commonwealth: règlement d'arbitrage et de conciliation pour un centre de règlement des différends (depuis décembre 2004);

v) Pakistan: commentaires sur un projet de législation visant à mettre en application la Convention de New York (2004);

vi) Indonésie: fourniture à la Banque centrale indonésienne (Bank Indonesia) d'une assistance dans le cadre de son projet de loi relative aux transferts de fonds, le Funds Transfer Act (2004);

vii) Jordanie: commentaires sur un projet de code maritime (2005).

V. Ressources extrabudgétaires

a) Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI

9. Étant donné l'importance des ressources extrabudgétaires pour financer la mise en œuvre du volet assistance technique du programme de travail de la CNUDCI, la Commission voudra peut-être renouveler son appel à tous les États, organisations internationales et autres entités intéressées pour qu'ils envisagent de contribuer au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI, si possible sous forme de quotes-parts pluriannuelles, afin de faciliter la planification et de permettre au secrétariat de faire face à la demande croissante d'assistance législative émanant de pays en développement et de pays à économie en transition. Tous renseignements sur les modalités de versement des contributions peuvent être obtenus auprès du secrétariat.

10. Pour la période considérée, des contributions ont été reçues de la Suisse, de Singapour et du Mexique. La Commission voudra peut-être remercier ces États.

b) Fonds d'affectation spéciale pour permettre d'octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement membres de la CNUDCI

11. La Commission souhaitera peut-être rappeler que, conformément à la résolution 48/32 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1993, le Secrétaire général a été prié de créer un fonds d'affectation spéciale pour permettre d'octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement qui sont membres de la CNUDCI. Le Fonds d'affectation spéciale ainsi créé est ouvert aux contributions volontaires des États, des organisations intergouvernementales, des organisations d'intégration économique régionale, des institutions nationales et des organisations non gouvernementales, ainsi que des personnes physiques et morales. Pour la période considérée, aucune contribution n'a été reçue.

12. Afin de permettre à tous les États membres de participer pleinement aux sessions de la CNUDCI et de ses groupes de travail, la Commission souhaitera peut-être de nouveau appeler les organismes des Nations Unies, les organisations et les institutions concernées, ainsi que les particuliers, à verser des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale créé pour aider les pays en développement qui sont membres de la Commission à financer leurs frais de voyage.

13. 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.

c) Autres contributions à l'assistance technique

14. Plusieurs États et organisations contribuent au programme d'assistance technique de la Commission en fournissant des ressources financières ou humaines, ou en accueillant les séminaires. La Commission voudra peut-être remercier ces États et organisations.

VI. Participation à d'autres activités

15. Des membres du secrétariat de la CNUDCI ont participé en tant qu'orateurs à divers séminaires, conférences et cours à l'occasion desquels des textes de la CNUDCI ont été présentés pour être examinés et, éventuellement, adoptés ou utilisés. La participation de membres du secrétariat aux séminaires, conférences et cours énumérés ci-après a été financée soit par l'institution qui les a organisés soit par une autre organisation; dans certains cas, elle a été financée, en tout ou en partie, par les ressources allouées aux voyages dans le budget ordinaire de l'Organisation des Nations Unies:

a) Conférence régionale de l'Association internationale du barreau: "Insolvency is changing globally – How and Why?" (L'insolvabilité est en évolution au niveau mondial: comment et pourquoi?) (Séville, Espagne, 18-20 avril 2004);

b) Conférence de recherche sur la résolution des différends au niveau mondial (La Haye, 22 et 23 avril 2004);

c) Colloque sur la réforme du droit des opérations garanties: le projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (Clermont-Ferrand, France, 23 avril 2004);

d) Universidad Pablo de Olavide: conférence sur les contrats électroniques (Séville, Espagne, 7 mai 2004);

e) Dix-septième Congrès du Conseil international pour l'arbitrage commercial "New Horizons In International Commercial Arbitration and Beyond" (Beijing et Shanghai, Chine, 16-19 mai 2004);

f) Conférence sur la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international parrainée par le Centre juridique pour la coopération européenne et internationale (Cologne, Allemagne, 25 mai 2004);

g) Conférences à l'Université d'Europe centrale (Budapest, 25 mai 2004);

h) Commission de la Chambre de commerce internationale sur les pratiques contractuelles (Rome, 27 et 28 mai 2004);

i) Trente-huitième Conférence du Comité maritime international (CMI) (Vancouver, Canada, 31 mai-2 juin 2004);

j) Réunion de coordination entre la CNUDCI, l'Organisation mondiale du commerce (OMC), le Centre du commerce international, l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) et la Conférence de La Haye de droit international privé (Genève, 1er juin 2004);

k) Quatrième Conférence annuelle sur l'arbitrage commercial international, parrainée par l'Association du Barreau canadien (Ottawa, 10-12 juin 2004);

l) Onzième Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) (São Paulo, Brésil, 13-18 juin 2004);

m) Symposium sur le règlement en ligne des différends, parrainé par l'Organisation des Nations Unies et la Commission économique pour l'Europe (Genève, 14-16 juin 2004);

n) Conférence sur le règlement des différends dans le contexte de la mondialisation de l'économie (Bologne, Italie, 18 juin 2004);

o) Conférence des experts régionaux sur l'élaboration harmonisée de systèmes juridiques et réglementaires destinés à régir le commerce électronique en Asie et dans le Pacifique, parrainée par la CESAP (Bangkok, 7-9 juillet 2004);

p) Réunion d'information sur le cadre juridique du commerce électronique, en coopération avec l'Union internationale des télécommunications (UIT) (Dar es-Salaam, 13-16 juillet 2004);

q) Programme d'été à l'intention des étudiants du premier cycle universitaire, parrainé par les facultés d'économie et de droit de l'Université de Hambourg et l'University of Technology de Sydney (Hambourg, Allemagne, 19 et 20 juillet 2004);

r) "Premier symposium sur le renforcement des centres d'arbitrage et de médiation" (Chamonix, France, 2 et 3 septembre 2004);

s) Forum juridique des Balkans 2004: "Europe du Sud-Est – entreprises et droits" (Sofia, 17 septembre 2004);

t) Groupe d'études Unidroit sur l'harmonisation des règles de droit matériel applicables aux titres détenus auprès d'un intermédiaire (Budapest, 18-22 septembre 2004);

u) Consultations avec le Ministère des affaires étrangères et le Ministère de la justice (Paris, 20 septembre 2004), ainsi qu'avec la Commission européenne (Bruxelles, 27 septembre 2004);

v) Symposium "The Swedish Arbitration Act 1999: 5 years on: A Critical Review of Strengths and Weaknesses" (Loi suédoise sur l'arbitrage de 1999: examen critique, cinq ans plus tard, de ses points forts et de ses faiblesses) (Stockholm, 7 et 8 octobre 2004);

w) Conférence régionale de la Fédération internationale des professionnels de l'insolvabilité (INSOL) (Prague, 7 et 8 octobre 2004);

x) Réunion du Conseil du commerce et du développement de la CNUCED (Genève, 14 octobre 2004);

y) Conférence sur les modes alternatifs de règlement des litiges organisée par les chambres de commerce, parrainée par la Chambre de commerce de Naples (Naples, Italie, 22 octobre 2004);

z) Conférence annuelle de l'Association internationale du barreau (Auckland, 25-28 octobre 2004);

aa) Conférence sur les questions de droit international privé soulevées par le commerce électronique, parrainée par la Conférence de La Haye de droit international privé (La Haye, 25-28 octobre 2004);

bb) Conférence parrainée par l'Union internationale des avocats relative à l'arbitrage international en Espagne (Madrid, 3-5 novembre 2004);

cc) Réunions de suivi en vue de favoriser la coopération régionale, parrainées par l'USAID et Chemonics (Almaty, Kazakhstan et Bichkek, 15-17 novembre 2004);

dd) Consultations avec le Ministère allemand de la justice sur le projet de guide législatif sur les opérations garanties (Berlin, 15 novembre 2004);

ee) Commission sur le droit commercial et la pratique commerciale de la Chambre de commerce internationale (Paris, 17 novembre 2004);

ff) Séminaire sur le droit international privé et l'arbitrage dans l'Union européenne élargie, parrainé par l'Institut T.M.C. Asser (Prague, 19 novembre 2004);

gg) Consultations avec le Directeur de la Division du commerce international des biens et services, et des produits de base de la CNUCED; conférence sur le règlement en ligne des différends parrainée par l'Association suisse de l'arbitrage (Genève, 24 et 25 novembre 2004);

hh) Conférence sur les Lois types de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et la conciliation commerciale internationale, parrainée par l'Université de Valence (Valence, Espagne, 26 novembre 2004);

ii) Douzième Conférence sur l'arbitrage en Croatie (Zagreb, 2 et 3 décembre 2004);

jj) Symposium sur les instruments de financement internationaux parrainé par l'Association de coopération économique Asie-Pacifique (Singapour, 14-16 décembre 2004);

kk) Consultations avec le Ministère serbe de la justice et le Groupe de travail du forum Southeast Europe Enterprise Development (SEED) sur le projet de loi sur la médiation (Belgrade, 14 décembre 2004);

ll) Cours de pratique du droit du développement et cours de pratique juridique et de l'investissement à l'intention des juristes, parrainés par l'Organisation internationale de droit du développement (Rome, 9 et 10 février 2005);

mm) Table ronde sur le commerce électronique, les documents de transport, les droits de contrôle et le transfert de droits, parrainée par le Comité maritime international (CMI) et le Gouvernement suédois (Londres, 23-25 février 2005);

nn) Conférence sur le droit de l'arbitrage parrainée par le Centre juridique pour la Coopération européenne et internationale et la CNUDCI et journées de l'arbitrage de Petersberg 2005, organisées par l'Institut allemand d'arbitrage (DIS) (Cologne et Petersberg, Allemagne, 2-5 mars 2005);

oo) Sixième Colloque judiciaire multinational parrainé par la Fédération internationale des professionnels de l'insolvabilité (INSOL) et la CNUDCI et septième Congrès mondial de la Fédération internationale des professionnels de l'insolvabilité (INSOL International) (Sydney, Australie, 11-16 mars 2005);

pp) Séminaire sur le droit commercial présenté par le Commercial Law Development Program (CLDP) (Manama, 27-29 mars 2005);

qq) Conférence sur la conciliation parrainée par le SEED (Belgrade, 31 mars 2005).

VII. Activités futures

16. Pour le restant de l'année 2005, des séminaires et des missions d'information visant à fournir une assistance juridique sont prévus en Afrique, en Asie, en Europe orientale et en Amérique du Sud. Étant donné que les frais de voyage découlant des activités d'assistance technique ne sont pas couverts par le budget ordinaire, le secrétariat ne pourra mettre en œuvre ces projets que s'il reçoit des crédits suffisants sous forme de contributions au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI.

17. Comme les années précédentes, le secrétariat a accepté de coparrainer le prochain cours de troisième cycle de droit commercial international, d'une durée de trois mois, qu'organiseront à Turin l'Institut universitaire d'études européennes et le Centre international de formation de l'OIT. En général, la moitié environ des participants sont originaires d'Italie, la plupart des autres venant de pays en développement. Pour ce prochain cours, le secrétariat de la CNUDCI mettra l'accent sur les questions d'harmonisation des lois relatives au commerce international du point de vue de la CNUDCI, notamment de ses travaux passés et actuels. On espère qu'au moins un étudiants ayant suivi ce cours participera au programme de stages de la CNUDCI dont il est question au paragraphe 19 ci-dessous.

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

18. Comme il l'a toujours fait depuis que cette épreuve existe, le secrétariat a coparrainé le onzième Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis, qui a eu lieu à Vienne du 19 au 24 mars 2005. Ce concours est principalement organisé par le professeur Eric Bergsten de l'Institut de droit commercial international de la Faculté de droit de la Pace University, et se déroule pour sa plus grande partie à la Faculté de droit de l'Université de Vienne. Suscitant une forte participation internationale – 154 équipes originaires de 49 pays ont concouru en 2005 – il est considéré comme un excellent moyen de diffuser des informations sur les textes de lois uniformes et d'enseigner le droit commercial

international. Comme dans le passé, le secrétariat a organisé une série d'exposés à l'intention des participants au concours.

IX. Programme de stages

19. Le programme de stages vise à donner à de jeunes juristes l'occasion de se familiariser avec les travaux de la CNUDCI et d'améliorer leurs connaissances dans des domaines spécifiques du droit commercial international. Au cours de l'année écoulée, le secrétariat a reçu 14 stagiaires originaires des pays suivants: Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Brésil, Canada, Espagne, Inde, Indonésie, Slovénie et Tunisie. Les stagiaires se voient assigner différentes tâches – recherche fondamentale ou spécialisée, collecte et classement d'informations et de documents, participation à l'élaboration de documents d'information. Ce programme de stages a donné des résultats satisfaisants. Toutefois, comme le secrétariat ne dispose pas de fonds pour aider les stagiaires à couvrir leurs frais de voyage ou autres, ceux-ci doivent êtres parrainés par une organisation, une université ou un organisme public, ou bien prendre leurs frais à leur charge, d'où le faible nombre de stagiaires originaires de pays en développement. À cet égard, la Commission voudra peut-être inviter les États membres, les universités et d'autres organisations, en plus de ceux qui le font déjà, à envisager de parrainer la participation de jeunes juristes, notamment originaires de pays en développement, au programme de stages de la CNUDCI.

20. En outre, le secrétariat satisfait occasionnellement aux demandes formulées par des universitaires ou des praticiens du droit qui souhaitent réaliser des recherches, pour une durée limitée, à la Bibliothèque de droit de la CNUDCI. Pendant l'année écoulée, 35 universitaires originaires de 15 pays différents ont mené des recherches à la CNUDCI.

IX. ÉTAT ET PROMOTION DES TEXTES JURIDIQUES DE LA CNUDCI

A. État des conventions et des lois types (A/CN.9/583) [Original: anglais]

Ce document n'est pas reproduit ici. La liste actuelle peut être obtenue auprès du secrétariat de la CNUDCI ou être consultée sur Internet à l'adresse www.uncitral.org.

A/CN.9/580

B. Note du Secrétariat concernant les évolutions dans le domaine du droit de l'insolvabilité: incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale; utilisation de protocoles internationaux et de principes directeurs pour les communications entre tribunaux; et jurisprudence interprétant les notions de "centre des intérêts principaux" et d'"établissement" dans l'Union européenne

(A/CN.9/580 et Add.1 et 2) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1
II.	Évolutions dans le domaine de l'insolvabilité internationale	2-79
	a) Incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale	2-17
	b) Protocoles internationaux	18-48
	c) Communications entre tribunaux	49-57
	d) Évolution de l'interprétation du Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (Règlement CE)	58-79

I. Introduction

1. La présente note rend compte des évolutions dans le domaine du droit de l'insolvabilité internationale, qui concernent en particulier l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, l'utilisation de protocoles internationaux et de principes directeurs pour les communications entre tribunaux dans les procédures d'insolvabilité internationale et l'interprétation des termes "centre des intérêts principaux" et "établissement" par les tribunaux des pays de l'Union européenne dans le cadre du Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (Règlement CE). On trouvera un exposé succinct des activités actuellement menées par les organisations internationales dans le domaine du droit de l'insolvabilité dans le document A/CN.9/580/Add.1.

II. Évolutions dans le domaine de l'insolvabilité internationale

a) Incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale

2. Une législation fondée sur la Loi type a été adoptée par l'Érythrée; le Mexique[1]; le Monténégro[2]; le Japon[3]; l'Afrique du Sud[4]; la Roumanie[5]; la Pologne[6]; et les îles Vierges britanniques[7]. Le Royaume-Uni[8] a adopté une législation qui permet l'application de la Loi type par voie réglementaire. Un certain nombre de pays, dont les États-Unis d'Amérique, l'Argentine et le Pakistan, examinent actuellement des projets de législation fondée sur la Loi type tandis que d'autres, dont l'Australie, la Nouvelle-Zélande et le Canada, ont recommandé l'adoption d'une telle législation. La loi espagnole 22/2003 sur l'insolvabilité, qui est entrée en vigueur en 2004, contient des dispositions sur l'insolvabilité internationale inspirées de la Loi type ainsi que des dispositions fondées sur le Règlement CE.

3. Si certaines législations ont repris la Loi type presque sans changement, d'autres l'ont fait en y apportant des modifications plus ou moins importantes. On trouvera ci-après, à titre d'illustration, un résumé de ces modifications, qui a été établi en grande partie à partir de textes traduits et, de ce fait, ne reflète peut-être pas toujours le contenu exact des dispositions du texte original.

i) Champ d'application de la législation – article premier

4. Comme le prévoit l'article 1-2 de la Loi type, des pays ont exclu du champ d'application de leur législation certains types d'entités, par exemple: les institutions bancaires et les compagnies d'assurance (Roumanie et Pologne); les institutions financières et les sociétés d'investissement, les membres de bourses de commerce, les chambres de compensation, les sociétés de courtage et les opérateurs boursiers (Roumanie); les personnes qui détiennent ou ont détenu un certain type de licence obligatoire de services financiers (îles Vierges britanniques); et les consommateurs (Mexique), la législation de ce dernier pays ne s'appliquant donc qu'aux procédures visant des "commerçants".

---

[1] Ley de Concursos Mercantiles, D.O., 12 mai 2000 (Mexique).

[2] Law on Business Organization Insolvency, février 2002.

[3] Law relating to Recognition and Assistance for Foreign Insolvency Proceedings (loi n° 129 de 2000).

[4] Cross-Border Insolvency Act, 42 (2000), art. 34 (Afrique du Sud).

[5] Law on Regulating Private International Law Relations in the Field of Insolvency (loi n° 637 du 7 décembre 2002).

[6] Law on Insolvency and Restructuring, du 28 février 2003.

[7] Insolvency Act, 2003. Cette loi, qui est entrée en vigueur en août 2004, contient des dispositions sur l'insolvabilité internationale dans sa partie XVIII qui, elle, ne s'applique pas encore. La partie XIX (décisions à l'appui de procédures étrangères) qui, elle, est entrée en application, permet aux représentants étrangers de demander différents types de mesures pour faciliter une procédure étrangère et précise les aspects dont le tribunal doit tenir compte lorsqu'il ordonne de telles mesures. Cette partie contient des dispositions semblables à celles des articles 5, 7 et 10 de la Loi type.

[8] Insolvency Act 2000.

ii) "Centre des intérêts principaux" – articles 2 et 16-3

5. Outre qu'elle reprend la présomption de l'article 16-3 de la Loi type, une législation prévoit la possibilité de considérer également comme centre des intérêts principaux le domicile professionnel d'une personne morale exerçant une activité économique ou une profession indépendante (Roumanie).

iii) Demande d'ouverture d'une procédure et participation à une procédure – articles 11 et 12

6. Une législation (îles Vierges britanniques) exige la reconnaissance de la procédure étrangère pour que le représentant étranger puisse demander l'ouverture d'une procédure locale conformément à l'article 11 de la Loi type et participer à une procédure concernant le débiteur conformément à l'article 12.

iv) Notification aux créanciers résidant à l'étranger – article 14

7. Une législation (îles Vierges britanniques) prévoit la possibilité d'accorder un délai supplémentaire pour la notification aux créanciers étrangers et pour la déclaration de leurs créances.

v) Demande de reconnaissance – article 15

8. Dans la plupart des législations, les demandes de reconnaissance peuvent être présentées, conformément à l'article 15 de la Loi type, par le représentant étranger. Dans un cas, le débiteur est également autorisé à présenter une telle demande (Japon).

vi) Décision de reconnaissance – article 17

9. Un certain nombre de législations n'ont pas repris l'obligation faite aux tribunaux par l'article 17-3 de la Loi type de se prononcer sur une demande de reconnaissance le plus tôt possible (par exemple, Japon, Mexique et Pologne).

vii) Informations ultérieures – article 18

10. Un certain nombre de pays imposent une obligation plus large d'informer le tribunal, obligation qui ne se limite pas aux modifications "substantielles", comme le prévoit l'article 18 de la Loi type, mais s'applique à "toute" modification du statut de la procédure étrangère reconnue ou du statut de la nomination du représentant étranger (par exemple, Afrique du Sud et Pologne).

viii) Mesures provisoires et mesures disponibles dès la reconnaissance – articles 19 et 20

11. Une loi fait en outre obligation au représentant de l'insolvabilité de notifier au débiteur, le plus rapidement possible ou dans un délai spécifié par le tribunal, toute décision d'accorder des mesures provisoires (îles Vierges britanniques). Plusieurs pays ont légèrement modifié les mesures disponibles dès la reconnaissance pour aligner l'article 20-1 de la Loi type sur leur droit interne. Leur législation prévoit ainsi que l'arrêt des poursuites ne s'applique pas à l'engagement ou à la continuation d'actions individuelles mais seulement aux mesures de réalisation ou d'exécution contre les actifs du débiteur (par exemple, Japon et Mexique).

12. Dans une législation, les mesures ne s'appliquent pas automatiquement dès la reconnaissance de la procédure, comme le prévoit l'article 20 de la Loi type, mais sur demande présentée au tribunal (par exemple, Japon).

13. Dans une autre législation, l'exercice du droit d'aliéner les actifs du débiteur, de les grever ou d'en disposer est suspendu dès la reconnaissance de la procédure étrangère, sauf pour les actes, opérations et paiements effectués par l'opérateur dans le cours normal des affaires (par exemple, Roumanie). Le représentant étranger peut demander des mesures concernant ces actes dès la reconnaissance de la procédure. La même législation prévoit aussi qu'un créancier titulaire d'une créance garantie par une hypothèque, un gage ou autre garantie réelle mobilière ou sûreté avec dépossession peut demander la mainlevée de l'arrêt des poursuites.

ix) Coopération et communication directe entre tribunaux – articles 25, 26 et 27

14. Un pays (Japon) n'a pas incorporé l'article 25 de la Loi type et limite l'article 26 de cette dernière à la coopération entre représentants étrangers et locaux. Quelques législations n'ont pas incorporé non plus l'article 27 qui propose différentes formes de coopération (par exemple, Japon et Pologne), la législation polonaise énumérant cependant les informations devant être communiquées ou demandées. La législation polonaise s'écarte en outre de la Loi type en prévoyant que le juge et le tribunal communiquent directement avec le tribunal et le représentant étrangers mais que la personne administrant la procédure conformément à la législation locale doit, elle, communiquer avec le tribunal étranger ou le représentant étranger par l'intermédiaire du juge, et non directement, comme le permet l'article 26-2 de la Loi. Une législation (îles Vierges britanniques) spécifie que le droit de communiquer directement (article 25-2 de la Loi type) est soumis au "droit des parties d'être avisées et de participer aux audiences".

x) Coordination – articles 28 à 30

15. Dans deux législations au moins, les dispositions du chapitre V de la Loi type relatif aux procédures concurrentes ont été modifiées ou n'ont pas été reprises (par exemple, Japon et Pologne). Dans un cas (Japon), le principe de la procédure unique a été adopté de sorte que sera reconnue soit la procédure étrangère soit la procédure locale, mais non les deux à la fois. Lorsqu'une procédure locale est déjà en cours, une demande de reconnaissance d'une procédure étrangère concernant le même débiteur sera rejetée, à moins qu'il ne s'agisse d'une procédure étrangère principale remplissant d'autres conditions concernant les intérêts des créanciers. Si la procédure étrangère est reconnue, la procédure locale est arrêtée. Dans une autre législation (Roumanie), l'ouverture d'une procédure locale après reconnaissance de la procédure étrangère principale est subordonnée à la présence d'un établissement, et non de biens comme le prévoit l'article 28 de la Loi type, dans l'État concerné.

xi) Réciprocité

16. Bien que cette solution ait été rejetée pendant les négociations sur la Loi type, un certain nombre de pays ont adopté des dispositions prévoyant l'application de la Loi type sur la base de la réciprocité. La nature de ces dispositions varie. Dans certaines législations, les dispositions exigent une réciprocité (par exemple, Mexique) sans indiquer comment satisfaire à cette exigence. D'autres prévoient que le tribunal devrait établir l'existence d'une telle réciprocité (par exemple,

Argentine). Dans un autre exemple, la législation prévoit que la Loi type ne s'appliquera qu'en ce qui concerne un pays officiellement désigné, processus soumis à l'approbation du Parlement (Afrique du Sud). Il semble qu'à ce jour, aucun pays n'ait encore été désigné dans le cadre de ce processus. Une disposition similaire (îles Vierges britanniques) exige la désignation par voie d'avis dans une publication officielle. Dans un autre cas (Roumanie), la législation exige une reconnaissance réciproque des jugements étrangers.

xii) Autres propositions

17. La Nouvelle-Zélande a décidé d'incorporer la Loi type et d'y ajouter un mécanisme supplémentaire qui permettrait de coopérer avec certains pays de manière plus étroite que celle prévue dans la Loi. Ce mécanisme consiste à désigner des types particuliers de procédures d'insolvabilité prévus dans la législation de certains pays, pour lesquels, notamment, la décision de reconnaissance et l'application de certaines mesures seraient automatiques après envoi par le représentant étranger d'une notification à un agent public déterminé. Aucune procédure locale ne pourrait être ouverte en Nouvelle-Zélande (sauf cas exceptionnels sur autorisation du tribunal) et le représentant étranger aurait les mêmes pouvoirs qu'un liquidateur dans la législation néo-zélandaise sur l'insolvabilité.

b) Protocoles internationaux

18. Les pratiques et procédures mises au point par les professionnels de l'insolvabilité et les tribunaux, initialement dans des affaires particulières et pour régler certains problèmes rencontrés par les parties, ont grandement facilité la coordination et l'harmonisation des procédures d'insolvabilité internationale au cours des dernières années. Des accords ou "protocoles" ont été négociés par les parties et homologués par les tribunaux des pays concernés. Ces protocoles d'insolvabilité internationale peuvent servir, par exemple, à régler un litige particulier dû à des différences entre lois dans des procédures concurrentes, à créer un cadre juridique pour la conduite générale d'une procédure ou à coordonner l'administration de différentes masses de l'insolvabilité dans plusieurs États.

19. Le premier protocole de ce type a été conclu dans l'affaire *Maxwell Communication plc* (décembre 1991/janvier 1992)[9]. En l'espèce, un débiteur avait engagé deux procédures principales à la fois, l'une aux États-Unis et l'autre au Royaume-Uni, suite à quoi deux représentants de l'insolvabilité distincts, chargés de tâches similaires, avaient été nommés dans les deux pays. Les juges américain et britannique avaient, chacun de leur côté, évoqué avec leur avocat respectif la possibilité de conclure un protocole entre les deux administrations pour régler les conflits et faciliter l'échange d'informations. Ce protocole fixait deux objectifs pour guider les représentants de l'insolvabilité: maximiser la valeur de la masse et

[9] Entre les États-Unis et le Royaume-Uni. United States Bankruptcy Court du District sud de New York, affaire n° 91 B 15741 (15 janvier 1992) et High Court of Justice, Chancery Division, Companies Court, affaire n° 0014001 de 1991 (31 décembre 1991). On trouvera le texte de ce protocole ainsi que d'autres protocoles mentionnés dans la présente note à l'adresse www.iiiglobal.org.

harmoniser les procédures pour réduire au minimum les dépenses, les gaspillages et les conflits de juridictions. Les parties sont convenues pour l'essentiel que le tribunal américain s'en remettrait à la procédure britannique, une fois constatée la présence de certains éléments. Le protocole énonçait aussi des dispositions particulières: certains dirigeants en place seraient maintenus dans le souci de préserver la valeur d'exploitation de l'entreprise débitrice, les représentants de l'insolvabilité britanniques étant toutefois autorisés, avec le consentement de leur homologue américain, à choisir de nouveaux administrateurs indépendants; les représentants de l'insolvabilité britanniques ne pourraient contracter de dettes ni présenter de plan de redressement qu'avec le consentement du représentant de l'insolvabilité américain ou du tribunal américain; les représentants de l'insolvabilité britanniques devraient préalablement informer le représentant de l'insolvabilité américain avant de réaliser toute opération importante pour le compte du débiteur mais étaient pré-autorisés à effectuer des opérations "de moindre importance". De nombreuses questions ont été volontairement exclues du protocole afin d'être réglées durant la procédure. Certaines d'entre elles, telles que la question de la répartition, ont été traitées par la suite dans un avenant au protocole.

20. À la suite de l'affaire *Maxwell*, des protocoles plus modestes ont été conclus entre les tribunaux canadien et américain dans l'affaire *Olympia & York Developments Limited* (1993)[10] et entre les tribunaux bahamien et américain dans l'affaire *Commodore Business Machines* (décembre 1994)[11].

21. Face au succès rencontré par les protocoles d'insolvabilité internationale dans un certain nombre d'affaires internationales importantes, l'Association internationale du barreau a élaboré le Concordat sur l'insolvabilité internationale ("Cross-Border Insolvency Concordat") (officiellement adopté par son Conseil en mai 1996) destiné à servir de modèle pour les futurs protocoles.

22. Le Concordat énonce des principes non contraignants que les parties ou les tribunaux peuvent adopter comme solutions pratiques à des problèmes de caractère international découlant de procédures d'insolvabilité ouvertes dans différents États. Il est conçu à la fois comme un modèle pouvant être adapté aux circonstances de chaque espèce et comme un "document vivant" susceptible d'être révisé en fonction de l'expérience acquise. Les protocoles élaborés par la suite – qu'il s'agisse d'accords limités fixant des objectifs étroitement circonscrits ou d'accords de vaste portée établissant un large cadre de coopération conformément à ses principes – se fondent sur lui à des degrés divers.

23. Le Concordat comprend dix principes généraux. Chaque principe est suivi d'un exposé des motifs qui fournit de plus amples informations sur son application[12].

---

[10] Entre la Cour de justice de l'Ontario (Toronto) et la United States Bankruptcy Court du District sud de New York (Reasons for Decision of the Ontario Court of Justice: (1993), 20 C.B.R. (3d) 165).

[11] Entre la United States Bankruptcy Court du District sud de New York et la Supreme Court du Commonwealth des Bahamas, 8 décembre 1994.

[12] On trouvera le texte du Concordat à l'adresse www.iiiglobal.org/international/projects/concordat.pdf.

Principe 1

24. Il devrait y avoir un seul for principal pour l'administration d'une procédure d'insolvabilité internationale (l'exposé des motifs admet toutefois que des procédures accessoires ou secondaires puissent être ouvertes).

Principe 2

25. Le for principal coordonne l'administration et le recouvrement des actifs et se charge de la déclaration des créances et de la répartition des sommes entre créanciers. (Voir Loi type de la CNUDCI, art. 13-2, 14-3, 21-1 e) et 2 et 32.)

Principe 3

26. Ce principe a trait principalement aux droits des représentants de l'insolvabilité et des créanciers en cas de procédures multiples, notamment le droit d'être avisé de la procédure, de comparaître et d'accéder aux informations. (Voir Loi type de la CNUDCI, art. 5, 9, 10, 12, 13, 14, 21-1 d) et 22-3.)

Principe 4

27. Ce principe traite surtout des questions de coordination pour les cas où il n'y a pas de procédure principale mais essentiellement deux procédures concurrentes ouvertes dans différents États. Il recommande l'utilisation d'un protocole et énonce des règles universelles de répartition. (Voir Loi type de la CNUDCI, art. 13-2.)

Principe 5

28. Le rang des créances dans une procédure secondaire est respecté pour les créances garanties et les créances privilégiées.

Principe 6

29. Le représentant de l'insolvabilité peut appliquer les règles administratives d'un autre État même si celles-ci n'existent pas dans son propre État.

Principe 7

30. Comme le Principe 6, il autorise le représentant de l'insolvabilité à appliquer les dispositions d'annulation d'un autre État. Ces principes ont pour objectif d'assouplir l'administration de la procédure d'insolvabilité.

Principe 8

31. Il y est question des principes internationaux relatifs au choix de la loi pour la vérification et l'admission des créances, ainsi que de l'application du droit matériel et des dispositions d'annulation du for.

Principe 9

32. Les procédures visant à redresser le débiteur devraient être possibles, même si elles ne sont pas prévues dans l'un des fors concernés, à condition que cette procédure puisse être menée de manière non discriminatoire.

Principe 10

33. Un État ne devrait pas donner effet aux décisions d'un autre État qui invalident une "opération valable préalable à l'insolvabilité".

34. Du fait de leur utilisation de plus en plus fréquente, les protocoles sont devenus plus détaillés et les procédures ont été simplifiées, améliorées et uniformisées. Dans les pays qui ont pris l'habitude de les utiliser, ils ont largement facilité la conduite des procédures et la préservation de la valeur de la masse de l'insolvabilité. Les protocoles visent à harmoniser les aspects procéduraux, et non matériels, entre pays (comme la Loi type, ils comportent généralement des dispositions relatives à l'honneur et à l'intégrité des tribunaux concernés) et ont souvent pour but de coordonner:

i) Les audiences dans les États où se déroule la procédure;

ii) La déclaration des créances;

iii) Les procédures concernant le financement ou la vente d'actifs;

iv) Le recouvrement des créances au profit des créanciers et l'égalité de traitement entre créanciers chirographaires; et

v) Les plans de redressement dans les différents États.

35. Les questions qui relèveraient de ces catégories générales ne sont pas toutes l'apanage des protocoles. Comme il est indiqué plus haut, l'égalité de droits entre créanciers étrangers et créanciers locaux, qui est consacrée dans la plupart des protocoles, est également traitée dans le Principe 3 c) du Concordat et à l'article 13-1 de la Loi type. De même, les protocoles conclus dans les affaires *Everfresh*, *Nakash* et *Solv-Ex* (examinées plus bas) permettent au représentant étranger de s'adresser directement au tribunal d'un autre État, à l'instar de l'article 9 de la Loi type.

36. Les protocoles d'insolvabilité internationale ne sont soumis à aucune condition de forme. Comme ils sont élaborés sur mesure et destinés à faciliter le règlement de problèmes particuliers, leur contenu varie d'une affaire à l'autre. Ils ne sont généralement pas censés s'appliquer pendant toute la durée de la procédure sans amendement ou modification. En effet, des changements pouvant intervenir pendant le déroulement d'une procédure multinationale et soulever des questions supplémentaires, il peut s'avérer nécessaire de les compléter par de nouvelles dispositions.

37. L'affaire *Everfresh Beverages Inc.*, qui concernait les États-Unis et le Canada, a vu la conclusion du premier protocole inspiré des principes du Concordat tel que finalisé (décembre 1995)[13]. Une société américaine ayant des activités au Canada avait demandé l'ouverture d'une procédure de redressement dans ces deux pays à la fois. Le protocole conclu par la suite abordait expressément de nombreuses questions d'insolvabilité internationale, telles que le choix de la loi, l'élection du for, le traitement des créances et les actions en annulation. Il octroyait aux créanciers, par exemple, le droit exprès de déclarer leurs créances dans le cadre de

[13] Cour de justice de l'Ontario, Toronto, 15 mai 1996.

l'une ou l'autre procédure. Il suivait de très près de nombreux principes du Concordat, en prenant comme point de départ le Principe 4, cas où (à savoir pas de procédure principale mais essentiellement deux procédures concurrentes ouvertes dans différents pays). Le protocole a été arrêté environ un mois après l'ouverture de la procédure et a été appliqué pour la première audition conjointe internationale visant à coordonner la procédure. L'utilisation du protocole et la coopération qui en a découlé entre les parties auraient permis d'améliorer de 40 % la préservation de la valeur de la masse de l'insolvabilité[14].

38. Dans l'affaire *Nakash* (mai 1996)[15], un protocole a été conclu entre les tribunaux américain et israélien. Il était soumis à autorisation légale expresse en Israël et a dû être négocié avec la participation directe des tribunaux. Il visait essentiellement à améliorer la coordination des procédures judiciaires et la coopération entre juges ainsi qu'entre parties (les précédents protocoles ne mettaient l'accent que sur les parties). Contrairement aux procédures antérieures pour lesquelles des protocoles avaient été conclus, le débiteur n'était pas, en l'espèce, soumis à des procédures d'insolvabilité parallèles. Le litige ainsi que la question centrale que devait régler le protocole concernaient l'exécution d'un jugement contre ce débiteur en Israël et l'arrêt automatique des poursuites qui découlait (conformément au chapitre 11) de la procédure d'insolvabilité dont il faisait l'objet aux États-Unis et qui aurait dû empêcher cette exécution. Le débiteur n'a pas signé le protocole et s'est opposé à son adoption et à son application.

39. Le protocole conclu dans l'affaire *Tee-Comm. Electronics Inc.* (juin 1997)[16], qui concernait les États-Unis et le Canada, visait quant à lui un objectif bien précis et étroitement délimité. Il établissait un cadre dans lequel les administrateurs des deux pays pouvaient vendre conjointement les actifs du débiteur de manière à maximiser la valeur de la masse. Il traitait donc la vente de ces actifs, question essentielle au début de la procédure, sans aborder d'autres questions, telles que le droit sur le produit de la vente et la répartition de ce produit.

40. Dans l'affaire *AIOC Corporation* (avril 1998)[17], un protocole de liquidation a été conclu entre la Suisse et les États-Unis. Les difficultés dans cette affaire tenaient non seulement aux différences entre les législations suisse et américaine sur l'insolvabilité mais également à l'impossibilité pour les représentants de l'insolvabilité suisse et américain de s'abstenir de leurs obligations légales d'administrer leur liquidation respective. Les parties sont convenues d'un protocole afin de liquider conjointement les ressources d'une façon compatible avec la législation de l'insolvabilité des deux pays. La conduite de cette liquidation conjointe par le biais du protocole est l'une des principales caractéristiques de cette affaire. Le protocole était fondé sur le Concordat mais visait généralement le

---

[14] Justice J. M. Farley, *A Judicial Perspective on International Cooperation in Insolvency Cases*, 17 Am. Bankr. Inst. J. 12 mars 1998.

[15] United States Bankruptcy Court du District sud de New York, affaire n° 94 B 44840, 23 mai 1996, et Tribunal de district de Jérusalem, affaire n° 1595/87, 23 mai 1996.

[16] Entre la Cour de justice de l'Ontario et la United States Bankruptcy Court du District du Delaware, 27 juin 1997.

[17] Entre les États-Unis et la Suisse: United States Bankruptcy Court de la Southern District Court de New York, affaires nos 96 B 41895 et 96 B 41896, 3 avril 1998.

regroupement des ressources et plus précisément les modalités de vérification des créances.

41. Dans l'affaire *Solv-Ex Canada Limited* et *Solv-Ex Corporation* (janvier 1998)[18], qui concernait les États-Unis et le Canada, un certain nombre d'auditions simultanées et conjointes ont été tenues durant la procédure. Cette dernière se trouvait en effet dans une impasse en raison de décisions contraires rendues par les tribunaux des deux pays. Après des négociations entre les parties, une procédure simultanée a été organisée, sous forme de conférence téléphonique, pour l'approbation de la vente des actifs du débiteur. Les tribunaux sont tous deux parvenus à la même conclusion d'autoriser la vente et ont encouragé les parties à négocier un protocole d'insolvabilité internationale pour définir la marche à suivre. Les dispositions procédurales sur lesquelles les parties se sont entendues étaient notamment les suivantes: présentation de documents identiques aux deux tribunaux; et possibilité pour les juges présidents de communiquer entre eux, en l'absence des avocats, pour a) s'entendre sur les modalités des auditions et, ensuite, b) déterminer s'ils pourraient rendre des décisions concordantes. Les tribunaux ont ensuite approuvé le protocole.

42. Des protocoles plus détaillés ont été élaborés dans le cadre des procédures d'insolvabilité internationale plus récentes concernant les États-Unis et le Canada.

43. Dans l'affaire *Loewen Group Inc.* (juin 1999)[19], le débiteur, une grande société multinationale, avait demandé l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans ces deux pays et immédiatement présenté aux deux tribunaux un protocole complet établissant les modalités de coordination et de coopération. Le débiteur s'était en effet rapidement aperçu que la coordination des procédures judiciaires au niveau international était un élément vital pour ses plans de redressement et avait pris l'initiative d'élaborer un projet de protocole, qui a été approuvé dès le début des deux procédures. Le protocole prévoyait que: les deux tribunaux pourraient communiquer entre eux et conduire des auditions conjointes en respectant certaines règles fixées par lui; les créanciers et les autres parties intéressées pourraient comparaître devant l'un ou l'autre tribunal; que chaque tribunal aurait compétence sur les représentants de l'insolvabilité de l'autre pays uniquement par les questions particulières que ceux-ci lui avaient soumises; et que tout arrêt des poursuites serait coordonné entre les deux pays.

44. Dans l'affaire *Livent Inc.* (juin 1999)[20], les tribunaux ont utilisé pour la première fois un système de visioconférence par télévision en circuit fermé via satellite pour tenir deux auditions conjointes, la première aux fins de l'approbation d'un protocole d'insolvabilité internationale destiné au règlement des créances contre le débiteur et la seconde aux fins de l'approbation de la vente de tous les

---

[18] Entre la Cour du banc de la Reine de l'Alberta, affaire n° 9701-10022, 28 janvier 1998, et la United States Bankruptcy Court du District du Nouveau Mexique, affaire n° 11-97-14362-MA, 28 janvier 1998.

[19] Entre la United States Bankruptcy Court du District du Delaware, affaire n° 99-1244, 30 juin 1999, et la Cour supérieure de justice de l'Ontario (Toronto), affaire n° 99-CL-3384, 1er juin 1999.

[20] Entre la United States Bankruptcy Court du District sud de New York, affaire n° 98-B-48312, et la Cour supérieure de justice de l'Ontario (Toronto), affaire n° 98-CL-3162, 11 juin 1999.

actifs ou presque de ce dernier. Le protocole prévoyait expressément ce type d'auditions et laissait aux deux juges une certaine marge d'appréciation pour examiner et régler les questions procédurales et techniques liées à ces auditions conjointes.

45. L'affaire *Philip Services Corporation* (juin 1999)[21] est considérée comme la première procédure d'insolvabilité internationale "prénégocié"[22]. Avant l'ouverture de la procédure, le débiteur avait en effet négocié un plan de redressement avec ses créanciers sur plusieurs mois, l'objectif étant que ce plan, une fois homologué par les tribunaux, soit exécuté dans les deux pays. Comme dans l'affaire *Loewen Group*, un protocole complet a été présenté aux tribunaux qui l'ont homologué en tant que décision initiale. Le protocole conclu en l'espèce est considéré comme un exemple d'harmonisation et de coordination élargies et générales de la procédure d'insolvabilité internationale, suivant en cela les principes du Concordat (à la différence du protocole très précis conclu dans l'affaire *Tee-Comm Electronics* (voir plus haut, par. 39)). Le protocole fixait un certain nombre de grands objectifs notamment: promouvoir une administration ordonnée, efficace, équitable et ouverte de la procédure; respecter l'indépendance et l'intégrité des deux tribunaux; favoriser la coopération internationale et le respect de la courtoisie internationale; et appliquer une série de principes généraux pour régler les problèmes administratifs découlant du caractère international de la procédure. Afin d'atteindre ces objectifs, le protocole abordait, entre autres aspects, la coordination et la coopération entre tribunaux, le recrutement et la rémunération des professionnels ainsi que la reconnaissance commune de l'arrêt des poursuites. Dans ce protocole, les tribunaux sont également convenus de coopérer, lorsque cela était possible, afin de coordonner les formalités de déclaration, vérification et admission des créances, les procédures de vote et les procédures d'homologation du plan.

46. Dans l'affaire, complexe, d'*Inverworld Inc.* (octobre 1999)[23], qui concernait à la fois les États-Unis, le Royaume-Uni et les îles Caïmanes, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité avait été demandée pour le débiteur et plusieurs filiales dans les trois États en question. Afin d'éviter tout conflit, les différentes parties avaient élaboré des protocoles, qui ont été homologués par les tribunaux de chaque État. Ces protocoles prévoyaient notamment: l'abandon de la procédure ouverte au Royaume-Uni, sous réserve de certaines conditions relatives au traitement des créanciers britanniques; la stricte répartition des questions en suspens entre les deux autres tribunaux; et l'acceptation par chaque tribunal des mesures décidées par l'autre tribunal comme étant contraignante, afin d'éviter des procédures judiciaires parallèles et d'aboutir à un règlement coordonné au niveau mondial.

---

[21] Entre la United States Bankruptcy Court du District du Delaware, affaire n° 99-B-02385, 28 juin 1999, et la Cour supérieure de justice de l'Ontario (Toronto), affaire n° 99-CL-3442, 25 juin 1999.

[22] Mécanisme existant dans certains pays, où un plan de redressement est négocié dans le cadre de négociations volontaires avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité puis homologué par le tribunal.

[23] Entre la United States District Court du District ouest du Texas, affaire n° SA99-C0822FB, 22 octobre 1999, la High Court of Justice, Chancery Division (1999), du Royaume-Uni et la Grand Court des îles Caïmanes (1999).

47. Le protocole conclu dans l'affaire *Manhattan Investment Fund* (avril 2000)[24], qui concernait les États-Unis et les îles Vierges britanniques, énumérait un certain nombre d'objectifs, notamment: la coordination du recensement, du recouvrement et de la répartition des actifs du débiteur afin d'en maximiser la valeur au profit des créanciers et des activités du débiteur et l'échange d'informations (y compris de certaines communications confidentielles) entre les représentants de l'insolvabilité pour réduire les coûts et éviter les chevauchements.

48. L'utilisation accrue des protocoles d'insolvabilité internationale a permis une coopération et une coordination étroites au niveau international dans l'intérêt de toutes les parties prenantes dans les entreprises concernées. L'expérience acquise continuera probablement d'être mise à profit dans les procédures d'insolvabilité internationale à venir. Ces protocoles complètent la Loi type de la CNUDCI, qui offre un cadre législatif pour la coopération internationale, et ont pour rôle d'adapter la portée et la nature de cette coopération aux circonstances de l'espèce.

c) Communications entre tribunaux

49. Les *Directives applicables aux communications de tribunal à tribunal dans des cas transfrontaliers* (2000) ont été élaborées dans le cadre du projet sur l'insolvabilité transnationale (Transnational Insolvency Project) entrepris en 1994 par l'American Law Institute afin de mettre sur pied des mécanismes de coopération dans les procédures d'insolvabilité ouvertes contre des sociétés dont les actifs ou les créanciers se trouvent dans deux États parties ou plus à l'ALENA (Canada, États-Unis et Mexique). Ce projet avait essentiellement pour but d'élaborer des solutions pouvant être appliquées par les praticiens de l'insolvabilité et les tribunaux. Les Directives s'inspirent dans une large mesure de procédures réelles d'insolvabilité internationale pour lesquelles des protocoles ont été conclus et visent à encourager la communication entre tribunaux afin d'assurer une coopération et une coordination rapides dans le déroulement des procédures d'insolvabilité internationale. Les Directives indiquent clairement que les règles, pratiques et exigences déontologiques locales doivent être pleinement respectées à tout moment. Elles ne sont pas contraignantes et sont destinées à être adaptées et modifiées suivant les circonstances de chaque espèce. Elles ont principalement pour objectif de réduire les délais imposés par les modes de communication traditionnels entre tribunaux internationaux, tels que les commissions rogatoires (qui peuvent retarder considérablement les choses et compromettre le succès d'une procédure), en encourageant le recours aux techniques de communication modernes. Elles sont destinées à être adoptées dans tous les cas après envoi d'une notification appropriée aux parties conformément aux procédures locales (toutes les questions connexes, telles que les parties fondées à recevoir notification, sont tranchées par les règles de chaque pays et ne sont pas abordées dans les Directives). Les Directives ont été traduites dans plusieurs langues – d'autres traductions étant en cours – et sont consultables en ligne[25].

---

[24] Entre la United States Bankruptcy Court du District sud de New York, affaire n° 00-10922BRL, avril 2000, la High Court of Justice des îles Vierges britanniques, affaire n° 19, avril 2000, et la Supreme Court des Bermudes, affaire n° 2000/37, avril 2000.

[25] Voir l'International Insolvency Institute à l'adresse

50. Les Directives ont été de plus en plus fréquemment appliquées ces dernières années: elles ont été aussi bien adoptées par les tribunaux en tant que procédure formelle, qu'appliquées ponctuellement dans des procédures d'insolvabilité internationale particulières.

i) Utilisation par les tribunaux

51. Les Directives précisent, dans leur introduction, qu'un tribunal souhaitant les utiliser avec ou sans modification devrait les adopter formellement au préalable. Elles indiquent également qu'un tribunal pourrait les adopter à condition qu'elles le soient aussi par l'autre tribunal – ou provisoirement jusqu'à ce qu'elles le soient – sous une forme presque identique afin que les juges, les avocats et les parties soient soumis aux mêmes règles de conduite.

52. Au début de 2004, les Directives ont été entérinées dans une préface signée par des juges américains, argentins, britanniques, canadiens, japonais, néo-zélandais, slovènes, sud-africains, sud-coréens et thaïlandais. La Cour suprême de la Colombie-Britannique et le Rôle commercial de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, au Canada, les ont adoptées (de même que le Comité des utilisateurs du Rôle commercial de la Cour supérieure de justice de l'Ontario).

ii) Utilisation dans les protocoles d'insolvabilité internationale entre le Canada et les États-Unis

53. Les Directives ont déjà été adoptées et approuvées dans plusieurs procédures d'insolvabilité internationale entre le Canada et les États-Unis.

54. Elles ont été adoptées officiellement pour la première fois dans l'affaire *Matlack Systems Inc.*[26]. Conformément à la modalité mentionnée plus haut, le tribunal canadien a approuvé les Directives étant entendu qu'elles n'auraient pas effet avant d'avoir été également approuvées par le tribunal américain. Ce dernier a approuvé par la suite un protocole d'insolvabilité internationale, qui les incorporait expressément.

55. Dans l'affaire *PSINet*[27], les Directives ont été insérées *in extenso* dans le protocole négocié afin d'établir un cadre pour des auditions conjointes entre les deux tribunaux.

56. Dans l'affaire *Systech Retail Systems Corp.*[28], un tribunal américain et un tribunal canadien ont tenu une audition conjointe conformément aux Directives, laquelle a permis de régler et de coordonner un certain nombre de questions à caractère international.

57. Les tribunaux nord-américains accordent de plus en plus d'importance à la communication et la coopération judiciaires internationales dans les procédures

---

www.iiiglobal.org/international/guidelines.html. Les Directives sont actuellement disponibles en allemand, anglais, chinois, coréen, croate, espagnol, français, italien, japonais, portugais, russe et suédois.

[26] (2001), 26 C. B. R. (4th) 45 (Ont. S. C. J.) et United States Bankruptcy Court du District du Delaware, affaire n° 01-01114 (MFW), 24 mai 2001.

[27] (2001), 28 C. B. R. (4th) 95.

[28] Cour supérieure de justice de l'Ontario, dossier n° 03-CL-4836.

d'insolvabilité internationale, comme en témoigne la décision d'une cour d'appel américaine dans l'affaire *Stonington Partners Inc.*[29]. En l'espèce, la décision avait trait à des procédures concurrentes ouvertes en Belgique et aux États-Unis et à un conflit entre la législation des deux pays en ce qui concerne le classement des créances. Les parties ont tenté en vain d'élaborer un protocole. La cour d'appel américaine a "vivement" recommandé à la juridiction intérieure américaine et à son homologue belge de s'efforcer de parvenir à un accord sur la marche à suivre ou, tout du moins, de s'entendre sur les considérations de principe qui servent de fondement aux principaux aspects des lois étrangères. Dans sa décision, la cour d'appel a beaucoup insisté sur les avantages de la communication et de la coopération entre tribunaux dans les affaires d'insolvabilité internationale pour faciliter l'administration de la justice.

d) Évolution de l'interprétation du Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (Règlement CE)

58. Un certain nombre de décisions interprétant divers articles du Règlement CE, en particulier celles concernant les notions de "centre des intérêts principaux" et d'"établissement", pourraient être utiles pour interpréter des dispositions analogues de la Loi type. S'il est vrai que la jurisprudence n'est pas encore fixée à ce stade, la Commission souhaitera peut-être prier le secrétariat de continuer à suivre les décisions des tribunaux des pays de l'Union européenne car celles-ci peuvent s'avérer utiles pour l'interprétation de la Loi type.

59. Le bref résumé ci-après est fourni à titre informatif et ne rend compte que de certaines décisions sur la question. Un certain nombre de décisions n'ont pas encore été publiées dans leur intégralité ou ne sont pas encore accessibles pour examen.

i) Interprétation de la notion de "centre des intérêts principaux"

60. La Loi type ne définit pas le "centre des intérêts principaux", mais son article 16-3 dispose que celui-ci est présumé, sauf preuve contraire, être le siège statutaire ou, dans le cas d'un particulier, la résidence habituelle du débiteur. L'article 3-1 du Règlement CE contient une présomption similaire concernant le siège statutaire et le considérant 13 indique que le centre des intérêts principaux devrait correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers.

61. Un certain nombre de décisions rendues à ce jour dans l'Union européenne se réfèrent à l'article 3 du Règlement CE, en particulier pour déterminer où se trouve le centre des intérêts principaux d'un débiteur[30].

62. Dans l'affaire *Enron Directo Sociedad Limitada* (Royaume-Uni, juillet 2002)[31], un créancier d'ENRON Espagne avait demandé l'ouverture d'une procédure principale au Royaume-Uni. Le tribunal britannique a accepté les éléments tendant à prouver que, si le siège statutaire et les principaux actifs de la

---

[29] United States Court of Appeals for the Third Circuit, novembre 2002, 310 F.3d118; 40 Bankr. Ct. Dec. 113.

[30] Pour plus d'informations sur ces décisions et d'autres encore, voir www.eir-database.com.

[31] High Court, Chancery Division, juillet 2002.

société se trouvaient bien en Espagne, le siège social était lui situé au Royaume-Uni du fait que les principales décisions de gestion, de stratégie et d'administration relatives aux finances et aux activités de la société étaient toutes prises dans ce dernier pays. Le tribunal a également constaté que les principaux créanciers de la société savaient que celle-ci était administrée depuis le Royaume-Uni.

63. Dans l'affaire *Cirio Del Monte*[32] (Italie, 2003), le tribunal italien a également fait passer au second plan le siège statutaire pour déterminer le lieu du centre des intérêts principaux du débiteur. Il a déclaré insolvables toutes les filiales de la société mère débitrice immatriculées en Europe et ailleurs et a conclu que le centre de leurs intérêts principaux se trouvait en Italie, centre de décisions, d'affaires et d'opérations de ses filiales.

64. L'affaire *Geveran Trading Co. Ltd* c. *Kjell Tore Skjevesland* (Royaume-Uni, novembre 2002)[33] a montré que le critère important pour déterminer où se trouvait le centre des intérêts principaux était le lieu considéré comme tel par les tiers, à savoir les créanciers, ainsi que le lieu où le débiteur gérait habituellement ses intérêts. En ce qui concerne les personnes physiques, le tribunal a estimé que le centre des intérêts principaux devait être le lieu où le débiteur pouvait être contacté – à savoir, son "domicile professionnel" s'il s'agissait d'un professionnel et, normalement, sa résidence dans les autres cas.

65. Dans l'affaire *BRAC Budget Rent-A-Car International Inc.* (Royaume-Uni, février 2003)[34], le tribunal britannique a considéré que le lieu d'immatriculation d'une société n'avait guère d'importance et qu'une procédure d'insolvabilité européenne pouvait être ouverte même si la société était immatriculée en dehors de l'Union européenne, à condition qu'elle ait son centre des intérêts principaux dans l'Union. La procédure visait en l'occurrence une société immatriculée aux États-Unis. Le tribunal a estimé que le centre des intérêts principaux de cette société se trouvait au Royaume-Uni attendu que c'était dans ce pays que la société était administrée, de sorte que le Règlement CE s'appliquait à la procédure d'insolvabilité. Le tribunal s'est appuyé sur le fait que la société était immatriculée au Royaume-Uni depuis plusieurs années en tant que société étrangère mais qu'elle n'avait jamais réalisé d'opérations aux États-Unis – en fait, presque toutes ses opérations étaient conduites et la plupart de ses employés travaillaient au Royaume-Uni. Le tribunal s'est fondé sur le considérant 13 du Règlement CE. Il a également indiqué que le rapport de MM. Virgos et Schmit sur la Convention relative aux procédures d'insolvabilité[35] pouvait être utilisé pour interpréter le Règlement CE, attendu que la Convention traitait des mêmes sujets que le Règlement en des termes presque identiques. Le tribunal a cependant constaté que le rapport était pour l'essentiel neutre sur le point considéré.

---

[32] Tribunale di Roma, 26 novembre 2003 (Cirio Finance Luxembourg S.A.).

[33] English High Court [2003 BCC 391].

[34] High Court of Justice, Chancery Division, Companies Court (Angleterre), 7 février 2003, EWHC (Ch) 128 - 0042/2003.

[35] Report on the Convention on Insolvency Proceedings, publié par Miguel Virgos et Etienne Schmit en tant que Guide de la Convention de 1995. Bien que le rapport n'ait jamais été finalisé ni approuvé par les ministres de la justice des États membres de la CE, il est considéré comme un guide interprétatif non officiel.

66. Dans l'affaire *Daisytek-ISA Ltd* (décisions rendues au Royaume-Uni, en Allemagne, en France, 2003)[36], le tribunal britannique a estimé que l'idée que les tiers, à savoir les créanciers, se faisaient du centre des intérêts principaux d'une société était un critère important pour localiser celui-ci (attendu qu'il était, aux termes du considérant 13 du Règlement CE, "vérifiable par les tiers"). Le tribunal britannique a décidé que les filiales allemande et française d'une société britannique avaient leur centre des intérêts principaux au Royaume-Uni, car la plupart des gros créanciers de ces filiales savaient que de nombreuses fonctions essentielles étaient exercées au siège statutaire de la société mère. Les tribunaux français et allemand ont tous deux initialement rendu des décisions contraires à celle du tribunal britannique et ouvert des procédures locales mais ces décisions ont par la suite été infirmées.

67. Dans l'affaire en instance *Eurofood/Parmalat* (Irlande, mars 2004; Italie, février 2004)[37], des décisions contradictoires ont été rendues par différents tribunaux de deux États membres. D'un côté, les tribunaux italiens ont estimé que le centre des intérêts principaux de la société, filiale du groupe Parmalat, se trouvait en Italie et, de l'autre, les tribunaux irlandais sont parvenus à la conclusion contraire, à savoir que le centre des intérêts principaux se trouvait en Irlande. Le tribunal irlandais a fondé sa décision sur les constatations suivantes: la société était immatriculée en Irlande; elle administrait ses intérêts commerciaux légalement et habituellement en Irlande; et ses créanciers étaient convaincus de traiter avec une société irlandaise. Les arguments avancés par l'avocat de Parmalat étaient notamment les suivants: la société était une filiale en propriété exclusive, créée uniquement pour financer les autres membres du groupe; la politique de la société était décidée en Italie; et la société n'avait pas d'employés en Irlande. Le tribunal irlandais a formulé des commentaires vifs sur la nécessité de respecter le voile social et a noté qu'il était normal que les filiales suivent la politique du groupe.

68. Dans l'affaire *Interexx* (Pays-Bas, avril 2004)[38], le tribunal devait déterminer le lieu du centre des intérêts principaux du débiteur, société britannique, qui affirmait que ce centre se trouvait à Cardiff, là où elle avait son siège statutaire. Le tribunal a cependant estimé que Cardiff était le lieu central d'immatriculation des sociétés et ne pouvait pas être pris en considération pour déterminer le centre des intérêts principaux. Le débiteur était immatriculé en tant qu'organisation extraterritoriale au Royaume-Uni; la direction de la société, qui en détenait toutes les actions, résidait aux Pays-Bas.

69. Dans l'affaire *Hettlage* (Allemagne, mai 2004)[39], le tribunal a estimé que, si toutes les parties essentielles de l'organisation et des activités commerciales de la filiale étaient assurées par la société mère, le centre des intérêts principaux d'une filiale étrangère était le siège statutaire de sa société mère et que la procédure principale visant la filiale devait en conséquence se dérouler là où se trouvait la société mère. Le tribunal a constaté que la société mère allemande exécutait de

---

[36] Cour d'appel de Versailles, 4 septembre 2003 - 03/05038; High Court, Leeds, Angleterre, 16 mai 2003 [2003] All ER (D) 312; Tribunal régional de Düsseldorf, 6 juin 2003, I-3 W 53/04.

[37] Supreme Court d'Irlande, 147/04, 27 juillet 2004; Tribunale di Parma, 30 février 2004.

[38] Cour d'appel, La Haye, 8 avril 2003.

[39] Tribunal cantonal de Munich, 4 mai 2004 - 1501 IE 1276/04.

nombreux services, en particulier d'achat, de comptabilité, d'informatique, de publicité, de marketing et de gestion du personnel, pour sa filiale immatriculée en Autriche.

70. Dans l'affaire *Ci4Net.Com Inc.* (Royaume-Uni, mai 2004)[40], le tribunal a estimé que la présomption, selon laquelle le centre des intérêts principaux du débiteur était son lieu d'incorporation, n'était pas nécessairement forte et que ce lieu n'était qu'un facteur à prendre en compte parmi d'autres. Un créancier avait demandé l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre deux sociétés d'un groupe au Royaume-Uni, bien que celles-ci aient été incorporées aux États-Unis et à Jersey respectivement. Le tribunal a estimé que le centre des intérêts principaux de ces deux sociétés se trouvait au Royaume-Uni.

71. Dans l'affaire *Parmalat Hongrie/Slovaquie* (Hongrie, juin 2004)[41], le tribunal a lui aussi estimé qu'il fallait distinguer le centre des intérêts principaux du lieu d'immatriculation. La société visée était une filiale immatriculée en Slovaquie d'une société mère hongroise. Le tribunal hongrois a considéré que les principales décisions et affaires financières de la filiale étaient gérées en Hongrie, ce que pouvaient vérifier les tiers.

72. Dans l'affaire *Aim Underwriting Agencies (Ireland) Limited* (Royaume-Uni, juillet 2004)[42], le tribunal a conclu que le centre des intérêts principaux d'une société immatriculée en Irlande mais appartenant à des Britanniques se trouvait au Royaume-Uni, attendu que la société avait été incorporée en Irlande pour tirer parti de la réglementation de ce pays; qu'elle était contrôlée depuis Londres; que l'appui financier et administratif venait de la société mère; et que cette dernière était le seul créancier connu et savait comment la société était gérée.

73. Les décisions rendues à ce jour montrent clairement que la présomption énoncée dans le Règlement CE – selon laquelle le siège statutaire du débiteur est le centre de ses intérêts principaux – est loin d'être un critère déterminant. Selon le considérant 13 du Règlement, il faut également tenir compte du lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est vérifiable par les tiers. D'autres facteurs pris en compte sont notamment le lieu où la société a son siège, ses activités, ses employés et ses mécanismes décisionnaires, ainsi que les droits et attentes des créanciers.

74. Une fois que le lieu du centre des intérêts principaux a été déterminé et que la procédure principale a été ouverte, l'article 16-1 du Règlement CE prévoit la reconnaissance automatique de la décision d'ouverture dans les autres États membres de l'Union européenne. La majorité des décisions relatives au centre des intérêts principaux a abouti à l'ouverture d'une procédure principale locale. Ce n'est que dans quelques rares cas que les tribunaux se sont déclarés incompétents. Lorsqu'il est associé à une interprétation large du centre des intérêts principaux, le principe de la reconnaissance automatique peut conduire à des situations où plusieurs pays croient être le centre des intérêts principaux d'un débiteur particulier, comme dans les affaires *Eurofoods/Parmalat* et *Daisytek*. Un tel résultat risque de

---

[40] High Court of Justice, Chancery Division (Angleterre), 20 mai 2004 - n°s 556 et 557 de 2004.
[41] Tribunal municipal de Fejer/Székesfehérvár, Hongrie, 14 juin 2004.
[42] High Court du Royaume-Uni, 2 juillet 2004 (non publiée).

réduire la sécurité juridique et la prévisibilité découlant de la définition du centre des intérêts principaux et, partant, la mesure dans laquelle celui-ci peut être aisément vérifié par les tiers pour savoir quelle législation interne s'appliquera en cas d'insolvabilité d'une société. Il pourrait également inciter, comme l'ont souligné certains commentateurs, les parties à rechercher le for le plus avantageux, chose que le Règlement était censé prévenir.

75. Le tribunal irlandais saisi de l'affaire *Eurofoods/Parmalat* a saisi la Cour de justice des communautés européennes conformément à l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne pour lui poser une série de questions précises concernant l'interprétation de l'article 3 du Règlement CE.

ii) Établissement

76. Le terme "établissement" est défini à l'article 2 f) de la Loi type et à l'article 2 h) du Règlement CE. Ces définitions sont identiques, excepté que la Loi type mentionne également les "services".

77. Dans l'affaire *Telia* c. *Hillcourt* (Royaume-Uni, octobre 2002)[43], le tribunal a rejeté une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre un débiteur suédois au Royaume-Uni formée au motif qu'une filiale britannique de ce débiteur avait un établissement dans ce dernier pays et qu'il s'agissait donc d'un établissement de la société mère débitrice suédoise. Le tribunal a estimé que la simple présence d'une filiale n'était pas en soi suffisante pour constituer un établissement. Il s'est donc déclaré incompétent pour prononcer l'ouverture d'une procédure contre le débiteur.

78. Dans l'affaire *Automold* (Allemagne, janvier 2004)[44], le débiteur était incorporé en Allemagne mais faisait l'objet d'une procédure d'insolvabilité au Royaume-Uni. Le tribunal allemand a estimé que la présence d'un siège statutaire dans l'État était la preuve suffisante de l'existence d'un établissement et que, par conséquent, une procédure secondaire pouvait être ouverte. À l'appui de sa conclusion, le tribunal a déclaré que l'ouverture d'une procédure principale étrangère n'empêchait pas l'ouverture d'une procédure secondaire dans le lieu où le débiteur avait son siège statutaire.

79. On pourrait partiellement conclure de ce qui précède qu'une filiale présente dans un État ne constitue pas nécessairement un établissement et que la présence d'un siège statutaire pourrait être la preuve de l'existence d'un établissement. Ces questions étant étroitement liées à la localisation du centre des intérêts principaux, compte tenu en particulier de la présomption concernant le lieu du siège statutaire du débiteur, la saisine – mentionnée plus haut – de la Cour de justice des communautés européennes pourrait permettre de clarifier davantage les choses.

---

[43] High Court of Justice, Chancery Division (Angleterre) [2002] EWDC 2377 (Ch).

[44] Tribunal cantonal de Cologne (Allemagne), 23 janvier 2004, 71 IN 1/04.

A/CN.9/580/Add.1

Note du Secrétariat sur la coordination des travaux: activités actuelles d'organisations internationales dans le domaine du droit de l'insolvabilité

ADDITIF

1. Dans sa résolution 36/32 en date 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]. La Commission avait notamment suggéré de présenter, outre un rapport général sur les activités des organisations internationales, des rapports relatifs à certains domaines d'activité, centrés sur les travaux en cours et sur les domaines dans lesquels il n'était pas mené d'activités d'harmonisation, mais où il pourrait être utile d'en entreprendre[2]. La présente note décrit certaines des activités menées par des organisations internationales qui s'intéressent activement au droit de l'insolvabilité.

1. American Bar Association (ABA)

2. Le Select Advisory Committee on Business Reorganization (SABRE) est un comité spécial de la Section du droit des affaires de l'ABA qui est chargé d'analyser les problèmes de durée et de coût du redressement des entreprises dans le cadre de la loi américaine sur les faillites et d'émettre des recommandations visant l'amélioration de la législation. SABRE I, publié en 2001, contenait trois recommandations: a) prévoir, préalablement à l'application du chapitre 11, une "procédure de règlement amiable" dans laquelle il serait interdit au débiteur d'effectuer des transferts hors du cours normal de ses activités et aux créanciers d'intenter des actions en recouvrement. La suspension des actions au titre du règlement amiable serait brève, de 30 à 60 jours, et pourrait être prolongée par le tribunal, sans toutefois dépasser 120 jours; b) permettre au tribunal, dans le cas d'un redressement engagé en application du chapitre 11, de nommer un "facilitateur" chargé d'aider à rechercher un consensus sur les modalités d'un plan de redressement; et c) permettre à un tribunal, dans le cas d'un redressement engagé en application du chapitre 11, d'affecter à la procédure d'insolvabilité un ou plusieurs experts commerciaux neutres chargés de faciliter la diffusion des données relatives à l'entreprise. SABRE II, publié en 2004, contenait trois recommandations supplémentaires. Deux d'entre elles avaient trait à la participation des créanciers à la procédure de redressement: a) ramener le nombre de comités de créanciers à un comité unique, sauf dans des circonstances extraordinaires; et b) dans les cas de redressement moins importants où les créanciers pourraient avoir peu d'intérêt à former un comité, prévoir la nomination d'un "représentant des créanciers" chargé de suivre l'affaire et de négocier un plan de redressement au nom des créanciers non garantis. La troisième recommandation visait à accorder aux tribunaux une

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-sixième session, Supplément n° 17* (A/36/17), par. 93 à 101.

[2] Ibid., par. 100

importante marge de manœuvre pour ce qui est de nommer des auditeurs et de définir, au-delà de simples pouvoirs d'investigation, leurs attributions dans une procédure de redressement.

2. American Law Institute (ALI)

3. Le projet "Transnational Insolvency: Cooperation Among the NAFTA Countries" de l'American Law Institute est la suite donnée au nombre croissant de faillites d'entreprises multinationales observées dans les pays de l'ALENA. Quatre volumes ont été publiés en 2003: Principles of Cooperation Among the NAFTA Countries, qui offre un aperçu du projet et émet des recommandations précises. Les trois autres, International Statement of United States Bankruptcy Law, International Statement of Canadian Bankruptcy Law et International Statement of Mexican Bankruptcy Law, décrivent la législation des faillites des trois États membres de l'ALENA et énoncent des principes régissant les cas d'insolvabilité internationale faisant intervenir des actifs situés dans un ou plusieurs des trois pays de l'ALENA[3].

3. Banque asiatique de développement (BAsD)

4. La BAsD aide les gouvernements à améliorer le fonctionnement des institutions publiques, en particulier des tribunaux, des organes de réglementation et des ministères de la justice, en créant des établissements de formation juridique et en facilitant l'accès, par le Web, à des programmes de formation et de recherche juridiques. Elle contribue à la réforme du droit de l'insolvabilité par son programme d'assistance technique régionale (RETA) 5975, qui vise à promouvoir la coopération régionale en matière de réforme du droit de l'insolvabilité dans les domaines a) des règlements amiables informels, b) de l'interface entre le droit de l'insolvabilité et celui des opérations garanties et c) de l'insolvabilité internationale. Le rapport final de ce programme est en voie d'achèvement.

4. Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD)

5. En 2004, la BERD[4] a réalisé une enquête sur les indicateurs juridiques de l'insolvabilité et une étude de ce secteur afin de faire comprendre aux participants à des procédures d'insolvabilité la portée et l'efficacité des régimes juridiques appliqués par ses 25 pays d'opérations en matière d'insolvabilité. L'enquête, dépassant le cadre du droit théorique, étudie comment la législation et les institutions (y compris les règles de procédure, le système judiciaire et les administrateurs de l'insolvabilité) de chaque pays opèrent pour créer un régime juridique de l'insolvabilité efficace (ou non). L'étude, qui adopte une démarche globale intégrant les principales normes internationales relatives à l'insolvabilité, évalue la mesure dans laquelle un pays donné respecte, de par sa législation, ces normes. Les données recueillies par la BERD dans le cadre de ces activités ont permis d'effectuer une comparaison unique à la fois de la portée et de l'efficacité des régimes juridiques de l'insolvabilité appliqués par tous ses pays d'opérations.

---

[3] http://www.ali.org

[4] http://www.ebrd.com/

5. Union européenne

6. Le 31 mai 2002, le Règlement 1346/2000 du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité internationale est entré en vigueur. Ce Règlement s'applique uniquement aux procédures dans lesquelles le centre des intérêts principaux du débiteur est situé dans la Communauté. Il ne s'applique pas au Danemark. Il fournit des règles précises de compétence, de droit applicable et de reconnaissance tout en renforçant la coordination des mesures à prendre en ce qui concerne le patrimoine d'un débiteur insolvable. Les solutions se fondent sur le principe de l'ouverture de procédures d'insolvabilité principales ayant une portée universelle dans l'État membre où se situe le centre des intérêts principaux du débiteur, tout en préservant la possibilité d'ouvrir des procédures secondaires dans un autre État membre dans lequel le débiteur a un établissement.

7. Suite aux discussions qu'a eues le Parlement européen concernant la modification de la Directive 80/987/CEE du Conseil en date du 20 octobre 1980 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, un groupe *ad hoc* d'experts gouvernementaux provenant des 15 États membres a été chargé d'examiner, en collaboration avec la Commission, les principales difficultés rencontrées dans l'application de cette directive. Suite à ces réunions, qui ont aussi porté sur la situation juridique, sociale et économique des travailleurs touchés par les nouvelles formes de travail, la directive a été modifiée par la Directive 2002/74/CE du Parlement européen et du Conseil en date du 23 septembre 2002.

8. La Direction générale (DG) des entreprises a lancé, dans le cadre de ses projets relatifs aux meilleures pratiques à suivre pour mener à bien des exercices d'étalonnage sur des questions considérées comme essentielles pour atteindre l'objectif de Lisbonne[5], le projet "Restructuration, dépôt de bilan et nouveau départ". Un groupe d'experts provenant de 14 États membres, de 7 pays candidats et de Norvège a été créé en 2002. Le rapport final de ce groupe, intitulé "Restructuration, dépôt de bilan et nouveau départ", a été publié en septembre 2003.

9. Parallèlement, et pour définir les orientations de la politique relative à l'esprit d'entreprise, la Commission a publié, en 2003, un Livre vert sur l'esprit d'entreprise en Europe[6]. Après un débat public sur la façon d'instaurer, entre le risque pris et la rétribution éventuelle, un équilibre plus favorable à l'entreprise, la Commission a présenté, en février 2004, un Plan d'action qui énonçait une série de mesures clefs visant cinq domaines de priorité stratégiques[7]. Dans le cadre de sa politique visant à réduire la stigmatisation de l'échec, la Commission a proposé d'établir en 2004, avec des experts des États membres, des principes relatifs à la faillite, à la détection précoce des difficultés financières, aux raisons de l'échec et aux obstacles au redémarrage, ainsi que des portraits d'entrepreneurs défaillants ayant eu une seconde chance.

---

[5] À une réunion spéciale tenue à Lisbonne les 23 et 24 mars 2000, les dirigeants de l'Union européenne sont convenus d'un nouvel objectif stratégique pour l'Union dans le but de renforcer l'emploi, la réforme économique et la cohésion sociale dans le cadre d'une économie fondée sur la connaissance.

[6] http://europa.eu.int/comm/enterprise/entrepreneurship/green_paper/green_paper_final_en.pdf

[7] http://europa.eu.int/comm/enterprise/entrepreneurship/promoting_entrepreneurship/doc/com_70_en.pdf

10. Définie par le Plan d'action pour les services financiers (PASF) comme étant une priorité absolue, la Directive 2001/24/CE du Parlement européen et du Conseil concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit comble une importante lacune dans la législation des services financiers. L'objectif de cette directive est de veiller à ce que, lorsqu'un établissement de crédit disposant de filiales dans d'autres États membres fait faillite, il soit appliqué une procédure unique de liquidation à tous les créanciers et investisseurs. La directive est entrée en vigueur le 5 mai 2001 et son délai d'application dans les États membres était fixé au 5 mai 2004.

11. La Directive 2001/17/CE concernant l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance fait également partie intégrante du Plan d'action pour les services financiers (PASF). Elle prévoit que l'ouverture de mesures d'assainissement et de procédures de liquidation concernant des entreprises d'assurance est décidée par les autorités compétentes de l'État membre dans lequel l'entreprise est autorisée (État membre d'origine) et en vertu de la législation de l'État membre d'origine. La procédure englobe toutes les filiales de l'entreprise d'assurance situées dans la Communauté, et les créanciers doivent être dûment informés et traités sans discrimination indépendamment de l'État membre dans lequel ils résident. La directive est entrée en vigueur le 20 avril 2001 et son délai d'application dans les États membres était fixé au 20 avril 2003.

6. Groupe des Vingt

12. La sixième réunion des Ministres des finances et Gouverneurs de banque centrale du G-20, qui s'est tenue à Berlin (Allemagne) les 20 et 21 novembre 2004, a publié le communiqué suivant:

> "Tirant des enseignements de l'échange de données d'expérience que nous avons mené ces deux dernières années, nous avons souligné que des secteurs financiers nationaux solides sont essentiels pour soutenir la croissance économique et réduire les vulnérabilités externes. Nous sommes convenus qu'il faudrait nous employer, en accordant à cette tâche un degré de priorité élevé, à créer des institutions stables et efficaces. Le progrès de cette entreprise est aussi la condition d'une libéralisation bien ordonnée des comptes de capitaux. Il faut veiller à appliquer les normes et codes internationalement reconnus. Nous avons souligné le rôle déterminant que joue la surveillance du secteur financier, surveillance qui doit tenir dûment compte de l'efficacité, de l'indépendance opérationnelle et de la responsabilité des entités concernées. Nous nous sommes félicités des activités menées par la Banque mondiale pour établir des principes et des orientations devant garantir un traitement efficace de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers, et louons l'action menée pour mettre au point dans ce domaine, en collaboration avec la CNUDCI, une norme internationale unifiée qui tienne compte des différentes traditions juridiques. Nous avons déterminé que des systèmes de paiement stables et efficaces sont essentiels à l'infrastructure financière et avons souligné le rôle que jouent les banques centrales en tant que fournisseurs et superviseurs de services de paiement. Nous nous sommes félicités de l'action menée par le FMI, la Banque mondiale et d'autres organismes pour favoriser la mise en place d'institutions et le développement

des moyens locaux, et sommes convenus de la nécessité de coordonner étroitement ces activités."

7. Conférence de La Haye de droit international privé

13. La Conférence de La Haye a collaboré étroitement à la rédaction du chapitre du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité traitant de la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité.

8. International Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals (INSOL)

14. L'INSOL prépare actuellement plusieurs publications sur i) les systèmes d'assurance des dépôts (six études de pays portant sur les systèmes respectifs: États-Unis, Canada, Royaume-Uni, Hong Kong, Pays-Bas et Japon); ii) les droits des salariés (25 études de pays portant sur les problèmes que rencontrent les salariés dont l'employeur connaît des difficultés financières ou devient insolvable, y compris la façon dont un salarié est défini aux fins de l'insolvabilité, ses droits dans l'insolvabilité, la priorité de traitement, la responsabilité personnelle des administrateurs vis-à-vis des salaires impayés, les systèmes de protection sociale en place et, dans l'éventualité où une entreprise insolvable est vendue, les responsabilités des acquéreurs vis-à-vis des salariés); iii) Directors in the Twilight Zone (2e édition, couvrant 21 pays); iv) les qualifications et compétences des praticiens de l'insolvabilité (enquête mondiale sur les nominations, les qualifications, la procédure de sélection, la supervision, la rémunération et la réglementation des professionnels); v) l'analyse du marché mondial; et vi) un projet relatif aux dérivés de crédit (étude des questions relatives aux dérivés de crédit qui touchent la restructuration des entreprises). L'INSOL continue de coparrainer, avec la CNUDCI, les Colloques judiciaires multinationaux relatifs aux aspects transnationaux de l'insolvabilité.

9. Banque internationale pour la reconstruction et le développement (Banque mondiale)

15. La Banque mondiale a produit un projet de Principes et directives régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers. Ce document compare l'efficacité des procédures d'insolvabilité et la protection des droits des créanciers et conseille les responsables politiques sur les choix à faire pour créer ou renforcer un système favorisant l'établissement de relations saines entre débiteurs et créanciers. Il est utilisé par les fonctionnaires de la Banque mondiale pour évaluer les procédures d'insolvabilité et la protection des droits des créanciers pays par pays sous la forme de Rapports sur le respect des normes et codes (RRNC). S'agissant des cadres institutionnels de l'insolvabilité, la Banque mondiale a organisé, en 2003 et 2004, des Forums mondiaux destinés à encourager, entre les juges qui supervisent les affaires d'exécution commerciale et d'insolvabilité, l'instauration d'un dialogue devant aider à produire un Guide des pratiques des tribunaux d'insolvabilité.

16. Des consultations se poursuivent entre la Banque mondiale, la CNUDCI et le Fonds monétaire international en vue a) d'harmoniser les Principes et directives régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers, d'une part, et le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité et le Guide législatif

sur les opérations garanties, d'autre part, et b) de mettre au point une norme internationale unifiée dans le domaine du droit de l'insolvabilité.

10. Association internationale du barreau (AIB)

17. La Section de l'insolvabilité, de la restructuration et des droits des créanciers de la Division de la pratique juridique de l'Association internationale du barreau mène, dans le domaine du droit de l'insolvabilité, un certain nombre d'activités. Elle collabore, par exemple, avec d'autres organisations internationales (CNUDCI, Banque mondiale, FMI) pour accroître la sécurité juridique en réformant le droit de l'insolvabilité. Elle a, en particulier, adressé à la CNUDCI des propositions concernant les futurs travaux à mener sur le droit de l'insolvabilité. Elle entretient des liens avec des organismes multinationaux et nationaux de réglementation et avec d'autres institutions internationales telles que le Groupe des Vingt et INSOL International. En mai 2005, elle examinera notamment, avec INSOL Europe, les questions liées à la promotion croisée de projets relatifs à l'insolvabilité internationale et à la coopération dans ce domaine. Le 20 mai 2005, elle présentera au Conseil de la Division de la pratique juridique de l'AIB une résolution tendant à reconnaître et avaliser le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité. Si cette résolution est adoptée, elle compte présenter, au nom de la Division de la pratique juridique, la même résolution au Conseil de l'AIB le 21 mai. Elle contribue chaque année à la rédaction du rapport Doing Business de la Banque mondiale, qui examine l'évolution et la teneur des législations nationales relatives à l'insolvabilité. Prenant la suite des travaux lancés par l'ancien Comité J en 2002, elle contribue à l'élaboration de questionnaires mis conjointement au point par l'AIB, la Banque mondiale et la Graduate School of Economics de Harvard.

11. International Insolvency Institute (III)

18. L'III compte plusieurs comités, qui étudient divers thèmes relatifs à l'insolvabilité, notamment: le financement de l'insolvabilité internationale (élaboration de systèmes et/ou de procédures qui faciliteront l'aptitude d'une entreprise en redressement qui opère au plan international à obtenir des financements pour poursuivre son activité); les responsabilités des entreprises et des professionnels (comparaison des responsabilités des dirigeants et des professionnels dans les procédures d'insolvabilité); les communications transfrontalières dans les affaires d'insolvabilité (promotion de l'application des Directives applicables aux communications de tribunal à tribunal dans des cas transfrontaliers); les procédures accélérées de redressement international (élaboration de procédures accélérées facilitant les redressements et les restructurations internationaux); l'insolvabilité de l'État; les contentieux transnationaux (établissement d'une base de données regroupant les principales décisions relatives à l'insolvabilité internationale); les priorités fiscales en cas de faillite; l'actualité de l'Union européenne; l'actualité de l'Amérique latine; et l'actualité de l'Asie.

12. Fonds monétaire international (FMI)

19. Le FMI propose aux autorités des pays membres des formations spécialisées et des conseils qui doivent les aider à renforcer leur infrastructure juridique, lorsque cela se justifie du point de vue macroéconomique. En matière d'insolvabilité, les activités consistent notamment à effectuer des comparaisons entre les pratiques

suivies par les pays et les normes et codes internationalement reconnus applicables à la diffusion des données, à la transparence budgétaire, à la transparence des politiques monétaires et financières, à la surveillance des banques, aux marchés de titres, à la réglementation des assurances, à la comptabilité et à la vérification des comptes. Le FMI a produit plusieurs rapports sur l'insolvabilité des entreprises, l'insolvabilité des banques et la restructuration des dettes souveraines insoutenables, y compris le rapport intitulé "Pour des procédures d'insolvabilité ordonnées et efficaces" (1999), qui analyse les principaux choix de politique générale qu'il faut faire pour garantir un traitement efficace de l'insolvabilité des entreprises[8].

13. Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)

20. Depuis 1992, le Service de la privatisation et de la réforme des entreprises de l'OCDE participe à l'élaboration, aux fins de pays en transition et de marchés émergents, de règles et de politiques concernant la réforme du droit, l'accent étant placé sur la privatisation, l'insolvabilité et le droit des entreprises. Dans le cadre de son programme spécial pour l'Asie, l'OCDE a entrepris de nouer, avec des experts et fonctionnaires des pays membres, des responsables politiques et des experts des nouvelles économies de marché, un dialogue sur la conception et l'application de systèmes de traitement de l'insolvabilité.

21. Le Forum pour la réforme du droit de l'insolvabilité en Asie (FAIR) a été institué par l'OCDE en coopération avec l'Association de coopération économique Asie-Pacifique et la Banque asiatique de développement (BAsD) et avec l'aide des Gouvernements japonais et australien pour: développer et maintenir le dialogue sur la réforme du droit de l'insolvabilité entre les responsables politiques et des représentants de haut niveau du secteur privé d'Asie; suivre les progrès réalisés dans l'application des réformes par chaque économie de la région; recenser les principaux domaines présentant un intérêt pour les responsables politiques et praticiens de la région; et aider à définir, pour chaque pays, les besoins en assistance technique auxquels pourraient répondre des donateurs bilatéraux ou des institutions multilatérales. Il s'est tenu, à ce jour, quatre réunions (Bali, février 2001; Bangkok, décembre 2002; Séoul, novembre 2003; et New Delhi, novembre 2004), une autre étant prévue en 2005.

---

[8] http://www.imf.org/external/pubs/ft/orderly/

A/CN.9/580/Add.2

Note du Secrétariat sur le droit de l'insolvabilité – évolutions dans le domaine du droit de l'insolvabilité: incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale

ADDITIF

1. La présente note fournit des informations actualisées sur les incorporations de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale depuis la date de parution du document A/CN.9/580.

2. Le 20 avril 2005 a été promulgué le nouveau chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis, qui entrera en vigueur le 17 octobre 2005. Il incorpore la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, dont il reprend largement les termes. Quelques changements sont indiqués ci-après.

i) Champ d'application de la législation – Article premier de la Loi type

3. La section 1501 exclut certaines personnes physiques pouvant être considérées comme des consommateurs ordinaires (par référence à des limitations spécifiées de l'endettement) qui sont soit des ressortissants soit des résidents permanents des États-Unis d'Amérique, certains courtiers en bourse et en marchandises et d'autres entités soumises à des régimes d'insolvabilité spéciaux en vertu du droit des États-Unis.

ii) Tribunal compétent – Article 4 de la Loi type

4. La désignation du tribunal compétent est traitée ailleurs dans le Code des faillites des États-Unis. La section 1504 introduit et met en évidence le principe préconisant une règle générale selon laquelle les pays autres que le pays d'origine du débiteur, où se déroulerait la procédure principale, devraient normalement mettre en œuvre des procédures accessoires à l'appui de la procédure principale, de préférence à un système de faillites totales dans chaque État où se trouvent des actifs.

iii) Autorisation donnée d'agir dans un État étranger – Article 5 de la Loi type

5. La section 1505 modifie l'autorisation automatique donnée à une personne ou à un organe chargé d'administrer un redressement ou une liquidation en vertu de la loi de l'État adoptant, en exigeant l'obtention de l'approbation préalable du tribunal.

iv) Droit d'accès direct, demande d'ouverture et participation à une procédure – Articles 9, 11 et 12 de la Loi type

6. La section 1509 impose la reconnaissance d'un représentant étranger comme condition de l'exercice de ses droits et obligations, qui comprennent la faculté, en vertu de l'article 11, de demander l'ouverture d'une procédure locale et, en vertu de l'article 12, de participer à une procédure concernant le débiteur. Une disposition a été ajoutée pour qu'un représentant étranger ne puisse demander des mesures auprès de tribunaux des États-Unis lorsque la reconnaissance lui a été refusée. Une

exception à l'obligation de reconnaissance est faite pour le recouvrement de créances qui appartiennent au débiteur, par exemple des sommes à recevoir.

v) Notification aux créanciers résidant à l'étranger – Article 14 de la Loi type

7. La section 1514 prévoit l'octroi d'un délai supplémentaire pour les créanciers étrangers en ce qui concerne la notification et la déclaration des créances.

vi) Mesures disponibles dès la reconnaissance – Article 20 de la Loi type

8. La section 1520 importe au chapitre 15 les mesures disponibles des dispositions existantes du Code des faillites, qui sont plus larges que celles prévues par l'article 20. Elles comprennent par exemple, les motifs de mainlevée de la suspension, et un droit automatique pour le représentant étranger de la procédure principale de gérer l'entreprise du débiteur. Elle autorise qu'une action soit ouverte pour préserver une créance, mais non qu'elle soit poursuivie. L'arrêt des poursuites ne s'applique pas à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité totale aux États-Unis, bien que cette procédure soit soumise aux dispositions relatives à la coordination et à la coopération.

vii) Actions visant à annuler les actes préjudiciables aux créanciers – Article 23 de la Loi type

9. La section 1523 confère le droit à un représentant étranger reconnu d'engager une action en annulation uniquement lorsqu'une affaire est pendante en vertu d'une autre partie du Code des faillites. La section laisse au tribunal le soin de déterminer la nature et l'étendue d'une telle action et le droit interne qui peut s'appliquer à cette dernière.

viii) Coordination des procédures – Article 28 de la Loi type

10. La section 1528 indique clairement qu'en plus des dispositions de l'article 28, le tribunal peut rejeter ou suspendre une procédure aux États-Unis à des fins de coopération et de coordination avec une procédure étrangère.

X. COORDINATION ET COOPÉRATION

A. Note du Secrétariat concernant les activités actuelles des organisations internationales en matière d'harmonisation et d'unification du droit commercial international

(A/CN.9/584) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-3
II.	Harmonisation et unification du droit commercial international	4-64
	A. Contrats commerciaux internationaux	4-12
	B. Transport international de marchandises	13-29
	C. Arbitrage et conciliation dans le domaine commercial	30-34
	D. Paiement internationaux	35
	E. Sûretés réelles mobilières	36-44
	F. Droit de la concurrence	45-49
	G. Marchés publics	50-55
	H. Facilitation du commerce	56-64

I. Introduction

1. Dans sa résolution 34/142 du 17 décembre 1979, l'Assemblée générale a prié le Secrétaire général de saisir la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'un rapport sur les activités juridiques 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 à diverses suggestions de 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

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-sixième session, Supplément n° 17* (A/36/17), par. 93 à 101.

particuliers où il serait question du travail déjà entrepris et des secteurs n'ayant pas encore fait l'objet de mesures d'unification mais où un effort dans ce sens semble s'imposer[2]. Deux rapports de cette nature, l'un sur le commerce électronique (document A/CN.9/579) et l'autre sur l'insolvabilité (document A/CN.9/580/Add.1) ont été établis pour être soumis à l'examen de la Commission à sa trente-huitième session, en 2005. Ces deux sujets ne sont donc pas traités dans la présente note.

3. Le présent rapport général, établi pour donner suite à la résolution 34/142, est le premier d'une nouvelle série que le secrétariat se propose de mettre à jour et de réviser chaque année pour l'information de la Commission. Il traite des activités principalement entreprises par les organisations internationales depuis 2000 en vue d'élaborer des instruments relatifs au droit commercial international harmonisés et unifiés, et se fonde sur les documents accessibles au public ainsi que sur les consultations entreprises avec les organisations énumérées ci-après.

Sont décrites ici les activités des organisations suivantes:

a) Organismes et institutions spécialisées des Nations Unies

CEE-ONU	Commission économique des Nations Unies pour l'Europe
OMI	Organisation maritime internationale
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
ONUDI	Organisation des Nations Unies pour le développement industriel
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle

b) Autres organisations intergouvernementales

BAD	Banque asiatique de développement
BAfD	Banque africaine de développement
ASEAN	Association des nations de l'Asie du Sud-Est
CARICOM	Communauté des Caraïbes
COMESA	Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe
	Secrétariat du Commonwealth
BERD	Banque européenne pour la reconstruction et le développement
Conférence de La Haye	Conférence de La Haye de droit international privé
OTIF	Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires
BID	Banque interaméricaine de développement
OEA	Organisation des États américains
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
SADC	Communauté de développement de l'Afrique australe
Unidroit	Institut international pour l'unification du droit privé

[2] Ibid., par. 100.

Banque mondiale	Banque internationale pour la reconstruction et le développement
OMD	Organisation mondiale des douanes

c) Organisations non gouvernementales internationales

CEELI	Central European and Eurasian Law Initiative
CMI	Comité Maritime International
FIATA	Fédération internationale des associations de transitaires et assimilés
IIDM	Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo
CCI	Chambre de commerce internationale
ICN	International Competition Network
CCI CNUCED/ OMC	Centre du commerce international CNUCED/OMC
PECC	Conseil de coopération économique du Pacifique
UEMOA	Union économique et monétaire ouest-africaine

II. Harmonisation et unification du droit commercial international

A. Contrats commerciaux internationaux

Conférence de La Haye

4. Lors d'une réunion qu'elle a tenue du 21 au 27 avril 2004, la Commission spéciale sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale de la Conférence de La Haye ("le projet des jugements") a mis la dernière main à un avant-projet de convention sur les accords exclusifs d'élection de for ("l'avant-projet de convention"). Un rapport explicatif de cet avant-projet a ensuite été établi par deux rapporteurs de cette Commission spéciale. Du 18 au 20 avril 2005, le comité de rédaction du projet des jugements s'est réuni à La Haye pour discuter d'un certain nombre de questions relatives à l'avant-projet de convention, parmi lesquelles: les obligations du tribunal non élu dans l'accord initial; les jugements incompatibles; l'application et l'exécution par les tribunaux des accords conclus avant et après l'entrée en vigueur de l'avant-projet; l'autonomie des parties; et les effets des instruments nationaux et internationaux contenant des dispositions contraires à celles de l'avant-projet[3]. Une session diplomatique se tiendra du 14 au 30 juin 2005 au sujet de l'avant-projet de convention.

CCI[4]

5. La Commission du droit et des pratiques commerciales de la CCI[5] élabore actuellement les contrats et accords types suivants: Contrats types de fusions et

[3] Rapport sur la réunion du comité de rédaction du 18 au 20 avril 2005 en préparation de la vingtième session de juin 2005: voir http://hcch.e-vision.nl/upload/wop/jdgm_pd28f.pdf.

[4] http://www.iccwbo.org/.

[5] Cette Commission, notamment, établit des règles et standards mondiaux en matière commerciale

acquisitions I: Accord d'achat d'actions; Contrats types de fusions et acquisitions II: Accord sur le fonds de commerce et les actifs; Contrat type de livraison d'usine clefs en main; Contrat type de grand projet de construction; Contrat type de distribution sélective; Clauses types pour les contrats électroniques; Conseils aux entreprises en matière de contrats électroniques; Contrat type de transfert de technologie; Contrat type de licence de marque; Accord type de confidentialité; et un guide juridique sur les contrats d'externalisation internationale. En outre, la Commission du droit et des pratiques commerciales travaille avec la CNUDCI sur les contrats électroniques; avec la Commission européenne sur l'initiative menée par cette dernière en vue d'harmoniser le droit européen des contrats et sur la révision de la Convention de Rome; et avec la Conférence de La Haye sur son projet des jugements (voir plus haut, par. 4).

CCI CNUCED/OMC[6]

6. Le CCI CNUCED/OMC gère une collection multilingue d'informations juridiques sur le commerce international, appelée Juris International (www.jurisint.org). Cette collection propose aux utilisateurs environ 160 contrats types sélectionnés en raison de l'intérêt pratique qu'ils présentent pour les opérations commerciales internationales (licences, joint ventures, édition, marchés publics, sous-traitance, etc.). Ces contrats types et guides de rédaction sont accessibles au public sur le site Web du CCI et sur CD-ROM. En 2005, le CCI a lancé LegaCarta, un outil informatique multilingue, accessible sur Internet, sur les traités et autres instruments commerciaux multilatéraux, dont le but principal est d'aider les décideurs et les organismes nationaux de promotion du commerce à améliorer l'encadrement juridique du commerce international de leur pays. Il comporte des données élaborées autour d'un noyau principal de 250 instruments auxquels s'ajoutent environ 450 amendements et protocoles (cartes juridiques de ratifications, textes complets et résumés, état des ratifications, intérêt de chaque instrument par rapport à son impact sur le commerce international, analyse par pays).

7. En 2004, un comité *pro bono* du CCI (composé de praticiens expérimentés d'une cinquantaine de pays représentant des contextes économiques et des cultures juridiques très variés)[7] a rédigé deux contrats types pour les joint ventures contractuelles internationales constituées entre deux parties ou plus, sans recours à la fondation d'une entité juridique. En 2005, des contrats types de joint ventures visant la création d'une société commune devraient également être publiés.

---

applicables aux opérations interentreprises (B2B) (par exemple Incoterms) et rédige des contrats types. Elle est constituée des équipes spéciales suivantes: fusions et acquisitions, transactions clefs en main, force majeure, représentation et distribution, Incoterms, licences, contrats électroniques et enfin compétence et loi applicable. La Commission et ses équipes comptent 550 membres venant de plus de 42 pays, parmi lesquels des associés de cabinets d'avocats internationaux, des juristes d'entreprise, des professeurs de droit et des cadres de sociétés et d'organisations internationales membres. Pour plus d'informations, voir: http://www.iccwbo.org/law/commission/.

[6] http://www.intracen.org/index.htm.

[7] On trouvera des informations au sujet de ces contrats à l'adresse suivante: http://www.forumducommerce.org/news/fullstory.php/aid/450/Les_joint_ventures_internationales.html. Ces contrats seront mis en ligne sur http://www.jurisint.org/pub/.

8. En 2005, le CCI a publié, conjointement avec l'OMPI, un manuel de formation sur la négociation de contrats de licence de technologie[8], qui met l'accent sur la sélection, l'acquisition et le transfert, au moyen de contrats de licence, de technologies protégées par un droit de propriété intellectuelle.

OHADA[9]

9. L'OHADA travaille, notamment, dans le domaine des contrats commerciaux[10]. Son Conseil des ministres a confié à Unidroit[11] la préparation d'un projet d'acte uniforme OHADA sur les contrats fondé sur les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international. L'acte uniforme envisagé traitera principalement des contrats commerciaux[12]. Au début de 2005, Unidroit s'est également vu confier la préparation d'un projet d'acte uniforme OHADA sur la preuve des obligations contractuelles.

10. Le secrétariat de la CNUDCI, en coopération avec le Ministère de la Justice canadien, a prêté son concours à l'OHADA pour l'établissement d'un projet d'acte uniforme sur le droit de la consommation.

Unidroit[13]

11. Conformément à la recommandation du Conseil de direction d'Unidroit, les Principes relatifs aux contrats du commerce international figurent au programme de

---

[8] Pour plus d'informations, voir http://www.ompi.int/edocs/prdocs/fr/2005/wipo_upd_2005_237.html.

[9] L'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) a été créée par le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique du 17 octobre 1993. Ce Traité est disponible sur http://www.ohada.org/.

[10] Pour le Programme d'harmonisation du droit des affaires en Afrique, voir l'article 2 du Traité (ibid.) et la décision n° 002/2001/CM de l'OHADA, adoptée à Bangui en mars 2001 par son Conseil des ministres, disponibles sur http://www.ohada.org. Ce Programme recouvre le droit de la concurrence, le droit bancaire, le droit de la propriété intellectuelle, le droit des sociétés civiles, le droit des sociétés coopératives et mutualistes, le droit des contrats et le droit de la preuve. l'OHADA a élaboré les instruments législatifs suivants: Acte uniforme du 10 avril 1998 portant sur le droit commercial général, Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du Groupement d'intérêt économique, Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés, Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, Acte uniforme du 10 avril 1998 sur le droit de l'arbitrage, Acte uniforme de mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises dans les États parties au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique et Acte uniforme de mars 2003 relatif aux contrats de transport des marchandises par route. Tous ces Actes sont disponibles à l'adresse suivante: http://www.ohada.org/.

[11] Pour des informations sur cet institut, voir http://www.UNIDROIT.org.

[12] Pour plus d'informations, voir Marcel Fontaine, "Le projet d'Acte uniforme OHADA sur les contrats et les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international", à l'adresse suivante: http://www.unidroit.org/french/legalcooperation/ohada/2004-3-fontaine-f.pdf. En septembre 2004, M. Fontaine, qui est membre du Groupe de travail chargé de la préparation des Principes relatifs aux contrats du commerce international, a soumis un projet à l'examen des organes compétents de l'OHADA.

[13] http://www.unidroit.org/.

travail de l'Institut en tant que sujet permanent[14]. L'édition 2004 des Principes a été adoptée par le Conseil de direction lors de sa quatre-vingt-troisième session (Rome, 19-21 mai 2004). Unidroit sollicite actuellement des commentaires et suggestions concernant de nouveaux sujets à traiter dans une nouvelle édition future des Principes. À sa quatre-vingt-quatrième session (18-20 avril 2005), le Conseil de direction, a examiné en vue de leur inclusion dans cette future édition les sujets suivants: la restitution en cas de nullité du contrat, l'illégalité, la pluralité de créanciers et de débiteurs, les conditions et la caution, et les garanties. La décision finale sera prise après la constitution, en 2006, d'un nouveau groupe de travail chargé d'examiner les Principes.

OMPI[15]

12. Le Secteur du droit d'auteur et des droits connexes de l'OMPI a organisé, en avril 2005, un séminaire sur le droit d'auteur et les intermédiaires d'Internet, dont l'objectif principal était d'envisager les différentes possibilités d'aborder les questions relatives à la responsabilité de droit d'auteur des intermédiaires en ligne, parmi lesquels figurent aussi les fournisseurs d'accès à Internet, les fournisseurs de services d'échange de fichiers entre particuliers, les sites de ventes en ligne et les portails Internet. Dans le cadre de l'action de son Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, l'OMPI élabore actuellement une base de données consultable en ligne de pratiques contractuelles, de lignes directrices et de clauses types relatives à la propriété intellectuelle pour les contrats concernant l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages ("la base de données contrats")[16], l'accent étant mis sur les aspects relatifs à la propriété intellectuelle de tels contrats.

B. Transport international de marchandises

1. Transport maritime

CMI[17]

13. Le CMI prend part régulièrement aux activités du Groupe de travail III de la CNUDCI (Droit des transports), qui élabore actuellement un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] (le projet d'instrument de la CNUDCI sur le transport de marchandises) destiné à régir la responsabilité née du transport de marchandises. Le texte du projet d'instrument de la CNUDCI s'inspire largement des considérations et des suggestions d'un sous-comité international du CMI et a également fait l'objet de travaux de la part du Comité A du CMI lors de la trente-huitième Conférence du CMI, qui s'est tenue à Vancouver du 30 mai au 4 juin 2004.

---

[14] Pour plus d'informations, voir http://www.unidroit.org/french/workprogramme/study050/main.htm.

[15] http://www.wipo.int/portal/index.html.fr.

[16] La version à jour de la base de données sur les contrats est accessible sur le site Web de l'OMPI à l'adresse suivante: http://www.wipo.int/tk/en/databases/contracts/index.html.

[17] http://www.comitemaritime.org/home.htm.

14. En 2004, le CMI a achevé de réviser les Règles d'York et d'Anvers de 1994, qui traitent de questions telles que l'assistance, les dépenses au port de refuge, les réparations provisoires, les avances de fonds, les intérêts sur les pertes et la prescription[18].

FIATA[19]

15. La FIATA a créé plusieurs documents et formulaires à l'usage des transitaires afin d'établir un standard uniforme pour les opérations de transit. De plus, elle participe régulièrement aux activités du Groupe de travail III de la CNUDCI, et a apporté une attention particulière aux aspects multimodaux du projet d'instrument de la CNUDCI sur le transport de marchandises.

CCI

16. La Commission des transports et de la logistique de la CCI[20] avec ses deux comités sectoriels (pour le transport maritime et le transport aérien) offre un cadre de discussion pour des questions propres à ce type de transport. Ces deux comités ont principalement pour mission de suivre les évolutions législatives et réglementaires touchant le domaine du transport dans le monde. Leurs activités sont axées, notamment, sur la modernisation des régimes applicables au transport maritime et au transport multimodal, y compris les questions relatives, en matière de crédit documentaire, aux documents de transport et à l'utilisation de l'informatique pour faciliter le transport. Le Comité du transport maritime dirige également le Comité d'examen des connaissements de la CCI, qui rend des décisions relatives à la conformité des documents de transport aux Règles CNUCED/CCI applicables aux documents de transport multimodal. La Commission de technique et pratiques bancaires de la CCI (voir ci-après, par. 35) est en train d'examiner et de réviser les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU), notamment leur article 30 relatif aux connaissements port à port.

OMI[21]

17. La Convention internationale sur les privilèges et hypothèques maritimes (Genève, 6 mai 1993)[22] a pour objectifs: i) de fournir un cadre juridique généralement acceptable régissant la reconnaissance et l'exécution des privilèges et hypothèques maritimes, afin de promouvoir l'uniformité au niveau international et ii) de renforcer la position internationale des créanciers hypothécaires et des bailleurs de fonds des constructeurs et des acquéreurs de navires, pour améliorer ainsi les conditions de financement des navires au niveau international. Cette Convention remplace les Conventions de 1926 et 1967 pour l'unification de certaines règles relatives aux privilèges et hypothèques maritimes.

18. En 2002, une conférence diplomatique a adopté le troisième Protocole à la Convention d'Athènes de 1974 relative au transport par mer de passagers et de leurs

---

[18] Pour plus d'informations, voir http://www.comitemaritime.org/cmidocs/yar.html.
[19] www.fiata.com.
[20] Pour plus d'informations, voir http://www.iccwbo.org/home/menu_transport.asp.
[21] http://www.imo.org/index.htm.
[22] Entrée en vigueur le 5 septembre 2004, document A/CONF.162/7.

bagages[23]. Celui-ci introduit des mécanismes pour aider les passagers à obtenir réparation et, en particulier, remplace le système de responsabilité reposant sur la faute par un système de responsabilité objective en cas de préjudice causé par un événement maritime. Il impose également la souscription d'une assurance couvrant les passagers transportés et relève les limites de responsabilité. Il donne néanmoins la faculté aux États parties de conserver ou d'introduire des limites de responsabilité plus élevées.

19. Les amendements au chapitre VII de la Convention internationale de 1974 pour la sauvegarde de la vie humaine en mer (SOLAS) (1er novembre 1974), adoptés en mai 2002, ont rendu obligatoire, à compter du 1er janvier 2004, le Code maritime international des marchandises dangereuses (Code IMDG) contenu dans ce chapitre. Ce Code pose des règles uniformes de sécurité pour le transport maritime de marchandises dangereuses et de polluants marins sous forme emballée.

OCDE[24]

20. L'OCDE a publié des rapports sur les questions de transport maritime et intérieur suivantes[25]: suppression de l'assurance de la navigation sous-normes; sûreté maritime – possibilités d'action pour renforcer la transparence sur la propriété et le contrôle des navires; et sûreté du transport conteneurisé dans les différents modes[26]. Le 12 septembre 2002, le Conseil de l'OCDE est convenu que les négociations sur un nouvel accord sur la construction navale devraient commencer, afin d'examiner et traiter les facteurs qui faussent les conditions normales de concurrence dans ce secteur, en particulier les mesures d'aide publique, notamment les subventions, les coûts et autres pratiques. La date fixée pour l'aboutissement des négociations est fin 2005[27].

---

[23] Ce protocole, adopté le 1er novembre 2002, n'est pas encore entré en vigueur.

[24] Pour plus d'informations sur l'OCDE, voir http://www.oecd.org/home/0,2605,fr_2649_201185_1_1_1_1_1,00.html.

[25] Conformément à la décision prise en 2003, un Centre conjoint OCDE-CEMT (Conférence européenne des ministres des transports) de recherche sur les transports a été créé le 1er janvier 2004.

[26] Un rapport sur "la propriété et le contrôle des navires", publié en décembre 2003 pour commentaires, étudiait la manière dont les États pourraient modifier les registres maritimes pour faciliter l'identification du propriétaire d'un navire. De plus, l'OCDE et la CEMT ont lancé un projet conjoint pour examiner des moyens efficaces de suivre les marchandises le long de la chaîne de transport, depuis leur expédition jusqu'à leur livraison finale, même si ces marchandises traversent plusieurs pays et sont acheminées par plusieurs moyens de transport. L'OCDE a également examiné la manière dont les États qui immatriculent des navires sous leur pavillon pourraient détecter plus efficacement les navires sous-normes et les radier, ainsi que les possibilités de créer des incitations pour les propriétaires de navires à se conduire de manière plus responsable dans ce domaine.

[27] L'OCDE a créé en 2002 un Groupe spécial de négociations (GSN) chargé d'élaborer, avec le soutien de tous les membres de l'OCDE et d'économies non membres de l'OCDE ayant des activités de construction navale significatives, un nouvel Accord sur la construction navale. Source: Rapport annuel de l'OCDE 2004, disponible à l'adresse suivante: http://www.oecd.org/dataoecd/28/52/31622250.pdf.

CNUCED

21. La CNUCED participe activement aux travaux du Groupe de travail III de la CNUDCI, auquel elle a présenté, à sa quatorzième session, des commentaires sur les différentes dispositions du projet d'instrument de la CNUDCI sur le transport de marchandises[28], lesquels portaient principalement sur des questions relatives à la liberté contractuelle, en particulier la question de savoir quels contrats pourraient être exclus du champ d'application obligatoire du projet d'instrument, et celle de la responsabilité du transporteur en cas de perte, de dommage ou de retard des marchandises.

2. Transport terrestre

CEE-ONU[29]

22. La CEE-ONU rédige actuellement un protocole à la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR)[30] (Genève, 19 mai 1956), qui vise, notamment, à permettre l'utilisation de lettres de voiture électroniques. Ce projet de protocole est préparé avec le concours d'Unidroit.

OEA[31]

23. À sa sixième Conférence spécialisée interaméricaine de droit international privé (CIDIP VI)[32], qui s'est tenue en 2002, l'OEA a adopté le connaissement uniforme direct négociable interaméricain concernant le transport international de marchandises par route[33] et le connaissement uniforme direct non négociable interaméricain concernant le transport international de marchandises par route[34].

OHADA

24. Le secrétariat de la CNUDCI, en coopération avec le Ministère de la justice du Canada, a aidé l'OHADA à établir un projet d'acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route, qui est entré en vigueur en janvier 2004.

OTIF

---

[28] Voir A/CN.9/WG.III/WP.41.

[29] http://www.unece.org/.

[30] Date d'entrée en vigueur: 2 juillet 1961. Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 399 p. 189. Source: http://www.untreaty.org.

[31] Pour plus d'informations, voir http://www.oas.org/.

[32] Pour des informations sur les Conférences spécialisées interaméricaines sur le droit international privé, voir http://www.oas.org/dil/private_international_law.htm. Pour des informations sur la CIDIP-VI, voir http://www.oas.org/dil/CIDIPVI_home.htm.

[33] Le connaissement négociable est disponible à l'adresse suivante: http://www.oas.org/dil/negotiable%20bill%20of%20lading-eng.pdf. Le texte d'accompagnement est disponible à l'adresse suivante: http://www.oas.org/dil/CIDIP-VI-billoflanding-Eng.htm.

[34] Le connaissement non négociable est disponible à l'adresse suivante: http://www.oas.org/dil/non-negotiable%20bill%20of%20lading-eng.pdf. Le texte d'accompagnement est disponible à l'adresse suivante: http://www.oas.org/dil/CIDIP-VI-NON-NEGOTIABLE_billoflanding-Eng.htm.

25. L'OTIF cherche actuellement à élargir le champ d'application de la Convention relative aux transports internationaux ferroviaires (9 mai 1980)[35] et à l'harmoniser avec d'autres textes applicables aux transports afin de rendre possible, à long terme, des transports ferroviaires directs de l'Atlantique au Pacifique sous un régime de droit uniforme. De plus, l'OTIF actualise en permanence le droit relatif au transport de marchandises dangereuses et tente d'éliminer les entraves au franchissement des frontières en trafic ferroviaire international[36].

3. Transport fluvial

CEE-ONU

26. La Convention de Budapest relative au contrat de transport de marchandises en navigation intérieure (Convention CMNI)[37] a été adoptée lors d'une conférence diplomatique organisée conjointement par la Commission centrale pour la navigation du Rhin (CCNR), la Commission du Danube et la CEE-ONU (Budapest, 25 septembre-3 octobre 2000). Cette convention régit la responsabilité contractuelle des parties à un contrat de transport de marchandises par voies d'eau intérieures et limite la responsabilité du transporteur. Elle est entrée en vigueur le 1er avril 2005.

27. Le Groupe de travail des transports par voie navigable de la CEE-ONU étudie depuis un certain temps la question de savoir si deux anciens Protocoles à la Convention CMNI, qui étaient initialement annexés au projet de cette convention mais n'y ont finalement pas été inclus, devraient être adoptés sous une autre forme. Ces protocoles traitent des délais de chargement et de déchargement, des surestaries, ainsi que du calcul du fret et de la répartition des frais de navigation en navigation intérieure. Faute de consensus quant à cette adoption, il a été convenu d'inviter les gouvernements et les organismes privés qui pourraient être intéressés par les deux anciens Protocoles à utiliser les textes figurant dans le document TRANS/SC.3 /2003/6[38].

28. Suite à la Conférence de Rotterdam sur le transport par voies de navigation intérieure tenue en 2001, un Groupe d'experts volontaires sur les obstacles législatifs, mis en place par le Groupe de travail des transports par voie navigable, a élaboré un projet d'"Inventaire des obstacles législatifs à l'instauration d'un marché paneuropéen de la navigation intérieure à la fois harmonisé et concurrentiel et des solutions proposées pour les surmonter". Cet inventaire contient une analyse succincte des obstacles législatifs existants ainsi que des propositions de solutions possibles aux problèmes mis en évidence[39].

---

[35] Entrée en vigueur le 1er mai 1985.
[36] Pour plus d'informations, voir www.otif.org.
[37] Budapest, 22 juin 2001. Entrée en vigueur le 1er avril 2005.
[38] Disponible sur http://www.unece.org/trans/main/sc3/sc3.html.
[39] Pour plus de détails, voir le document TRANS/SC.3/2005/1 à l'adresse suivante: http://www.unece.org/trans/main/sc3/sc3.html.

4. Transport intermodal

CEE-ONU

29. En raison des travaux actuels de la CNUDCI sur un instrument international relatif au transport, le Groupe de travail du transport intermodal et de la logistique de la CEE-ONU a ajourné ses travaux sur l'élaboration d'un régime de responsabilité civile applicable au transport intermodal européen et régissant tous les contrats de transport comportant un segment maritime, quelles qu'en soient la durée ou l'importance économique. En raison de l'intérêt que présente la mise en place d'un régime applicable au transport intermodal européen couvrant les transports routier, ferroviaire, fluvial et maritime à courte distance, le Comité des transports intérieurs de la CEE-ONU a demandé en février 2005 au Groupe de travail de continuer à suivre de près et évaluer toutes les activités entreprises dans ce domaine, en particulier par la CNUDCI, et de formuler, le cas échéant, des propositions de solution au niveau paneuropéen[40].

C. Arbitrage et conciliation dans le domaine commercial

CARICOM

30. À la suite de sa révision, en 2001, le Traité de Chaguaramas établissant la Communauté des Caraïbes fait obligation aux États membres de la CARICOM, au paragraphe 2 de son article 74, d'harmoniser, notamment, leurs législations et leurs pratiques administratives relatives à l'arbitrage commercial.

CEE-ONU

31. Un Groupe consultatif d'experts chargé d'examiner d'éventuelles révisions de la Convention européenne de 1961 sur l'arbitrage commercial international a été mis en place au sein du Groupe de travail des pratiques juridiques et commerciales internationales de la CEE-ONU. La cinquante-deuxième session de ce Groupe de travail se tiendra en septembre 2005 à Vienne.

CCI

32. La Commission de l'arbitrage de la CCI[41] comprend actuellement les organes suivants: groupe de travail sur le droit pénal et l'arbitrage; groupe de travail sur l'arbitrage en matière de droit de la concurrence; groupe de travail sur les lignes directrices en matière de procédures d'expertise de la CCI; groupe ad hoc sur la rédaction des sentences arbitrales; forum sur l'ADR, forum sur le Règlement CCI/Cour; et forum sur les questions relatives à l'arbitrage et les nouveaux champs d'application. Les projets en cours sont les suivants: i) étude de l'impact du droit pénal sur les procédures arbitrales (problèmes de compétence, de procédure et de

---

[40] Pour plus de détails, voir les documents ECE/TRANS/162, par. 104 et TRANS/WP24/101, par. 24 à 28, à l'adresse suivante: http://www.unece.org/trans/main/sc3/sc3.html.

[41] Constituée de plus de 400 spécialistes du droit au niveau international nommés par les comités nationaux de la CCI dans 82 pays. Pour plus d'informations, voir http://www.iccwbo.org/home/international_arbitration/commission.asp.

fond pouvant se poser); ii) élaboration d'un rapport mettant en avant certaines questions qui pourraient être examinées lors de la rédaction des sentences arbitrales; iii) étude relative aux problèmes de compétence, de procédure et de fond se posant dans l'arbitrage de questions relevant du droit de la concurrence; et iv) élaboration de notes explicatives à l'usage des experts dans la conduite des procédures d'expertise.

CCI CNUCED/OMC

33. En septembre 2004, le CCI CNUCED/OMC a organisé un symposium international sur l'administration des services d'arbitrage et de médiation à l'intention exclusive des dirigeants de centres d'arbitrage et de médiation. Plus de 60 directeurs de centres de règlement alternatif des litiges venus de 50 économies développées ou en développement ont participé à ce symposium. Un réseau permettant de transmettre les offres et les demandes d'assistance technique en matière d'administration des services de résolution des litiges a été créé.

34. En 2001, le CCI a élaboré et publié un manuel de formation sur les mécanismes d'arbitrage et de règlement alternatif des litiges. Ce manuel, qui expose les différentes alternatives aux procédures introduites devant des juridictions étatiques pouvant être utilisées pour prévenir ou régler les litiges commerciaux dans un contexte international, a pour objectifs de mieux faire connaître les différents mécanismes de résolution des litiges et de contribuer à l'établissement de relations plus constructives entre partenaires du commerce international. Plusieurs versions nationales de ce manuel, adaptées à la réglementation locale, ont ensuite été publiées par les chambres de commerce et les centres d'arbitrage, notamment dans les pays suivants: Argentine, Bangladesh, Bolivie, Croatie, Égypte, Inde, Mexique, Philippines et Viet Nam.

D. Paiements internationaux

CCI

35. La Commission de technique et pratiques bancaires de la CCI[42] révise actuellement ses règles relatives aux lettres de crédit, les RUU 500, qui sont utilisées à l'échelle mondiale. Elle étudie également la possibilité d'élaborer des pratiques communes en matière de forfaitage. Elle s'attache aussi à multiplier les contacts avec la Commission européenne et les banques multinationales de développement afin de les inciter à utiliser les Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande (RUGD), compte tenu de la décision de la Banque mondiale d'incorporer ces règles dans ses garanties inconditionnelles, et à promouvoir la récente publication sur les Pratiques bancaires internationales standard (PBIS), qui décrit la manière dont les RUU devraient être appliquées dans la pratique quotidienne.

---

[42] Pour plus d'informations, voir http://www.iccwbo.org/home/banking/commission.asp.

E. Sûretés réelles mobilières

36. La Commission se souviendra peut-être qu'à sa trente-troisième session, en 2000, et à sa trente-septième session, en 2004, elle a examiné des notes du secrétariat intitulées "Les sûretés; activités en cours et travaux futurs possibles" et "Coordination des travaux: activités des organisations internationales dans le domaine des sûretés réelles" (A/CN.9/475 et 565 respectivement). Les paragraphes ci-après actualisent les informations figurant dans ces notes.

Unidroit

37. Unidroit, conjointement avec l'Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires (OTIF)[43], met la dernière main au deuxième Protocole à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 16 novembre 2001)[44], lequel porte sur les questions spécifiques au matériel roulant ferroviaire (le projet de protocole ferroviaire). Ce projet de protocole a été soumis au Conseil de direction d'Unidroit en avril 2005, et sera soumis pour adoption à une conférence diplomatique qui se réunira en 2006. Le Groupe de travail sur le Registre ferroviaire a été établi pour élaborer un système d'inscription international et examiner d'autres aspects connexes dans le cadre du projet de protocole ferroviaire. Unidroit élabore également un troisième protocole à la Convention du Cap (l'avant-projet de protocole portant sur les questions spécifiques aux biens spatiaux) et envisage d'élaborer d'autres protocoles, qui pourraient porter sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement agricole et de construction.

38. Unidroit prépare également un projet de convention sur l'harmonisation des règles de droit matériel applicables aux titres détenus auprès d'un intermédiaire. La première réunion d'experts gouvernementaux s'est tenue à Rome du 9 au 20 mai 2005.

Conférence de La Haye

39. Le Rapport explicatif sur la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, adoptée le 13 décembre 2002, a récemment été publié[45]. La Conférence de La Haye travaille en étroite coopération avec la CNUDCI au chapitre relatif au conflit de lois, dans le projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties.

---

[43] http://www.otif.org/.

[44] Cette convention est entrée en vigueur le 1er avril 2004. Unidroit exerce les fonctions de dépositaire de la Convention du Cap et de son Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques (Le Cap, 16 novembre 2001) ("Le Protocole aéronautique"). À ce titre, il supervise la mise en place d'un registre international pour les objets aéronautiques conformément au Protocole aéronautique.

[45] Ce rapport est disponible à l'adresse suivante: http://www.hcch.net/index_fr.php?act=publications.details&pid=2955&dtid=3.

BERD

40. La BERD a publié en 2004, dans le cadre de ses travaux de modernisation de la législation sur les sûretés, des directives relatives à l'établissement d'un registre d'inscription des sûretés réelles.

Union européenne

41. Les consultations se poursuivent entre la Direction générale de la justice et des affaires intérieures de la Commission européenne responsable de Rome I (révision de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles) et le secrétariat de la CNUDCI, afin: a) de veiller à ce que le nouvel instrument de l'Union européenne soit compatible avec la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international ("la Convention des Nations Unies sur la cession de créances"), et b) de faciliter l'adoption par les États membres de l'Union européenne de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances. Le secrétariat a fait part à la Commission européenne du souhait formulé par la CNUDCI à sa trente-septième session, en 2004 (voir A/59/17, par. 106), d'organiser une réunion de coordination. Il semble que la Commission européenne soit en train de consulter les États membres de l'Union, sur la base d'un projet de texte, quant à l'approche devant être adoptée sur la question de la loi applicable aux effets des cessions à l'égard des tiers.

OEA

42. À sa sixième Conférence spécialisée interaméricaine de droit international privé (CIDIP VI)[46], tenue en 2002, l'OEA a adopté la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières[47]. Cette Loi type a pour objet de réglementer les sûretés mobilières conventionnelles grevant des biens meubles en garantie de l'exécution de toute obligation présente ou future. Elle vise à moderniser les lois applicables aux opérations garanties dans les États membres de l'OEA en vue d'accroître considérablement l'offre de crédit et d'en réduire le coût, en particulier pour les petits et moyens emprunteurs. La trente-cinquième session ordinaire de l'Assemblée générale de l'OEA, prévue pour juin 2005[48], doit approuver les points de l'ordre du jour de la CIDIP VII, qui prévoit notamment des travaux relatifs à la création d'un registre électronique des opérations garanties pour l'application de la Loi type[49].

OMPI

43. Le Secteur du droit d'auteur et des droits connexes de l'OMPI a tenu une réunion en mai 2005 afin de recueillir les avis des parties concernées sur les conséquences du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations

---

[46] Pour plus d'informations sur la CIDIP-VI, voir http://www.oas.org/dil/CIDIPVI_home.htm.

[47] Le texte de la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières est disponible à l'adresse suivante: http://www.oas.org/consejo/Fr/cajp/Documentos/ce00231F07.doc.

[48] Voir http://www.oas.org/xxxvga/english.

[49] Pour l'ordre du jour de la CIDIP-VII, voir http://scm.oas.org/doc_public/FRENCH/HIST_05/CP14025F07.doc et http://www.oas.org/dil/CIDIP-VII_topics_cidip_vii_draftresolution_18feb2005.htm.

garanties pour les droits de propriété intellectuelle ainsi que sur une proposition de travaux futurs dans le domaine des sûretés réelles grevant les droits de propriété intellectuelle.

Banque mondiale

44. Les consultations se poursuivent entre la Banque mondiale, le secrétariat de la CNUDCI et le Fonds monétaire international pour a) harmoniser les Principes et Directives de la Banque mondiale régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers avec le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité et le projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, et b) pour élaborer un standard international unifié dans le domaine de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers.

F. Droit de la concurrence

Secrétariat du Commonwealth

45. En décembre 2004, une réunion d'experts s'est tenue dans la région Pacifique afin d'examiner l'avant-projet de loi type du Commonwealth sur la concurrence en cours d'élaboration par la Section du développement du droit du secrétariat du Commonwealth. Il s'agissait de la deuxième réunion de ce genre, la première ayant eu lieu à Singapour début 2004. Y ont été débattues les principales caractéristiques du droit de la concurrence, notamment: abus de position dominante; détection des pratiques de cartel; importance de la transparence, en particulier lorsque sont accordées des exemptions au droit de la concurrence; et importance de la protection des consommateurs. L'avant-projet de loi type crée un organe indépendant investi de pouvoirs pour faire appliquer la loi.

CNUCED

46. Afin d'aider les pays en développement, notamment les moins avancés, à formuler, élaborer ou revoir leurs politiques et leur législation en matière de concurrence (comme le prévoit son Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives ("les Principes équitables"))[50], la CNUCED a réuni le Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence (Groupe d'experts sur la concurrence), pour sa sixième session, à Genève en novembre 2004[51]. Elle tiendra sa cinquième Conférence d'examen en novembre 2005[52], afin notamment d'évaluer l'application et la mise en œuvre des Principes équitables, depuis leur adoption il y a 25 ans, et d'étudier des propositions visant à les améliorer. Elle examinera également les thèmes suivants: techniques de collecte de

---

[50] Ces principes ont été adoptés à l'unanimité par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 35/63 (décembre 1980) et sont à ce jour le seul instrument véritablement multilatéral relatif au droit et à la politique de la concurrence.

[51] http://www.unctad.org/Templates/Meeting.osp?intItemID=1942&lang=2&m=7842&year=2004&month=11.

[52] Conférence qui a lieu tous les cinq ans et est chargée de revoir tous les aspects des Principes équitables.

preuves sur les ententes; rôle de l'analyse économique dans l'application du droit et de la politique de la concurrence; rôle du pouvoir judiciaire dans l´application du droit de la concurrence; application du droit et de la politique de la concurrence au secteur informel; et modalités de mise en œuvre d'un traitement spécial et différencié pour les pays en développement dans le domaine du droit et de la politique de la concurrence.

OMC

47. Le Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence a été établi à la Conférence ministérielle de l'OMC qui s'est tenue à Singapour en décembre 1996 et réalise au sein de l'OMC un certain nombre de travaux sur des questions relatives à la concurrence[53], en se concentrant sur les questions spécifiques à la politique commerciale. La Déclaration ministérielle de Doha[54], adoptée le 14 novembre 2001, traite, dans ses paragraphes 23 à 25, de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence et prévoit d'éventuelles négociations en vue d'un accord de l'OMC sur la concurrence.

OCDE

48. Le Comité du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE[55] s'emploie à établir un consensus entre les membres de l'OCDE sur les questions relatives aux politiques antitrust et aux politiques de concurrence, et à promouvoir la convergence de leurs législations sur la concurrence en les encourageant à aligner leurs lois et leurs procédures d'application. Les questions traitées par ce Comité sont les suivantes: renforcement des capacités des pays non membres de l'OCDE; analyse de la concurrence; enjeux économiques; examen par pays; et coopération et application de la loi. Adoptées à l'origine le 21 juin 1976, la Déclaration et les Décisions de l'OCDE sur l'investissement international et les entreprises multinationales "constituent un engagement au niveau politique par les gouvernements des pays adhérents à améliorer le climat des investissements étrangers et à favoriser la contribution positive que les entreprises multinationales peuvent apporter au progrès économique et social". La Déclaration, qui fait l'objet d'examens périodiques, a été révisée en 1979, 1984, 1991 et 2000[56].

49. Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales[57], qui ont été adoptés le 21 juin 1976 et dont la dernière révision date du 27 juin 2000, constituent un cadre multilatéral et non contraignant de normes et de principes de bonne conduite d'entreprise.

---

53 http://www.wto.org/french/tratop_f/comp_f/comp_f.htm.

54 WT/MIN(01)/DEC/1; voir également http://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min01_f/mindecl_f.htm.

55 http://www.oecd.org/daf/clp.

56 DAFFE/IME(2000) 20 (9 novembre 2000); voir également http://www.olis.oecd.org/olis/2000doc.nsf/4f7adc214b91a685c12569fa005d0ee7/c125692700623b74c1256991003b5147/$FILE/00086088.PDF.

57 http://www.oecd.org/dataoecd/56/39/1922470.pdf.

G. Marchés publics

BAD/BID/Banque mondiale

50. Au début de 2003, la BAD, la BID et la Banque mondiale ont mis en place un groupe de travail conjoint sur l'harmonisation de la passation des marchés publics par voie électronique (e-GP), auquel se sont joints par la suite la BafD, la BERD et le Fonds nordique de développement (NDF) et qui collabore également aux travaux de la Commission européenne sur les marchés publics[58]. Le Groupe de travail a élaboré plusieurs documents visant à harmoniser les stratégies et solutions e-GP des banques précitées dans leurs pays d'activité[59]. En mars 2005, le Groupe de travail a tenu un atelier conjoint avec des représentants de la Commission européenne et du secrétariat de la CNUDCI. Ce dernier a été informé que les documents ci-après sont actuellement examinés par le Groupe de travail: i) exigences en matière d'utilisation des systèmes d'appel d'offres e-GP pour les prêts, subventions et crédits des banques multilatérales de développement (les questions actuellement examinées sont notamment l'utilisation des techniques d'authentification et l'application de frais dans les procédures d'appels d'offres électroniques)[60]; ii) lignes directrices pour les enchères électroniques inversées; iii) lignes directrices pour les achats électroniques; et iv) lignes directrices pour l'activation acheteur-fournisseur. Enfin, le Groupe de travail évalue actuellement le premier rapport sur les enchères électroniques inversées au Brésil, et une étude sur les coûts de mise en place d'un système e-GP est en cours de préparation sous ses auspices.

COMESA

51. Le secrétariat du COMESA[61] met en œuvre actuellement, avec le soutien de la Banque africaine de développement, le projet de la réforme de la passation des marchés publics, qui vise à harmoniser les règles et réglementations de la passation des marchés publics ainsi qu'à renforcer les capacités des systèmes nationaux de passation des marchés publics dans la région. Le Conseil des ministres du COMESA a décidé, à sa dix-septième réunion (Kampala, 4 et 5 juin 2004), que les États membres qui entreprendraient des réformes législatives devraient utiliser la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services de 1994, en tenant compte des directives du COMESA. Il a également décidé que le secrétariat du COMESA devrait élaborer, avec l'appui d'un donateur approprié, un futur projet dans le domaine des marchés publics qui devrait prendre en compte les besoins en matière de renforcement des capacités et élaborer des modèles de formation et des programmes opérationnels[62]. En décembre 2004, le COMESA a

---

[58] Leur portail conjoint, e-GP, est accessible à l'adresse suivante: http://www.mdb-egp.org/data/default.asp.

[59] Ont déjà été élaborés notamment le *Guide for Legislators and Managers, Authentication & Digital Signatures in E- Law and Security" et le "E-GP Strategic Planning Guide*." Ces guides, ainsi que d'autres documents, sont accessibles par le "e-GP toolkit" à l'adresse suivante: http://www.mdb-egp.org/data/default.asp.

[60] Le projet est disponible à l'adresse suivante: http://www.mdb-egp.org/data/docs/Requirements_for_the_use_of_e-GP_Tendering_systems.pdf.

[61] Pour des informations sur le COMESA, voir http://www.comesa.int.

[62] Voir Report and Decisions: 17th Meeting of the COMESA Council of Ministers Report, 4 et 5 juin 2004, Nile International Conference Centre, Kampala, par. 111, disponible à l'adresse

lancé le système informatique de passation des marchés publics[63], un site Web régional centralisé[64] pour la collecte et la diffusion auprès des parties intéressées d'informations relatives à la passation de marchés, notamment sur les possibilités de marchés et les réglementations en matière de passation des marchés dans les États membres du COMESA.

CEE-ONU

52. Dans le cadre du Groupe de travail des pratiques juridiques et commerciales internationales de la CEE-ONU, l'Alliance pour les partenariats public-privé (Alliance PPP) encourage la création de partenariats public-privé (PPP), de cellules PPP et de groupes spéciaux pour améliorer le développement des infrastructures dans les pays en transition. Elle a organisé sa troisième réunion à Barcelone (Espagne) le 14 septembre 2004. Le Groupe de travail a élaboré un projet de lignes directrices relatives à la bonne gouvernance dans les PPP d'infrastructure. Il tiendra sa cinquante-deuxième session en septembre 2005, à Vienne.

PECC

53. Le PECC a tenu en décembre 2004 un atelier sur les partenariats entre les secteurs public et privé, dans le but de mieux faire comprendre dans les pays de la région, la fonction, la conception et l'impact des partenariats entre l'État et les entreprises pour la fourniture de services d'infrastructure.

UEMOA

54. L'UEMOA s'est engagée dans un programme de modernisation et de réforme de la passation des marchés publics, en coopération avec d'autres organisations régionales et États, et avec le soutien du PNUD et de la Banque mondiale. Cette réforme vise à harmoniser les régimes de la passation des marchés et à promouvoir les meilleures pratiques conformément à la législation internationale, afin de renforcer la compétence, l'efficacité et la transparence dans ce domaine. Le programme comporte deux phases: à savoir la création des outils nécessaires aux réformes et leur mise en application. Son exécution est prévue pour 2005 et 2006.

OMC

55. L'OMC révise actuellement son Accord plurilatéral sur les marchés publics, qui a pour objectif de faire en sorte que les lois, réglementations, procédures et pratiques de passation des marchés des parties à cet accord soient ouvertes, transparentes et non discriminatoires. Cette révision a pour objet de prendre en compte les techniques électroniques de passation des marchés, d'étendre le domaine d'application de l'Accord et d'éliminer les aspects discriminatoires subsistants.

---

suivante: http://www.iss.co.za/AF/RegOrg/unity_to_union/pdfs/comesa/17comjun04.pdf.

[63] Voir le Rapport du séminaire sur le système informatique de passation des marchés publics (Lusaka, 15 et 16 décembre 2004) (document du COMESA COM/PPRP/CPIS/I/5) à l'adresse suivante: http://simba.comesa.int:90/cpis/uploads/reports/fr/Report%20-%20PPRP%20CPIS%20SEMINAR%2015-16%20DEC%202004%20FRENCH%20EM.doc.

[64] http://simba.comesa.int:90/cpis/.

H. Facilitation du commerce

CARICOM

56. À sa treizième réunion intersessionnelle tenue en février 2002, la CARICOM est convenue d'un programme de levée des restrictions aux droits d'établissement et à la circulation des services et des capitaux, qui faciliterait la réalisation de son objectif central, à savoir la création d'un marché unique permettant, notamment, la libre circulation et le libre-échange des biens et services. Ce programme devrait être mené à bien d'ici à décembre 2005.

PECC

57. Le PECC a entrepris pour le forum de l'Association de coopération économique Asie-Pacifique (APEC) une étude sur l'avancement concerté des buts de facilitation et de protection du commerce après le 11 septembre[65].

CNUCED

58. La onzième session de la CNUCED, qui s'est tenue du 13 au 18 juin 2004 à São Paulo, a traité de la facilitation du commerce et des transports dans le cadre du Partenariat mondial pour la facilitation du transport et du commerce. Ce Partenariat, lancé par la Banque mondiale, conjointement avec la CNUCED et d'autres partenaires dans les activités de développement, vise à favoriser la croissance par les exportations et la réduction de la pauvreté en encourageant la facilitation du commerce et en regroupant toutes les parties intéressées, publiques et privées, nationales et internationales, désirant contribuer à l'amélioration significative de la facilitation du transport et du commerce dans les pays en développement et les pays en transition. Les activités concrètes du Partenariat sont notamment les suivantes: préparation d'audits des mesures de facilitation du commerce et des transports et élaboration de plans d'action connexes; mise au point d'indicateurs de résultats; conception de logiciels pour mesurer le temps nécessaire au dédouanement; programmes de téléenseignement; appui aux efforts de diffusion; et recherches sur le coût et l'impact des mesures de facilitation du commerce et des transports.

CEE-ONU

59. Dans le cadre des activités de son Groupe de travail des politiques de coopération en matière de réglementation et de normalisation (Groupe de travail 6), la CEE-ONU a adopté en 2001 une nouvelle recommandation, intitulée "Modèle international pour l'harmonisation technique" (Recommandation "L" des recommandations de la CEE-ONU relatives aux politiques de normalisation). Le Modèle international propose un ensemble de mécanismes et de principes non contraignants pour la mise en œuvre de bonnes pratiques de réglementation aux pays souhaitant aligner leur réglementation dans certains secteurs ou pour certains produits. Le principe de base de ce modèle est que le contenu technique des réglementations devrait être rédigé sous forme d'objectifs communs et généraux (concernant la sécurité, l'environnement et d'autres préoccupations d'ordre public)

---

[65] Voir http://www.pecc.org/trade/facilitation-and-secure-trade.pdf.

et devrait renvoyer aux normes internationales pour les exigences techniques plus précises en matière de résultats. En 2003, cette recommandation a servi de base à un accord sur l'harmonisation des règlements techniques des États membres de la Communauté d'États indépendants, qui devrait entrer en vigueur sous peu.

60. Les industriels ont exprimé le souhait d'utiliser le Modèle international comme un outil et un cadre permettant d'engager un dialogue sur les réglementations avec les autorités publiques intéressées. En conséquence, le Groupe de travail 6 a parrainé des projets pilotes dans deux secteurs (télécommunications et engins de terrassement). Des objectifs réglementaires communs ont déjà été proposés pour le projet sur les télécommunications[66].

ONUDI

61. Les activités de facilitation du commerce de l'ONUDI[67] se caractérisent par une politique plus large de renforcement des capacités commerciales. Conformément à sa mission[68], l'ONUDI a adopté une stratégie visant à faciliter les échanges, à éliminer les obstacles au commerce, à développer les capacités d'exportation et à améliorer l'accès aux marchés pour donner suite au Programme de Doha pour le développement et aux objectifs fixés dans la Déclaration du Millénaire. Cette stratégie consiste à mener des actions coordonnées et intégrées d'assistance technique et de renforcement des capacités sur trois axes principaux. C'est "L'approche des 3 C", à savoir: Compétitivité (améliorer la compétitivité du secteur industriel (offre) en se concentrant sur les sous-secteurs prioritaires); Conformité (permettre aux produits de remplir les exigences du marché (normes, réglementations et pratiques d'évaluation de la conformité) et éliminer les obstacles au commerce); et Connexion (permettre aux entreprises industrielles de se connecter et d'accéder aux marchés d'exportation). Afin de mettre en œuvre son approche, l'ONUDI a renforcé ses alliances stratégiques et opérationnelles avec des organisations internationales, comme l'OMC, la CNUCED, le CCI et la Banque mondiale.

62. Pour l'année en cours, les activités d'assistance technique dans le domaine du renforcement des capacités commerciales représentent environ 38 millions de dollars provenant de différentes sources bilatérales et multilatérales de financement. Des projets de renforcement des capacités commerciales au niveau national sont en cours d'exécution dans une soixantaine de pays. Plusieurs grands projets régionaux

---

[66] Ces objectifs peuvent être obtenus auprès du secrétariat de la CEE-ONU.

[67] Dans le cadre de l'OMC, la facilitation du commerce est souvent définie comme "la simplification et l'harmonisation des procédures du commerce international", ces dernières étant les "activités, pratiques et formalités liées à la collecte, à la présentation, à la communication et au traitement des informations requises pour les échanges internationaux de marchandises". Cette définition couvre une large gamme d'activités comme les procédures d'importation et d'exportation (par exemple les procédures douanières ou les procédures de licences); les formalités relatives aux transports; et les paiements, l'assurance et les autres conditions financières. L'ONUDI ne participe pas en l'espèce à la facilitation du commerce dans ce sens strict.

[68] La mission de l'ONUDI consiste à contribuer à l'accroissement significatif, en termes de proportions, de volume et de montant, de la valeur ajoutée dans l'industrie manufacturière et des exportations des pays en développement et des pays à économies en transition, tout particulièrement des pays les moins avancés.

ont également été entrepris (par exemple Afrique de l'Ouest-UEMOA (8 pays), Delta du Mékong (3 pays), pays les moins avancés d'Asie du Sud (4 pays) et Amérique centrale (6 pays)). Ces projets répondent à la nécessité de permettre aux pays de mieux se conformer aux exigences des marchés en mettant à niveau les organismes de normalisation, de certification et d'accréditation et les laboratoires d'essais et de métrologie, pour renforcer la compétitivité et améliorer l'accès aux marchés. L'ONUDI s'attache aussi à renforcer les capacités commerciales dans le cadre de ses activités de forum mondial, en développent des logiciels, en réalisant des travaux de recherche et des publications et en tenant des réunions d'experts.

OMD

63. L'OMD a adopté en 2003 la Convention internationale d'assistance mutuelle administrative en matière douanière, aux termes de laquelle les parties contractantes se prêtent mutuellement une assistance administrative en vue d'appliquer comme il convient la législation douanière pour prévenir, rechercher et combattre les infractions douanières et assurer la sécurité de la chaîne logistique internationale.

OMC

64. La facilitation du commerce a été ajoutée au programme de l'OMC en décembre 1996, lorsque par la Déclaration ministérielle de Singapour, son Conseil du commerce des marchandises a été chargé "d'entreprendre des travaux exploratoires et analytiques, en s'inspirant des travaux des autres organisations internationales compétentes, au sujet de la simplification des procédures commerciales pour voir s'il y a lieu d'établir des règles de l'OMC dans ce domaine". En juillet 2004, les membres ont convenu d'ouvrir des négociations sur la facilitation du commerce qui "viseraient à clarifier et à améliorer les aspects pertinents des articles V, VIII et X du GATT de 1994 en vue d'accélérer encore le mouvement, la mainlevée et le dédouanement des marchandises, y compris les marchandises en transit". Les négociations sont en cours, avec la participation ponctuelle du FMI, de l'OCDE, de la CNUCED, de l'OMD et de la Banque mondiale. Elles visent essentiellement à accroître l'assistance technique et le soutien au renforcement des capacités, à promouvoir une coopération effective entre les autorités sur les questions de facilitation du commerce et de respect des procédures douanières; à définir le traitement à appliquer aux pays en développement et aux pays les moins avancés, à identifier les besoins et les priorités en matière de facilitation du commerce; et à analyser les implications financières des mesures proposées.

A/CN.9/582

B. Note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité

(A/CN.9/582 et Add.1 à 7) [Original: anglais]

1. Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) a achevé son dernier projet, le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, à sa trentième session en mars-avril 2004. Le Guide législatif a été finalisé et adopté à la trente-septième session de la Commission en juillet 2004.

2. Le secrétariat a reçu un certain nombre de propositions de travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Ces propositions ont été présentées par INSOL International et par l'International Insolvency Institute sur divers sujets, notamment le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité, les protocoles d'insolvabilité internationale, le financement du débiteur non dessaisi dans les redressements internationaux et les responsabilités des administrateurs et des dirigeants dans les procédures d'insolvabilité. Les propositions supplémentaires qui sont reçues après la date de soumission de la présente note paraîtront sous la forme d'autres additifs.

3. Les propositions déjà reçues figurent dans les additifs ci-après:

A/CN.9/582/Add.1	Traitement des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité
A/CN.9/582/Add.2	Traitement des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité (Extrait du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité)
A/CN.9/582/Add.3	Protocoles d'insolvabilité internationale dans les procédures transnationales
A/CN.9/582/Add.4	Financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans les redressements internationaux
A/CN.9/582/Add.5	Financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans les redressements internationaux (Extrait du Guide législatif)
A/CN.9/582/Add.6	Responsabilités des administrateurs et des dirigeants dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité

A/CN.9/582/Add.1

Proposition de l'International Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals (INSOL): traitement des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité

ADDITIF

A. Introduction

1. INSOL propose que la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) envisage d'entreprendre un projet dans le domaine du droit de l'insolvabilité qui porterait sur le traitement des groupes de sociétés et des sociétés apparentées en cas d'insolvabilité d'une ou plusieurs d'entre elles.

2. Lors de l'élaboration du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, la CNUDCI a reconnu l'importance des questions relatives au traitement des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité et les a abordées en partie (deuxième partie, chapitre V, par. 82 à 92). Cependant, il a également été reconnu qu'en analysant le traitement actuel des groupes de sociétés et en identifiant les solutions possibles, la Commission se serait sans nul doute écartée de l'objet principal de ses travaux sur le Guide législatif. C'est pourquoi la question n'a pas été traitée en détail et aucune recommandation n'a été proposée.

3. L'efficacité des lois et des pratiques relatives à l'insolvabilité est un thème récurrent, et un sujet de préoccupation majeur, au sein des instances internationales depuis le début des années 1990. Les régimes d'insolvabilité efficaces sont de plus en plus considérés comme un moyen de promouvoir le développement économique et l'investissement, ainsi que de favoriser l'activité des entreprises et préserver l'emploi. L'économie mondiale de plus en plus globalisée se caractérise par la formation de groupes de sociétés pour l'exercice d'activités commerciales. Ces groupes jouent un rôle important dans le commerce international, par exemple dans la création à l'étranger de filiales et de coentreprises pour fabriquer, commercialiser ou mettre sous licence des produits. En cas de faillite d'une entreprise, il importe non seulement de savoir comment ces groupes seront traités dans la procédure d'insolvabilité, mais aussi de faire en sorte que ce traitement facilite, et non empêche, le déroulement rapide et efficace de cette procédure.

B. Traitement actuel des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité

Traitement prévu dans le droit interne de l'insolvabilité

4. La grande majorité des régimes internes du droit de l'insolvabilité et du droit des sociétés ne prévoient pas de législation spécifique sur le traitement des groupes de sociétés, voire n'abordent pas du tout la question. Sous d'autres régimes, les problèmes posés par l'insolvabilité au sein d'un groupe de sociétés sont réglés au moyen de pratiques quelque peu "créatives", dont la légitimation dépend dans une

large mesure du pragmatisme des tribunaux. Par exemple, en Angleterre comme en Australie, des mécanismes ont été conçus qui permettent aux tribunaux d'homologuer des accords de mise en commun ("pooling agreement") des actifs et des passifs de deux sociétés apparentées ou plus, le résultat étant que les sociétés soumises à l'accord ne sont plus de fait considérées comme des entités séparées, et que l'ensemble des créanciers chirographaires de toutes les sociétés participent sur un pied d'égalité à la répartition du produit d'un seul groupe d'actifs. La jurisprudence aux États-Unis d'Amérique va dans le même sens.

5. Pour rendre leur décision, les tribunaux ont souvent été amenés à examiner certaines questions, comme celles de savoir:

a) Si les créanciers ont traité avec un groupe de sociétés en tant qu'entité économique unique;

b) Si les activités du groupe s'imbriquent au point qu'un regroupement des patrimoines profiterait à tous les créanciers;

c) S'il y a eu détournement des actifs d'une entité au profit d'une autre; et

d) S'il existe un critère permettant de peser les avantages et les inconvénients de la reconstitution d'un patrimoine commun.

Les Pays-Bas sont un exemple d'État qui n'a pas de législation en la matière mais où, dans quelques cas, les tribunaux ont accepté d'autoriser un regroupement des actifs et des passifs entre sociétés insolvables lorsque, comme on l'a vu plus haut, leurs activités et leurs actifs s'imbriquaient au point qu'il était impossible de déterminer laquelle d'entre elles était propriétaire.

6. La Nouvelle-Zélande, en revanche, dispose, dans son droit de l'insolvabilité, d'une législation spécifique, qui s'attache principalement à légitimer des pratiques – mentionnées plus haut – suivies dans d'autres pays.

7. Enfin, en Australie, la législation sur l'insolvabilité dispose qu'une holding (société mère) répond des dettes d'une filiale insolvable, s'il est établi qu'elle l'a autorisée à poursuivre son activité alors qu'elle était insolvable. La législation australienne prévoit également l'annulation, par une procédure simplifiée, des opérations conclues avant faillite par une société insolvable avec une société apparentée.

Législation relative à l'insolvabilité internationale

8. Les instruments multilatéraux sur l'insolvabilité internationale ne prévoient pas de dispositions pour le traitement de ces questions dans un contexte international. Par exemple, ni le Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité ni la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale n'abordent le sujet.

9. Il y a donc une absence relative, aux niveaux tant interne qu'international, de principes directeurs indiquant dans quels cas envisager l'application d'une procédure unique aux sociétés appartenant à un même groupe, et comment régler des questions telles que la compétence, le dépôt des demandes, les procédures secondaires et la répartition.

C. Particularités internes à prendre en considération

10. La manière dont certaines des questions soulevées doivent être abordées diffère considérablement d'un État à l'autre. Parmi les divers facteurs à prendre en compte, on peut citer:

a) Les différences de philosophie et de conception entre pays de tradition romano-germanique et de common law en ce qui concerne la gestion ou le "contrôle" des groupes de sociétés et des sociétés apparentées, ainsi que les différences d'approche pour ce qui est de la responsabilité des administrateurs dans ce type de groupes;

b) L'importance à accorder dans ce contexte aux aspects comptables des questions relatives aux groupes de sociétés;

c) L'effet de la législation fiscale, qui est souvent à l'origine de la création et de la croissance subséquente d'un groupe de sociétés, ainsi que des stratégies adoptées au sein de ce groupe;

d) La mesure dans laquelle les politiques de fixation des prix entre sociétés déterminent la répartition des actifs et des passifs au sein du groupe;

e) Les problèmes éventuels de conflit d'intérêts et l'application d'une procédure unique ou principale; et

f) Les répercutions possibles du traitement des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité sur les opérations garanties et sur les créanciers garantis.

D. Portée du projet

11. INSOL reconnaît qu'il peut y avoir différentes conceptions de la portée des travaux susceptibles d'être entrepris. Ceux-ci pourraient au minimum être strictement limités à la définition des circonstances dans lesquelles, aux niveaux tant interne qu'international, il serait souhaitable de promouvoir une législation, qui:

a) Autorise la non-application ou la mise à l'écart du principe de séparation des entités;

b) Facilite la mise en commun des actifs et des passifs des sociétés d'un groupe; et

c) Énonce des principes directeurs permettant d'atteindre les objectifs fixés aux points a) et b).

12. Les travaux pourraient toutefois être considérablement plus étendus et comprendre aussi:

d) Des principes directeurs permettant à un représentant de l'insolvabilité, dans le cadre de la procédure d'insolvabilité visant une holding, de fixer des orientations pour les mesures à prendre par la filiale (insolvable);

e) Des principes directeurs relatifs au traitement des sociétés d'un groupe situées dans différents États (avec une éventuelle adaptation, par exemple, du concept de centre des intérêts principaux au cas des filiales ou des sociétés apparentées);

f) Des principes directeurs qui accordent à l'administrateur de l'insolvabilité des pouvoirs plus étendus pour délier et annuler les opérations intragroupe préjudiciables aux créanciers; et

g) Des principes directeurs qui obligent dans certains cas une société mère à répondre des dettes d'une filiale insolvable.

E. Rôle de la CNUDCI dans ces travaux futurs

13. INSOL considère que la CNUDCI est éminemment bien placée pour mener un projet d'une telle complexité et d'une telle ampleur. La CNUDCI a une bonne expérience des travaux sur le droit de l'insolvabilité puisqu'elle a élaboré la Loi type sur l'insolvabilité internationale et le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité en relativement peu de temps. En outre, au cours de l'élaboration de ces deux textes, elle a noué des liens avec des acteurs clefs dans le domaine du droit de l'insolvabilité, notamment des États membres et non membres, des organisations intergouvernementales et non gouvernementales, ainsi que des experts. Un grand groupe représentatif de nations ayant des traditions juridiques et des niveaux de développement économique différents a participé à l'élaboration de ces textes. Le secrétariat et les États membres de la CNUDCI connaissent déjà bien un grand nombre de problèmes de politique interne liés à l'insolvabilité.

14. Des travaux de la CNUDCI sur les groupes de sociétés non seulement permettraient aux pays de s'entendre le contenu technique de leurs politiques de traitement de ces groupes dans la procédure d'insolvabilité, mais contribueraient également à sensibiliser la communauté internationale à l'importance de la question. Ils pourraient aussi inciter les pays à accorder un rang de priorité supérieur à la réalisation des réformes législatives nécessaires.

F. Proposition d'étude et de colloque

15. Il est proposé de réaliser, dans une première étape, une étude détaillée des différentes approches du traitement des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité afin d'identifier les problèmes à aborder, et leurs solutions possibles, pour assurer la prévisibilité et la transparence de ce traitement. Cette étude se fonderait sur les vues recueillies dans le cadre d'une vaste consultation et examinerait, éventuellement en les affinant, les différentes approches et les options envisageables.

16. Cette consultation pourrait prendre la forme d'un colloque multinational, moyen déjà mis à profit pour l'élaboration de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité. Le succès de cette première étape serait peut-être le signe qu'un groupe de travail devrait être constitué pour rédiger un texte approprié.

17. INSOL souhaite se joindre à la CNUDCI pour promouvoir la réalisation de cette étude et l'organisation de ce colloque multinational avant une éventuelle décision d'établir un groupe de travail.

A/CN.9/582/Add.2

Travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité: traitement des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité

ADDITIF

L'extrait suivant du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité est fourni, à titre d'information, à l'appui de la proposition contenue dans le document A/CN.9/582/Add.1.

Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité Deuxième partie, chapitre V

C. Traitement des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité

1. Introduction

82. Il est courant que des opérations commerciales soient réalisées par le biais de groupes de sociétés et que chaque société du groupe soit dotée d'une personnalité juridique distincte. Lorsque l'une des sociétés du groupe devient insolvable, son traitement comme une entité dotée d'une personnalité juridique distincte soulève un certain nombre de problèmes qui sont généralement complexes et souvent difficiles à résoudre. Dans certaines situations, par exemple lorsque l'activité commerciale d'une société était dirigée ou contrôlée par une société apparentée, le traitement des sociétés du groupe comme des entités dotées de personnalités juridiques distinctes peut déboucher sur des résultats inéquitables. Il peut, par exemple, empêcher d'accéder aux fonds d'une société pour régler les dettes ou obligations d'une société débitrice apparentée (sauf lorsque la société débitrice est actionnaire ou créancière de la société apparentée), malgré les liens étroits entre les sociétés et bien que la société apparentée ait peut-être participé à la gestion ou à l'administration de la société débitrice et ait amené celle ci à contracter des dettes et des obligations. De plus, lorsque la société débitrice appartient à un groupe de sociétés, il peut être difficile de démêler les circonstances propres au cas d'espèce afin de déterminer avec quelle société du groupe tels ou tels créanciers ont traité ou d'établir les opérations financières entre les sociétés du groupe.

83. Trois questions se posent en particulier s'agissant des procédures d'insolvabilité concernant un groupe de sociétés:

a) Celle de savoir si une autre société du groupe sera responsable de la dette externe de la société insolvable (autrement dit l'ensemble des dettes de la société insolvable à l'exception de celles contractées envers des sociétés apparentées du groupe, c'est-à-dire à l'exception des "dettes intragroupe");

b) Celle du traitement qui doit être réservé aux dettes intragroupe (créances sur la société débitrice détenues par des sociétés apparentées du groupe); et

c) Celle de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité par une société du groupe contre une société apparentée du même groupe.

84. Tenant compte de la complexité de ce sujet, les développements qui suivent visent seulement à donner un bref aperçu de certaines de ces questions. Les lois sur l'insolvabilité apportent diverses réponses à ces questions et à d'autres qui peuvent se distinguer par la mesure dans laquelle une loi permet la levée du voile social. Certaines adoptent une approche restrictive et limitent strictement les cas dans lesquels des sociétés d'un groupe peuvent être traitées comme n'ayant pas de personnalité juridique distincte et le voile social peut être levé, en d'autres termes, les circonstances dans lesquelles une société apparentée peut être responsable des dettes contractées par un membre insolvable du groupe. D'autres sont moins strictes et confèrent aux tribunaux de larges pouvoirs d'appréciation des circonstances de chaque cas d'espèce sur la base de principes directeurs spécifiques. Dans ce dernier cas, l'éventail des résultats possibles est plus large que dans les lois qui suivent une approche restrictive. Dans un cas comme dans l'autre, toutefois, il est fréquent que les lois sur l'insolvabilité se fondent pour régler les questions de dettes intragroupe sur le rapport existant entre la société insolvable et les sociétés apparentées du groupe tant au niveau de l'actionnariat qu'à celui du contrôle de la gestion. Le fait de traiter ces questions dans une loi sur l'insolvabilité peut avoir l'avantage d'encourager les groupes de sociétés à suivre en permanence les activités des sociétés membres du groupe et à réagir à un stade précoce en cas de difficultés financières de l'une d'elles. Traiter les sociétés comme si elles n'étaient pas dotées de personnalités juridiques distinctes peut toutefois empêcher les milieux d'affaires, les investisseurs et les créanciers de faire la part des choses et d'opérer des choix concernant les risques (ce qui peut être particulièrement important lorsque le groupe comprend une société pour laquelle existent des impératifs particuliers en matière de gestion des risques, comme un organisme financier), introduire un élément d'incertitude considérable qui se répercute sur le coût du crédit, en particulier lorsque la décision concernant la responsabilité à assumer pour les dettes du groupe est prise par un tribunal après la survenance de l'insolvabilité, et compliquer le traitement comptable des dettes au sein du groupe.

85. Bien que diverses réponses soient apportées à ces questions très complexes, il est important qu'un régime de l'insolvabilité traite des questions concernant les groupes de sociétés de manière suffisamment détaillée sur le plan de la procédure pour apporter la sécurité juridique à toutes les parties à des opérations commerciales avec de tels groupes. Une solution autre que la réglementation directe des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité pourrait être par exemple de donner, dans d'autres parties de la loi sur l'insolvabilité, une définition suffisante pour permettre l'application aux groupes de sociétés de dispositions telles que les dispositions relatives à l'annulation ou au déclassement qui s'appliquent aux personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur.

2. Responsabilité du groupe pour les dettes externes

86. Les régimes de l'insolvabilité prennent en compte diverses circonstances ou divers facteurs pour déterminer si une société apparentée ou société du groupe devrait assumer la responsabilité des dettes externes d'un membre insolvable du groupe.

87. Dans de nombreux pays, la société apparentée doit souvent assumer la responsabilité de la dette lorsqu'elle a donné une garantie concernant ses filiales. De même, de nombreux régimes prévoient la responsabilité de réparer toute perte ou tout dommage résultant d'opérations intragroupe frauduleuses. D'autres solutions peuvent être imposées par d'autres domaines du droit. Dans certaines circonstances, par exemple, la loi peut considérer la société insolvable comme un mandataire de la société apparentée, ce qui permettrait aux tiers d'exercer leurs droits directement contre la société apparentée en tant que mandant.

88. Lorsque la loi sur l'insolvabilité laisse aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation pour déterminer la responsabilité d'une ou plusieurs sociétés pour les dettes d'autres sociétés du groupe, suivant certains principes directeurs, ceux-ci peuvent prendre en compte les éléments suivants: la mesure dans laquelle la gestion, les affaires et les finances des sociétés se confondent; le comportement de la société apparentée envers les créanciers de la société insolvable; le fait que ces créanciers pensaient traiter avec une seule entité économique et non pas avec deux ou plusieurs sociétés du groupe; et la mesure dans laquelle l'insolvabilité est imputable à la société apparentée. Sur la base de ces éléments, un tribunal peut décider dans quelle mesure un groupe de sociétés a agi comme une seule et même entreprise et, dans certains pays, peut ordonner le regroupement de l'actif et du passif des sociétés, en particulier lorsqu'une telle décision contribuerait au redressement du groupe, ou ordonner qu'une société apparentée contribue financièrement à la masse de l'insolvabilité, à condition que cette contribution ne compromette pas sa propre solvabilité. La contribution serait généralement versée au représentant de l'insolvabilité administrant la masse au profit de l'ensemble de celle-ci.

89. Un autre élément important à prendre en considération dans les lois sur l'insolvabilité qui autorisent de telles mesures est l'effet de celles-ci sur les créanciers. Ces régimes doivent, lorsqu'ils cherchent à assurer un traitement équitable à l'ensemble des créanciers, concilier les intérêts de deux séries (ou plus) de créanciers qui ont traité avec deux sociétés distinctes (ou plus). Ces intérêts collectifs entreront en conflit si le total des actifs de toutes les sociétés prises ensemble est insuffisant pour satisfaire l'ensemble des créances. Dans un tel cas, les créanciers d'une société du groupe qui dispose d'actifs importants verraient ces actifs réduits par les créances de créanciers d'une autre société du groupe moins bien dotée. Une solution est d'examiner si les économies réalisées pour l'ensemble des créanciers l'emporteraient sur le préjudice accessoire causé à certains d'entre eux. Lorsque les deux sociétés sont insolvables, certaines lois disposent qu'il faut déterminer si le refus de regrouper celles-ci, qui entraîne l'ouverture de procédures d'insolvabilité distinctes, augmenterait le coût et la durée des procédures et diminuerait les fonds qui auraient normalement été destinés aux créanciers, mais aussi permettrait aux actionnaires de certaines sociétés du groupe de recevoir des dividendes au détriment des créanciers d'autres sociétés du groupe.

90. Le principe commun à tous les régimes comportant des lois de ce type est que, pour ordonner le regroupement, le tribunal doit être convaincu que les créanciers seraient davantage lésés par son refus de l'ordonner que les sociétés insolvables et les créanciers opposants ne le seraient par sa décision de l'imposer. Par souci d'équité, certaines législations autorisent un regroupement partiel, en excluant les créances de certains créanciers et en prévoyant leur remboursement sur des actifs particuliers (non visés par la décision de regroupement) de l'une des sociétés

insolvables. Les difficultés qu'entraîne cette solution de compromis font que les décisions de regroupement partiel sont rares dans les États où elles sont autorisées.

91. Il convient de noter que les lois sur l'insolvabilité qui prévoient le regroupement sont sans incidence sur les droits des créanciers garantis, à l'exception peut-être des détenteurs de valeurs mobilières intragroupe (lorsque le créancier garanti est une société du groupe).

3. Dettes intragroupe

92. Les dettes intragroupe peuvent être traitées de différentes manières. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, les opérations intragroupe peuvent faire l'objet d'actions en annulation. Dans certaines lois sur l'insolvabilité qui prévoient le regroupement, la décision de regroupement met fin aux obligations intragroupe. D'autres solutions consistent à distinguer les opérations intragroupe des opérations analogues entre parties non apparentées (par exemple une créance peut être considérée comme une participation au capital et non comme un prêt intragroupe), en conséquence de quoi l'obligation intragroupe aura un rang de priorité inférieur à la même obligation entre parties non apparentées.

A/CN.9/582/Add.3

Travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité: proposition du Committee on Cross-Border Communications de l'International Insolvency Institute

ADDITIF

Protocoles d'insolvabilité internationale dans les procédures transnationales

(*Des informations générales sur l'utilisation de protocoles internationaux dans les procédures d'insolvabilité internationale et les Directives applicables aux communications de tribunal à tribunal qui accompagnaient la présente proposition figurent dans une note du secrétariat (document A/CN.9/580, par. 16 à 54); elles n'ont pas été reproduites ici pour des raisons d'économie.*)

1. Bien que des progrès notables aient été accomplis au cours des dix dernières années grâce à l'utilisation de protocoles d'insolvabilité internationale et à l'élaboration récente des *Directives applicables aux communications de tribunal à tribunal*, il reste de très nombreuses situations qui touchent à des questions comparables, pour lesquelles on ne dispose ni de protocoles d'insolvabilité internationale ni de *communications de tribunal à tribunal*. Aujourd'hui, l'importance des protocoles internationaux d'insolvabilité et du recours aux *communications de tribunal à tribunal* est toutefois indiscutable.

2. L'International Insolvency Institute recommande à la CNUDCI de jouer un rôle moteur dans le renforcement de l'utilisation de systèmes tels que les protocoles d'insolvabilité internationale et les *Directives applicables aux communications de tribunal à tribunal* dans les procédures d'insolvabilité internationale afin d'obtenir de meilleurs résultats pour le redressement des débiteurs, leurs fournisseurs, leurs créanciers, leurs employés et, au bout du compte, l'intérêt général des pays concernés. La CNUDCI pourrait envisager diverses approches pour déterminer le travail extrêmement utile qu'elle pourrait faire dans ce domaine. Elle pourrait concevoir un (ou des) modèle(s) standard de protocoles d'insolvabilité internationale pour coordonner les procédures qui touchent plusieurs pays. Elle pourrait adopter, avec ou sans modifications, les principes énoncés dans les *Directives applicables aux communications de tribunal à tribunal dans des cas transfrontaliers* pour aider à la coordination des procédures internationales. Ces deux initiatives sont tout à fait compatibles avec les principes de la *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale* et du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*. En s'engageant dans cette voie, la CNUDCI renforcerait sa position de chef de file dans les milieux commerciaux internationaux et pourrait porter à un niveau sans précédent la coopération entre les pays dans les domaines du redressement financier et de l'insolvabilité au niveau international.

A/CN.9/582/Add.4

Travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité: proposition de l'International Insolvency Institute (III) (Comité du financement des débiteurs non dessaisis dans les redressements internationaux)

ADDITIF

Financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans les redressements internationaux

Généralités

1. L'International Insolvency Institute (III) propose que la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) entreprenne de nouveaux travaux sur la législation du financement dans les cas d'insolvabilité internationale. Elle pourrait, dans un premier temps, organiser un colloque afin d'examiner la nature des travaux à mener ou étudier en détail les mécanismes existants, leurs lacunes et les solutions envisageables pour résoudre les problèmes qui se posent dans ce domaine. Elle devrait, enfin, envisager de charger un Groupe de travail d'aborder cette question, peut-être en association avec d'autres travaux qu'elle pourrait entreprendre dans les domaines du financement et du droit de l'insolvabilité.

2. Les travaux que la CNUDCI a menés à bien avec succès dans le domaine du droit de l'insolvabilité illustrent la nécessité de mettre en place des régimes nationaux de l'insolvabilité efficaces et efficients comprenant un cadre applicable à l'insolvabilité internationale. Pour protéger et maximiser la valeur du patrimoine d'un débiteur, il faut souvent que soient proposés au débiteur ou au représentant de l'insolvabilité un crédit, des prêts ou d'autres facilités pour que l'entreprise puisse continuer d'être exploitée. La poursuite de l'exploitation, quant à elle, est nécessaire si l'on veut réaliser une valeur au moyen d'un redressement ou vendre l'entreprise en vue de la poursuite de son activité, solutions qui présentent toutes deux un intérêt économique, dont le maintien de l'emploi.

3. Le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (le Guide législatif) énonce les principaux objectifs qu'un régime de l'insolvabilité devrait viser et recommande de prendre en compte les objectifs suivants:

> "1) Pour élaborer et développer une loi sur l'insolvabilité efficace, il faudrait prendre en compte les principaux objectifs suivants:
>
> a) Sécuriser le marché pour promouvoir la stabilité et la croissance économiques;
>
> b) Maximiser la valeur des actifs;
>
> c) Établir un équilibre entre liquidation et redressement;
>
> d) Garantir le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation;

e) Prévoir le règlement rapide, efficace et impartial de l'insolvabilité;

f) Préserver la masse de l'insolvabilité pour permettre une répartition équitable entre les créanciers;

g) Élaborer une loi sur l'insolvabilité transparente et prévisible qui contienne des mesures d'incitation pour la collecte et la diffusion d'informations; et

h) Reconnaître les droits des créanciers existants et établir des règles claires pour classer les créances prioritaires.

2) La loi sur l'insolvabilité devrait comprendre des dispositions concernant à la fois le redressement et la liquidation du débiteur.

3) La loi sur l'insolvabilité devrait reconnaître les droits et créances nés en vertu d'autres lois, tant internes qu'étrangères, sous réserve des restrictions qu'elle énonce expressément.

4) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que si une sûreté réelle est opposable et réalisable en vertu d'une autre loi, elle sera reconnue comme telle dans la procédure d'insolvabilité.

5) La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir un cadre moderne, harmonisé et équitable permettant de traiter efficacement les affaires d'insolvabilité internationale. L'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale est recommandée" (Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, première partie, chap. I, sect. A).

4. L'objet de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (la Loi type) complète et renforce les principaux objectifs du Guide législatif, les étendant aux situations multinationales. Il consiste à "offrir des moyens efficaces pour traiter des cas d'insolvabilité internationale, afin de promouvoir les objectifs suivants:

a) Assurer la coopération entre les tribunaux et les autres autorités compétentes du présent État et des États étrangers intervenant dans les affaires d'insolvabilité internationale;

b) Garantir une plus grande certitude juridique dans le commerce et les investissements;

c) Administrer équitablement et efficacement les procédures d'insolvabilité internationale, de manière à protéger les intérêts de tous les créanciers et des autres parties intéressées, y compris le débiteur;

d) Protéger les biens du débiteur et en optimiser la valeur; et

e) Faciliter le redressement des entreprises en difficultés financières, de manière à protéger les investissements et préserver les emplois" (Préambule de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale).

5. Pour atteindre les objectifs de la Loi type et ceux du Guide législatif, il faudra souvent que les opérations commerciales d'un débiteur se poursuivent après le dépôt d'une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité, puis après l'ouverture de cette procédure. Le Guide législatif, au paragraphe 94 (deuxième partie, chap. II, sect. D), explique la nécessité de financer la poursuite des opérations commerciales

après l'ouverture de la procédure en recourant à une formulation qui s'appliquerait également à la période comprise entre le dépôt de la demande et l'ouverture:

> "94. L'exploitation continue de l'entreprise du débiteur après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est essentielle pour un redressement et, dans une moindre mesure, pour une liquidation dans laquelle l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité. Elle exige que le débiteur ait accès à des fonds pour pouvoir continuer à payer les biens et les services qui lui sont indispensables, notamment les salaires, les assurances, le loyer, la continuation des contrats et d'autres dépenses d'exploitation, ainsi que les coûts liés à la préservation de la valeur des actifs. Dans certains cas, le débiteur peut déjà disposer d'actifs liquides suffisants, sous forme d'espèces ou d'autres actifs convertibles en espèces (tels que le produit attendu de créances de sommes d'argent) pour couvrir ces dépenses. Dans d'autres, il peut financer celles-ci sur la trésorerie dont il dispose grâce à l'arrêt des poursuites et à la cessation des paiements concernant les obligations antérieures à l'ouverture de la procédure. Lorsqu'il ne peut pas faire face à ses besoins immédiats de trésorerie, il devra obtenir des fonds auprès de tiers, qui peuvent prendre la forme d'un crédit commercial consenti par des vendeurs de biens et de services, de prêts ou d'autres financements accordés par des prêteurs."

6. Le financement postérieur à l'ouverture de la procédure est examiné en détail aux paragraphes 94 à 107 et dans les recommandations 63 à 68 du Guide législatif (deuxième partie, chap. II, sect. D). L'argumentation en faveur d'un traitement direct du sujet est soutenue par: a) la discussion et les recommandations concernant la "protection de la valeur" figurant aux paragraphes 63 à 69 et dans la recommandation 50; et b) la discussion et les recommandations concernant les "mesures provisoires" (entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure d'insolvabilité) figurant aux paragraphes 47 à 53 et dans les recommandations 39 à 45 (deuxième partie, chap. II, sect. B). Ces références sont tirées du document A/CN.9/582/Add.5.

7. Ce que le Guide législatif admet implicitement, c'est que de nombreux régimes de l'insolvabilité ne contiennent, actuellement, sur le plan du droit interne, aucun mécanisme efficace de financement postérieur au dépôt d'une demande ou à l'ouverture d'une procédure. Certains États, de surcroît, ont une législation qui décourage ou pénalise tout prêt consenti à des entreprises faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité. Ni le Guide législatif, ni la Loi type ne traitent des complications supplémentaires qui font obstacle à un financement postérieur au dépôt d'une demande ou à l'ouverture d'une procédure dans un cas d'insolvabilité internationale.

8. Alors que l'économie mondiale poursuit son intégration, le nombre de cas d'insolvabilité mettant en jeu des débiteurs ayant des établissements et des opérations dans plusieurs États augmente. La nécessité d'un financement, dans ces cas, est aussi impérative que dans les cas nationaux visés par le Guide. L'III estime qu'en menant des travaux supplémentaires, la CNUDCI pourrait faciliter à la fois l'amélioration et l'harmonisation des lois internes relatives au financement dans les cas d'insolvabilité et l'efficacité de ces lois dans les cas internationaux.

9. En sus de s'interroger, par exemple, sur la façon de promouvoir une amélioration des lois internes relatives au financement, la CNUDCI pourrait tenter

de répondre aux questions suivantes soulevées par les cas internationaux: le tribunal dans lequel a lieu une procédure “principale”, situé dans l’État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux, devrait-il pouvoir autoriser le financement d’opérations du débiteur dans d’autres États? Comment les questions de priorité et de sécurité seront-elles traitées compte tenu des variations qui existeront probablement, d’un État à l’autre, s’agissant du traitement de ces questions par la législation interne? Un prêteur dans une affaire principale s’exposera-t-il à un risque dans les États qui responsabilisent les créanciers qui prêtent à une entité insolvable? Comment des systèmes de gestion de trésorerie utilisés pour consolider la trésorerie de grandes entreprises sur plusieurs États pourront-ils continuer de fonctionner efficacement après l’ouverture d’une procédure d’insolvabilité? Comment le financement s’effectuera-t-il en présence d’un groupe affilié de débiteurs (ou même de débiteurs ayant des affiliés non débiteurs) possédant des entités différentes mais liées sises dans différents États, et non d’un débiteur unique possédant des filiales dans différents États? Quels droits aura un prêteur dans chaque État concerné lorsqu’un redressement est refusé ou converti en liquidation? Les dispositions de la Loi type relatives à la coordination et à la coopération suffisent-elles pour répondre à ces questions ou faut-il prévoir des dispositions types supplémentaires?

10. Les excellents travaux menés précédemment par la CNUDCI dans le domaine de l’insolvabilité et l’action continue qu’elle mène dans le domaine des opérations garanties forment une base solide sur laquelle il est possible de fonder cette nécessaire structure supplémentaire. L’III estime que de nouveaux travaux sur le financement des procédures d’insolvabilité seraient facilités par la participation d’États, de représentants d’institutions financières internationales, de banques de développement et d’organisations non gouvernementales, ainsi que de représentants de banques commerciales et d’autres organisations financières.

11. Il faut impérativement, si l’on veut atteindre les buts et objectifs de la Loi type et du Guide législatif, résoudre la question du financement dans le contexte de l’insolvabilité. Actuellement, ce financement est souvent inexistant ou incertain du fait de lacunes de la loi applicable. Or, la CNUDCI est idéalement placée pour produire, dans ce domaine critique du droit de l’insolvabilité, des recommandations d’améliorations en instaurant le type de collaboration que son secrétariat, ses membres et ses observateurs ont instauré pour la Loi type et le Guide législatif. Des travaux relatifs au financement postérieur au dépôt d’une demande ou à l’ouverture d’une procédure compléteraient tout travail que la CNUDCI pourrait entreprendre sur la mise au point de protocoles internationaux et sur les groupements d’entreprises, et pourraient s’y combiner.

A/CN.9/582/Add.5

Travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité: financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans les redressements internationaux

ADDITIF

Les extraits suivants du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité sont fournis, pour information, à l'appui de la proposition figurant dans le document A/CN.9/582/Add.4.

Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité

Deuxième partie, chapitre II, section D

D. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

1. Besoin d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

94. (*Le paragraphe 94 est reproduit au paragraphe 5 du document A/CN.9/582/Add.4.*)

95. Pour assurer la continuité de l'entreprise, si tel est l'objectif de la procédure, il est éminemment souhaitable que le besoin d'un nouveau financement soit déterminé à un stade précoce, voire, dans certains cas, pendant la période entre le dépôt de la demande d'ouverture et l'ouverture de la procédure. La possibilité d'obtenir un nouveau financement sera également importante pour le redressement entre l'ouverture de cette procédure et l'approbation du plan; en règle générale, la question de l'obtention d'un financement après l'approbation du plan devrait être traitée par celui-ci, en particulier lorsque la loi interdit de contracter de nouveaux emprunts à moins que le plan n'en reconnaisse la nécessité.

96. Bien qu'il puisse être bénéfique pour l'issue de la procédure que le débiteur soit en mesure d'obtenir de nouveaux fonds, un certain nombre de lois limitent la fourniture d'argent frais en cas d'insolvabilité ou n'abordent pas expressément la question d'un nouveau financement ou de la priorité de son remboursement, créant ainsi une certaine insécurité. Dans certaines lois, par exemple, un nouveau financement ne peut être accordé que contre constitution d'une sûreté réelle, car il est interdit de lui appliquer un droit de préférence. Faute d'actifs non grevés ou partiellement grevés, qu'il pourrait proposer comme sûreté ou avec lesquels il pourrait payer une créance prioritaire afférente à l'administration de la procédure, le débiteur aura peu de possibilités. Il n'aura pas de nouveau financement, à moins que le prêteur ne soit disposé à prendre le risque d'octroyer un prêt sans garantie ou qu'un tel prêt puisse être obtenu de sources telles que la famille ou des sociétés du groupe. À défaut de dispositions dans la loi sur l'insolvabilité qui l'autorisent ou en précisent les modalités, l'octroi d'un financement avant l'ouverture de la procédure peut aussi entraîner des problèmes délicats, comme l'application de pouvoirs

d'annulation et l'engagement de la responsabilité tant du prêteur que du débiteur. Ainsi, certaines lois prévoient que lorsqu'un prêteur avance des fonds à un débiteur insolvable pendant cette période, il peut être responsable de toute augmentation des créances des autres créanciers ou que l'avance sera susceptible d'annulation dans toute procédure d'insolvabilité subséquente. Dans d'autres lois, le représentant de l'insolvabilité est tenu d'emprunter l'argent, mais risque d'engager sa responsabilité personnelle concernant le remboursement.

97. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité encourage le recours à une procédure qui permette à l'entreprise insolvable de continuer à fonctionner, qu'il s'agisse d'un redressement ou d'une liquidation où l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité, il est indispensable d'aborder la question d'un nouveau financement et d'en examiner les difficultés, telles que celles qui sont exposées ci-dessus. Une loi sur l'insolvabilité peut admettre la nécessité d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, l'autoriser et accorder la priorité à son remboursement ou garantir celui-ci par la création d'une sûreté réelle. La question majeure réside dans la portée d'une telle faculté et, notamment, dans les mesures pouvant être prévues pour inciter un créancier potentiel à prêter de l'argent. Dans la mesure où la solution adoptée a un impact sur les droits des créanciers garantis antérieurs ou des titulaires d'un droit réel sur les actifs établi antérieurement, il est souhaitable que les dispositions relatives au financement postérieur tiennent compte d'un certain nombre de facteurs, par exemple de la nécessité générale de respecter les accords commerciaux; de protéger les droits et priorités antérieurs des créanciers; et de réduire au minimum tout effet préjudiciable sur l'offre de crédit, en particulier de financement garanti, qui risquerait de résulter d'une modification de ces droits et priorités. Il importe également d'examiner l'impact sur les créanciers chirographaires qui risquent de voir les actifs non encore grevés disparaître pour garantir de nouveaux prêts et de se retrouver sans rien à se répartir, en particulier si le redressement vient à échouer. Ce risque doit être mis en balance avec la perspective pour ces créanciers de tirer parti de la préservation de la valeur d'exploitation grâce à la poursuite de l'activité de l'entreprise.

98. Outre les questions de disponibilité de nouveaux prêts et de priorité ou de sûreté réelle dont ils peuvent faire l'objet, une la loi sur l'insolvabilité devra examiner l'autorisation nécessaire pour leur obtention (voir plus bas, par. 105 et 106) et, lorsque le redressement échoue et que la procédure est convertie en liquidation, le sort des fonds qui ont pu être avancés avant la conversion (voir plus loin, par. 107).

٢. Sources de financement postérieur à l'ouverture de la procédure

99. Les sources de financement postérieur à l'ouverture de la procédure sont peu nombreuses. Peuvent apporter un financement: d'une part, les prêteurs ou les vendeurs de biens d'avant l'insolvabilité qui sont en relation continue avec le débiteur et son entreprise et qui peuvent avancer d'autres fonds ou accorder un crédit commercial pour accroître les chances de recouvrement de leurs créances existantes et éventuellement obtenir une valeur supplémentaire en raison des taux supérieurs appliqués aux nouveaux prêts et, d'autre part, des personnes qui n'avaient pas de relations avec l'entreprise avant l'insolvabilité et dont la seule motivation est probablement la possibilité de rendements élevés. L'incitation pour les uns comme pour les autres est la certitude qu'un traitement spécial sera accordé

au financement postérieur à l'ouverture de la procédure. Pour les prêteurs antérieurs, il existe d'autres incitations, comme la continuité de la relation avec le débiteur et son entreprise, l'assurance que les conditions des prêts consentis avant l'ouverture de la procédure ne seront pas changées et, dans certaines lois, le risque, s'ils ne fournissent pas de financement postérieur à l'ouverture, d'être primés par un prêteur qui, lui, le fournit.

٣. Attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure: octroi d'une priorité ou d'une sûreté réelle

100. Il y a différents moyens d'attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure et d'en garantir le remboursement. Les crédits commerciaux ou les dettes contractés par un représentant de l'insolvabilité (ou un débiteur non dessaisi) dans le cours normal des affaires peuvent être traités automatiquement comme une dépense afférente à l'administration de la procédure. Lorsque le crédit ou l'endettement sont essentiels pour maximiser la valeur des actifs et qu'ils ne peuvent normalement être assimilés à une telle dépense ou doivent être contractés en dehors du cours normal des affaires, le tribunal peut décider qu'ils seront traités comme une dépense d'administration, qu'ils bénéficieront d'une superpriorité primant d'autres dépenses afférentes à l'administration ou qu'ils seront garantis par une sûreté réelle constituée sur des actifs non grevés ou partiellement grevés.

a) Établissement d'une priorité

١٠١. Lorsque l'entreprise du débiteur continue de fonctionner après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, soit pour être redressée soit pour que sa valeur soit préservée aux fins d'une cession en vue de la poursuite de l'activité, les dépenses engagées pour son exploitation sont généralement assimilées, dans un certain nombre de lois sur l'insolvabilité, à des dépenses afférentes à l'administration de la procédure. Les titulaires de ce type de créances détiennent une priorité d'administration. Ils ne priment toutefois pas les créanciers garantis, en ce qui concerne leurs sûretés réelles, mais prennent habituellement rang devant (voir chap. V, par. 45 à 47 et 66) les créanciers chirographaires ordinaires et devant tous les créanciers bénéficiant d'un privilège légal, comme le fisc ou les organismes de sécurité sociale. Les fournisseurs de biens et de services ne continueraient à fournir à crédit ces biens et services au représentant de l'insolvabilité que s'ils pouvaient raisonnablement s'attendre à être désintéressés avant les créanciers chirographaires antérieurs à l'ouverture de la procédure. Dans certains cas, cette priorité est donnée au motif que le nouveau crédit ou prêt est accordé au représentant de l'insolvabilité, et non au débiteur, et devient donc une dépense de la masse de l'insolvabilité. Certaines lois sur l'insolvabilité exigent l'approbation du crédit ou du prêt par le tribunal ou les créanciers, tandis que d'autres prévoient que le représentant de l'insolvabilité peut obtenir le crédit ou le financement nécessaire sans cette approbation. Sa responsabilité personnelle peut alors être engagée dans une certaine mesure, ce qui ne l'incite guère, lorsque c'est le cas, à rechercher de nouveaux financements.

102. D'autres lois sur l'insolvabilité accordent une "superpriorité" d'administration si le crédit ou le financement ne peut être consenti du fait qu'il est assimilé à une créance afférente à l'administration de la procédure qui est traitée *pari passu* avec d'autres créances du même type, telles que la rémunération du représentant de

l'insolvabilité ou du professionnel auquel il a été fait appel. Cette superpriorité prime les créances afférentes à l'administration de la procédure.

b) Constitution d'une sûreté réelle

١٠٣. Lorsque le prêteur exige une sûreté réelle, celle-ci peut être constituée sur des actifs non grevés mais peut aussi l'être sur des actifs déjà grevés, lorsque leur valeur dépasse suffisamment le montant de l'obligation garantie préexistante. Dans le second cas, la sûreté sera de rang inférieur et les créanciers garantis antérieurs n'auront généralement besoin d'aucune protection particulière, du fait que leurs droits ne seront pas lésés, sauf si les circonstances changent par la suite (par exemple si la valeur des actifs grevés commence à s'éroder), et qu'ils conserveront leur priorité antérieure à l'ouverture sur les actifs grevés, à moins qu'ils n'en conviennent autrement. Les seuls actifs non grevés pouvant servir à garantir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure seront souvent ceux récupérés par le biais d'une action en annulation. Toutefois, la constitution de sûretés sur ce type d'actifs pose problème dans certaines lois sur l'insolvabilité et n'est pas autorisée.

104. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient qu'un nouveau prêt peut bénéficier d'une certaine priorité (parfois appelée "privilège") sur les créanciers garantis antérieurs. Dans les États qui autorisent ce type de priorité, les tribunaux de l'insolvabilité tiennent compte du risque qu'il représente pour ces créanciers et ne l'accordent qu'avec réticence et en dernier recours. L'octroi de cette priorité peut être soumis à certaines conditions, notamment: que les créanciers garantis concernés en soient avisés et que la possibilité leur soit donnée d'être entendus par le tribunal; que le débiteur prouve qu'il ne peut obtenir le financement nécessaire sans cette priorité; que les créanciers bénéficient d'une protection contre toute diminution de la valeur économique des actifs grevés, y compris par une valeur suffisante de la fraction non grevée des actifs. Certains systèmes juridiques proposent toutes ces options (priorité, superpriorité, sûreté réelle et privilège) pour attirer un nouveau financement postérieur à l'ouverture de la procédure. En règle générale, la valeur économique des droits des créanciers garantis antérieurs devrait être protégée, pour leur éviter tout préjudice, au besoin, comme cela est indiqué plus haut (voir par. 63 à 69) par des versements périodiques ou par la constitution de sûretés sur d'autres actifs se substituant aux actifs susceptibles d'être utilisés par le débiteur ou d'être grevés pour obtenir un nouveau prêt.

٤. Autorisation d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

105. Il peut être souhaitable de lier la question de l'autorisation au préjudice qui risque de résulter, ou à l'avantage susceptible de découler, de l'octroi d'un nouveau financement. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité permettent au représentant de l'insolvabilité (ou, le cas échéant, au débiteur non dessaisi) de déterminer si un nouveau financement est nécessaire pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise, ou pour la préservation ou l'augmentation de la valeur de la masse et d'obtenir un crédit non garanti sans l'approbation du tribunal ou des créanciers. D'autres exigent une telle approbation dans certaines circonstances. Étant donné qu'un nouveau financement peut être nécessaire de façon assez urgente pour assurer la continuité de l'entreprise, il est souhaitable que le nombre d'autorisations exigées soit maintenu au minimum. Une loi sur

l'insolvabilité peut adopter une approche hiérarchique concernant l'autorisation requise, selon la sûreté ou la priorité à fournir et le montant du crédit ou du financement à obtenir. Bien qu'en général le fait d'exiger l'intervention du tribunal puisse contribuer à promouvoir la transparence et à donner des assurances supplémentaires aux prêteurs, le représentant de l'insolvabilité sera souvent mieux à même d'évaluer la nécessité d'un nouveau financement. De même, lorsque les créanciers garantis consentent à ce que le traitement de leurs sûretés réelles soit revu, l'autorisation du tribunal peut ne pas être exigée. En tout état de cause, le tribunal ne pourra généralement fonder sa décision sur d'autres avis ou informations que ceux fournis par le représentant de l'insolvabilité.

106. La constitution d'une sûreté sur des actifs non grevés ou partiellement grevés ne devrait pas, en général, être soumise à l'approbation du tribunal. Lorsque la loi sur l'insolvabilité établit le niveau de priorité pouvant être généralement accordé, par exemple en donnant une priorité d'administration, l'approbation du tribunal peut ne pas être requise. Si cette approbation était jugée souhaitable, une solution intermédiaire pourrait consister à fixer un seuil monétaire au-delà duquel elle serait exigée. Toutefois, lorsque la sûreté ou la priorité à accorder a une incidence sur les droits, par exemple, des créanciers garantis antérieurs, et que ceux-ci s'opposent à ce qui est proposé, l'approbation du tribunal devrait être exigée.

٥. Effets de la conversion

107. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que toute sûreté constituée ou priorité accordée à l'occasion d'un nouveau prêt peut être annulée dans une liquidation subséquente et entraîner une responsabilité pour retard de l'ouverture de cette procédure et pour préjudice potentiel aux créanciers. Cette approche risque de dissuader d'engager un redressement. Une approche plus souhaitable peut être de prévoir que les créanciers ayant obtenu une priorité en échange d'un nouveau financement conserveront celle-ci dans toute liquidation ultérieure. Selon une autre approche encore, la priorité sera reconnue dans une liquidation ultérieure, mais ne se verra peut-être pas accorder le même rang et pourra, par exemple, venir après les créances afférentes à l'administration de la liquidation ou être traitée *pari passu* avec elles.

Recommandations 63 à 68

Attirer et autoriser un financement postérieur à l'ouverture de la procédure (par. 94 à 100, 105 et 106)

٦٣. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir des mesures de facilitation et d'incitation pour permettre au représentant de l'insolvabilité d'obtenir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure lorsqu'il juge un tel financement nécessaire pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise du débiteur ou pour préserver ou augmenter la valeur de la masse. La loi sur l'insolvabilité peut exiger que le tribunal autorise ou que les créanciers approuvent l'octroi de ce financement.

Priorité accordée au financement postérieur à l'ouverture de la procédure (par. 101 et 102)

64. La loi sur l'insolvabilité devrait établir la priorité pouvant être accordée au financement postérieur à l'ouverture de la procédure, de sorte au moins que la personne fournissant ce financement soit remboursée avant les créanciers chirographaires ordinaires, y compris les créanciers chirographaires titulaires d'une créance prioritaire afférente à l'administration de la procédure.

Garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure (par. 103 et 104)

65. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre la constitution d'une sûreté réelle en garantie du remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, notamment d'une sûreté sur des actifs non grevés, y compris des actifs acquis après l'ouverture de la procédure, ou d'une sûreté de rang inférieur sur des actifs de la masse déjà grevés.

٦٦. La loi devrait spécifier qu'une sûreté réelle constituée sur des actifs de la masse pour garantir le remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure ne prime pas une sûreté réelle antérieure sur les mêmes actifs, sauf si le représentant de l'insolvabilité obtient l'accord du ou des créanciers garantis antérieurs ou s'il applique la procédure décrite dans la recommandation 67.

٦٧. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsque le créancier garanti antérieur ne donne pas son accord, le tribunal peut autoriser la constitution d'une sûreté réelle primant les sûretés réelles antérieures, sous réserve que soient remplies certaines conditions, notamment:

a) Que la possibilité ait été donnée au créancier garanti antérieur d'être entendu par le tribunal;

b) Que le débiteur puisse prouver qu'il ne peut obtenir le financement par aucun autre moyen; et

c) Que les droits du créancier garanti antérieur soient protégés.

Effet de la conversion de la procédure sur le financement postérieur à son ouverture (par. 107)

٦٨. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsqu'une procédure de redressement est convertie en liquidation, toute priorité accordée, dans le cadre du redressement, à un financement postérieur à l'ouverture de la procédure devrait continuer à être reconnue dans le cadre de la liquidation.

Deuxième partie, chapitre II, section B

Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité

٥. Moment à partir duquel s'applique l'arrêt des poursuites

i) Mesures provisoires

47. Dans certaines lois sur l'insolvabilité qui ne prévoient pas l'ouverture automatique de la procédure lors du dépôt de la demande, l'arrêt des poursuites dès l'ouverture s'accompagne de mesures provisoires qui peuvent être ordonnées entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure pour protéger à la fois les actifs du débiteur qui pourraient constituer la masse de l'insolvabilité et les intérêts collectifs des créanciers. Même si la décision d'ouverture est prise rapidement, il se peut que, pendant ce laps de temps, la situation de l'entreprise débitrice change et que les actifs du débiteur soient dispersés – celui-ci peut être tenté de transférer des actifs hors de l'entreprise et les créanciers, en prenant connaissance de la demande, peuvent intenter une action contre le débiteur pour devancer l'effet de tout arrêt des poursuites susceptible d'être imposé dès l'ouverture de la procédure. L'absence de mesures provisoires dans ces circonstances pourrait compromettre les objectifs de la procédure d'insolvabilité. Ici, comme dans la plupart des cas, les mesures provisoires doivent généralement répondre à un besoin urgent qui doit l'emporter sur le préjudice qu'elles peuvent causer.

48. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité autorise l'octroi de mesures provisoires, elle devra aussi prévoir leur réexamen périodique et, si nécessaire, leur renouvellement par le tribunal et indiquer ce qu'il advient d'elles une fois la procédure d'insolvabilité ouverte. Dans de nombreux cas, il ne sera pas nécessaire de continuer à les appliquer après l'ouverture de la procédure, car les mesures applicables dès l'ouverture s'y substitueront. Si, toutefois, ces dernières ne comportent pas de disposition provisoire particulière et que ce type de disposition reste nécessaire après l'ouverture, le tribunal peut dans les cas appropriés proroger les mesures provisoires appliquées avant l'ouverture. Les mesures provisoires prendront également fin lorsqu'une demande d'ouverture est rejetée ou que la décision de les accorder est contestée avec succès.

ii) Types de mesures provisoires

49. Des mesures provisoires peuvent être accordées à la demande du débiteur, des créanciers ou de tiers ou être ordonnées d'office par le tribunal. Elles peuvent consister notamment: à nommer un représentant provisoire de l'insolvabilité ou une autre personne (à l'exclusion du débiteur) chargée d'administrer ou de superviser l'entreprise du débiteur et de protéger les actifs ainsi que les intérêts des créanciers; à interdire au débiteur de disposer des actifs; à prendre le contrôle de tout ou partie de ses actifs; à suspendre la réalisation par les créanciers des sûretés réelles contre le débiteur; à arrêter toute action des créanciers – par exemple d'un créancier garanti ou d'un vendeur réservataire – contre les actifs du débiteur; et à empêcher les créanciers d'engager ou de poursuivre des actions individuelles pour recouvrer leurs créances.

50. Lorsqu'un représentant de l'insolvabilité est nommé à titre de mesure provisoire, il n'aura probablement pas autant de pouvoirs qu'un représentant de

l'insolvabilité nommé à l'ouverture de la procédure et sa tâche se limitera sans doute à protéger les actifs et les intérêts des créanciers. Il peut, par exemple, être habilité à utiliser les actifs du débiteur et à en disposer dans le cours normal des affaires et à réaliser tout ou partie des actifs qui, de par leur nature ou d'autres circonstances, sont périssables, susceptibles de se déprécier ou menacés d'une autre manière, afin d'en protéger et d'en préserver la valeur. En tout état de cause, on devra peut-être déterminer comment les tâches liées à l'exploitation de l'entreprise se répartissent entre le représentant provisoire de l'insolvabilité et le débiteur, en tenant compte du fait qu'il n'a pas été décidé si une procédure d'insolvabilité devait ou non être ouverte. En raison du préjudice énorme que peuvent subir l'entreprise du débiteur ou les droits des créanciers si le tribunal décide finalement de rejeter la demande d'ouverture, il est souhaitable que le tribunal n'exerce son pouvoir d'accorder des mesures provisoires que s'il est convaincu que les actifs du débiteur sont menacés. En règle générale, le débiteur continuerait d'exploiter son entreprise ainsi que d'utiliser les actifs et d'en disposer dans le cours normal des affaires, sauf restrictions imposées par le tribunal.

iii) Exigences en matière de preuve

51. Du fait que ces mesures sont provisoires par nature et sont accordées avant que le tribunal ait déterminé si les critères d'ouverture ont été satisfaits, la loi peut exiger qu'il soit prouvé au tribunal que le débiteur a des chances de remplir lesdits critères. Lorsque la mesure provisoire est demandée par une partie autre que le débiteur, celle-ci peut être tenue par le tribunal d'apporter la preuve que la mesure est nécessaire pour préserver la valeur ou éviter la dispersion des actifs du débiteur. En l'espèce, une garantie, sous une forme ou une autre (par exemple sous forme de caution) pour les dépenses, frais ou dommages-intérêts, peut aussi être exigée dans le cas où la procédure d'insolvabilité ne serait pas ouverte par la suite ou dans celui où la mesure demandée serait préjudiciable à l'entreprise du débiteur. Lorsque les mesures provisoires sont indûment obtenues, il peut être bon d'autoriser le tribunal à imputer les dépenses, frais et dommages-intérêts à la partie ayant demandé les mesures.

iv) Notification de la demande de mesures provisoires et de la décision d'accorder ces mesures

52. La loi sur l'insolvabilité devra peut-être aussi déterminer si une demande de mesures provisoires et une décision d'accorder de telles mesures (y compris le moment auquel ces mesures prennent effet) doivent être notifiées et à quelles parties. En règle générale, le débiteur devrait être avisé d'une telle demande et se voir accorder la possibilité de la contester. Ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'il est souhaitable de ne pas l'aviser et d'examiner la demande sans débat contradictoire. De nombreuses lois autorisent l'introduction de demandes de mesures provisoires *ex parte* mais le font généralement à condition que le requérant fournisse une garantie pour les dépenses et dommages-intérêts et qu'il puisse démontrer l'urgence des mesures requises, à savoir qu'un préjudice irréparable sera causé si le requérant est tenu de demander lesdites mesures en suivant la procédure habituelle qui exige l'envoi d'une notification longtemps à l'avance. Cependant, une fois que les mesures provisoires ont été ordonnées sans débat contradictoire, le débiteur aurait généralement le droit d'être avisé de la décision et la possibilité d'être entendu. Compte tenu de la nécessité de ne pas porter inutilement préjudice à

un débiteur qui ne fait pas ensuite l'objet d'une procédure d'insolvabilité, une décision d'accorder des mesures provisoires devra sans doute être notifiée uniquement aux parties directement concernées par elle. Devront également être avisées les autres parties dont les droits seront concernés par les mesures provisoires demandées.

v) Aménagement des mesures provisoires

53. Un aménagement des mesures provisoires, par exemple leur modification ou leur mainlevée, peut être nécessaire lorsque les intérêts des personnes auxquelles celles-ci s'appliquent sont lésés, notamment dans les cas suivants: marchandises périssables, actions visant à préserver ou à quantifier une créance contre le débiteur et, parfois, créanciers garantis. Cet aménagement ne devra pas pour autant porter préjudice aux intérêts des créanciers dans leur ensemble ou aux actifs du débiteur. Il pourrait être décidé sur demande de la partie lésée ou du représentant de l'insolvabilité ou encore par le tribunal agissant d'office. D'une manière générale, la modification ou la mainlevée des mesures provisoires devrait être notifiée à la personne ou aux personnes concernées et la possibilité devrait être donnée à ces dernières d'être entendues. Lorsqu'une décision ordonnant des mesures provisoires a été contestée avec succès, les mesures sont généralement levées ou modifiées par le tribunal.

^. Protection des créanciers garantis

b) Protection de la valeur

63. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient des dispositions visant spécifiquement à remédier à l'effet négatif de l'arrêt des poursuites sur les créanciers garantis en maintenant la valeur économique des créances garanties pendant la durée de l'arrêt (certaines lois parlent de "protection adéquate"). Lorsque la masse le permet, il y a plusieurs moyens de maintenir la valeur d'actifs grevés.

i) Protection de la valeur de l'actif grevé

64. Une méthode consiste à protéger la valeur de l'actif grevé lui-même, étant entendu que, lors de la liquidation, le produit de la vente de cet actif sera réparti directement entre créanciers à hauteur de la fraction garantie de leur créance. Cette méthode peut exiger l'adoption d'un certain nombre de mesures.

65. Pendant la durée de l'arrêt, il est possible que la valeur de l'actif grevé diminue. Étant donné qu'au moment de la répartition finale le créancier garanti n'exercera son droit de priorité que sur la valeur de l'actif grevé, cette diminution risque de nuire à ses intérêts. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que le représentant de l'insolvabilité devrait protéger les créanciers garantis contre toute dépréciation soit en leur offrant des actifs supplémentaires ou des actifs de remplacement, soit en leur versant périodiquement une somme correspondant au montant de la dépréciation. Cette solution n'est nécessaire que si la valeur de l'actif grevé est inférieure au montant de la créance garantie. Si la valeur est supérieure, le créancier garanti ne sera lésé par la dépréciation que lorsque cette valeur deviendra insuffisante pour couvrir la créance garantie. Certains États qui préservent la valeur de l'actif grevé suivant les modalités décrites ci-dessus autorisent également le versement d'intérêts pendant la durée de l'arrêt pour compenser le retard imposé par

la procédure. Ces intérêts seront néanmoins limités si la valeur de l'actif grevé dépasse le montant de la créance garantie, faute de quoi la compensation pour retard risque de réduire les actifs disponibles pour les créanciers chirographaires. Cette solution peut encourager les prêteurs à demander des sûretés réelles qui protègent suffisamment le montant de leurs créances.

Évaluation des actifs grevés

66. Au centre de la protection se trouve le mécanisme d'évaluation des actifs grevés qui permet au tribunal de déterminer si et dans quelle mesure les créanciers garantis doivent être protégés contre toute dépréciation pendant la procédure. Cet aspect potentiellement complexe soulève un certain nombre de questions: sur quelle base évaluer les actifs (par exemple valeur d'exploitation ou valeur de liquidation); qui doit les évaluer; et en référence à quelle date compte tenu de l'objectif pour lequel l'évaluation est requise. Dans certains cas, les actifs peuvent avoir été évalués par les parties avant l'ouverture de la procédure et cette évaluation peut encore être valable au moment de l'ouverture. Il peut être nécessaire de faire une évaluation globale peu de temps après l'ouverture afin d'enregistrer l'ensemble de l'actif et du passif et d'établir un bilan net de la situation du débiteur, de manière que le représentant de l'insolvabilité ait quelque idée de la valeur de la masse. Il peut être nécessaire d'évaluer les actifs, en particulier les actifs grevés, dans le courant de la procédure pour déterminer la valeur de la créance garantie (et de toute créance non garantie connexe) ainsi que les questions de protection contre toute dépréciation de cette valeur. Il peut être nécessaire aussi d'évaluer les actifs dans l'optique de la disposition de parties de l'entreprise ou d'actifs particuliers en dehors du cours normal des affaires et lors de l'homologation d'un plan de redressement approuvé pour satisfaire aux exigences applicables. Une question connexe est le coût de l'évaluation et la partie qui devrait le supporter.

٦٧. Certaines lois prévoient que l'évaluation se fait, du moins dans un premier temps, d'un commun accord entre les parties (le débiteur ou le représentant de l'insolvabilité et le créancier garanti). D'autres prévoient différentes techniques judiciaires. Par exemple, au lieu d'évaluer lui-même les actifs, le tribunal peut indiquer un mode d'évaluation et confier la tâche à des experts compétents. Cette évaluation pourrait s'appuyer sur des principes clairs énoncés dans la loi sur l'insolvabilité. Le tribunal peut aussi, éventuellement après une première estimation du représentant de l'insolvabilité, déterminer la valeur des actifs en se fondant sur certains éléments de preuve (notamment étude des marchés, situation du marché et témoignages d'experts). Certaines lois exigent une évaluation marchande de l'actif par voie de vente, le prix le plus élevé sur le marché étant obtenu par un appel d'offres ou une vente aux enchères. Cette technique d'évaluation s'applique moins à la protection de la valeur de l'actif grevé ou du montant de la créance garantie qu'à la disposition des actifs de la masse par le représentant de l'insolvabilité.

٦٨. Dans certaines procédures de liquidation, le représentant de l'insolvabilité peut juger nécessaire d'utiliser ou de vendre des actifs grevés (voir plus loin, par. 83 à 86) afin de maximiser la valeur de la masse. Par exemple, dans la mesure où il estime que la valeur de la masse peut être maximisée si l'entreprise continue d'être temporairement exploitée, il souhaitera peut-être vendre des stocks qui sont partiellement grevés. De même, dans une procédure de redressement, il peut avoir tout intérêt à vendre des actifs grevés de même nature pour obtenir les fonds de

roulement nécessaires. Ainsi, lorsque la valeur de l'actif grevé est préservée pour protéger les créanciers garantis, il peut être souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité donne au représentant de l'insolvabilité la possibilité de fournir au créancier une sûreté réelle de remplacement équivalente, par exemple une garantie sur un autre actif ou sur le produit de la vente de l'actif grevé, ou de verser l'intégralité de la valeur des actifs servant à garantir la créance soit immédiatement soit selon un plan de versement convenu. D'autres approches ont essentiellement trait à l'utilisation du produit de la vente des actifs grevés (voir plus bas, par. 92 et 93). Certaines lois prévoient que le tribunal peut interdire au représentant de l'insolvabilité d'utiliser ce produit dans l'immédiat ou dans l'avenir. D'autres lois accordent aux créanciers garantis un aménagement de l'arrêt des poursuites afin qu'ils exercent leurs voies de droit individuelles en ce qui concerne ce produit, ou lorsque le créancier garanti ou le tribunal n'autorise pas l'utilisation du produit, tiennent l'entreprise débitrice, sa direction ou encore le représentant de l'insolvabilité personnellement responsables du montant du produit ou, considèrent ce dernier comme une dette non susceptible de remise.

ii) Protection du montant de la fraction garantie de la créance

69. Un deuxième moyen de protéger les intérêts des créanciers garantis est de protéger le montant de la fraction garantie de la créance. Dès l'ouverture de la procédure, l'actif grevé fait l'objet d'une évaluation, sur la base de laquelle est déterminé le montant de la fraction garantie de la créance du créancier. Ce montant reste fixe pendant toute la procédure et, lors de la répartition consécutive à la liquidation, le créancier garanti bénéficie d'une créance de premier rang à hauteur de ce montant. Durant la procédure, le créancier garanti pourrait également recevoir le taux d'intérêt contractuel sur la fraction garantie en compensation des retards imposés par la procédure. Cette technique permet d'éviter certaines des difficultés liées à l'évaluation constante des actifs grevés qui peut être nécessaire dans la première méthode décrite plus haut.

Recommandations 39 à 45 et 50

Mesures provisoires (par. 47 à 53)

٣٩. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal peut prononcer, à la demande du débiteur, de créanciers ou de tiers, des mesures provisoires, lorsque celles-ci sont nécessaires pour protéger et préserver la valeur des actifs du débiteur ou les intérêts des créanciers, entre le moment du dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de la procédure. Ces mesures peuvent notamment être les suivantes:

a) Interdire ou suspendre les mesures d'exécution contre les actifs du débiteur, y compris les mesures visant à rendre des sûretés réelles opposables aux tiers et la réalisation de sûretés réelles;

b) Confier l'administration ou la supervision de l'entreprise du débiteur, y compris éventuellement le pouvoir d'utiliser des actifs et d'en disposer dans le cours normal des affaires, à un représentant de l'insolvabilité ou à une autre personne nommée par le tribunal;

c) Confier la réalisation de tout ou partie des actifs du débiteur à un représentant de l'insolvabilité ou à une autre personne nommée par le tribunal,

afin de protéger et préserver la valeur de ces actifs lorsque, de par leur nature ou en raison d'autres circonstances, ils sont périssables, susceptibles de se déprécier ou autrement menacés; et

d) Prononcer toute autre mesure du même type que les mesures applicables ou pouvant être prononcées à l'ouverture de la procédure conformément aux recommandations 46 et 48.

Indemnisation en rapport avec les mesures provisoires (par. 51)

٤٠. La loi sur l'insolvabilité peut habiliter le tribunal:

a) À exiger de la personne demandant les mesures provisoires une indemnisation et, s'il y a lieu, le paiement de frais ou droits; ou

b) À imposer des sanctions en rapport avec une demande de mesures provisoires.

Répartition des droits entre le débiteur et le représentant de l'insolvabilité (par. 50, 70 à 73)

41. La loi sur l'insolvabilité devrait indiquer clairement comment les droits et obligations se répartissent entre le débiteur et tout représentant de l'insolvabilité nommé à titre de mesure provisoire. Entre le moment du dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de la procédure, le débiteur est autorisé à continuer d'exploiter son entreprise ainsi qu'à utiliser les actifs et à en disposer dans le cours normal des affaires, sauf restrictions imposées par le tribunal.

Notification (par. 52)

42. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, sauf si le tribunal en limite ou en exclut la nécessité, une notification appropriée doit être adressée aux parties intéressées qui sont concernées:

a) Par une demande de mesures provisoires ou une décision du tribunal d'accorder des mesures provisoires (y compris une demande de réexamen et de modification ou de mainlevée); et

b) Par une décision du tribunal d'accorder des mesures supplémentaires applicables à l'ouverture.

Mesures provisoires ex parte *(par. 52)*

43. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, s'ils ne sont pas avisés de la demande de mesures provisoires, le débiteur ou une autre partie intéressée touchée par ces mesures ont le droit, s'ils en font la demande d'urgence, d'être entendus rapidement sur le maintien ou non des mesures.

Modification ou mainlevée des mesures provisoires (par. 53)

44. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal, agissant d'office ou à la demande du représentant de l'insolvabilité, du débiteur, d'un créancier ou de toute autre personne touchée par les mesures provisoires, peut réexaminer et modifier ou lever ces mesures.

Fin des mesures provisoires (par. 53 et chap. I, par. 63)

45. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les mesures provisoires prennent fin:

a) Lorsque la demande d'ouverture est rejetée;

b) Lorsqu'une décision ordonnant des mesures provisoires est contestée avec succès conformément à la recommandation 43; et

c) Lorsque les mesures applicables à l'ouverture de la procédure prennent effet, sauf si elles sont maintenues par le tribunal.

Protection contre la dépréciation des actifs grevés (par. 63 à 69)

50. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, sur demande faite au tribunal, un créancier garanti devrait avoir droit à la protection de la valeur des actifs sur lesquels il détient une sûreté réelle. Le tribunal peut prononcer les mesures de protection appropriées, qui peuvent notamment prendre la forme:

a) De versements en espèces effectués par la masse;

b) De la constitution de sûretés réelles supplémentaires; ou

c) D'autres moyens déterminés par le tribunal.

A/CN.9/582/Add.6

Travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité: proposition du Committee on Corporate and Professional Responsibilities de l'International Insolvency Institute

ADDITIF

Responsabilités des administrateurs et des dirigeants dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité

Contexte

1. Les avantages d'une loi efficace en matière d'insolvabilité sont largement reconnus et acceptés par la plupart des pays, comme le prouvent les efforts déployés par beaucoup d'entre eux au cours de ces dernières années pour actualiser leur législation en matière d'insolvabilité en vue de tenir compte de la finance et du commerce modernes. Outre qu'elles constituent le principal moyen de préserver la discipline financière et d'assurer une répartition efficace des ressources dans l'économie en offrant tant un cadre juridique prévisible, permettant de faire face aux problèmes financiers que connaissent les entreprises en difficulté, avant l'accumulation de ces problèmes, que le cadre nécessaire à un redressement efficace ou à une liquidation ordonnée des entreprises en difficulté, des lois efficaces en matière d'insolvabilité donnent la possibilité d'examiner les circonstances ayant abouti à l'insolvabilité et la conduite des dirigeants de la société, permettant ainsi peut-être de mettre au jour un comportement coupable de la part des responsables de la défaillance de la société et une disposition inéquitable d'avoirs ou de biens potentiellement récupérables.

2. On s'est davantage intéressé, récemment, aux responsabilités des administrateurs et des dirigeants dans les procédures d'insolvabilité et les mécanismes avant insolvabilité en raison notamment des cas largement médiatisés, de WorldCom, Parmalat et Enron, qui ont mis en lumière les allégations de fraude à l'échelle de l'entreprise et d'abus de confiance. L'augmentation notable du nombre d'actions intentées contre des dirigeants et des administrateurs pour cause de violation de diverses obligations montre qu'il faut élaborer d'urgence des principes directeurs pour déterminer les responsabilités des administrateurs et des dirigeants lorsqu'une société est proche de l'insolvabilité ou devient insolvable. De tels principes seraient un moyen aussi bien de prévenir les crises que de les gérer. Ils ne sont pas nécessaires uniquement pour les affaires d'insolvabilité importantes, mais aussi pour celles qui le sont beaucoup moins toutes les fois qu'une société a des actifs dans plus d'un pays, la direction risque d'être confrontée à des lois ou à des règlements concurrents concernant l'utilisation de ces actifs pour rembourser les créanciers, ou la détermination des créanciers prioritaires, et beaucoup d'autres questions.

3. Le bien-fondé et la crédibilité des lois sur l'insolvabilité et des pratiques des administrateurs et des dirigeants sont essentiels si l'on veut que les efforts des

gouvernements et des responsables de la réglementation réussissent à améliorer le fonctionnement du système financier mondial. Les principes directeurs existants sur les obligations des administrateurs et dirigeants quand une société approche de l'insolvabilité sont inefficaces, surannés et incohérents, et risquent de réduire à néant les avantages que le Guide législatif de la CNUDCI sur l'insolvabilité vise à procurer. En outre, des lois sur les responsabilités des administrateurs et dirigeants mal conçues ou mal élaborées, dont les résultats sont incertains, capricieux, injustes ou trop limités, menacent les avantages de la mondialisation. Elles risquent de faire sérieusement obstacle à la libéralisation des échanges et de décourager les mouvements internationaux de capitaux.

4. L'harmonisation des responsabilités des administrateurs et des dirigeants pose des problèmes pour plusieurs raisons. Ces responsabilités sont généralement incorporées dans les lois sur les sociétés et sur l'insolvabilité, qui ont souvent des interactions avec d'autres lois et politiques nationales. Les lois qui traitent des responsabilités des administrateurs et des dirigeants sont étroitement liées aux autres règles et dispositions réglementaires d'un pays sur la gouvernance des sociétés. Dans certains pays, elles sont un élément essentiel d'autres mesures qui visent par exemple à protéger les déposants dans les institutions financières, assurer le recouvrement de l'impôt, favoriser certaines catégories de créanciers par rapport à d'autres (par exemple les salariés), etc. Elles doivent être en harmonie avec les cadres juridiques, commerciaux et culturels pertinents dans le contexte local.

5. Il devrait néanmoins être possible de cristalliser, à partir de régimes de l'insolvabilité efficaces, des principes fondamentaux qui devraient se retrouver dans les devoirs des administrateurs et des dirigeants en cas d'insolvabilité. L'International Insolvency Institute a la conviction qu'il est possible d'aller plus loin et d'esquisser les caractéristiques les mieux à même de donner effet aux objectifs d'intérêt général et d'ordre international que les pays cherchent à atteindre avec de telles lois. Un ensemble de principes directeurs sur les responsabilités des administrateurs et des dirigeants qui serait d'une application souple viendrait s'ajouter utilement aux autres facteurs incitant les pays à faire des réformes dans ce domaine.

Caractéristiques des principes directeurs proposés

6. Un ensemble de principes directeurs ne viserait pas à harmoniser les lois applicables aux administrateurs et aux dirigeants de différents pays ni d'établir un ensemble rigide de dispositions. Ce serait au contraire une liste d'options proposées sur diverses questions (par exemple à qui des droits sont dus avant et après l'insolvabilité, quelles actions peuvent donner lieu à une responsabilité personnelle, etc.), parmi lesquelles les pays pourrait choisir et qu'ils pourraient modifier pour les adapter à leur situation. L'élaboration d'un cadre type pourrait prendre pour point de départ les principes et caractéristiques fondamentaux qui se sont dégagés de l'enquête sur les responsabilités des administrateurs et des dirigeants menée par l'III en 2004 auprès des conseillers juridiques de plus de 50 pays, ainsi que les travaux dans ce domaine d'autres organisations, telles que l'OCDE et INSOL International. La CNUDCI pourrait aider à développer ces principes et leurs caractéristiques. Au bout du compte, l'III proposerait qu'il y ait des options spécifiques pour des mesures législatives et autres qui, si elles étaient adoptées, contribueraient

probablement à des principes directeurs efficaces concernant les obligations des administrateurs et des dirigeants lorsqu'une société approche de l'insolvabilité.

Rôle de la CNUDCI dans l'élaboration des principes directeurs

7. L'III considère que la CNUDCI est bien placée pour être associée à un projet de cette complexité et de cette envergure, étant donné les résultats attestés de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et du Guide législatif sur l'insolvabilité qui lui a fait suite. Le moment est venu d'entreprendre un tel projet, étant donné l'achèvement récent du Guide législatif. Un ensemble de principes directeurs en fonction desquels les administrateurs et dirigeants devraient se comporter est indispensable pour une utilisation et une application satisfaisantes des principes contenus dans le Guide législatif.

8. Pendant l'élaboration de ces textes, la CNUDCI a établi des liens avec d'autres participants clés des organismes s'occupant d'insolvabilité, consulté de nombreux praticiens et tenu des colloques avec de hauts fonctionnaires. Les participants représentaient un large éventail de pays ayant des cultures et des systèmes juridiques différents. Le Secrétariat et les membres de la CNUDCI connaissent donc déjà bien nombre des questions liées aux responsabilités des administrateurs et dirigeants. Ces facteurs militeraient donc en faveur de l'élaboration d'un cadre de règles pour les administrateurs et les directeurs lorsqu'une société approche de l'insolvabilité.

9. La participation de la CNUDCI attirerait en outre utilement l'attention au niveau international sur les responsabilités des administrateurs et des dirigeants dans le cadre de l'application de lois sur l'insolvabilité fondées sur le Guide législatif sur l'insolvabilité. Ces éléments pourraient devenir une référence pour l'établissement de rapport sur la transparence et la surveillance de la transparence et contribuer ce faisant à améliorer la pratique internationale dans le domaine de l'insolvabilité.

10. L'III demandes instamment à la CNUDCI d'élaborer des principes directeurs types sur les responsabilités des administrateurs et des dirigeants dans les affaires d'insolvabilité et dans les affaires avant insolvabilité.

A/CN.9/582/Add.7

Travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité: proposition de l'International Insolvency Institute (III) (Comité de la fraude commerciale)

ADDITIF

Proposition d'étude et de recommandations dans le domaine de la fraude commerciale

Généralités

1. L'ampleur des dommages causés par la fraude commerciale est incalculable mais on peut, prudemment, estimer les pertes qui en découlent et ses conséquences à plusieurs billions d'euros et de dollars chaque année.

2. Il ne sera jamais possible d'éliminer la fraude commerciale. Il est possible, en revanche, d'envisager de mettre sur pied des structures et des systèmes qui réduiront les possibilités de fraude commerciale, réduiront la rétribution potentielle des opérations frauduleuses et atténueront les conséquences néfastes de ces activités.

3. La fraude commerciale se solde souvent par des procédures d'insolvabilité ou par d'importantes restructurations; l'un des domaines dans lesquels on pourrait, de manière productive, mettre au point des systèmes et procédures antifraude est par conséquent celui de l'insolvabilité et des redressements. Il pourrait, à plusieurs titres, être intéressant d'étudier les recours envisageables dans ce domaine contre la fraude commerciale, notamment parce que:

- De nombreux pays disposent de procédures et systèmes de traitement de l'insolvabilité et que plusieurs procèdent actuellement à l'élaboration ou l'actualisation de telles procédures;
- L'insolvabilité est une discipline précise et cohérente dans laquelle des réformes visant à réduire les effets de la fraude commerciale seraient soutenues par tous;
- Le cadre de la législation relative à l'insolvabilité est idéal pour traiter les conséquences de la fraude commerciale. En fait, la plupart des systèmes de traitement de l'insolvabilité comprennent des mesures destinées à limiter les conséquences de la fraude commerciale;
- L'on pourrait aisément tirer du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* – ou y incorporer ou y adjoindre – des recommandations de modifications visant à décourager la fraude commerciale et à réduire l'intérêt qu'elle présente dans le contexte de l'insolvabilité.
- La CNUDCI a déjà obtenu, dans le domaine de l'insolvabilité, d'importants succès avec deux projets menés à bien dans des délais très brefs;
- Le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité est un exemple bienvenu d'instance au sein de laquelle des dizaines de pays collaborent avec succès

depuis plusieurs années aux fins d'importants projets et partagent une vision commune de la nécessité d'améliorer les systèmes et procédures internationaux. Le fait qu'un groupe ayant cette expérience et cette composition existe déjà réduirait la phase d'apprentissage de tout nouveau projet que la CNUDCI pourrait envisager dans ce domaine.

4. La proposition de l'III vise à créer, dans les domaines de l'insolvabilité et des recours des créanciers, des systèmes et procédures à même de dissuader l'activité frauduleuse dans les opérations commerciales. Ces travaux ne feraient aucunement double emploi avec ceux, utiles, que l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC) mène dans ce domaine sur des activités qui relèvent davantage de l'action criminelle et quasi criminelle ainsi que sur des activités contraires à l'ordre public. Cependant, les procédures pénales qui visent à réprimer les activités frauduleuses ont souvent une importante incidence sur le traitement de l'insolvabilité. Il n'est pas rare, par exemple, que des procédures d'insolvabilité soient partiellement ou totalement suspendues dans l'attente d'enquêtes pénales. Il importe, bien entendu, infiniment de tenir compte de la procédure pénale et des besoins des autorités publiques, mais ces mesures peuvent avoir un effet considérable sur les créanciers et sur la procédure d'insolvabilité. L'analyse de cette question par la CNUDCI pourrait permettre d'introduire des changements tenant compte des besoins des autorités poursuivantes tout en maximisant la valeur de l'entité insolvable au profit des salariés, des créanciers et des autres parties intéressées.

5. L'III propose que la CNUDCI étudie les moyens de modifier la législation de l'insolvabilité afin de dissuader l'activité frauduleuse et le recours à des stratagèmes frauduleux, et de réduire l'effet qu'ont ces activités sur les créanciers et autres parties intéressées. Cela pourrait se faire en combinant plusieurs approches du problème. Premièrement, il faudrait que la CNUDCI étudie, dans le contexte de l'insolvabilité, la meilleure façon d'agir pour que les créanciers qui participent à des opérations frauduleuses ou qui les facilitent soient traités d'une manière soit moins intéressante que les créanciers ordinaires, soit tellement peu attrayante qu'elle les dissuaderait de mener de telles activités. Il faudrait, en revanche, protéger les activités et parties commerciales honnêtes contre les conséquences néfastes injustifiées qu'entraînerait pour elles le fait de commercer avec des fraudeurs.

6. Deuxièmement, il faudrait que la CNUDCI étudie et émette des recommandations concernant les recours qui, dans les procédures et la pratique de l'insolvabilité, seraient proposés soit à un administrateur de l'insolvabilité, soit à des créanciers désireux d'intenter des actions en recouvrement contre des parties ayant participé à des opérations annulables en vertu de la législation interne. On pourrait dissuader des activités telles que les opérations d'initiés, les paiements par des personnes insolvables et les transferts à des montants sous ou surévalués si l'on prévoyait, dans les systèmes d'insolvabilité, des sanctions contre ceux qui cherchent à en profiter. Il faudrait étudier et clarifier les obligations faites aux entités qui participent à des activités commerciales normales avec des fraudeurs de découvrir et de prévenir toute fraude. La participation active à la fraude devrait être découragée, mais celle à des opérations commerciales normales ne devrait pas être condamnée simplement parce que d'autres parties à ces opérations ont mené des activités frauduleuses. Il faudrait trouver un juste milieu. Or, peu d'études ont été réalisées sur cette question, qui se pose de plus en plus souvent dans le contexte de faillites

frauduleuses internationales. Cette démarche serait conforme au *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*, qui énonce que les systèmes de traitement de l'insolvabilité devraient décourager toute conduite privilégiant un créancier par rapport aux autres (deuxième partie, II, par. 148 et suivants, en particulier le paragraphe 151). Le *Guide législatif de la CNUDCI* ne recommande pas de mesures particulières de ce type, mais elles feraient un excellent thème pour de futurs travaux relatifs à l'insolvabilité et compléteraient utilement le *Guide*.

7. Troisièmement, pour aider à décourager les activités frauduleuses, il faudrait que la CNUDCI étudie les moyens de donner aux administrateurs de l'insolvabilité des pouvoirs de recouvrement accrus et des possibilités de recours accéléré qu'ils pourraient opposer aux entités liées à des activités frauduleuses. Là encore, les systèmes de traitement de l'insolvabilité possèdent presque tous des dispositions qui facilitent les procédures de recouvrement engagées par des administrateurs à l'encontre d'entités qui ont pris part à des opérations frauduleuses avec le débiteur avant que celui-ci ne devienne insolvable. Nombre de ces dispositions, cependant, sont difficiles à appliquer en cas d'insolvabilité internationale. En outre, ces pouvoirs d'exécution et autres doivent être compatibles avec les objectifs de la procédure d'insolvabilité et ne pas s'opposer aux réalités commerciales qui maximisent la valeur et facilitent les recouvrements. Il faut bien prendre soin d'éviter les coûts et frais administratifs superflus.

8. Il serait également utile de se pencher sur le classement à appliquer aux créances et droits des autorités de réglementation et d'exécution dans les procédures d'insolvabilité mettant en jeu des activités frauduleuses, et sur la procédure pénale à appliquer lorsque les droits de créanciers et d'autres parties entrent en jeu.

9. Le fait de mener des travaux sur le domaine de l'insolvabilité présenterait un avantage distinct tenant au fait que ce domaine englobe des activités frauduleuses de toutes sortes. On pourrait, par exemple, combattre l'usage frauduleux de lettres de change ou de crédits documentaires en insérant des procédures particulières dans les systèmes qui régissent ces instruments. Cela pourrait se faire dans des dizaines de domaines d'activité commerciale, produisant ainsi des dizaines de solutions individuelles et particulières à des dizaines de problèmes indépendants et distincts soumis à des procédures, à des règles et à des recours différents. Ces procédures, appropriées pour traiter des cas particuliers mettant en jeu des entités solvables, risqueraient en revanche de contredire, en cas d'insolvabilité, d'autres procédures concurrentes. Il faut donc, si l'on veut faire valoir les droits de toutes les parties concernées, anticiper l'insolvabilité de l'une ou de plusieurs des parties à une fraude commerciale. L'avantage de se concentrer, en matière d'insolvabilité, sur des systèmes est que ces systèmes s'appliquent à *toutes* les activités chaque fois qu'intervient une insolvabilité ou un redressement. Bien que la fraude commerciale ne se limite pas aux situations d'insolvabilité, il est judicieux d'orienter les ressources relativement rares dont on dispose vers un domaine qui est idéalement placé pour produire l'amélioration maximale dans les plus brefs délais, à savoir le domaine de l'insolvabilité.

10. L'III soumet la présente proposition à la CNUDCI parce que celle-ci est idéalement et uniquement placée pour examiner de près les questions très importantes qui se posent dans le domaine de l'insolvabilité et pour produire un ensemble de principes ou d'orientations qui appelleront l'attention de la communauté commerciale mondiale sur la nécessité de réformer et d'améliorer les

systèmes de traitement de l'insolvabilité pour ce qui est de prévenir et d'éviter les activités frauduleuses portant sur l'aide commerciale, et de fournir, à cette fin, une base acceptée internationalement.

C. Note du Secrétariat sur les travaux actuels d'autres organisations internationales dans le domaine du commerce électronique

(A/CN.9/579) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphe

I. Introduction 1-2

II. Travaux actuels d'organisations internationales dans le domaine du commerce électronique 3-56

a) Organismes et institutions spécialisées des Nations Unies 3-21

b) Autres organisations intergouvernementales 22-52

c) Organisations non gouvernementales internationales 53-56

I. Introduction

1. Le présent document comprend un récapitulatif des travaux d'organisations internationales dans le domaine du commerce électronique entrepris ou qu'il était prévu d'entreprendre au cours de l'année écoulée ou dans un avenir proche. Il ne prétend pas à l'exhaustivité mais est plutôt axé sur les travaux qui pourraient avoir une incidence sur ceux du Groupe de travail sur le commerce électronique. Il vise à fournir à la Commission des informations pour qu'elle puisse envisager les travaux futurs que le Groupe de travail pourrait entreprendre et examiner l'ampleur de la coopération avec d'autres organisations internationales. Il complète le rapport sur les activités actuelles figurant dans le document publié sous la cote A/CN.9/584.

2. Les travaux des organisations suivantes sont présentés sur la base de documents accessibles à tous:

a) Organismes et institutions spécialisées des Nations Unies

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED)

Commission économique pour l'Europe (CEE)

Commission économique et sociale pour l'Asie et le Pacifique (CESAP)

Union internationale des télécommunications (UIT)

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)

b) Autres organisations intergouvernementales

Association de coopération économique Asie-Pacifique (APEC)

Secrétariat du Commonwealth (SC)

Conseil de l'Europe (CE)

Commission européenne

Conférence de La Haye de droit international privé

Organisation des États américains (OEA)

Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)

Organisation mondiale des douanes (OMD)

c) Organisations non gouvernementales internationales

Chambre de commerce internationale (CCI)

II. Travaux actuels d'organisations internationales dans le domaine du commerce électronique

a) Organismes et institutions spécialisées des Nations Unies

CNUCED[1]

3. À sa neuvième session (Genève, 22-25 février 2005), le Conseil du commerce et du développement a approuvé les recommandations relatives aux stratégies de commerce électronique pour le développement. Il a recommandé que la CNUCED effectue des travaux de recherche et d'analyse de politique générale concernant les incidences sur le commerce et le développement des différents aspects des technologies de l'information et de la communication (TIC) et du commerce électronique relevant du mandat de la CNUCED, en mettant l'accent sur les secteurs qui présentent un intérêt particulier pour les pays en développement. Il a recommandé en outre que la CNUCED poursuive ses travaux sur la mesure des TIC, notamment sur le renforcement des capacités statistiques, afin que les pays en développement puissent mesurer l'accès à ces technologies, leur utilisation et leur impact, et évaluer les progrès accomplis dans ce domaine et contribue au renforcement des capacités dans le domaine des TIC au service du développement, en particulier dans les secteurs commerciaux qui présentent un intérêt spécial pour les pays en développement ou dans ceux qui peuvent être fortement stimulés par l'utilisation des TIC, comme le tourisme, le développement des petites et moyennes entreprises (PME) et la lutte contre la pauvreté[2].

4. La CNUCED participe à des projets interrégionaux et nationaux qui visent à rendre plus efficace le secteur commercial des pays en développement et des pays en transition en réduisant les coûts des opérations liés aux problèmes de douanes et de transport en transit. Elle s'emploie actuellement à améliorer l'efficacité de l'administration des douanes dans ces pays en modernisant le Système douanier automatisé (SYDONIA), avec l'élaboration d'outils informatiques pour assurer le

---

[1] www.unctad.org.

[2] TD/B/COM.3/L.31, 1er mars 2005.

suivi des accords de transport en transit et des projets d'assistance technique, la fourniture de services d'experts, la formation et la coordination des projets[3].

5. Par ailleurs, la CNUCED publie chaque année son Rapport sur le commerce électronique et le développement, axé sur les tendances des technologies de l´information et de la communication (TIC), telles que le commerce en ligne et le commerce électronique interentreprises, ainsi que les politiques et les stratégies nationales et internationales possibles pour une plus grande contribution de ces technologies au développement dans les pays en développement[4].

CEE[5]

6. Par l'intermédiaire de son Centre des Nations Unies pour la facilitation du commerce et les transactions électroniques (CEFACT-ONU), la Commission économique pour l'Europe appuie les activités destinées à améliorer la capacité des organisations commerciales ou administratives de pays développés, en développement et en transition à procéder efficacement à des échanges de produits et de services correspondants. Elle s'efforce avant tout de faciliter les transactions nationales et internationales en simplifiant et en harmonisant les procédés, les procédures et les flux d'information, et de contribuer ainsi à l'expansion du commerce mondial.

7. Le CEFACT-ONU a élaboré un nouveau projet de facilitation du commerce en vue de réviser la Recommandation n° 6 relative à la facture alignée pour le commerce international et de l'adapter aux exigences économiques et réglementaires de la facturation électronique[6]. La recommandation révisée vise à lever les obstacles à la facturation électronique et à apporter une solution facilement applicable tant par les PME que par les grandes entreprises. Le texte sera présenté lors d'un forum international du CEFACT-ONU sur le commerce sans papier qui se tiendra les 20 et 21 juin 2005 à Genève et au cours duquel des organismes commerciaux et réglementaires présenteront leurs propositions en faveur du commerce sans papier et essaieront de s'accorder sur la manière de les appliquer (pour plus d'informations concernant le forum, voir par. 11 et pour des informations sur les travaux apparentés entrepris par la CEE, voir par. 38).

8. Le projet sur la facilitation du commerce cherchera à définir les données nécessaires au rapprochement automatique des factures, ainsi que les informations requises pour que les institutions financières puissent traiter les factures de façon efficace. Les exigences quant à l'authenticité de l'origine et l'intégrité du contenu des factures seront examinées d'un point de vue juridique et le forum analysera les exigences quant au contenu des données dans la perspective de la taxe sur la valeur ajoutée (ou taxe sur les ventes). Plusieurs organismes (dont l'Association du transport aérien international) ont manifesté leur intérêt pour ces travaux et les gains

---

[3] On trouvera la liste exhaustive des projets liés au système SYDONIA à l'adresse: http://www.unctad.org/Templates/Projects.asp?mode=showprojects&status=subject&intItemID=1451&intSubjectID=23&value=ASYCUDA.

[4] Le Rapport sur le commerce électronique et le développement 2004 est disponible en version électronique à l'adresse: http://www.unctad.org/en/docs/ecdr2004_en.pdf.

[5] http://www.unece.org/Welcome.html.

[6] Voir: http://www.unece.org/cefact/forum_grps/tbg/projects.htm.

d'efficacité potentiels grâce à la facturation électronique. Le CEFACT-ONU cherche à obtenir des ressources et un appui auprès d'organismes privés et publics et, à cet effet, collabore avec les départements et les programmes correspondants de la Commission européenne.

9. La CEE et la CNUCED ont coparrainé le Groupe de travail de la facilitation des procédures du commerce international qui a élaboré les Règles des Nations Unies concernant l'échange de données informatisées pour l'administration, le commerce et le transport (UN/EDIFACT) qui comprennent une série de normes, de répertoires et de directives adoptés au niveau international pour l'échange électronique de données structurées et, en particulier, celles qui concernent l'échange de biens et de services entre systèmes d'information automatisés indépendants[7].

10. La CEE a en outre créé un groupe d'étude en vue de l'élaboration d'une approche uniforme des documents commerciaux électroniques, notamment le projet des Nations Unies pour les documents commerciaux électroniques (UNeDocs)[8], avec l'appui du Comité technique 154 de l'Organisation internationale de normalisation (ISO)[9]. UNeDocs est une initiative de la CEE visant à faciliter le passage au commerce sans papier en proposant une version électronique des principaux documents sur papier dans la chaîne d'approvisionnement internationale. Le CEFACT-ONU a créé un nouveau groupe de travail (le Groupe de travail UNeDocs TBG2[10]) pour identifier les principaux documents utilisés dans le commerce international, définir les spécifications des documents papier et des documents électroniques ainsi que des spécifications sur mesure à l'appui des projets nationaux, régionaux et internationaux sur les applications à guichet unique[11] et le commerce sans papier[12].

11. Les 20 et 21 juin 2005, la CEE parrainera un forum sur le commerce sans papier dans les chaînes d'approvisionnement internationales, l'objectif étant que tous les pays, entreprises et organisations non gouvernementales (ONG) prennent un engagement en vue de la réalisation du commerce sans papier, déterminent les principaux obstacles qui ont empêché jusqu'ici l'application à grande échelle du commerce sans papier dans la chaîne d'approvisionnement mondiale et définissent un cadre et un plan d'action sur l'échange d'informations aux fins de la sécurité et de l'efficacité des chaînes d'approvisionnement[13].

---

7 http://www.unece.org/trade/untdid/texts/d100_d.htm.

8 On trouvera des informations détaillées sur UNeDocs à l'adresse: http://www.unece.org/etrades/unedocs/.

9 http://www.iso.org/iso/en/ISOOnline.frontpage.

10 International Trade and Business Processes Group 2. Pour plus d'informations sur le TGB2, voir: http://www.unece.org/cefact/forum_grps/tbg/tbg2_edocs/tbg2_edocs.htm.

11 Ce qui permet de soumettre les documents à un point d'entrée unique.

12 Pour de plus amples informations, voir: http://www.unece.org/cefact/prs/pr05_trd_04e.pdf.

13 Pour de plus amples informations concernant le forum, voir: http://www.unece.org/forums/forum05/welcome.htm

CESAP[14]

12. La Commission économique et sociale pour l'Asie et le Pacifique a récemment entamé la première phase d'un projet exécuté à la demande de la Banque mondiale[15] concernant l'harmonisation des systèmes juridiques du commerce électronique en Asie et dans le Pacifique. À cet effet, elle a tenu une conférence régionale d'experts sur ce thème en Thaïlande du 7 au 9 juillet 2004[16], au cours de laquelle une série de communications ont été présentées sur les lois et règlements régissant le commerce électronique dans certaines des sous-régions d'Asie et les îles du Pacifique, ainsi que sur le cadre juridique de l'Accord-cadre e-ASEAN[17] (Association des nations de l'Asie du Sud-Est). Ces communications traitaient des possibilités de mettre en place un système juridique régissant le commerce électronique en Asie et dans le Pacifique et des difficultés que cela posait, et examinaient les besoins de renforcement des capacités aux fins d'un développement harmonisé de tels systèmes dans la région. Lors d'une réunion sur les besoins de renforcement des capacités tenue à la fin de la Conférence régionale d'experts[18], il a été recommandé que la CESAP en tant qu'organe régional de l'ONU, en coordination avec d'autres organisations compétentes en matière de renforcement des capacités, en particulier la CNUDCI, le CCI, la CNUCED/OMC, la CNUCED, l'UIT, l'OMPI et la Banque mondiale, exécute des activités régionales de renforcement des capacités au niveau régional ou sous-régional. Dans les phases suivantes du projet, on prévoit pour 2005 un atelier de formation sous-régional à l'intention des législateurs et des responsables de la réglementation sur l'élaboration d'une approche régionale pour l'harmonisation des systèmes juridiques régissant le commerce électronique et des programmes de formation de formateurs à l'intention des juges et des avocats. Dans une phase ultérieure, en 2006, il est proposé de fournir une assistance technique à chaque pays et à chaque région, ainsi qu'une formation nationale aux juges et aux avocats, l'objectif étant d'assurer l'élaboration et l'application harmonisées de lois sur le commerce électronique par les avocats, les juges et les autorités dans les pays participants.

UIT[19]

13. L'UIT, institution spécialisée de l'Organisation des Nations Unies, joue le rôle de chef de file dans l'organisation du Sommet mondial sur la société de

---

14 http://www.unescap.org/.

15 http://www.worldbank.org/.

16 Le texte intégral des communications présentées à la conférence régionale et des documents connexes sont disponibles sur le site Web de la Division du commerce et des investissements de la CESAP (www.unescap.org/tid/).

17 Les dirigeants des pays de l'ASEAN ont adopté l'initiative e-ASEAN à leur réunion annuelle à Manille le 28 novembre 1999. Cette initiative vise à créer une infrastructure propre à la région pour encourager l'utilisation des technologies de l'information et de la communication dans le commerce, la société et l'administration.

18 La réunion s'est tenue le 9 juillet 2004. La liste des participants (plus de 50 experts et hauts fonctionnaires) et le plan régional de renforcement des capacités intégré dans les conclusions et les recommandations de la Conférence régionale d'experts sont consultables à l'adresse: www.unescap.org/tid/projects/ecom04_conf.asp.

19 http://itu.int/home/.

l'information (SMSI)[20], qui a pour objectif essentiel de poser les bases d'une société de l'information accessible à tous et équitable. La première phase de ce Sommet, qui en comprendra deux, s'est tenue à Genève du 10 au 12 décembre 2003 et a débouché sur une Déclaration de principes[21] (qui énonce les principes sur lesquels repose l'édification de la société mondiale de l'information) et un Plan d'action[22] (qui énonce des mesures concrètes pour atteindre progressivement les objectifs de développements arrêtés à l'échelle internationale, notamment dans la Déclaration du Millénaire[23], en favorisant l'utilisation des produits, des services et applications qui reposent sur les technologies de l'information et de la communication (TIC) et d'aider les pays à surmonter le problème de la fracture numérique). La seconde phase se tiendra à Tunis du 16 au 18 novembre 2005 et sera axée sur la mise en œuvre de l'agenda pour le développement d'objectifs réalisables d'ici à 2015, ainsi que sur la recherche d'un consensus sur les questions en suspens, et notamment sur la question de la gouvernance de l'Internet[24].

14. L'UIT mène une séries d'activités pour lutter contre le pollupostage, à court et à long terme, en vue d'encourager la coopération internationale, d'élaborer des cadres généraux harmonisés, de promouvoir l'échange d'informations et de meilleures pratiques, et de fournir un appui aux pays en développement dans le domaine du pollupostage[25]. La première journée de la réunion thématique sur la cybersécurité, organisée dans le cadre du SMSI le 28 juin 2005, sera consacrée à la lutte contre le pollupostage[26].

15. En novembre 2004, un Symposium sur la cybergouvernance et le protocole Internet (IP) pour la région arabe s'est tenu à Dubaï pour examiner les aspects pratiques du développement de la cybergouvernance dans la région et sur les aspects

---

20 Suivant une proposition du Gouvernement tunisien, l'Union internationale des télécommunications a adopté une résolution à sa Conférence de plénipotentiaires en 1998 de tenir un sommet mondial de la société de l'information et de l'inscrire à l'ordre du jour de l'Organisation des Nations Unies. En 2001, le Conseil de l'UIT a décidé d'organiser un Sommet en deux étapes, la première devant avoir lieu du 10 au 12 décembre 2003 à Genève, Suisse, et la seconde du 16 au 18 novembre 2005 à Tunis, Tunisie. Cette décision a été approuvée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 56/183, aux termes de laquelle l'UIT devait jouer un rôle de premier plan dans l'organisation de ce Sommet, en collaboration avec d'autres organisations et partenaires intéressés.

21 http://www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/dop-fr.html

22 http://www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/poa.html

23 Résolution 55/2, adoptée le 8 septembre 2000. Le texte de la Déclaration est disponible à l'adresse: http://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.htm.

24 Les paragraphes de la Déclaration de principes concernant la gouvernance de l'Internet se trouvent à l'adresse: http://www.wgig.org/docs/Paragraphs_Internet_Governance.doc. Un groupe de travail sur la gouvernance de l'Internet a été créé avec pour tâches: d'élaborer une définition pratique de la gouvernance de l'Internet, d'identifier les questions d'intérêt général qui s'y rapportent, d'élaborer une conception commune des rôles et des sphères de responsabilité respectives des gouvernements, des organisations intergouvernementales, des organisations internationales et autres instances publiques, privées ou représentant la société civile, dans les pays en développement et les pays développés. Pour de plus amples informations concernant le SMSI, voir http://www.wgig.org/.

25 On trouvera des informations sur les initiatives de l'UIT concernant la lutte contre le pollupostage à l'adresse: http://www.itu.int/osg/spu/spam/intcoop.html.

26 http://www.itu.int/osg/spu/spam/.

de politique générale de la gestion du système des noms de domaine (DNS) de l'Internet et des adresses IP (protocole Internet). Il s'agit d'une partie du projet global cybergouvernance qui vise à améliorer l'efficacité des services publics dans les pays en développement grâce à l'utilisation de services et d'applications Internet[27]. En 2004, l'UIT a publié un rapport sur les activités qu'elle mène dans le domaine des réseaux fondés sur le protocole Internet (réseaux IP)[28].

OMPI[29]

16. En 1999[30] et en 2001[31], l'OMPI a rédigé deux études complètes sur les questions liées à l'interface entre les noms de domaine et les droits de propriété intellectuelle. Le rapport de 1999 recommandait la mise en place d'une procédure uniforme de règlement des litiges découlant du "cybersquattage", c'est-à-dire de l'enregistrement et de l'utilisation de mauvaise foi de marques à titre de noms de domaine. Le rapport de 2001 portait sur un certain nombre de désignations autres que les marques[32] et constatait un nombre considérable de cas d'enregistrement et d'utilisation de telles désignations à titre de noms de domaine. Pour ce qui est des noms et acronymes d'organisations intergouvernementales, le rapport de 2001 recommandait que les États élaborent une procédure administrative de règlement des litiges comparable aux Principes directeurs régissant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine, en partie administré par le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI. Les activités de ce Centre dans le domaine des litiges relatifs aux noms de domaine ont en partie contribué à mieux faire accepter l'utilisation de procédures en ligne pour régler les litiges relatifs à l'Internet.

17. Pour ce qui est du droit de la propriété intellectuelle, avec la portée mondiale d'Internet et la croissance rapide du commerce électronique, plusieurs questions se posent concernant la compétence, l'exécution des décisions et la loi applicable. Ainsi, la question de la loi applicable est primordiale pour ce qui est du droit d'auteur dans le cyberespace compte tenu de la facilité et de la rapidité avec lesquelles il est possible de transmettre sous forme numérique des copies parfaites de matériels soumis à droit d'auteur vers et à partir de n'importe quel lieu dans le monde, avec ou sans l'autorisation du bénéficiaire du droit d'auteur. Dans le contexte de la mondialisation des marchés, les questions liées au choix de la loi

---

27 Pour de plus amples informations concernant ce projet et les projets apparentés, voir: http://www.itu.int/ITU-D/e-strategy/e-applications/E-government/index.html.

28 http://www.itu.int/osg/spu/ip/chapter_five.html.

29 http://www.wipo.int/.

30 "La gestion des noms et adresses de l'Internet: Questions de propriété intellectuelle". Rapport concernant le processus de consultations de l'OMPI sur les noms de domaine de l'Internet (http://wipo2.wipo.int).

31 "La reconnaissance des droits et l'utilisation des noms dans le système des noms de domaine de l'Internet", Rapport concernant le deuxième processus de consultations de l'OMPI sur les noms de domaine de l'Internet (http://wipo2.wipo.int).

32 Ces désignations sont les suivantes: les dénominations communes internationales (DCI) pour les substances pharmaceutiques; les noms et acronymes d'organisations intergouvernementales; les noms de personnes et les désignations géographiques telles que les indications de provenance géographique utilisées sur les produits, les indications géographiques et d'autres termes géographiques; et les noms commerciaux, qui sont utilisés par les entreprises comme titres d'identité.

applicable pour ce qui est des droits de la propriété industrielle se sont multipliées. Pour y répondre en tenant compte des divers aspects de la propriété intellectuelle, l'OMPI a, en janvier 2001[33], organisé un colloque qui a examiné les aspects de la propriété intellectuelle dans le cadre du projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale élaboré sous les auspices de la Conférence de La Haye. Plus précisément, les experts ont examiné les dispositions qui influent sur le règlement des litiges relatifs à la propriété intellectuelle, et débattu également du commerce électronique et du rôle des modes extrajudiciaires de règlement des litiges.

18. L'OMPI a poursuivi l'examen des points du Plan d'action dans le domaine du numérique de l'OMPI, qui est un programme visant à formuler des réponses appropriées à l'influence d'Internet et des technologies numériques sur les systèmes de propriété intellectuelle et en particulier à protéger la propriété intellectuelle sur Internet[34]. Les questions couvertes sont les suivantes: application du droit de la propriété intellectuelle aux transactions par l'intermédiaire d'Internet et incidences d'Internet et des technologies numériques dans les domaines du droit d'auteur et des droits connexes, marques, noms de domaine et brevets, et règlement des litiges. Le plan d'action vise également à: élargir la participation des pays en développement grâce à l'utilisation du WIPONET et d'autres moyens d'accès à l'information en matière de propriété intellectuelle et d'exploitation de leurs actifs de propriété intellectuelle dans le commerce électronique; promouvoir l'adaptation du cadre juridique international pour faciliter le commerce électronique par l'extension des principes énoncés dans le WCT[35] et le WPPT[36] aux interprétations et exécutions audiovisuelles; adapter les droits des radiodiffuseurs à l'ère du numérique; élaborer un instrument international sur la protection des bases de données.

19. Sont encore inscrits au Plan d'action dans le domaine du numérique de l'OMPI les éléments suivants: élaboration de règles internationales pour déterminer les conditions de responsabilité en matière de propriété intellectuelle des prestataires de services en ligne; promotion d'un cadre institutionnel facilitant l'exploitation de la propriété intellectuelle au moyen, par exemple, de l'administration en ligne des litiges de propriété intellectuelle; et mise en place de procédures en ligne pour le

---

33 http://www.wipo.int/pil-forum/fr/en/.

34 Le plan d'action dans le domaine numérique de l'OMPI a été lancé en septembre 1999 par le Directeur général de l'OMPI à la Conférence internationale sur le commerce électronique et la propriété intellectuelle. Il a été approuvé quelques mois plus tard par les États membres de l'OMPI lors de leur assemblée générale. Pour informer le public des activités qu'elle mène dans le cadre de son plan d'action, l'OMPI a créé un site web consacré aux questions relatives au commerce électronique. Disponible en anglais, en français et en espagnol, ce site fournit des informations complètes sur les programmes de l'OMPI dans les domaines concernés, des documents d'information sur des questions de fond, ainsi qu'un calendrier des réunions (http://ecommerce.wipo.int).

35 Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (adopté à Genève le 20 décembre 1996). Entré en vigueur le 6 mars 2002. Source: Bureau international de l'OMPI, http://www.wipo.int/.

36 Traité de l'OMPI sur les exécutions et les phonogrammes adopté à Genève le 20 décembre 1996). Entré en vigueur le 20 mai 2002. Source: Bureau international de l'OMPI, http://www.wipo.int/.

dépôt et l'administration des demandes internationales déposées en vertu du PCT[37], dans le cadre du système de Madrid[38] et de l'Arrangement de La Haye[39].

20. Le Secteur de développement économique de l'OMPI est axé sur l'aspect de la propriété intellectuelle lié au développement, et met en œuvre des programmes d'assistance technique aux pays en développement afin de promouvoir la propriété intellectuelle comme outil de développement économique, social et culturel, et moyen de créer des richesses[40]. Des programmes d'assistance technique sont mis en place en réponse aux demandes spécifiques de chaque pays. Les programmes d'assistance technique aux pays en développement du Secteur de développement économique se concentrent sur la mise en place de l'infrastructure juridique et administrative nécessaire à la protection des droits de propriété intellectuelle. Cette démarche recouvre l'aide à la formation, la modernisation des institutions et des systèmes de propriété intellectuelle, la sensibilisation et des conseils d'experts sur la législation en matière de propriété intellectuelle. De plus en plus de pays en développement requièrent également l'assistance de l'OMPI pour la phase suivante, qui consiste à tirer le meilleur parti de la valeur économique et culturelle des actifs de propriété intellectuelle et du transfert de technologies.

21. L'OMPI a également pour objectif d'étudier les besoins, et d'y répondre promptement et judicieusement, en ce qui concerne les mesures concrètes propres à améliorer l'administration des actifs culturels et autres objets numériques de propriété intellectuelle à l'échelon international, ce qui suppose par exemple d'étudier l'authentification des documents électroniques et la mise en place d'une procédure de certification des sites Web qui respectent des normes et des procédures appropriées en matière de propriété intellectuelle; d'étudier également toute autre question émergente de propriété intellectuelle en rapport avec le commerce électronique et, si nécessaire, d'élaborer des normes en relation avec ces questions; et de coordonner avec d'autres organisations internationales la formulation de positions internationales sur des questions touchant la propriété intellectuelle, en particulier la validité des contrats conclus par voie électronique et le ressort juridique.

---

37 Traité sur la coopération en matière de brevets, conclu en 1970, amendé en 1979 et modifié en 1984 et 2001. Source: Bureau international de l'OMPI, http://www.wipo.int/portal/index.html.fr.

38 Accord de Madrid concernant l'enregistrement international des marques en date du 14 avril 1891, tel que révisé à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Nice le 15 juin 1957 et à Stockholm le 14 juillet 1967, et amendé le 28 septembre 1979.

39 Constitué de l'Arrangement de La Haye concernant l'enregistrement international des dessins et modèles industriels (Acte de 1999, règlement d'exécution commun à l'Acte de 1999, Acte de 1960 et Acte de 1934 de l'Arrangement de La Haye).

40 L'approche de l'OMPI à l'égard du développement économique a sa source dans la Déclaration du Millénaire et ses huit objectifs du Millénaire pour le développement visant à réduire la pauvreté à travers le monde et à créer un climat propice au développement.

b) Autres organisations intergouvernementales

Association de coopération économique Asie-Pacifique[41]

22. Les activités de l'Association de coopération économique Asie-Pacifique (APEC) dans le domaine du commerce électronique sont coordonnées par le Groupe directeur du commerce électronique. Sur la base des principes énoncés dans le plan d'action pour le commerce électronique[42] adopté par l'APEC en 1998, le Groupe directeur promeut le développement et l'utilisation du commerce électronique en instaurant dans la région des cadres juridiques, réglementaires et décisionnels prévisibles, transparents et cohérents[43].

23. En 2004, le Groupe directeur a poursuivi son travail sur la confidentialité des données, la protection des consommateurs, la cybersécurité, les échanges commerciaux automatisés, la facilitation du commerce et les initiatives de lutte contre le pollupostage (spam). Les Membres de l'APEC ont entériné le Cadre de protection de la confidentialité de l'APEC[44], qui vise à encourager la mise en place d'une protection adéquate de la confidentialité de certaines informations et à assurer la libre circulation des informations dans la région Asie-Pacifique. Seize Membres ont établi des Plans d'action individuels en faveur des échanges commerciaux automatisés, qui définissent les mesures que devraient prendre les Membres pour atteindre l'objectif de l'APEC consistant à réduire ou éliminer les formalités douanières, les formalités administratives relatives au commerce transfrontalier et les autres formalités en matière de transport international par voie maritime, aérienne ou terrestre[45]. Un cadre global pour les échanges commerciaux automatisés permettant la transmission électronique des informations relatives au commerce dans toute la région APEC doit être établi d'ici à 2020. Le Groupe directeur est également convenu de poursuivre ses activités de lutte contre le pollupostage. Dans cette optique, il a entrepris une enquête sur les différentes approches adoptées par les Membres de l'APEC à l'égard du pollupostage, et envisagé une coopération éventuelle avec le Groupe de travail de l'APEC sur les télécommunications et l'information en 2005.

24. Dans le souci d'instaurer la confiance dans le commerce électronique, le Groupe directeur étudie divers moyens de mieux protéger les consommateurs des pratiques frauduleuses ou dolosives lors de leurs achats de biens et de services en ligne. Des activités visant à aider les Membres à mettre en œuvre les Principes directeurs de l'APEC pour la protection librement consentie des consommateurs sur Internet sont en cours[46]. Ces principes portent sur la coopération internationale,

---

41 www.apec.org.

42 Le texte (anglais) du plan d'action peut être consulté à l'adresse: http://www.export.gov/apececommerce/blueprint.html.

43 De plus amples informations sont disponibles sur le site Web du Groupe directeur du commerce électronique, à l'adresse: http://www.apec.org/apec/apec_groups/som_special_task_groups/electronic_commerce.html.

44 Le Cadre de protection de la confidentialité de l'APEC promeut une approche uniforme de la protection des données confidentielles dans tous les pays membres de l'APEC, et évite la mise en place d'obstacles inutiles à la circulation des informations.

45 On peut consulter ces Plans d'action individuels à l'adresse: http://www.apec-iap.org/.

46 Les Principes directeurs sont disponibles en ligne à l'adresse: http://www.export.gov/apececommerce/cp/guidelines.htm.

l'éducation et la sensibilisation, le rôle de direction du secteur privé, la publicité et le marketing en ligne et le règlement des conflits de consommation.

25. Le Groupe directeur a déclaré qu'il poursuivra en 2005 son travail sur la confidentialité des informations, le pollupostage, les échanges commerciaux automatisés et les initiatives dans le domaine de l'économie numérique, et qu'il modifiera le format de l'Inventaire des activités en matière de commerce électronique, qui est une liste adaptée aux entreprises des activités relatives au commerce électronique menées par les forums de l'APEC[47].

26. On trouvera des informations relatives au travail entrepris par l'APEC sur la question des achats électroniques au paragraphe 37 du document A/CN.9/WG.I/WP.31.

Secrétariat du Commonwealth[48]

27. En 1999, les Ministres de la justice du Commonwealth ont chargé le Secrétariat du Commonwealth d'examiner les implications juridiques de l'utilisation de la technologie afin d'aider les Pays membres à tirer pleinement parti des possibilités offertes par les progrès technologiques. Le Secrétariat a convoqué plusieurs groupes d'experts et établi sur la base de leurs délibérations des instructions relatives à la rédaction de textes. Des lois type en matière de technologie ont été rédigées pour les domaines particuliers ci-après: Transactions électroniques[49]; Preuves électroniques[50]; Liberté de l'information[51]; Confidentialité[52]; et Délinquance informatique et criminalité liée à l'informatique[53].

---

47 L'Inventaire est disponible en ligne à l'adresse: http://www.apec.org/apec/apec_groups/som_special_task_groups/electronic_commerce.html.

48 http://www.thecommonwealth.org/HomePage.asp?NodeID=20593.

49 Le projet de loi type sur le commerce électronique est considéré comme une base solide pour l'adoption de nouvelles lois par les pays membres du Commonwealth cherchant à se doter d'une législation qui traite de toutes les grandes questions visées par la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et est adaptée spécifiquement aux pays de *common law*. Il est disponible à l'adresse: http://www.thecommonwealth.org/shared_asp_files/uploadedfiles/{1072058F-7B90-4A11-A5DF-E33AACEF4000}_E-commerce.pdf.

50 La loi type contient des dispositions relatives à la recevabilité des preuves en général, à son propre champ d'application, à l'authentification, à l'application de la règle de la meilleure preuve, à la présomption d'intégrité, aux niveaux de preuve, à la preuve par acte notarié, au contre-interrogatoire, à l'entente sur la recevabilité des enregistrements électroniques et à la recevabilité de la signature électronique. Elle est disponible à l'adresse: http://www.thecommonwealth.org/shared_asp_files/uploadedfiles/{E9B3DEBD-1E36-4551-BE75-B941D6931D0F}_E-evidence.pdf.

51 Le projet de loi type sur la Liberté de l'information est disponible à l'adresse: http://www.thecommonwealth.org/shared_asp_files/uploadedfiles/{AC090445-A8AB-490B-8D4B-F110BD2F3AB1}_Freedom%20of%20Information.pdf, et contient des dispositions relatives au droit d'accès à l'information.

52 Le projet de loi type sur la confidentialité des données, disponible à l'adresse: http://www.thecommonwealth.org/shared_asp_files/uploadedfiles/{82BDA409-2C88-4AB5-9E32-797FE623DFB8}_protection%20of%20privacy.pdf, traite de la collecte, de l'utilisation, de la divulgation et de la conservation des données personnelles, ainsi que de la mise en place d'un Commissaire à la protection de la vie privée et d'un système d'enquêtes relatives aux plaintes pour atteinte à la vie privée.

53 Le projet de loi type sur la délinquance informatique et la criminalité liée à l'informatique,

Ces lois type ont été soumises à l'examen des Ministres de la justice à leur réunion de 2002. Le Secrétariat du Commonwealth a été prié de poursuivre son travail en collaboration avec les hauts fonctionnaires dans ces domaines afin de faire en sorte que les différentes législations restent d'actualité et reflètent les intérêts des Pays membres, en particulier ceux des petits pays et des pays en développement. La Section de l'élaboration des lois du Secrétariat du Commonwealth a poursuivi son travail visant à promouvoir les lois type du Commonwealth.

Conseil de l'Europe[54]

28. En septembre 2004, le Conseil a parrainé une conférence intitulée "Le défi de la cybercriminalité", qui visait à encourager le plus grand nombre d'États à ratifier rapidement la Convention sur la cybercriminalité[55] et son Protocole[56] et/ou à y adhérer.

29. En avril 2005, le Comité d'experts ad hoc multidisciplinaire sur la société de l'information du Conseil de l'Europe (CAHSI) a adopté le "Projet de déclaration politique sur les principes et lignes directrices pour assurer le respect des droits de l'homme et de l'état de droit dans la société de l'information"[57].

30. Faisant suite à l'adoption par le Conseil de l'Europe de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, le Groupe de projet sur la protection des données (CJPD)[58] a établi à l'intention du Comité européen de coopération juridique (CDCJ) un rapport sur l'incidence des principes de la protection des données sur l'utilisation des données biométriques (empreintes digitales, reconnaissance de l'iris, reconnaissance faciale etc.) et a indiqué que, lorsqu'un système utilise la biométrie, la mise en place d'une procédure de certification, de surveillance et de contrôle, pratiqués le cas échéant par un organe indépendant, devrait être encouragée, en particulier pour le cas des applications de masse, s'agissant des normes de qualité applicables aux logiciels, au

---

disponible à l'adresse: http://www.thecommonwealth.org/shared_asp_files/uploadedfiles/{DA109CD2-5204-4FAB-AA77-86970A639B05}_Computer%20Crime.pdf, crée des infractions relatives à certains délits informatiques, notamment l'accès illégal à un système informatique, l'atteinte à l'intégrité de données ou d'un ordinateur, l'interception illégale de données, les dispositifs illégaux et la pédopornographie.

54 http://www.coe.int/DefaultFR.asp.

55 La Convention sur la cybercriminalité, STCE n° 185, est entrée en vigueur le 1er juillet 2004. Elle a pour objectif la mise en place d'une politique pénale commune destinée à protéger la société de la criminalité dans le cyber espace, notamment par l'adoption d'une législation appropriée et par l'amélioration de la coopération internationale. Source: Bureau des traités du Conseil de l'Europe, http://conventions.coe.int/Treaty/FR/v3DefaultFRE.asp.

56 Le Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques (STCE n° 189), complète, pour les Parties au protocole, les dispositions de la Convention sur la cybercriminalité, s'agissant de l'incrimination des actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques. Il a été ouvert à la signature à Strasbourg le 28 janvier 2003. Source: Bureau des traités du Conseil de l'Europe, http://conventions.coe.int/Treaty/FR/v3DefaultFRE.asp.

57 http://www.coe.int/T/F/Projets_integres/Democratie/02_Activit%E9s/00_CAHSI/011CAHSI%282005%297F.asp#TopOfPage.

58 STCE n° 108, entrée en vigueur le 1er octobre 1985. Source: Bureau des traités du Conseil de l'Europe, http://conventions.coe.int/Treaty/FR/v3DefaultFRE.asp.

matériel et à la formation du personnel chargé de collecter les données biométriques et de les utiliser. Il a également été indiqué qu'un contrôle périodique du fonctionnement de tels systèmes était souhaitable[59].

31. Le Conseil de l'Europe travaille également à plusieurs projets relatifs à la gouvernance électronique, notion qui renvoie à l'usage des technologies de l'information pour améliorer la qualité des services que les gouvernements rendent aux citoyens et aux entreprises. Dans cette perspective, le Comité des ministres a adopté, en septembre 2004, une recommandation sur le vote électronique, qui constitue le premier instrument juridique international en la matière. Une recommandation sur la gouvernance électronique a également été adoptée fin 2004. À partir de 2005, un projet de suivi relatif à "la bonne gouvernance dans la société de l'information" aura pour objet l'étude des incidences des nouvelles technologies de l'information et de la communication (TIC) sur les pratiques démocratiques, les droits de l'homme et l'état de droit dans les États membres du Conseil de l'Europe.

Commission européenne[60]

32. Dans le cadre de son objectif de création d'un environnement dynamique pour les affaires électroniques ("e-Business") d'ici à 2005, la Commission européenne a entrepris un certain nombre de projets, parmi lesquels: la création d'un domaine " .eu" en 2003; un réexamen de la législation afin de recenser les facteurs qui empêchent les entreprises de se lancer dans les affaires électroniques; la convocation en février 2004 d'un important sommet des affaires électroniques, avec la présence de représentants de haut niveau du monde des affaires; l'établissement d'un mécanisme de règlement des litiges en ligne visant à améliorer la confiance dans les affaires électroniques; le soutien à l'élaboration de solutions interopérables pour les transactions, la sécurité, les signatures, l'approvisionnement et les paiements mobiles dans le cadre des affaires électroniques; la mise en place d'un réseau de soutien aux petites et moyennes entreprises (PME) dans le domaine des affaires électroniques afin de renforcer et de coordonner les actions d'aides à la fonctionnalité e-Business Watch et son financement pour fournir plus d'informations sur l'incidence des affaires électroniques par secteur d'activité à travers l'Union européenne.

33. La Commission européenne a déjà élaboré un certain nombre d'instruments législatifs réglementant le commerce électronique. La Directive de l'Union européenne sur le commerce électronique[61] vise à fournir un cadre juridique permettant de faciliter la libre circulation des services de la société de l'information entre les États membres. Elle instaure un cadre juridique souple en matière de commerce électronique et ne traite que des éléments strictement nécessaires au bon fonctionnement du marché intérieur dans le domaine du commerce électronique. Sa formulation est technologiquement neutre, ce qui permettra de ne pas avoir à

---

59 http://www.coe.int/T/F/Affaires_juridiques/Coop%E9ration_juridique/Protection_des_donn%E9es/Documents/Rapports/O-rapport%20biom%E9trie%202005.asp#TopOfPage.

60 http://europa.eu.int/comm/index_fr.htm.

61 Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, Journal officiel des Communautés européennes L 178 du 17/07/2000, p. 1 à 16.

adapter constamment le cadre juridique aux nouvelles évolutions techniques. Elle impose des mesures telles que l'interdiction générale de soumettre à une autorisation préalable la fourniture de services de la société de l'information, l'obligation pour le fournisseur de services de mettre à la disposition de ses clients et des autorités publiques un certain nombre d'informations générales, et celle, pour les États membres, de faire en sorte que leur système juridique permette la conclusion de contrats par voie électronique[62]. Le premier rapport sur l'application de la directive, publié en novembre 2003, indiquait que 12 États membres avaient fait entrer en vigueur les textes d'application de cette directive et que, dans les trois États membres restants, les travaux en vue de sa transposition étaient bien avancés[63]. Il concluait que l'analyse, à la date de sa publication, ne faisait pas encore ressortir la nécessité d'adapter la Directive, et que, étant donné le manque d'expérience pratique que l'on en avait, il aurait été prématuré de la réviser. La Commission européenne a lancé une consultation ouverte sur les problèmes juridiques rencontrés dans le cadre des affaires électroniques, en vue de recueillir les opinions et l'expérience pratique du marché et de recenser les obstacles concrets qui n'avaient pas encore été levés ou les nouveaux problèmes juridiques rencontrés par les entreprises faisant des affaires par voie électronique. Les résultats de cette consultation constitueront la base d'un deuxième rapport sur l'application de la Directive, qui doit être remis en 2005 et dans lequel sera également étudiée l'opportunité d'adapter la Directive.

34. La Directive de l'Union européenne sur les signatures électroniques[64] facilite l'utilisation des signatures électroniques et contribue à leur reconnaissance juridique. Elle ne couvre pas les aspects relatifs à la conclusion et à la validité des contrats ou autres obligations juridiques déjà soumis à des exigences du droit national ou communautaire, et ne porte pas non plus atteinte aux règles et limites qui y sont contenues en ce qui concerne l'usage de documents. Le but principal de cette directive est de faire en sorte que les produits de signature électronique conformes à la Directive puissent circuler librement sur le marché intérieur. Les États membres doivent veiller à ce que les signatures électroniques avancées qui sont basées sur des certificats qualifiés et qui sont créées par un dispositif sécurisé de création de signature soient juridiquement considérées comme des signatures et puissent avoir force probante en justice. Une étude sur les aspects pratiques et juridiques de la mise en œuvre de la Directive de l'Union européenne sur les signatures électroniques a été entreprise par le Centre interdisciplinaire pour le droit et les technologies de l'information à la demande de la Commission européenne et a été présentée à cette dernière en octobre 2003[65]. Il a été conclu que la plupart des

---

62 Pour plus d'informations sur la Directive 2000/31/CE, voir: http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/00/442&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=fr.

63 Le rapport est disponible à l'adresse http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/fr/com/2003/com2003_0702fr01.doc, et contient une annexe établissant la liste des mesures prises au niveau national pour transposer la Directive.

64 Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, Journal officiel des Communautés européennes L 013 du 19/01/2000, p. 12 à 20.

65 http://europa.eu.int/information_society/eeurope/2005/all_about/security/electronic_sig_report.pdf.

États membres de l'Union européenne avaient transposé la Directive dans leur législation nationale de manière plus ou moins uniforme et qu'il ne faudrait pas modifier cette Directive, qui atteignait ses objectifs, mais que l'on pourrait régler les problèmes liés aux différences dans son application pratique en adoptant une interprétation communautaire non contraignante de la Directive accompagnée de mesures de soutien à court terme.

35. De même, la Directive de l'Union européenne concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance[66] offre le même niveau de protection des consommateurs sur tout le territoire de l'Union en matière de contrats à distance. Conformément à l'article 17 de la Directive, la Commission européenne a entrepris une étude sur la possibilité de mettre en place des moyens efficaces pour traiter les réclamations des consommateurs en matière de ventes à distance[67]. Dans son rapport, la Commission a exprimé son intention de suivre de près la situation en matière de réclamations des consommateurs dans le cadre du travail entrepris actuellement sur l'accès des consommateurs à la justice, et d'apporter une attention particulière aux réclamations des consommateurs dans ses prochains rapports et ses futures propositions de législation nouvelle ayant trait au cadre réglementaire du commerce électronique.

36. De plus, en ce qui concerne les mesures de lutte contre le pollupostage, la Directive européenne vie privée et communications électroniques (2002/58/CE)[68], qui est entrée en vigueur en octobre 2003, réglemente l'envoi de communications non sollicitées par courrier électronique, par SMS ou par téléphone dans tous les États membres de l'Union européenne.

37. L'importance du gouvernement électronique pour l'efficacité du secteur public a été mise en lumière par la Commission dans son rapport 2004 sur la compétitivité européenne. L'une des priorités du plan d'action eEurope 2005 consistait à faire en sorte que les services administratifs de base soient accessibles en ligne en 2005. Cet objectif est en passe d'être réalisé. Une étude effectuée dans le cadre du programme eEurope 2005 de la Commission a examiné l'accessibilité en ligne et la qualité des portails de 20 services administratifs, et a conclu que des progrès significatifs avaient été réalisés. La Commission va à présent observer le degré d'utilisation de ces services en ligne afin de recenser et de faire partager les bonnes pratiques, et examiner la manière dont l'arrière-guichet a été intégré afin de maximiser les gains d'efficacité et de stimuler ainsi la productivité dans le secteur public.

38. La Commission européenne a abordé la question de la normalisation des factures électroniques (téléfacturation) au sein de l'Union sous deux aspects. Tout d'abord, afin de mettre en œuvre les objectifs de la Directive du Conseil 2001/115/CE du 20 décembre 2001, qui reconnaît la validité juridique des factures électroniques aux fins de la taxe sur la valeur ajoutée et précise les conditions techniques requises, la Commission européenne a prié le Comité Européen de

---

66 Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance. Le texte de cette Directive est publié au Journal officiel des Communautés européennes n° 144 du 4 juin 1997.

67 http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52000DC0127:FR:HTML.

68 http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2002/l_201/l_20120020731fr00370047.pdf.

Normalisation (CEN)[69] et son Système de normalisation de la société de l'information[70] (CEN-ISSS) de traiter la question de la normalisation au moyen d'accords techniques formels (CWA) relatifs à la téléfacturation, notamment en ce qui concerne les signatures électroniques, l'archivage et le stockage électroniques et le mode de transmission des factures électroniques, par exemple au moyen de l'Échange de données informatisées (EDI)[71]. Ce projet devrait être mené à terme d'ici à janvier 2006 (pour plus de détails sur les travaux entrepris par la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe (CEE-ONU) en matière de téléfacturation, voir par. 7 et 8 ci-dessus).

39. Ensuite, il a été établi dans le cadre du programme IDA (échange électronique de données entre administrations) de la Commission européenne, en coopération avec d'autres services de la Commission, un projet visant à faciliter l'introduction efficace de solutions de dématérialisation des marchés publics en conformité avec le nouveau cadre réglementaire européen en matière de marchés publics. Ce programme comporte la modélisation des différentes phases de la passation électronique des marchés telles que l'appel d'offres électronique, l'attribution électronique des marchés, les commandes électroniques, la facturation électronique et les catalogues électroniques. Afin de contribuer à la définition de normes et de tenir compte des obligations découlant des règles européennes, les modèles de l'IDA ont été étudiés avec des organismes de normalisation, auxquels ils ont été soumis: le CEN-ISSS, le Centre des Nations Unies pour la facilitation du commerce et les transactions électroniques (CEFACT-ONU) et OASIS (consortium international à but non lucratif établissant des spécifications interopérables pour l'industrie sur la base de normes publiques comme XML (Extensible Markup Language, langage de programmation permettant la définition, la transmission, la validation et l'interprétation des données) et SGML (Standard Generalized Markup Language, plus ancien, apparenté à XML)[72]). Pour des informations concernant le travail de l'Union européenne en matière de passation électronique des marchés, voir le document A/CN.9/WG.I/WP.31 par. 35.

Conférence de La Haye[73]

40. L'un des instruments élaborés par la Conférence de La Haye est la Convention du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics

---

69 Le CEN a été fondé en 1961 par les organismes nationaux de normalisation de la Communauté économique européenne et des pays de l'Association européenne de libre-échange (AELE), et contribue à la poursuite des objectifs de l'Union européenne et de l'Espace économique européen par des normes techniques non contraignantes, qui encouragent le libre-échange, la sécurité des travailleurs et des consommateurs, l'interopérabilité des réseaux, la protection de l'environnement, l'exploitation de programmes de recherche et de développement, et la passation de marchés publics. Pour plus d'informations, voir: http://www.cenorm.be/cenorm/aboutus/index.asp.

70 Le CEN-ISSS est le "point d'entrée européen" pour les initiatives de normalisation des affaires électroniques de l'Organisation des Nations Unies, et offre une liste complète et intégrée des services et produits de normalisation afin de faciliter les affaires électroniques.

71 On trouvera des informations sur les objectifs, le programme de travail et l'avancement des travaux à l'adresse: http://comelec.afnor.fr/cen/wsei.

72 Pour plus de détails, voir http://europa.eu.int/idabc/eprocurement.

73 http://www.hcch.net/index_fr.php.

étrangers (Convention Apostille).[74] L'objectif principal de ce traité multilatéral est de faciliter la circulation des actes publics émis par un État partie à la Convention et devant être présentés dans un autre État partie, en simplifiant les nombreuses formalités qui compliquaient jusqu'alors l'utilisation des actes publics hors de leurs pays d'origine. La Recommandation numéro 24 de la Commission spéciale de la Conférence de la Haye portant sur le fonctionnement pratique, entre autres, de la Convention Apostille, demande que les États parties ainsi que le Bureau Permanent "travaillent au développement de techniques pour la génération d'apostilles électroniques". À cette fin, la Conférence de La Haye organise, conjointement avec l'Union Internationale du Notariat Latin (UINL), un Forum international sur la notarisation et l'apostille électroniques, qui se tiendra les 30 et 31 mai 2005 à Las Vegas, Nevada (États-Unis).

41. Ce forum sera l'occasion d'entreprendre une étude internationale représentative des technologies de notarisation électronique, existantes ou en cours d'élaboration, d'un point de vue technologiquement neutre. Il permettra également de procéder à une analyse juridique des principales questions que soulève l'utilisation de ces technologies dans le cadre de la notarisation et de la Convention Apostille de La Haye. Cette analyse portera notamment sur d'éventuelles exigences juridiques et normes régulatrices à l'égard de la notarisation électronique, sur les questions de savoir si les actes publics électroniques, notamment les actes notariés et certifications officielles, tombent dans le champ d'application de la Convention et si le cadre actuel de cette convention permet l'émission et la circulation d'apostilles électroniques.

OEA[75]

42. L'Assemblée générale de l'OEA devrait prescrire des travaux dans le domaine du commerce électronique et de la protection des consommateurs pour examen à la septième Conférence spécialisée interaméricaine sur le droit international privé. Il s'agit de la rédaction éventuelle des instruments suivants: une convention sur les aspects spécifiques du commerce électronique directement liés aux questions de compétence juridictionnelle en matière de droit de la consommation[76] et une convention sur le droit applicable aux opérations de consommation[77].

---

74 http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=41&zoek=apostille. La Convention Apostille est entrée en vigueur le 24 janvier 1965.

75 http://www.oas.org.

76 Telle que proposée par le Canada. Cette proposition peut être consultée à l'adresse: http://64.233.183.104/search?q=cache:jg76nkwhLjIJ:scm.oas.org/doc_public/FRENCH/HIST_05/CP13691F07.doc+proposition+Canada+%22organisation+des+%C3%A9tats+am%C3%A9ricains%22+%2210+d%C3%A9cembre+2004%22&hl=en.

77 Telle que proposée par le Brésil. Cette proposition peut être consultée à l'adresse suivante: http://64.233.183.104/search?q=cache:pFRGDTwK9ngJ:scm.oas.org/doc_public/FRENCH/HIST_05/CP13719F10.DOC+proposition+br%C3%A9sil+%22organisation+des+%C3%A9tats+am%C3%A9ricains%22+%2217+d%C3%A9cembre+2004%22&hl=en.

OCDE[78]

Authentification

43. Ces dernières années, les pays membres de l'OCDE ont entrepris d'élaborer et de mettre en œuvre des politiques et des législations relatives à l'authentification et aux signatures électroniques. L'OCDE sert de cadre à des échanges de vues, et à la réalisation d'un consensus sur des questions de principe et de réglementation spécifiques concernant les réseaux et technologies de l'information et des communications, notamment pour ce qui est de l'authentification électronique.

44. Le Groupe de travail de l'OCDE sur la sécurité de l'information et la vie privée[79], qui est constitué de représentants de l'État et du secteur privé des pays membres de l'Organisation, mène depuis plusieurs années des travaux relatifs à l'authentification. Les Lignes directrices de l'OCDE de 1992 régissant la sécurité des systèmes d'information[80] comme celles de 1997, régissant la politique de cryptographie[81], ont noté l'importance de l'intégrité et de la sécurité des données dans les réseaux et systèmes d'information et de communications. L'Inventaire des approches en matière d'authentification et de certification dans une société de réseaux mondialisée de l'OCDE passe en revue les activités relatives à l'authentification et à la certification sur les réseaux mondiaux dans les pays membres de l'OCDE, y compris les législations, les politiques et les initiatives prises par les secteurs public et privé, au niveau national comme au niveau international. Une Déclaration sur l'authentification pour le commerce électronique, adoptée par les Ministres lors de la Conférence ministérielle d'Ottawa tenue en octobre 1998[82], reconnaît l'importance de l'authentification pour le commerce électronique et esquisse un certain nombre de mesures destinées à promouvoir le développement et l'utilisation de technologies et mécanismes d'authentification, parmi lesquelles la poursuite du travail au niveau international en collaboration avec les représentants du monde des affaires, de l'industrie et des utilisateurs. Les ministres ont exprimé leur détermination à ne pas faire preuve de discrimination à l'égard des approches suivies en matière d'authentification par d'autres pays et de modifier si nécessaire les exigences, imposées par les lois ou politiques actuelles en matière de technologie ou de média, qui pourraient faire obstacle au commerce électronique.

45. Un inventaire des approches en matière d'authentification et de certification a été dressé en 2000. En août 2004, l'OCDE a publié une synthèse des réponses à une enquête sur l'environnement législatif et le cadre des politiques concernant les services d'authentification électronique et les signatures électroniques dans les pays

---

78 http://www.oecd.org/home/0,2605,fr_2649_201185_1_1_1_1_1,00.html.

79 Pour plus d'informations sur ce Groupe de travail, voir: http://www.oecd.org/department/0,2688,fr_2649_34255_1_1_1_1_1,00.html.

80 Le 26 novembre 1992, le Conseil de l'OCDE a adopté une recommandation relative à ces lignes directrices. Elles ont été remplacées en 2002 par les "Lignes directrices de l'OCDE régissant la sécurité des systèmes et réseaux d'information: vers une culture de la sécurité".

81 Ces lignes directrices relatives à la cryptographie ont été adoptées le 27 mars 1997 par le Conseil de l'OCDE.

82 Cette déclaration a été adoptée par les Ministres de l'OCDE lors de la conférence "Un monde sans frontières: concrétiser le potentiel du commerce électronique mondial", qui s'est tenue du ٧ au ٩ octobre 1998 à Ottawa.

membres de l'OCDE[83]. L'enquête, qui a été conçue en tenant compte d'une enquête similaire entreprise par l'APEC pour permettre une comparaison plus large, a apporté des informations sur l'environnement législatif et le cadre des politiques concernant l'authentification électronique dans les pays membres de l'OCDE et sur les règlements applicables dans ces pays aux organismes fournissant des services d'authentification. Elle avait pour but de recenser les obstacles juridiques et réglementaires aux services d'authentification qui seraient susceptibles d'empêcher l'acceptation mutuelle des services d'authentification et d'empêcher la reconnaissance des signatures électroniques de façon non discriminatoire. Le rapport a noté que tous travaux ultérieurs que l'OCDE entreprendrait sur l'authentification devrait tirer parti de l'expertise acquise au cours de l'élaboration de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et tenir en compte des débats et travaux en cours dans d'autres forums internationaux sur les questions d'authentification (par exemple l'APEC), afin d'éviter les chevauchements et les doubles emplois et de veiller à ce que l'OCDE tire profit de l'expérience d'autres forums. Les autres phases ultérieures envisagées dans le rapport sont l'identification et l'évaluation des lacunes des approches techniques et opérationnelles, par exemple, les lignes directrices, les pratiques, les normes de sécurité, etc.

46. En novembre 2004, l'OCDE a lancé un nouveau questionnaire afin de recueillir des informations pertinentes sur l'usage actuel de l'authentification entre ses pays membres. Il est prévu que le Groupe de travail de l'OCDE sur la sécurité de l'information et la vie privée examine un rapport de synthèse à sa prochaine réunion qui doit se tenir en mai 2005 et dont les principaux objectifs seront de recenser les exemples d'offres actuelles et d'application effective de l'authentification entre les pays, d'identifier les obstacles réels ou potentiels à l'utilisation actuelle des signatures numériques entre les pays, du point de vue du fournisseur/de l'utilisateur, et d'étudier dans quelle mesure les offres d'authentification entre les pays répondent ou non aux besoins des transactions. Le rapport examinera également si les cadres juridiques et institutionnels des pays membres de l'OCDE appliquent un cadre international ou transnational existant (par exemple, la Directive européenne 1999/93/CE sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques et la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques).

Spam

47. Bien que les pays de l'OCDE aient pris un certain nombre de mesures et d'initiatives pour s'attaquer au problème du spam, on reconnaît généralement qu'aucune approche ne pourra à elle seule réussir sans une coordination internationale étroite. En mars 2005, le Comité de la politique de l'information, de l'informatique et des communications de l'OCDE a tenu une session spéciale d'une demi-journée sur les nouvelles questions liées au spam. Cette session faisait suite au lancement de la "boîte à outils" anti spam, considérée comme la première étape d'une initiative plus large visant à aider les décideurs, les organismes de réglementation et l'industrie à restaurer la confiance dans l'Internet et le courrier

---

[83] Ce rapport est disponible à l'adresse suivante: http://www.olis.oecd.org/olis/2003doc.nsf/LinkTo/dsti-iccp-reg(2003)9-final.

électronique[84]. De même, l'OCDE a lancé une enquête en 2004 pour recueillir des informations et des données sur la législation anti spam et les organismes chargés de l'application de la réglementation sur le spam dans les pays membres et encouragé les pays non membres de l'OCDE à communiquer des données. À la suite de l'enquête, une liste contenant des informations et les adresses complètes des organismes chargés de l'application de la réglementation sur le spam a été établie et est maintenant disponible en ligne[85].

Impact du commerce électronique sur le développement

48. Dans le domaine du commerce électronique, l'OCDE vise avant tout à examiner l'impact sur les perspectives de développement des économies émergentes des possibilités ouvertes par le commerce électronique. Elle a publié un certain nombre de rapports relatifs au commerce électronique dont un document intitulé "Policies and Institutions For E-Commerce Readiness: What Can Developing Countries Learn From OECD Experience?"[86], qui examine les éléments clefs du cadre réglementaire et institutionnel actuel du commerce électronique dans les pays de l'OCDE, et étudie la possibilité de les appliquer et de les adapter dans le contexte d'un pays en développement[87]. Parmi les autres rapports publiés par l'OCDE, figurent un résumé des travaux d'un panel d'experts de l'OCDE tenu en juin 2004 sur le contenu large bande[88], et un autre intitulé "les TIC, le commerce électronique et les PME", qui donne des orientations générales pour promouvoir un environnement économique propice au commerce électronique et à l'adoption des TIC, et lancer des programmes ciblés, selon que de besoin, pour pallier les carences spécifiques du marché[89].

Fiscalité et détermination du lieu de situation des parties

49. L'OCDE examine également la relation entre le commerce électronique et les questions de fiscalité. Les Conditions cadres d'Ottawa sur la fiscalité de 1998 prévoient que pour les taxes à la consommation, le commerce électronique transfrontalier devrait donner lieu à une imposition dans le pays où la consommation a lieu[90]. En janvier 2004, l'OCDE a publié un projet de document

---

84 Les travaux de l'OCDE sur le spam sont disponibles en ligne à l'adresse: http://www.oecd.org/department/0,2688,fr_2649_34255_1_1_1_1_1,00.html.

85 http://www.oecd.org/department/0,2688,fr_2649_34255_1_1_1_1_1,00.html.

86 http://www.oecd.org/dataoecd/17/38/2081349.pdf (en anglais).

87 Au nombre des éléments clefs, on peut citer entre autres, l'amélioration de l'accès aux télécommunications et aux services d'Internet, l'aptitude à donner confiance aux utilisateurs et aux consommateurs du commerce électronique et l'établissement des règles du jeu du marché numérique.

88 http://www.oecd.org/dataoecd/53/39/34579763.pdf (en anglais).

89 http://www.oecd.org/dataoecd/17/38/2081349.pdf.

90 L'application de ce principe pose souvent des difficultés dans la pratique. Par exemple, l'administration du pays où se trouve le client peut avoir du mal à assurer le recouvrement et le versement du montant exact de la taxe car il peut ne pas y avoir de relation entre le pays de l'administration et celui du fournisseur. De même, le fournisseur peut avoir du mal à se conformer aux règles en matière de fiscalité du pays où se trouve le client. Pour plus d'informations, voir le rapport de l'OCDE "Electronic Commerce: Facilitating Collection of Consumption Taxes on Business to Consumer Cross-Border Electronic Commerce Transactions".

sur la question de savoir si les règles des conventions fiscales en vigueur sur l'imposition des bénéfices commerciaux étaient appropriées pour le commerce électronique[91].

50. Dans ses travaux sur les aspects internationaux de la fiscalité, le Comité des affaires fiscales de l'OCDE a adopté les modifications aux commentaires sur l'article 5 du Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune (Modèle de Convention fiscale de l'OCDE) pour régler la question de l'application de la définition de l'établissement stable, telle qu'elle figure dans le Modèle de convention fiscale, dans le contexte du commerce électronique. La recommandation fait une distinction entre un site Web et le serveur sur lequel il est hébergé et utilisé, et conclut que dans certaines circonstances, un serveur pourrait constituer un établissement stable aux fins de la fiscalité. Ces questions sont développées aux paragraphes 13 à 17 du document A/CN.9/WG.IV/WP.104.

51. Le plan de travail 2001-2003 du Sous-groupe sur le commerce électronique du Groupe de travail n° 9 sur les impôts sur la consommation (WP9) de l'OCDE[92] comprend les éléments suivants: vérification des déclarations relatives au pays de résidence du client en matière de transactions en ligne B2C (commerce électronique entreprise-consommateur); vérification du statut du consommateur; seuils d'enregistrement; mécanismes de collecte utilisant la technologie et coopération administrative internationale; et stratégies d'exploitation à plus long terme du potentiel des mécanismes basés sur la technologie. S'agissant de la vérification du lieu d'établissement des entreprises, le WP9 s'emploie à élaborer un ensemble de règles pratiques définissant le lieu devant être retenu comme lieu d'établissement du client dans les transactions B2B (commerce électronique interentreprises) dans lesquelles l'entreprise cliente est implantée dans plusieurs endroits (par exemple siège dans un pays et filiales dans d'autres), et à rechercher et évaluer des solutions qui facilitent et promeuvent l'utilisation de documents électroniques, notamment la facturation, l'établissement de rapports et la tenue des comptes. La question de la détermination du lieu d'établissement des parties à une transaction électronique a été abordée à l'article 6 du projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques (voir A/CN.9/577).

OMD

52. L'OMD encourage et administre l'harmonisation des législations et procédures douanières parmi ses membres[93]. Avec l'expansion des domaines tels que les transports internationaux, les technologies de l'information et le commerce électronique, les pratiques et systèmes déjà adoptés en vertu de la Convention de Kyoto[94] étaient perçus comme allant à l'encontre des pratiques commerciales

---

91 http://www.oecd.org/dataoecd/2/38/20655083.pdf (en anglais).

92 Le rapport peut être consulté à l'adresse: http://www.oecd.org/document/46/0,2340,fr_2649_37441_1834414_1_1_1_37441,00.html.

93 http://www.wcoomd.org/ie/Fr/ANotrePropos/anotrepropos.html.

94 La Convention internationale pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers ("Convention de Kyoto"), qui est entrée en vigueur le 25 septembre 1974, a été le principal instrument d'action de l'OMD grâce auquel les membres de l'Organisation ont défini et mis en œuvre des politiques douanières.

modernes. La Convention de Kyoto révisée[95] a fourni une nouvelle structure au sein de laquelle les pratiques commerciales modernes, y compris le commerce électronique, peuvent être appliquées dans un cadre réglementé[96], dans la mesure où elle prend en compte et adopte des méthodes et des systèmes souples pour s'adapter à la nature évolutive du commerce international. De plus, le Conseil de l'OMD a adopté en 2001 une déclaration relative au commerce électronique, connue sous le nom de "déclaration de Bakou", dans laquelle est reconnu l'impact économique et social potentiel du commerce électronique sur les pays, en particulier les pays en développement. Cette déclaration invitait les membres de l'OMD à prendre certaines mesures et demandait à l'Organisation d'élaborer une politique stratégique et un plan d'action cohérents en matière de commerce électronique[97]. À la Commission de Politique Générale qui s'est tenue en décembre 2004, l'OMD a accepté l'"avant-projet du Cadre de Normes visant à sécuriser et à faciliter le commerce mondial", dont l'un des points principaux consiste à harmoniser les renseignements préalables du manifeste transmis par voie électronique afin de pouvoir évaluer les risques. À la conférence qui doit se tenir en mai 2005[98], l'OMD doit faire suite aux discussions de sa conférence de 2003[99] et débattre, notamment, du rôle des douanes au sein du système commercial mondial et de la manière dont les pratiques douanières peuvent renforcer le commerce. La Conférence de l'OMD sur la TI qui s'est tenue en avril 2005[100] a été l'occasion pour les experts de l'industrie et des douanes de discuter des meilleures pratiques en matière de technologies de l'information.

c) Organisations non gouvernementales internationales

Chambre de commerce internationale

53. La Commission du commerce électronique, des technologies de l'information et des télécommunications de la CCI coordonne les comités de projet, qui sont: le Comité sur la confidentialité et la protection des données personnelles[101]; le Comité

---

95 La Convention internationale pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers ("Convention de Kyoto") telle que révisée en juin 1999 a été adoptée par le Conseil de l'OMD comme étant le fondement des régimes douaniers efficaces et modernes du XXIe siècle: http://www.wcoomd.org/ie/Fr/ANotrePropos/anotrepropos.html: "La Convention de Kyoto: la douane au service du développement du commerce international".

96 La Convention de Kyoto révisée entrera en vigueur lorsque 40 États parties auront ratifié le Protocole d'amendement ou y auront adhéré.

97 http://www.wcoomd.org/ie/En/Topics_Issues/topics_issues.html:"WCO Strategy Paper: Customs and E- Commerce".

98 Conférence de l'OMD, 19-21 mai 2005, Bakou.

99 À Budapest.

100 Du 27 au 29 avril 2005 à Istanbul, Turquie.

101 Ce comité analyse l'impact des cadres réglementaires dans le domaine de la confidentialité et de la protection des données, et expose le point de vue des entreprises sur ces questions. Il a fourni des informations détaillées à l'Union européenne pour l'examen qu'elle a entrepris de sa directive de 1995 relative à la protection générale des données, et élabore actuellement une déclaration de politique générale relative à la protection des données et aux ressources humaines. Il élabore également des outils pratiques que les entreprises du monde entier peuvent utiliser pour mettre en œuvre les règlements relatifs à la protection des données, par exemple des clauses contractuelles alternatives concernant les flux transfrontières de données, ou des travaux relatifs à l'utilisation de codes de conduite visant à faciliter les flux de données entre

sur Internet et les services des technologies de l'information[102]; le Comité sur la compétence et la loi applicable (qui travaille conjointement avec la Commission de la CCI sur le droit commercial et les pratiques commerciales)[103]; le Comité sur la politique relative aux consommateurs dans le commerce électronique; le Comité sur la sécurité et l'authentification[104]; et le Comité sur les contrats électroniques (qui travaille conjointement avec la Commission de la CCI sur le droit commercial et les pratiques commerciales)[105].

54. La Commission de la CCI sur le droit commercial et la pratique commerciale vise à faciliter le commerce international et à promouvoir un cadre juridique réglementé et auto-réglementé, juste et équilibré, régissant les transactions internationales électroniques interentreprises (B2B)[106]. Elle a élaboré un projet de principes pour les contrats électroniques, et apporté son aide à l'initiative de la Commission européenne visant à harmoniser le droit européen des contrats en révisant la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

55. En coordination avec un groupe à large participation appelé Alliance for Global Business (AGB)[107], la CCI met à jour chaque année le Plan d'action global pour le commerce électronique, un document de référence mondial qui recense les

---

régions ayant des régimes différents en matière de confidentialité.

102 Ce comité, qui regroupe des membres de la Commission de la CCI sur la propriété intellectuelle, répond aux questions relatives à la gouvernance de l'Internet émanant de l'ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers), ainsi qu'à d'autres questions relatives à la gestion technique d'Internet. Il s'emploie également à assurer pour les services de technologie de l'information un environnement commercial soutenant l'innovation.

103 Ce comité étudie, avec la participation d'experts de la Commission de la CCI sur le droit commercial et les pratiques commerciales, les principales initiatives juridiques prises aux niveaux régional et mondial qui ont des répercussions sur le commerce électronique compte tenu, notamment des questions fondamentales de compétence et de loi applicable que soulève le caractère international du commerce en ligne. Il a commenté notamment le Projet de Convention de La Haye sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale et les tentatives de la Commission européenne de modifier la Convention de Rome. La position des entreprises dans ce domaine est reflétée dans la déclaration de politique générale de la CCI intitulée "La compétence et la loi applicable dans le commerce électronique", publiée par le groupe de l'ancien Projet sur le commerce électronique (PCE) en juin 2001. Il a également élaboré un guide clair et compréhensible de la compétence et de la loi applicable à l'intention des non-juristes.

104 Ce comité a pour but de traiter les questions de réglementation en matière de sécurité et d'authentification, qui sont importantes pour les entreprises utilisatrices. Il met également la dernière main à un Guide sur la sécurité de l'information qui vise à sensibiliser les petites entreprises et les entreprises des pays en développement au problème et à lui accorder un rang de priorité plus élevé. Il a de plus fourni des outils pratiques, comme le GUIDEC (General Usage in International Digitally Ensured Commerce), aux entreprises utilisatrices du monde entier pour les aider à assurer la fiabilité des transactions numériques par Internet et explique comment les parties à ces transactions devraient utiliser les signatures numériques.

105 Ce comité participe au Groupe de travail IV de la CNUDCI sur le commerce électronique, notamment à ses travaux actuels sur les contrats électroniques.

106 Pour plus d'informations sur la Commission de la CCI sur le droit commercial et les pratiques commerciales, voir: http://www.iccwbo.org/law/commission/.

107 Sont membres de l'Alliance for Global Business: le Comité consultatif économique et industriel auprès de l'OCDE (BIAC), la Commission de l'infrastructure mondiale de l'information, la Chambre de commerce internationale (CCI), l'International Telecommunications User Group (INTUG) et le World Information Technology and Services Alliance (WITSA).

positions de base de plusieurs groupes commerciaux et sert d'interface unique pour toutes les questions de politique relatives, notamment, au commerce électronique envisagé à la fois au niveau national et au niveau intergouvernemental. La troisième édition du Plan d'action global pour le commerce électronique a été distribuée et mise en ligne sur le site Web de la CCI fin juillet 2002[108].

56. La Commission du commerce électronique, des technologies de l'information et des télécommunications élabore également chaque année des documents sur la politique générale et la pratique, qu'elle regroupe dans un recueil appelé "Compendium on ICT and e-Business policy and practice", et les présente au Sommet mondial sur la société de l'information (SMSI)[109]. Ce recueil contient les déclarations de politique générale de la CCI sur les questions d'importance mondiale comme le haut débit, la confidentialité des données et les réglementations relatives au contenu, les réactions de la CCI à certaines initiatives particulières en matière de TIC et de commerce électronique, par exemple les directives européennes, et l'incidence des TIC sur les engagements commerciaux internationaux, ainsi que des meilleures pratiques qui fournissent des informations relatives aux outils qu'elle élabore dans les domaines des TIC et du commerce électronique et encouragent les entreprises, notamment les petites et les moyennes, à gérer au mieux leurs relations avec les consommateurs en ligne. Enfin, le recueil comprend les clauses contractuelles type de la CCI pour les transferts internationaux de données personnelles, qui ont été soumises en septembre 2003 à la Commission européenne pour approbation par le Groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel de l'Union européenne et qui ont pour but de fournir aux entreprises des moyens alternatifs d'effectuer des transferts de données personnelles depuis l'Union européenne vers des pays tiers tout en maintenant un niveau de protection des données conforme à la Directive européenne relative à la protection des données (95/46/CE).

---

108 http://www.iccwbo.org/home/e_business/word_documents/3rd%20Edition%20Global%20Action%20Plan.pdf.

109 Ce recueil est disponible sur le site de la CCI à l'adresse: http://www.iccwbo.org/home/e_business/policy/ICC%20compendium%20on%20ICT%20and%20E-Business%20policy%20and%20practice.pdf.

Troisième partie

I. CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR L'UTILISATION DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX

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

II. COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL CONSACRÉES À L'ÉLABORATION DU PROJET DE CONVENTION SUR L'UTILISATION DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX

Compte rendu analytique de la 794e séance, tenue au Centre international de Vienne, le lundi 4 juillet 2005 à 10 heures

[A/CN.9/SR.794]

Président provisoire: M. Sekolec (Secrétaire de la Commission)
Président: M. Chan (Singapour) (Vice-Président)

La séance est ouverte à 10 h 25.

Ouverture de la session

1. **Le Président provisoire** ouvre la trente-huitième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI, ci-après la Commission).

Élection du Bureau

2. **M. Hidalgo Castellanos** (Mexique) propose d'élire M. Pinzón Sánchez (Colombie) au poste de Président.

3. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) appuie cette proposition.

4. *M. Pinzón Sánchez (Colombie) est élu Président par acclamation.*

5. **Le Président provisoire**, faisant remarquer que le Président a été élu alors qu'il était absent, dit que la Commission devrait immédiatement élire un Vice-Président pour diriger les débats sur le point 4 de l'ordre du jour. Deux autres vice-présidents et un rapporteur seraient élus ultérieurement au cours de la session.

6. **M. Meena** (Inde) propose d'élire M. Chan (Singapour) au poste de vice-président.

7. **M. Esfahaninezhad** (République islamique d'Iran) appuie cette proposition.

8. *M. Chan (Singapour) est élu Vice-Président par acclamation et prend la présidence.*

Adoption de l'ordre du jour (A/CN.9/567)

9. *L'ordre du jour est adopté.*

Finalisation et adoption d'un projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (A/CN.9/571, 573, 577 et Add.1, 578 et Add.1 à 17)

10. **Le Président** dit que le projet de convention annexé au document A/CN.9/577 est le résultat de près de trois ans de délibérations au sein du Groupe de travail sur le commerce électronique. Ce dernier a soumis la version actuelle du projet à la Commission pour examen en vue de son éventuelle adoption. Si la Commission approuve le projet de convention elle devra décider de la recommander pour adoption soit par l'Assemblée générale elle-même sous la forme d'une convention des Nations Unies, soit par une conférence diplomatique convoquée par l'Assemblée générale.

11. Le Groupe de travail a déjà analysé les aspects techniques du projet de convention. Le travail de la Commission est d'examiner le texte sous l'angle de

la politique juridique. Les questions qui ont été débattues au sein du Groupe de travail n'ont pas besoin d'être soulevées devant la Commission, à moins qu'elles aient une incidence décisive sur les positions fondamentales relatives au texte. De même, il ne faudrait pas s'abstenir au cours des débats sur les commentaires qui ont déjà été soumis par écrit (A/CN.9/578 et additifs).

12. **Le Président** propose que la Commission examine les articles de fond et les dispositions finales (chap. IV) du projet de convention (chapitres I à III)) avant le projet de préambule.

13. *Il en est ainsi décidé.*

Commentaires généraux

14. **M. Bellenger** (France) dit que le projet de convention comprend certaines solutions élaborées dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (New York, 1996). En vue de supprimer les obstacles juridiques au commerce électronique, ce texte admet que les documents électroniques sont l'équivalent fonctionnel des documents papier lorsque des garanties de leur conservation sont apportées. Ceci est un développement fort bienvenu, mais un nouveau défi apparu plus récemment est d'arriver à susciter la confiance dans les communications électroniques. Le contenu normatif du projet de convention présente malheureusement des imperfections, notamment en ce qui concerne la notion d'établissement qui est un élément clé pour créer cette confiance. Le Groupe de travail semble avoir été influencé par des arguments selon lesquels les exploitants peuvent avoir un "domicile virtuel".

15. Le champ d'application territorial du projet de convention, même s'il n'est pas entièrement nouveau, est bien plus large que celui de la plupart des autres conventions de droit commercial international. Sous sa forme actuelle, le projet s'appliquerait aux États qui ne l'ont ni signé ni ratifié et un petit nombre de ratifications suffiraient pour que le texte s'applique de manière universelle. Ceci créerait un précédent inquiétant: une règle d'or du droit international est que les conventions ne s'appliquent qu'aux États qui les ont ratifiées. Il faudrait donc réexaminer le champ d'application du projet de convention afin de le restreindre. La délégation de l'orateur ne peut malheureusement pas assurer qu'elle sera en mesure d'approuver le projet tel qu'il se présente actuellement.

16. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique), dit que, dans l'ensemble, sa délégation est favorable au texte actuel. Celui-ci représente un bon condensé de règles normatives de qualité qui permettront à l'ensemble des régions et à des pays à des stades de développement différents de se développer économiquement. Le texte est également suffisamment souple pour s'adapter aux changements dans les pratiques et les technologies du commerce électronique et à l'évolution de l'utilisation économique de nouvelles méthodes commerciales dans ce secteur.

17. La délégation de l'orateur estime que le vaste champ d'application du projet de convention permettra d'utiliser de bonnes règles normatives du commerce électronique dans de nombreux domaines d'activité. Dans le même temps, elle appuie les projets d'articles 18 et 19, qui permettent aux États de restreindre l'application du projet de convention en fonction ce qu'ils jugent approprié. Aucun État ne se verra soumis au projet de convention à moins de l'avoir ratifié ou, d'en appliquer d'une manière ou d'une autre les dispositions.

Chapitre I. Sphère d'application

Article premier. Champ d'application

18. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) rappelle à la Commission le lien logique qui unit les projets d'articles premier, 18 et 19.

19. L'actuel article premier du projet de convention reflète l'accord final auquel le Groupe de travail est parvenu à sa quarante-quatrième session. La version originale de cet article reprenait l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) (ci-après "la Convention des Nations Unies sur les ventes") dans la mesure où, pour que le projet de convention s'applique, les deux parties doivent avoir leur établissement dans un État contractant. Il prévoyait également, comme la Convention des Nations Unies sur les ventes, que le projet de convention s'appliquerait si les règles du droit international privé menaient à l'application de la loi d'un État contractant, même si l'une des parties n'était pas située dans un tel État. Une troisième

possibilité, qui n'est pas envisagée dans la Convention sur les ventes, était que le projet de convention s'applique lorsque les deux parties en conviennent.

20. Après des débats approfondis, le Groupe de travail a décidé à sa dernière session que le champ d'application du projet de convention n'avait pas à reprendre celui de la Convention des Nations Unies sur les ventes. Il serait inutilement limité si les deux parties devaient avoir leur établissement dans des États contractants. De plus, l'objectif de la disposition de la Convention sur les ventes est de donner la possibilité aux parties à un contrat de déterminer par avance de l'application ou non de la Convention. Elle permet son application autonome, ce qui signifie que les juridictions d'un État contractant amenées à trancher un litige sur un contrat de vente appliqueront automatiquement la Convention si les deux parties au contrat sont établies dans des États contractants, sans avoir à décider au préalable si le droit de l'un de ces États s'applique au contrat en question. L'objectif de la disposition était de renforcer la sécurité juridique.

21. Ceci n'est pas nécessairement souhaitable dans le cas présent. Le projet de convention, par sa nature même, ne requiert pas l'application autonome. Plusieurs projets d'articles contiennent des dispositions juridiques que les juridictions de l'État du for doivent appliquer, et le raisonnement qui a conduit à la version finale du projet d'article premier est que le projet de convention s'applique à condition que l'État du for soit un État contractant. Des exclusions peuvent à présent être prévues au titre de l'article 18, ce qui est préférable à la limitation du champ d'application du projet d'article premier.

22. Le projet de convention est donc applicable si un contrat est international, c'est-à-dire si les parties ont leur établissement dans des États différents. Cette approche n'est pas entièrement nouvelle. La loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels, qui a été adoptée par une Convention (La Haye, 1964) ratifiée par un certain nombre d'États européens, contient une disposition similaire: elle s'applique aux contrats de ventes internationaux sans exiger que les deux parties aient leur établissement dans un État qui a ratifié la Convention.

23. Comme l'a relevé avec justesse le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé (A/CN.9/578/Add.6), la Commission pourrait avoir à préciser le point suivant: dans sa rédaction actuelle le projet d'article premier porte à croire que le champ d'application du projet de convention est autonome, car si l'État du for est un État contractant et que les parties à un contrat conclu par des moyens électroniques ont leur établissement dans deux États différents, le projet s'appliquera automatiquement sans que la juridiction de l'État du for n'ait même à établir d'abord si son propre droit s'applique. Cette interprétation semble être confirmée par la manière dont les exclusions sont énoncées au projet d'article 18, puisque la possibilité de déclarer une exclusion au titre du paragraphe 1 b) de cet article serait dénuée de sens si le projet d'article premier lui-même imposait l'application du droit de l'État du for. La Commission devrait préciser si le projet d'article premier exige de déterminer dès le départ que le droit de l'État du for s'appliquera, auquel cas le projet d'article 18 devrait être modifié, ou si le projet d'article premier prévoit un champ d'application autonome, auquel cas le projet d'article 18 pourrait rester inchangé.

24. Les mots "or agreement" (dans la version anglaise) du projet de paragraphe 1 ont été ajoutés entre crochets avant le mot "contrat" en raison de l'inclusion dans la liste des instruments du paragraphe 1 de l'article 19 de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958) (ci-après la "Convention de New York"), qui utilise le terme de "convention" plutôt que celui de "contrat" pour désigner les conventions d'arbitrage.

25. Les paragraphes 2 et 3 de l'article 19 restent pratiquement inchangés.

26. **M. Bellenger** (France) dit que le projet de convention à un champ d'application très vaste puisqu'il s'appliquerait même aux États qui n'y ont pas adhéré. Les règles du droit international privé sont telles que, dans le cadre d'instruments comme la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome, 1980), les parties ont une liberté considérable dans le choix de la loi applicable. Pour cette raison, l'orateur émet l'idée qu'un champ d'application plus restreint, similaire à

celui de la Convention des Nations Unies sur les ventes, ne serait, dans les faits, pas restrictif.

27. Le projet d'article premier, sous sa forme actuelle, créerait un précédent regrettable étant donné qu'il semble remettre en cause le principe fondamental de droit international selon lequel une convention ne peut s'appliquer qu'aux parties qui l'ont adoptée. Le champ d'application proposé n'est pas en accord avec celui des instruments du droit commercial international existants. La Convention portant loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels mentionnée par le secrétariat n'est pas entrée en vigueur. La Convention des Nations Unies sur les ventes s'applique aux contrats entre des parties ayant leur établissement dans des États différents lorsque ces États sont des États contractants ou lorsque les règles de droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant; la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (New York, 1995) s'applique à tout engagement international si l'établissement du garant/émetteur dans lequel l'engagement a été émis est situé dans un État contractant; la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (New York, 2001) s'applique aux cessions de créances si, à la date de la conclusion du contrat de cession, le cédant est situé dans un État contractant; la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (Genève, 1956) s'applique à tout contrat lorsque le lieu de la prise en charge de la marchandise et le lieu prévu pour la livraison, tels qu'ils sont indiqués au contrat, sont situés dans deux pays différents dont l'un au moins est un pays contractant. Aucune des ces conventions ne s'applique aux États sans un facteur de rattachement. Il est important de revenir aux normes établies du droit commercial international et du droit international général, tant pour des raisons techniques que pour des raisons de principe.

28. **M. Yamamoto** (Japon) dit que sa délégation appuie dans une large mesure le libellé de l'article premier lu à la lumière des articles 18 et 19 du projet de convention. Il apparaît cependant que deux interprétations sont présentées. La première, qui figure au paragraphe 32 de la note d'information générale du secrétariat (A/CN.9/577/Add.1), est que le projet de convention s'applique uniquement lorsque les règles de droit international privé de l'État du for conduisent à l'application de la loi d'un État partie. La seconde, proposée par le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé (A/CN.9/578/Add.6), est que le projet de convention s'applique aussi lorsque l'État du for est un État contractant et quel que soit le droit applicable.

29. Il est important de déterminer l'intention de la Commission en ce qui concerne le champ d'application et de la faire figurer dans le commentaire officiel au risque de voir chaque État contractant appliquer sa propre interprétation, ce qui nuirait à la prévisibilité commerciale. La délégation de l'orateur considère que les deux interprétations présentent des avantages. L'opinion du secrétariat, selon laquelle le projet de convention ne peut, contrairement à la Convention des Nations Unies sur les ventes, être appliqué de manière autonome coïncide avec l'opinion exprimée par le Groupe de travail à sa quarante-quatrième session. Une telle interprétation serait plus respectueuse des intentions des États contractants qui ont fait des déclarations au titre des articles 18 et 19, puisque la juridiction de l'État du for ne serait obligée d'appliquer la convention que si les règles de droit international privé de cet État conduisaient à l'application de la loi de l'État contractant. Toutefois, si la Commission opte pour la deuxième interprétation, la juridiction d'un État du for qui est un État contractant n'aurait pas besoin de déterminer la loi applicable. Cette approche a l'avantage de garantir la sécurité juridique.

30. Par contre, il serait inapproprié de déterminer par avance la manière de procéder dans des situations où l'État du for est un État non contractant, puisqu'il ne serait pas lié par le projet de convention. Le droit applicable ne pourrait être déterminé que par les règles du droit international privé de cet État.

31. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que les questions soulevées par le projet d'article premier ont été largement discutées au sein du Groupe de travail. Sa délégation appuie les conclusions du Groupe de travail selon lesquelles le champ d'application devrait être le plus large possible afin de renforcer de manière générale l'application des normes du commerce électronique tout en répondant

aux préoccupations comme celles qu'a exprimées la délégation française. Le paragraphe 1 a) du projet d'article 18 donne aux États la possibilité de restreindre la portée de la convention dans le sens suggéré par la France. Le paragraphe 2 du projet d'article 18 et les paragraphes 2, 3 et 4 du projet d'article 19 prévoient également de vastes possibilités d'exclusion. En revanche, établir des exclusions dès l'origine priverait beaucoup d'États des bénéfices du projet de convention dans de nombreux domaines d'activité.

32. L'orateur propose de supprimer du projet d'article premier les mots "or agreement" entre crochets étant donné que la différence entre le terme "convention", dans la Convention de New York, et le terme "contrat", dans le projet de convention, pourrait très facilement être explicitée dans le commentaire. Les mots "or agreement" pourraient être interprétés à tort comme incluant les conventions internationales.

33. Enfin, la délégation de l'orateur souscrit à la recommandation du secrétariat au sujet de la question soulevée par le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé.

34. **M. Mitrovic** (Serbie-et-Monténégro) dit que la manière dont les États contractants appliqueront dans les faits le projet de convention dépend des différents scénarios envisageables dans le cadre du projet d'article 18. Le premier d'entre eux est que les deux parties ont leur établissement dans des États contractants. Le deuxième est que les règles de droit international privé conduisent à l'application de la loi d'un État contractant. Il est supposé que les règles établies par le projet de convention font partie du droit national de l'État contractant et sont à ce titre applicables dans le cadre des règles du conflit de loi. Le troisième scénario est que les parties conviennent que le projet de convention s'applique, qu'elles l'aient ratifié ou non.

35. Il n'est pas certain que ces trois scénarios puissent exister si un État ne fait aucune déclaration au titre du projet d'article 18. L'orateur estime qu'il serait plus logique, d'un point de vue juridique, que le projet d'article premier oblige les États contractants à appliquer la convention lorsque les deux parties ont leur établissement dans ces États, tout en laissant à ces derniers la liberté de faire des déclarations pour les situations décrites aux paragraphes 1 b) et c) du projet d'article 18.

36. **Le Président** dit que l'argument en faveur de la limitation de la portée du projet de convention aux parties qui ont leur établissement dans des États contractants est fondé sur une règle de droit international, qui veut que rien ne puisse limiter la souveraineté des États sans leur consentement. Il demande au secrétariat s'il y a quoi que ce soit dans le projet de convention qui oblige un État non contractant à prendre des mesures.

37. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit que les termes du projet de convention ne peuvent être invoqués pour obliger un État non contractant à prendre des mesures. La question des effets possibles de la convention sur un État qui ne l'a pas ratifiée se poserait uniquement si un litige était porté devant une juridiction dans un tel État, qui, appliquant ses propres règles de droit international privé, conclurait que le droit applicable à une transaction particulière est celui d'un État contractant. La juridiction pourrait alors appliquer la convention, non pas en raison d'une obligation internationale, mais parce que ce texte fait partie du droit de l'autre pays, comme cela s'est déjà produit, par exemple, dans le cadre du paragraphe 1 b) de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

38. L'argument selon lequel le projet d'article premier a pour effet de rendre le projet de convention applicable à des États qui ne l'ont pas approuvé serait peut-être plus pertinent dans le contexte des conventions d'entraide judiciaire ou des règles de droit international public. Dans le domaine du droit international privé en revanche, une juridiction peut être tenue par son propre droit national d'appliquer une loi étrangère, c'est-à-dire d'appliquer des lois que l'État en question n'a ni approuvées ni acceptées. Dans ce cas, le projet de convention aurait le statut d'une loi qu'un État étranger aurait, par une décision souveraine, intégré dans son ordre juridique interne. En conséquence, les partenaires commerciaux sauraient que des dispositions similaires s'appliquent dans un grand nombre d'États, ce qui accroîtrait la sécurité juridique, conformément à l'objet du projet de convention.

39. **Le Président**, se fondant sur son expérience de Président du Groupe de travail, confirme que

l'intention était que la convention s'applique uniquement aux États contractants.

40. **Mme Schulz** (Observatrice pour la Conférence de La Haye de droit international privé - HCCH) convient que le seul cas dans lequel le projet de convention pourrait avoir à s'appliquer à un État non contractant est celui où le droit de cet État même l'impose.

41. **M. Meena** (Inde) propose soit que les mots "or agreement" entre crochets au paragraphe 1 de l'article premier soient supprimés ou qu'un commentaire explicatif soit ajouté pour en expliquer le sens.

42. **M. Buttimore** (Observateur de l'Irlande) est favorable à la nouvelle rédaction du paragraphe 1 de l'article premier car elle est source de sécurité juridique et de flexibilité pour les États qui souhaitent restreindre le champ d'application du projet de convention. Le rapport entre les projets d'articles premier et 18 permet de répondre aux craintes exprimées par le représentant de la France. Le seul risque pour un État non contractant est de devoir appliquer la convention à une transaction ou à un litige unique. L'orateur appuie la proposition de supprimer les mots "or agreement".

43. **M. Bellenger** (France) dit qu'il ressort clairement des différentes vues exprimées que le projet d'article premier peut être interprété de diverses façons. Si, comme cela semble être l'interprétation la plus largement admise, le champ d'application du projet de convention est le même que celui de la Convention sur les ventes, il ne voit pas la nécessité d'insérer une clause si inhabituelle. Il met en garde contre le risque de créer un précédent qui pourrait aboutir à une convention qui soit applicable à un État qui n'a pas choisi de l'adopter ou même de la rendre universellement applicable bien qu'elle n'ait été ratifiée que par un petit nombre d'États.

44. **M. D'Allaire** (Canada) dit que le projet d'article premier ne devrait pas être considéré isolément, mais compte tenu des projets d'articles 18 et 19. La question est de savoir si les dispositions du projet de convention risquent de s'appliquer lorsqu'un litige concernant un contrat conclu entre deux parties situées dans des États non contractants est, pour une raison ou pour une autre, soumis à la loi d'un État tiers qui a ratifié le projet de convention. L'orateur fait observer que de telles situations ne sont pas inhabituelles dans le contexte du droit des contrats actuel. Le projet d'article premier ne pose donc pas de problème fondamental à sa délégation.

45. L'orateur appuie la suppression des mots "or agreement" qui sont source de confusion.

46. Enfin, l'orateur conseille d'éviter de raisonner par analogie avec la Convention sur les ventes, dans la mesure où le projet de convention est un instrument interprétatif et qu'il ne faut pas craindre de casser le moule créé par les conventions précédentes.

47. **M. Yang Lixin** (Chine) dit que sa délégation a appuyé l'insertion des mots "or agreement" par souci de cohérence avec ce projet d'article 19. Toutefois, il estime à présent que le même objectif pourrait être atteint au moyen d'un commentaire définissant le terme "contrat".

48. **M. Sandoval** (Chili) fait remarquer que les États souhaitant restreindre le champ d'application du projet de convention seront libres de le faire au titre des projets d'articles 18 et 19. Il appuie la suppression des mots "or agreement".

49. **M. Chong** (Singapour) approuve les commentaires de l'observateur de l'Irlande, du représentant des États-Unis et du secrétariat sur la portée prévue du projet d'article premier, compte tenu des projets d'articles 18 et 19. Les préoccupations exprimées par la délégation française au sujet d'éventuelles ambiguïtés rédactionnelles pourraient être traitées dans le commentaire. L'orateur appuie la proposition de supprimer les mots "or agreement" et d'insérer dans le commentaire une explication appropriée.

50. **M. Boulet** (Belgique) souligne que le projet de convention, en tant qu'instrument interprétatif, n'est pas destiné à exister seul, mais à être utilisé en liaison avec un droit national déclaré applicable à l'espèce ou avec une convention internationale dont le champ d'application pourrait subir les conséquences d'une approche par trop restrictive. C'est pourquoi il appuie le libellé du projet d'article premier sous sa forme actuelle. Le projet de convention ne crée pas de règles de fond mais propose des orientations sur la manière d'interpréter

les règles existantes. Son caractère *sui generis* justifie un champ d'application particulier.

51. **M. Madrid Parra** (Espagne) approuve l'explication donnée par le secrétariat et appuie la proposition d'ajouter une explication dans le commentaire pour répondre aux craintes selon lesquelles le champ d'application pourrait porter atteinte à la souveraineté des États non contractants. Il convient avec le représentant de la Belgique que le projet de convention ne s'appliquera qu'en liaison avec des règles de droit substantielles.

52. Bien que sa délégation ait précédemment appuyé la proposition d'insérer les mots "or agreement" dans le projet d'article premier, l'orateur ne voit pas d'inconvénient à ce que l'on donne une explication, à la place, dans le commentaire.

53. **M. Lavalle** (Guatemala) propose d'insérer au projet d'article premier la phrase d'introduction suivante pour apaiser les craintes de la délégation française: "Étant entendu que la présente convention n'a pas pour objet d'imposer aux États qui n'y sont pas parties une quelconque obligation d'agir ou de s'abstenir".

54. Dans la mesure où l'article mentionne les parties à un contrat, il est évident que les mots "or agreement" ne peuvent pas renvoyer à une convention entre des États. Toutefois, afin d'éviter toute ambiguïté, on pourrait remplacer les mots "or agreement" par "or any other agreement relating thereto".

55. **M. Nordlander** (Suède) est disposé à accepter le libellé actuel du projet d'article premier. Si les mots "or agreement" risquent être une source de confusion, ils devraient être supprimés et il faudrait insérer une explication dans le commentaire.

56. **M. Martens** (Allemagne) dit que le projet d'article premier doit être lu à la lumière des projets d'articles 18 et 19. Il convient avec le secrétariat et avec l'observatrice de la Conférence de La Haye de droit international privé que l'acceptation du libellé approuvé par le Groupe de travail ne comporte pas de risque majeur.

57. En ce qui concerne l'ajout de "or agreement", l'orateur partage l'opinion du représentant du Guatemala selon laquelle le mot "agreement" (convention) dans un contexte où l'on mentionne l'"établissement" des parties, ne peut, même avec un gros effort d'imagination, être interprété au sens de convention de droit international public.

58. **M. Chung Wan-yong** (République de Corée) dit qu'il faudrait préciser si le projet de convention s'appliquera aux États non contractants si un État ne fait pas de déclaration au titre du projet d'article 18.

59. Il appuie l'insertion des mots "or agreement" pour harmoniser le libellé avec celui du projet d'article 19.

60. **M. Chikanda** (Zimbabwe) ne pense pas que la formulation du paragraphe 1 du projet d'article premier puisse prêter à confusion.

61. **Le Président** note que le maintien de la formulation actuelle du champ d'application du projet de convention, dans le projet d'article premier bénéficie d'un soutien important.

62. Bien que l'immense majorité des orateurs n'appuie pas l'inclusion des mots "or agreement", tous conviennent que la signification pleine et entière du mot "contrat" devrait être clarifiée dans le commentaire sur l'article.

63. La question s'est posée de savoir si la crainte exprimée par l'observatrice de la Conférence de La Haye de droit international privé devait être traitée dans le cadre du projet d'article premier ou du projet d'article 18.

64. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit que le Groupe de travail a reformulé le projet d'article premier en partant de l'hypothèse que le projet de convention s'appliquerait dans tous les cas où le droit d'un État contractant est applicable à une transaction impliquant des messages électroniques. Les conditions limitant le champ d'application du projet de convention ont été déplacées du projet d'article premier au projet d'article 18, mais la liste des restrictions a été maintenue. En supposant que les règles de droit international privé soient implicites dans le projet d'article premier, l'observatrice de la Conférence de La Haye de droit international privé a demandé des précisions sur la disposition du paragraphe 1 b) du projet d'article 18, qui prévoit qu'un État peut déclarer qu'il appliquera la convention seulement si les règles de droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant. Un moyen simple d'exclure la

possibilité d'un champ d'application autonome serait de supprimer le paragraphe 1 b) du projet d'article 18. Si nécessaire, le commentaire pourrait spécifier que le projet d'article premier est destiné à s'appliquer si l'État du for est un État contractant et si les règles du droit international privé utilisées par cet État conduisent à l'application de son propre droit ou de celui d'un autre État contractant.

65. **Le Président** propose que la Commission prenne le temps de réfléchir à la recommandation du secrétariat et reporte l'examen de la question jusqu'à la discussion sur l'article 18 du projet de convention.

66. *Il en est ainsi décidé.*

67. **Le Président** note qu'aucun commentaire n'a été fait sur les paragraphes 2 et 3 du projet d'article premier. Il croit donc comprendre que la Commission souhaite adopter le projet d'article premier sans les mots "on agreement" au paragraphe 1.

68. *Il en est ainsi décidé.*

69. *Le projet d'article premier, tel que modifié, est approuvé quant au fond et le texte est renvoyé au Groupe de rédaction.*

Article 2. Exclusions

70. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit que le projet d'article 2 a donné lieu à un long débat au sein du Groupe de travail. Le projet de paragraphe 1 a) prévoit l'exclusion des contrats conclus par des consommateurs, en utilisant la même formulation que la Convention des Nations Unies sur les ventes, et le projet de paragraphe 1 b) prévoit l'exclusion des transactions pour lesquelles l'application de la convention risquerait de perturber le fonctionnement des marchés, en particulier des marchés financiers, qui ont établi leurs propres règles.

71. Le projet de paragraphe 2 concerne l'exclusion de certains instruments négociables au motif que les règles contenues dans le projet de convention ne peuvent pas garantir l'unicité nécessaire à la reconnaissance juridique des équivalents électroniques de ces instruments. De plus, au stade actuel de développement technologique il serait prématuré d'essayer d'élaborer des règles permanentes pour traiter de tels instruments dans une convention internationale.

72. **Mme Schulz** (Observatrice de la Convention de La Haye de droit international privé) dit que la HCCH a examiné toutes les conventions de La Haye pour déterminer dans lesquelles des communications sous forme écrite étaient exigées et dans lesquelles leur remplacement par des communications électroniques serait incompatible avec l'esprit et l'objet de la convention. La question ne s'est posée qu'en rapport avec la Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux (La Haye, 1978). Rien dans le projet de convention ne limite expressément son champ d'application aux transactions liées au commerce international ou aux transactions commerciales. L'oratrice craint que l'exclusion du champ d'application du projet de convention des communications électroniques liées aux contrats conclus à des fins personnelles, familiales ou domestiques du paragraphe 1 a) du projet d'article 2 soit interprétée, comme dans la Convention des Nations Unies sur les ventes, comme se rapportant uniquement aux transactions de consommateurs. Afin d'éviter toute ambiguïté, elle souhaiterait un commentaire plus explicite spécifiant que le projet de convention couvre uniquement les aspects commerciaux ou liés au commerce.

73. **M. Madrid Parra** (Espagne) dit qu'un commentaire tel que le demande l'observatrice de la Conférence de La Haye de droit international privé aurait plus sa place dans le cadre du paragraphe 3 de l'article premier.

74. **Mme Gurbanova** (Observatrice de l'Azerbaïdjan) propose d'incorporer dans le projet d'article 2 un nouveau paragraphe libellé comme suit:

> "La Convention ne s'applique pas aux contrats pour lesquels la loi exige l'intervention de tribunaux, d'autorités publiques ou de professionnels exerçant une autorité publique; de notaires ou de professions équivalentes dans la mesure où elles comportent un lien direct et particulier avec l'exercice de l'autorité publique; la représentation d'un client et la défense de ses intérêts devant les tribunaux."

75. **Le Président** dit qu'il revient à la Commission de décider si une proposition aussi ambitieuse devrait être discutée à ce stade.

76. **M. Boulet** (Belgique) dit que les instruments négociables soulèvent un problème particulier en raison de la nécessité d'une garantie d'unicité. Sa délégation a présenté un commentaire (A/CN.9/578/Add.12) sur les paragraphes 4 et 6 du projet d'article 9, car elle pense que la notion d'"original", dans ces paragraphes, devrait être associée à la garantie d'unicité.

77. En ce qui concerne la suggestion faite par l'observatrice de l'Azerbaïdjan, l'orateur estime préférable de suivre l'approche adoptée par le Groupe de travail, à savoir qu'il devrait y avoir un nombre limité d'exclusions explicites qui pourraient être complétées, si nécessaire, par les États sous forme de déclarations au titre du paragraphe 2 du projet d'article 18, jusqu'à ce qu'ils considèrent que les déclarations peuvent être retirées sans risques. Toute liste exhaustive a de grandes chances de devenir rapidement obsolète.

78. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) est préoccupé par la réouverture de la discussion sur des questions que le Groupe de travail a examinées en détail. Le projet d'article 18 fournit un mécanisme qui permet aux pays de restreindre l'application du projet de convention, mais la décision de principe du Groupe de travail de ne pas imposer de restrictions dès l'origine a été fortement appuyée. La délégation des États-Unis est satisfaite du projet d'article tel qu'il est.

La séance est levée à 12 h 35.

Compte rendu analytique de la 795e séance, tenue au Centre international de Vienne, le lundi 4 juillet 2005, à 14 heures

[A/CN.9/SR.795]

Président: M. Chan (Singapour) (Vice-Président)

En l'absence de M. Pinzón Sánchez (Colombie), M. Chan (Singapour), Vice-Président, prend la présidence.

La séance est ouverte à 14 h 10.

Finalisation et adoption d'un projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (*suite*) (A/CN.9/571, 573, 577 et Add.1, 578 et Add.1-17)

*Article 2. Exclusions (*suite*)*

1. **Le Président** rappelle à la Commission qu'à la 794e séance de celle-ci (A/CN.9/SR.794), la Conférence de La Haye de droit international privé a demandé que le commentaire relatif au projet d'article 2 indique que le champ d'application du projet de convention ne s'étend pas au contrat relatif à la division des biens matrimoniaux.

2. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) fait savoir qu'à la suite de longues délibérations, le Groupe de travail a décidé d'éliminer du projet d'article 2 plusieurs exclusions possibles, dont les questions liées au droit matrimonial et le droit des successions, de sorte que les États qui souhaiteraient appliquer le projet de convention à ces questions sont libres de le faire. Les États qui souhaiteraient les exclure du champ d'application de la convention pourraient faire une déclaration à cet effet conformément au projet d'article 18. Il ne serait pas approprié d'inclure dans le commentaire une déclaration qui irait à l'encontre de cette décision.

3. **Mme Schmidt** (Allemagne) pense que l'on pourrait apaiser les préoccupations exprimées par la Conférence de La Haye de droit international privé en ajoutant au commentaire une indication selon laquelle le projet de convention concerne essentiellement les questions liées au commerce.

4. **Le Président** déclare que le Groupe de travail a délibérément décidé de maintenir le champ d'application du projet de convention aussi large que possible et d'éviter toute exclusion qui risquerait d'affecter sa flexibilité. Si nul n'insiste fermement pour que l'éclaircissement proposé soit inclus dans le commentaire, le Président considérera que la Commission décide de ne pas l'y incorporer et d'approuver le projet d'article tel qu'il est actuellement rédigé.

5. *Il en est ainsi décidé.*

6. *La Commission approuve les dispositions de fond du projet d'article 2 et renvoie le texte au groupe de rédaction.*

Article 3. Autonomie des parties

7. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) rappelle qu'un article relatif à l'autonomie des parties est une disposition usuelle dans les instruments de la CNUDCI. Les deux questions qui ont été soulevées lors des réunions du Groupe de travail ont été de savoir si les dérogations à la convention doivent être explicites ou peuvent également être implicites dans l'accord intervenu entre les parties au sujet de conditions contractuelles s'écartant des dispositions du projet de convention, et s'il devrait être prévu que certaines des dispositions du projet ne pourraient pas faire l'objet de dérogations. Quelques États ont considéré que les parties ne devraient pas être autorisées à déroger aux exigences juridiques minimums énoncées aux projets d'articles 8 et 9, tandis que d'autres sont parvenus à la conclusion qu'en tout état de cause, aucune disposition du projet de convention n'autoriserait les parties à déroger à des dispositions impératives du droit national

8. **Mme Schmidt** (Allemagne), appelant l'attention de la Commission sur les observations écrites de l'Allemagne (A/CN.9/578/Add.8), déclare que la délégation allemande considère que la portée de l'autonomie des parties devrait être limitée aux projets d'articles 10 à 14 et qu'il faudrait stipuler clairement que le projet d'article 3 n'est pas

applicable aux autres articles du projet de convention.

9. **M. Bellenger** (France), appuyant la proposition de la délégation allemande, fait valoir que la crédibilité du projet de convention se trouverait compromise s'il ne comportait pas au moins certaines dispositions auxquelles les parties ne puissent pas déroger. Comme le concept de dérogation explicite pourrait être interprété par les tribunaux, ce concept créerait des incertitudes considérables sur le plan juridique. Toute dérogation devrait être explicite de sorte que l'intention des parties de déroger au projet de convention soit clairement établie.

10. **M. Field** (États-Unis d'Amérique), appelant l'attention de la Commission sur les observations formulées par les États-Unis au sujet du projet d'article 3 (A/CN.9/578/Add.13), croit savoir que le Groupe de travail est parvenu à la conclusion que la portée de l'autonomie des parties devrait s'étendre à des dérogations non seulement explicites mais aussi implicites. Toutefois, la délégation des États-Unis, après avoir mené des consultations au plan national, est parvenue à la conclusion que le projet d'article, tel qu'il est actuellement rédigé, ne reflète pas assez clairement cette possibilité. M. Field pourrait accepter que les mots "implicitement ou explicitement" soient incorporés au projet d'article lui-même, mais il propose plutôt d'inclure dans le commentaire une indication à l'effet que l'intention du projet est d'autoriser des dérogations implicites.

11. M. Field ne croit pas non plus nécessaire de spécifier quels sont les articles auxquels il n'est pas possible pour les parties de déroger. En l'absence d'intention normative, les dispositions convenues entre les parties ne prévaudraient pas sur le droit positif à propos de ces articles. Toutefois, si la Commission souhaite limiter davantage l'autonomie des parties, M. Field propose d'accorder aux parties le droit de déroger à l'un quelconque des articles du chapitre III, y compris les projets d'articles 8 et 9. Il se peut en effet que les parties aient des raisons valables, par exemple, de s'écarter de certaines des règles énoncées à l'article 9 dans des cas particuliers. De l'avis de la délégation des États-Unis, reconnaître cette liberté aux parties serait également dans l'intérêt du commerce électronique.

12. **M. D'Allaire** (Canada) déclare que l'autonomie des parties est l'un des principes fondamentaux des relations contractuelles. En conséquence, les parties devraient être autorisées à déroger à la plupart des dispositions du projet de convention. La délégation canadienne pourrait accepter le projet d'article 3 tel qu'il est actuellement rédigé. Cependant, si l'étendue de l'autonomie des parties devait être limitée, les parties ne devraient pas être autorisées à déroger aux dispositions finales figurant au chapitre IV car il serait anormal de leur permettre de déroger à des règles qui, à toutes fins utiles, sont d'ordre public.

13. **M. Madrid Parra** (Espagne) appui fermement le texte tel qu'il est actuellement rédigé, qui ne limite pas l'autonomie des parties et qui leur permet de déroger au projet de convention de façon implicite ou explicite. Les parties doivent devoir convenir de ne pas appliquer tout ou partie du projet de convention à un contrat déterminé.

14. **Mme Lahelma** (Observateur de la Finlande) dit que sa délégation est satisfaite du libellé actuel du projet d'article 3 et craint que des difficultés n'apparaissent si certains articles, comme le projet d'article 9 proposé par la délégation allemande, devaient faire exception. Le secrétariat a confirmé que le concept d'autonomie des parties ne signifie pas que le projet de convention habilite celles-ci à déroger à des normes légales.

15. **M. Yamamoto** (Japon) et **M. Sandoval** (Chili) appuient dans son principe la proposition tendant à autoriser des dérogations implicites.

16. **M. Nordlander** (Suède) est satisfait du libellé actuel du projet d'article 3 mais souhaiterait avoir de plus amples éclaircissements au sujet de la question des dérogations explicites et implicites.

17. **M. Boulet** (Belgique) ne voit aucune raison d'exiger une dérogation explicite, à condition que les parties établissent clairement une distinction entre les dispositions dont elles sont convenues et les dispositions du projet de convention. Toutefois, comme la même clause a été incorporée à d'autres conventions, une indication, dans le commentaire, à l'effet que le texte du projet d'article 3 doit être interprété comme autorisant des dérogations implicites pourrait apparaître comme impliquant que les autres conventions, y compris des instruments de fond, comprenant une clause similaire doivent être

interprétés de la même façon. Comme le projet de convention est un instrument interprétatif, M. Boulet se demande s'il est en fait nécessaire d'inclure dans le texte le projet d'article 3.

18. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) fait valoir que si l'intention de la Commission est d'autoriser les parties à déroger implicitement au projet de convention, le projet de commentaire pourrait refléter clairement cette intention tout en ajoutant que des clauses similaires d'autres instruments ne doivent pas nécessairement être interprétées de la même façon.

19. Beaucoup des dispositions du projet de convention, notamment une partie du projet d'article 8 et la majeure partie du projet d'article 9, sont interprétatives, mais certains articles, en particulier le projet d'article 10 relatif au moment et au lieu de l'expédition et de la réception de communications électroniques, ainsi que le projet d'article 14, touchant l'erreur dans les communications électroniques, ont des incidences pratiques dans la mesure où ils contiennent une disposition qui s'applique par défaut en l'absence de dispositions contractuelles sur ces questions. Il semble à M. Estrella Faria que l'intention du Groupe de travail a été que les parties ne soient pas autorisées à abaisser les normes applicables en matière de signatures électroniques conformément au projet d'article 9 étant donné qu'il s'agit de normes légales qui représentent des exigences minimums, mais que les parties devraient être autorisées à exiger des normes de fiabilité plus élevées que celles prévues au projet d'article 9. Le projet d'article 3 a été rédigé de manière à refléter cette intention. Ainsi, lorsque les dispositions du projet de convention tendent à établir une équivalence fonctionnelle pour les communications électroniques afin de respecter une norme légale, comme celles qui prévoient qu'une signature doit être donnée par écrit, les parties pourraient convenir d'appliquer une norme plus élevée que celle énoncée dans le projet de convention, mais elles ne pourraient pas modifier les exigences légales étant donné que celles-ci ont leur origine non pas dans le projet de convention lui-même mais dans le droit positif applicable.

20. **M. Bellenger** (France) disant que le concept de convention "interprétative" ne lui est pas familier, souhaiterait savoir quel est le texte que le projet de convention est censé interpréter. S'il s'agit d'un instrument purement interprétatif, l'on peut se demander quelle sera son utilité.

21. De l'avis de M. Bellenger, les conventions internationales doivent toutes contenir un nombre minimum de dispositions auxquelles les parties ne peuvent pas déroger. La proposition formulée par la représentante de l'Allemagne paraît par conséquent tout à fait appropriée. Le projet d'article 9 relatif aux conditions de forme, par exemple, énonce un certain nombre de conditions essentielles à l'équivalence fonctionnelle entre les communications électronique et les documents sur papier.

22. **Le Président** considère que la Commission est convenue que les dérogations au projet de convention peuvent être explicites ou implicites et que l'entente intervenue sur ce point devrait être reflétée dans le commentaire.

23. *Il en est ainsi décidé.*

24. **Le Président** invite les délégations à formuler, le cas échéant, les autres observations qu'elles pourraient avoir à faire au sujet des restrictions pouvant être imposées à l'étendue de l'autonomie des parties.

25. **M. Chung Wan-yong** (République de Corée) ne voit aucune nécessité de limiter l'autonomie des parties consacrée au projet d'article 3 étant donné que le paragraphe 2 du projet d'article 18 autorise déjà les États à formuler des déclarations excluant l'application du projet de convention dans certaines circonstances. À son avis, il conviendrait de conserver le texte du projet d'article 3 sans le modifier. En particulier, l'adjonction du mot "implicitement" au projet d'article 3 créerait des incertitudes juridiques.

26. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) constate que le consensus est apparemment qu'il faudrait conserver le projet d'article tel qu'il est actuellement rédigé. Il est implicite, dans la pratique conventionnelle, que les dispositions d'une convention de droit privé ne dérogent pas aux dispositions légales impératives. Ce principe n'a pas à être mentionné expressément dans le texte du projet de convention, et il suffirait de le mentionner dans le commentaire.

27. **M. Minihan** (Australie) appuie le texte tel qu'il est actuellement rédigé, qu'il interprète comme

signifiant que les parties ne peuvent pas déroger aux dispositions finales énoncées au chapitre IV étant donné qu'elles s'adressent aux États plutôt qu'aux parties. Il considère néanmoins que les parties devraient être autorisées à déroger aux dispositions de tous les projets d'articles du chapitre III. Si les parties décident de déroger aux dispositions du projet de convention relatives aux conditions de forme, elles devraient être habilitées à le faire, étant donné que les exigences juridiques sous-jacentes seraient reflétées dans le droit interne. M. Minihan appuie également la proposition tendant à ce que les parties soient autorisées à déroger au projet d'article 6 étant donné qu'il se peut que les parties souhaitent parvenir à un accord distinct au sujet du lieu de leur situation.

28. **M. Chikanda** (Zimbabwe) souhaite s'associer au consensus tendant à maintenir le projet d'article 3 tel qu'il est actuellement rédigé.

29. **Le Président** demande si la Commission souhaiterait qu'il soit indiqué dans le commentaire que la pratique conventionnelle exclut toute dérogation aux éléments du texte qui se rapportent à des questions d'ordre public, telles que déterminées par les États, et en particulier aux dispositions finales du chapitre IV.

30. *Il en est ainsi décidé.*

31. **Mme Schmidt** (Allemagne) propose que le commentaire indique également, comme l'a suggéré le représentant des États-Unis, que les parties ne peuvent pas déroger aux dispositions impératives du droit interne.

32. *Il en est ainsi décidé.*

33. *La Commission approuve les dispositions de fond du projet d'article 3 et renvoie le texte au groupe de rédaction.*

Chapitre II. Dispositions générales

Article 4. Définitions

34. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) fait savoir que le Groupe de travail a approuvé sans guère les discuter les définitions figurant au projet d'article 4 qui sont tirées de celles qui se trouvent dans la Loi type de la CNUDCI relative au commerce électronique. Les définitions qui ont suscité le plus de débats ont été celles du "système d'information", à l'alinéa f), et celles de l'"établissement", à l'alinéa h). Cependant, après que le Groupe de travail a remanié le projet d'article 10, il a été plus facile de parvenir à un accord sur la définition du système d'information. La Commission a été saisie d'un certain nombre d'observations écrites tendant à aligner le texte sur des définitions de l'Organisation internationale de normalisation (ISO) qui n'existaient probablement pas lorsque la Loi type a été rédigée. La Commission devra déterminer s'il y a lieu d'aligner les définitions sur celles de l'Organisation internationale de normalisation, lesquelles, de l'avis du secrétariat, ne sont pas vraiment différentes sur le plan du fond.

35. **Le Président** engage la Commission à ne pas perdre de vue que toute modification des définitions figurant au projet d'article 4 pourra conduite à apporter des amendements correspondants à d'autres dispositions du projet de convention.

36. **M. Madrid Parra** (Espagne), relevant l'importance que revêt la normalisation au plan international, souhaiterait savoir si ce sont les expressions employées dans les définitions ou d'autres expressions qui ont été utilisées dans d'autres contextes internationaux.

37. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) fait savoir que les définitions préférées de l'Organisation internationale de normalisation concernant les "données" et le "système d'information" sont reproduites dans les observations écrites communiquées par le Gouvernement du Bélarus (A/CN.9/578/Add.3). Les définitions en question sont utilisées à des fins techniques dans la pratique commerciale internationale et, pour autant que le secrétariat le sache, n'ont pas été employées dans des instruments comparables au projet de convention.

38. **Mme Gurbanova** (Observateur de l'Azerbaïdjan) appelle l'attention de la Commission sur la proposition de son gouvernement tendant à inclure dans le projet d'article 4 de nouvelles définitions concernant la "communication commerciale" et l'"intermédiaire". Cette proposition a été faite dans une observation écrite (A/CN.9/578/Add.17) qui n'a pas encore été distribuée.

39. **Le Président** invite la Commission à examiner tour à tour les différentes définitions.

Définition a), "Communication"

40. *La Commission approuve les dispositions de fond de la définition a) et renvoie le texte au groupe de rédaction.*

Définition b), "Communication électronique"

41. *La Commission approuve les dispositions de fond de la définition b) et renvoie le texte au groupe de rédaction.*

Définition c), "Message de données"

42. **M. Lavalle** (Guatemala) ne pense pas qu'il soit nécessaire d'inclure dans le texte, entre parenthèses, le sigle "EDI", après les mots "échange de données informatisées", étant donné que cette expression n'apparaît nulle part ailleurs dans le texte.

43. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) explique que cette abréviation a été incluse dans le texte de sorte que le lecteur associe immédiatement l'expression "échange de données informatisées", qui risque de ne pas être familière, à son abréviation, plus communément utilisée, "EDI".

44. **M. Boulet** (Belgique) fait observer que le terme "information" est très large étant donné qu'un appel téléphonique peut être considéré comme une information envoyée par des moyens électroniques. Il ne propose pas de modifier la disposition mais demande que le commentaire indique clairement que l'emploi du terme "information" ne doit pas être interprété comme élargissant le concept de "message de données".

45. **Le Président** rappelle que le Groupe de travail a longuement débattu de la signification de l'expression "message de données" et est parvenu à la conclusion que cette expression devait être interprétée au sens large. De plus, le terme "information" est qualifié par le membre de phrase "système utilisé pour créer, envoyer, recevoir, conserver ou traiter de toute autre manière des messages de données". Il assure la délégation belge que le secrétariat, lorsqu'il rédigera le commentaire, se fondera sur les rapports du Groupe de travail et sur les observations de la Commission.

46. *La Commission approuve les dispositions de fond de la définition c) et renvoie le texte au groupe de rédaction.*

Définition d), "Expéditeur"

47. *La Commission approuve les dispositions de fond de la définition d) et renvoie le texte au groupe de rédaction.*

Définition e), "Destinataire"

48. *La Commission approuve les dispositions de fond de la définition e) et renvoie le texte au groupe de rédaction.*

Définition f), "Système d'information"

49. *La Commission approuve les dispositions de fond de la définition f) et renvoie le texte au groupe de rédaction.*

Définition g), "Système de messagerie automatisé"

50. *La Commission approuve les dispositions de fond de la définition g) et renvoie le texte au groupe de rédaction.*

Définition h), "Établissement"

51. **M. Silverman** (Observateur de l'International Bar Association) ne voit toujours pas, après avoir lu la définition de l'établissement figurant au projet d'article 4 dans le contexte du projet d'article premier, ce qu'il advient si l'une des parties a plusieurs établissements. La définition n'indique pas clairement que l'établissement à prendre en considération est celui de la personne qui conclut l'accord. M. Silverman pense que le texte pourrait être plus clair si le mot "respectives" était inséré après le mot "parties", à la première ligne du paragraphe 2 du projet d'article premier.

52. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) considère que la question soulevée par une multiplicité d'établissements pourrait être réglée comme il convient par application du paragraphe 2 du projet d'article 6, qui stipule que si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération aux fins du projet de convention est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat considéré. Une disposition semblable figure dans la Convention des Nations Unies sur les ventes.

53. **M. Silverman** (Observateur de l'International Bar Association) fait savoir que l'observation du secrétariat répond pour l'essentiel à sa question.

54. **M. Hidalgo Castellanos** (Mexique) craint que l'inclusion d'une définition de l'"établissement" dans le contexte des contrats électroniques ne conduise à tenir compte, pour les contrats conclus par des moyens électroniques, d'établissements autres que ceux qui sont reconnus pour des contrats sur papier ou des contrats conclus oralement.

55. **Le Président** fait observer que la définition n'a été incluse dans le texte que pour déterminer l'applicabilité du projet de convention et n'est pas censée affecter les droits des parties quant au fond ni le droit positif qui s'applique à l'opération.

56. **M. Bellenger** (France) souscrit à l'observation formulée par la délégation du Mexique. Le concept d'"établissement" est bien connu, et en donner encore une autre définition risque d'entraîner une fragmentation du droit. Comme le Groupe de travail a manifesté son opposition à toute dérogation au droit général des contrats, M. Bellenger propose de supprimer la définition d'"établissement".

57. **Le Président**, relevant que la proposition du représentant de la France n'a pas été appuyée par d'autres délégations, considère que la Commission souhaite approuver la définition du terme "établissement".

58. *La Commission approuve les dispositions de fond de la définition h) et renvoie le texte au groupe de rédaction.*

Article 5. Interprétation

59. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) explique qu'un article relatif à l'interprétation est une disposition standard dans toutes les conventions de la CNUDCI et que la disposition correspondante n'a suscité aucune controverse au sein du Groupe de travail.

60. *La Commission approuve les dispositions de fond du projet d'article 5 et renvoie le texte au groupe de rédaction.*

Article 6. Lieu de situation des parties

61. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) fait savoir que le projet d'article 6 a fait l'objet de longs débats au sein du Groupe de travail et a été remanié à plusieurs occasions. Le projet de paragraphe 1 crée une présomption, bien que relativement faible et réfutable, à savoir qu'une partie est supposée avoir son établissement au lieu qu'elle a indiqué. Toutefois, cette disposition n'a pas pour objet de permettre à une partie d'indiquer un établissement fictif. L'autre partie au contrat, ou d'ailleurs toute autre partie, est habilitée à apporter la preuve que la première partie n'avait pas d'établissement au lieu indiqué. Une partie peut également démontrer que l'établissement indiqué en application du paragraphe 1 du projet d'article 6 ne répond pas aux exigences de la définition de l'"établissement", figurant au projet d'article 4. Cette possibilité apaisera peut-être les préoccupations exprimées par quelques délégations, à savoir que le projet de convention semblait reconnaître ou sanctionner des entités ou sociétés "virtuelles".

62. La Convention des Nations Unies sur les ventes contient une disposition semblable à celle du paragraphe 2 du projet d'article 6. Ce paragraphe a trait aux cas dans lesquels une partie a plus d'un établissement et ne s'applique que lorsqu'une partie n'a pas indiqué d'établissement conformément au paragraphe 1. Le Groupe de travail est convenu que, lorsqu'une partie a plusieurs établissements, elle devrait être autorisée à indiquer lequel doit être considéré comme ayant la relation la plus proche avec le contrat pertinent.

63. Le projet de paragraphe 3 est également tiré d'une disposition semblable de la Convention des Nations Unies sur les ventes et a trait aux personnes physiques qui n'ont pas d'établissement au sens de la définition figurant au projet d'article 4.

64. Le projet de paragraphe 4, inspiré d'un concept reflété dans le préambule de la Directive 2000/31/CE de l'Union européenne relative au commerce électronique, stipule que le lieu indiqué n'est pas un établissement du seul fait qu'il s'agit de l'endroit où se trouve un serveur ou un système d'information, cela devant être complété par d'autres indications de caractère matériel et de fond.

65. De même, le projet de paragraphe 5 stipule que le seul fait qu'une partie utilise un nom de domaine ou une adresse électronique associé à un pays particulier ne constitue pas, en soi, une présomption que son établissement est situé dans ce pays. Ce principe n'empêche pas le tribunal d'apprécier

l'importance de la relation entre un nom de domaine et un pays déterminé, mais seulement si cette relation est confirmée par d'autres éléments.

66. **M. Field** (États-Unis d'Amérique) félicite le Groupe de travail d'avoir formulé le projet d'article de manière à éviter de sanctionner l'existence de sociétés virtuelles, principe que renforce la référence à une installation non transitoire qui figure dans la définition de l'établissement donnée au projet d'article 4.

67. La délégation des États-Unis recommande, au paragraphe 2 du projet d'article 6, de supprimer les mots "sous réserve du paragraphe 1 du présent article" figurant entre crochets. En outre, elle propose de supprimer les mots "et a plus d'un établissement, alors" étant donné que si la partie en question n'a pas indiqué d'établissement et n'en a qu'un, c'est automatiquement celui-là qui aura la relation la plus étroite avec le contrat considéré.

La séance, suspendue à 15 h 40, est reprise à 16 h 5.

68. **M. Yamamoto** (Japon) dit que le paragraphe 2 du projet d'article 6 ne semble pas s'appliquer aux cas dans lesquels une partie a plus d'un établissement mais en indique un dont il est par la suite établi qu'il est fictif. Il conviendrait par conséquent de supprimer les mots "si une partie n'a pas indiqué d'établissement et", à la première ligne du projet de paragraphe 2. Si la Commission pense que cette situation est couverte par le libellé actuel du projet de paragraphe 2, cela devrait être indiqué clairement dans le commentaire.

69. **M. Bellenger** (France) dit que le projet d'article 6 lui inspire des réserves car il ne fait pas aux parties l'obligation d'indiquer leur établissement mais leur reconnaît simplement la faculté de le faire. De plus, la présomption est que l'établissement est le lieu indiqué par une partie, et il appartient à l'autre partie, le plus souvent l'acheteur, de prouver le contraire. De l'avis de la délégation française, c'est l'inverse qui devrait être le cas. La certitude juridique se trouverait compromise si l'acheteur ne sait pas où se trouve l'établissement du vendeur. Les risques de fraude se multiplieront s'il n'est pas établi de règle efficace pour l'éviter. La Commission a un rôle à jouer dans la promotion du commerce électronique mais, ce faisant, elle devra prendre dûment en considération des questions importantes comme l'utilisation qui est faite des communications électroniques pour le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Le projet d'article 6 devrait par conséquent être rédigé de manière à créer une obligation positive à une partie d'indiquer où se trouve son établissement.

70. **Le Président** déclare que, dans un premier temps, le Groupe de travail s'est fixé un objectif ambitieux, à savoir rédiger une convention comportant des dispositions juridiques de fond, notamment en matière de protection des consommateurs. Faire au vendeur l'obligation d'indiquer où se trouve son établissement constituerait une disposition de ce type. Cependant, le Groupe de travail a finalement amoindri ses ambitions, et il s'est simplement efforcé de garantir une équivalence fonctionnelle pour les communications électroniques dans les domaines auxquels s'applique le projet de convention. Le Groupe de travail a été conscient de la nécessité de tenir compte de questions comme la fraude commerciale, le blanchiment d'argent et d'autres délits de caractère transnational. Cependant, l'idée qui a prévalu a été que de telles questions devraient de préférence relever du droit interne. Des règles de fond comme celle proposée par le représentant de la France exigent des moyens de les faire respecter, et il est peu probable que la Commission ait le temps d'aborder des questions d'une telle envergure à sa session en cours.

71. **M. Field** (États-Unis d'Amérique) pense que le Groupe de travail est parvenu à une décision judicieuse sur cette question. Une règle impérative devrait être accompagnée d'une description des conséquences de son inobservation. Or, tel n'est pas le rôle du projet de convention. En tout état de cause, les projets d'articles 7 et 13 stipulent clairement qu'aucune disposition du projet de convention n'affecte le droit interne.

72. **M. Madrid Parra** (Espagne) déclare que sa délégation appuie le texte du projet d'article 6 tel qu'il est actuellement rédigé, sous réserve de la suppression du passage entre crochets au paragraphe 2.

73. **M. Velázquez** (Paraguay) est contre l'introduction d'une règle impérative de divulgation.

74. Il propose de modifier le projet de paragraphe 5 de façon à englober l'utilisation de moyens électroniques autres que les noms de domaines ou les adresses électroniques, par exemple les systèmes SMS. Les mots "un nom de domaine ou une adresse électronique privée", par exemple, pourraient être remplacés par les mots "un nom de domaine, une adresse électronique ou tout autre moyen de communication électronique".

75. **Mme Schmidt** (Allemagne) pense, comme le représentant de la France, qu'il faudrait faire aux parties l'obligation d'indiquer où se trouve leur établissement. Une telle disposition renforcerait la certitude juridique pour ce qui est de la sphère d'application du projet de convention.

76. **M. Lavalle** (Guatemala) dit que ni le projet de paragraphe 1, ni le projet de paragraphe 2, ne semblent englober les cas dans lesquels une partie n'ayant qu'un seul établissement ne l'indique pas. Il appuie par conséquent la proposition de la délégation des États-Unis tendant à supprimer, au projet de paragraphe 2, les mots "et a plus d'un établissement, alors".

77. **M. Silverman** (Observateur de l'International Bar Association) propose, au projet de paragraphe 5, de remplacer les mots "un nom de domaine ou une adresse électronique" par les mots "un nom de domaine, une adresse électronique ou toute autre indication implicite de lieu".

78. **M. Bergevin** (Observateur de la Commission européenne) convient avec les représentants de la France et de l'Allemagne que le projet d'article devrait faire à une partie l'obligation d'indiquer où se trouve son établissement afin d'éviter de faire fond sur une présomption. Comme l'a indiqué le secrétariat, la divulgation est l'une des principales obligations prévues par la Directive de l'Union européenne.

79. **M. Buttimore** (Observateur de l'Irlande) fait savoir que sa délégation appuie la suppression des mots entre crochets, au projet de paragraphe 2, mais pense que le reste du paragraphe devrait être conservé tel qu'il est actuellement rédigé. Elle appuie également la modification du projet de paragraphe 5 proposée par le représentant du Paraguay.

80. Tout en étant sensible aux préoccupations exprimées par les représentants de la France, de l'Allemagne et de la Commission européenne, la délégation irlandaise est opposée à la proposition tendant à introduire une obligation de divulgation. Le projet d'article 6, lu dans le contexte du projet d'article 7, représente un compromis acceptable à cet égard.

81. **M. Madrid Parra** (Espagne) appuie la proposition faite par le représentant du Paraguay à propos du projet de paragraphe 5, qui alignerait mieux cette disposition sur la définition du "message de données" figurant au projet d'article 4.

82. La délégation espagnole considère que la Commission ne doit pas discuter de questions régies par des règles de fond. En tout état de cause, les projets d'articles 7 et 13 contiennent d'amples garanties contre tout abus potentiel.

83. **M. Chong** (Singapour) déclare que sa délégation est opposée à l'inclusion d'une disposition faisant à une partie l'obligation de divulguer son établissement car une telle règle devrait être accompagnée par des dispositions indiquant les conséquences de son inobservation. De plus, M. Chong ne pense pas qu'une telle obligation aiderait à mieux définir la sphère d'application du projet de convention, comme l'a suggéré la représentante de l'Allemagne. La sphère d'application de la convention est une question traitée au projet d'article premier, et inclure une obligation positive au projet d'article 6 est sans rapport avec la question.

84. Le raisonnement qui est à la base des paragraphes 1 et 2 du projet de paragraphe 6 est que si une partie indique un établissement, le paragraphe 1 s'applique, tandis que si elle n'en indique pas, soit elle n'a qu'un seul établissement et la situation est claire, soit elle en a plusieurs et le paragraphe 2 s'applique. Il n'est donc pas nécessaire de vouloir régler les cas dans lesquels une partie n'a pas indiqué d'établissement et n'en a qu'un.

85. M. Chong appuie la modification du projet de paragraphe 5 proposée par le représentant du Paraguay.

86. **M. Yamamoto** (Japon) déclare que, de l'avis de sa délégation, le paragraphe 2, tel qu'il est actuellement rédigé, ne vise que les cas dans lesquels une partie a plus d'un établissement. Il ne peut pas appuyer la proposition de la délégation des États-

Unis tendant à supprimer les mots “et a plus d’un établissement, alors”, étant donné que les cas dans lesquels une partie n’a qu’un établissement mais ne l’indique pas sont couverts par la définition de l’établissement figurant au projet d’article 4.

87. La délégation japonaise appuie la proposition du représentant du Paraguay touchant le projet de paragraphe 5.

88. **M. D’Allaire** (Canada) déclare qu’une disposition faisant à une partie l’obligation de divulguer son établissement resterait lettre morte si elle n’était pas accompagnée d’une disposition indiquant quelles sont les conséquences de l’inobservation de cette obligation. Si les parties souhaitent bénéficier de la présomption prévue au projet de paragraphe 1, elles feront le nécessaire pour indiquer leur établissement.

89. M. D’Allaire appuie la suppression proposée du texte entre crochets au projet de paragraphe 2 et l’amendement du projet de paragraphe 5 proposé par le représentant du Paraguay.

90. **Mme Lahelma** (Observateur de la Finlande) dit que sa délégation appuie les vues exprimées par les représentants de l’Irlande, de Singapour et du Canada en ce qui concerne les obligations de divulguer l’établissement. La solution de compromis à laquelle est parvenu le Groupe de travail, à savoir que le projet d’article 6 doit être lu en même temps que le projet d’article 7, a été acceptée par toutes les délégations qui ont participé à la session du Groupe de travail.

91. **M. Bellenger** (France) fait valoir qu’il n’est pas logique de soutenir que le projet de convention ne devrait pas énoncer de règles de fond du seul fait qu’il ne comporte pas de dispositions sanctionnant leur inobservation. Il fait observer que certains articles, comme le projet d’article 9, établissent des règles de fond mais ne contiennent aucune disposition en matière de sanctions, ce qui conduit à s’interroger comment l’on pourra assurer le respect de telles dispositions.

92. **M. Boulet** (Belgique) déclare que sa délégation appuie la suppression du texte entre crochets au paragraphe 2 mais est opposée à la proposition de la délégation des États-Unis tendant à supprimer le membre de phrase précédent car la règle énoncée au projet de paragraphe 2 n’a de sens que si une partie a plus d’un établissement.

93. En ce qui concerne la question des obligations de divulgation, il importe de stipuler clairement que le projet d’article 6 n’affecte aucune règle par laquelle un État contractant imposerait une obligation de divulguer certaines informations. Pour éliminer tout risque d’ambiguïté, cela devrait être clairement indiqué dans le commentaire, voire dans l’article lui-même.

94. **Le Président** fait observer que c’est précisément ce que souligne le projet d’article 7. Cependant, cela pourrait peut-être être renforcé dans le commentaire du projet d’article 6.

95. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) déclare que les premiers mots du paragraphe 2 du projet d’article 6 ont été convenus par le Groupe de travail pour les raisons indiquées au paragraphe 100 du document A/CN.9/571. Ils découlent implicitement du paragraphe 2 que le paragraphe ne s’applique qu’aux cas dans lesquels une partie a plus d’un établissement et n’indique pas lequel doit être pris en considération aux fins du projet de convention. Lorsqu’une partie n’a qu’un seul établissement et ne l’indique pas, la définition figurant au projet d’article 4 éclaircit les choses.

96. Le Groupe de travail était conscient du fait que le projet d’article 6 était fondé sur une disposition semblable de la Direction de l’Union européenne. Les États membres de l’Union européenne ont fait savoir que c’était à eux qu’il appartenait de réglementer les conséquences d’une inobservation de l’obligation de divulguer le lieu de l’établissement. Chaque pays applique un régime différent, allant de la nullité du contrat à des sanctions administratives, sanctions qui ne seraient pas appropriées dans le contexte du projet de convention. Le Groupe de travail est parvenu à la conclusion que, pour souhaitable que puisse être une obligation de divulgation du point de vue de sa transparence, il n’était tout simplement pas possible de l’incorporer au projet de convention.

97. **Le Président** constate que le consensus est apparemment qu’il y a lieu de supprimer le texte entre crochets dans le projet de paragraphe 2. La proposition tendant à ajouter au projet de paragraphe 5 une référence aux “autres moyens de

communication électronique" est également très largement appuyée. Cependant, l'on ne peut pas en dire autant de la proposition des États-Unis tendant à supprimer les mots "et a plus d'un établissement, alors", au projet de paragraphe 2, et de la proposition de la délégation française tendant à imposer à une partie l'obligation de divulguer son établissement. S'il n'entend pas d'objections, le Président considérera que la Commission souhaite approuver le projet d'article 6 avec les amendements proposés aux projets de paragraphes 2 et 5.

98. *La Commission approuve les dispositions de fond du projet d'article 6, tel que modifié, et renvoie le texte au groupe de rédaction.*

99. **M. Bellenger** (France) souligne que la proposition de sa délégation n'a pas été rejetée d'emblée. Le représentant de la Belgique, par exemple, a suggéré que le commentaire devrait indiquer clairement que le projet de convention ne porte pas atteinte au droit interne.

100. **Le Président** donne au représentant de la France l'assurance qu'il a été pris note de ses vues et que le projet de commentaire indiquera clairement que le projet de convention n'affecte aucune disposition impérative du droit interne.

101. **M. D'Allaire** (Canada) appelle l'attention de la Commission sur la proposition du représentant du Japon tendant à ce que le commentaire précise que le paragraphe 2 du projet d'article 6 s'applique aux cas dans lesquels une partie indique un établissement mais que cette indication est réfutée conformément au paragraphe 1. La délégation canadienne appuie cette proposition.

102. La délégation canadienne est opposée à l'inclusion d'une obligation de divulgation au projet d'article 6 mais pense, comme la délégation française, que la question n'a pas été réglée de manière satisfaisante. Elle souhaiterait entendre les vues des autres délégations sur ce point.

La séance est levée à 17 heures.

Compte rendu analytique de la 796e séance, tenue au Centre international de Vienne, le mardi 5 juillet 2005, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.796]

Président: M. Chan (Singapour) (Vice-Président)

En l'absence de M. Pinzón Sánchez (Colombie), M. Chan (Singapour), Vice-Président, prend la présidence.

La séance est ouverte à 9 h 45.

Finalisation et adoption d'un projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (*suite*)
(A/CN.9/571, 573, 577 et Add.1, 578 et Add.1-17)

*Article 6. Lieu de situation des parties (*suite*)*

1. **Le Président** appelle l'attention de la Commission sur les difficultés que risque de susciter toute tentative de modifier le projet de convention dans la salle. Un exemple en est la décision prise par la Commission à sa 795e séance d'ajouter les mots "ou un autre moyen de communication électronique" après les mots "adresse électronique", au paragraphe 5 du projet d'article 6. Le groupe de rédaction a constaté que le nouvel élément proposé appartenait à une catégorie différente de celles des noms de domaines ou des adresses électroniques, et il doit publier prochainement sous la cote A/CN.9/XXXVIII/CRP.2 un document contenant trois variantes du projet de paragraphe 5 entre crochets pour que la Commission puisse les examiner. La Commission pourra en tout état de cause décider qu'il serait préférable d'omettre la référence à "un autre moyen de communication électronique" de manière à ne pas écarter la possibilité qu'une forme de communication électronique qui n'existe pas encore puisse à bon droit créer la présomption que l'établissement d'une partie est situé dans un pays déterminé.

2. Le Président suggère à la Commission de suspendre son examen du projet de paragraphe 5 jusqu'à ce que les suggestions du groupe de rédaction lui aient été distribuées.

3. *Il en est ainsi décidé.*

4. **Le Président** rappelle à la Commission qu'aucune décision n'a été prise sur la proposition de la délégation japonaise tendant à ce que le commentaire relatif au paragraphe 2 du projet d'article 6 indique que le paragraphe 2 s'applique lorsqu'une partie indique où se trouve son établissement, créant ainsi la présomption que cet établissement se trouve effectivement au lieu indiqué, mais que cette présomption a été réfutée conformément au paragraphe 1.

5. **Mme Schmidt** (Allemagne) fait valoir que la réfutation d'une telle présomption serait fondée sur la preuve du lieu effectif de l'établissement d'une partie conformément à la définition figurant au projet d'article 4. Elle se demande par conséquent s'il est bien nécessaire d'appliquer la règle par défaut énoncée au paragraphe 2 du projet d'article 6.

6. **M. Yamamoto** (Japon) déclare que le projet de convention doit indiquer clairement que si une partie a plus d'un établissement et que si la preuve peut être apportée qu'elle a indiqué un lieu erroné, le paragraphe 2 du projet d'article 6 s'applique.

7. **Mme Schmidt** (Allemagne) dit qu'à son avis, le lieu de l'établissement, en pareilles circonstances, serait l'établissement ayant la relation la plus étroite avec le contrat considéré.

8. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) pense que le souci de la délégation japonaise pourrait être reflété dans une indication du commentaire selon lequel le paragraphe 2 du projet d'article 6 s'applique en l'absence d'indication valable d'un établissement. Il ne serait alors pas nécessaire de modifier le texte du projet de convention.

9. **M. Field** (États-Unis d'Amérique), **M. Yamamoto** (Japon) et **M. Yang Lixin** (Chine) appuient la formulation suggérée par le secrétariat.

10. **Le Président** considère que la Commission accepte qu'un éclaircissement approprié soit incorporé au commentaire.

11. *Il en est ainsi décidé.*

Article 7. Obligations d'information

12. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) rappelle que le texte du projet d'article 7 est le résultat d'un compromis intervenu au Groupe de travail, qui a décidé de recommander que les règles obligeant les parties à communiquer leur identité, leur établissement ou toute autre information soient celles prévues par les dispositions de fond régissant le contrat. Le but du projet d'article est de préciser sans aucune ambiguïté qu'aucune disposition du projet de convention ne donne à une partie le droit d'indiquer un établissement fictif pour éluder les obligations qui lui incombent en vertu du droit applicable.

13. **Le Président** dit que le texte reflète l'issue d'une longue discussion, au Groupe de travail, sur la mesure dans laquelle le projet de convention devrait prescrire des règles de fond.

14. **M. Boulet** (Belgique) déclare que sa délégation appuie la finalité du projet d'article. Tel que le texte est actuellement rédigé, toutefois, il ne contient aucune référence au cas dans lequel une partie ne donnerait aucune information, par opposition au fait de donner une information fausse ou inexacte. Comme, en tout état de cause, il n'y a guère de différence de sens entre "inexacte" et "fausse", M. Boulet suggère de remplacer les mots "des déclarations inexactes ou fausses" par les mots "des déclarations inexactes ou incomplètes". À défaut, le mot "incomplètes" pourrait être ajouté à la disposition existante.

15. **M. Madrid Parra** (Espagne), appuyé par **M. Bellenger** (France), **M. Houmann** (Observateur du Danemark), **M. Sandoval** (Chili), **M. Velázquez** (Paraguay) et **M. Yang Lixin** (Chine), dit que l'amendement proposé règle de façon satisfaisante une situation qui ne serait autrement pas couverte par le projet de convention.

16. **Le Président** considère que la Commission décide de remplacer les mots "des déclarations inexactes ou fausses" par les mots "des déclarations inexactes, incomplètes ou fausses".

17. *Il en est ainsi décidé.*

18. *La Commission approuve les dispositions de fond du projet d'article 7 et renvoie le texte au groupe de rédaction.*

Article 8. Reconnaissance juridique des communications électroniques

19. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit que le projet d'article 8 ne prête pas à controverse. Le projet de paragraphe 1 reflète une disposition centrale de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Le projet de paragraphe 2 ne figure pas dans la loi type mais a été incorporé dans la législation interne de plusieurs pays pour faire contrepoids au principe général énoncé au projet de paragraphe 1.

20. *La Commission approuve les dispositions de fond du projet d'article 8 et renvoie le texte au groupe de rédaction.*

Article 9. Conditions de forme

21. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) déclare que le projet d'article 9, quant à lui, n'a pas manqué de susciter des controverses, comme en témoigne le nombre d'observations concernant certains de ses paragraphes présentées par les gouvernements. Les projets de paragraphes 1 et 2, néanmoins, sont relativement peu contestés. Le projet de paragraphe 2 est inspiré de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

22. Le projet de paragraphe 3, qui a trait aux signatures, a suscité un long débat sur les avantages relatifs de la brève disposition utilisée dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et de la disposition plus longue qui figure dans la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques. Dans leurs observations écrites, au moins deux États Membres ont opté pour la seconde formulation. Une autre question qui a suscité des préoccupations est l'évaluation de la fiabilité reflétée à l'alinéa b) du projet de paragraphe 3. Dans les observations reçues, au moins deux États se sont dits favorables à la suppression pure et simple de cette disposition, faisant valoir qu'à la différence de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, le projet de convention ne contient pas de dispositions relatives à l'attribution des messages de données, la notion de fiabilité étant logiquement liée à celle d'attribution. L'un des arguments avancés au sein du Groupe de

travail en faveur du maintien de cet alinéa est que si la règle de fiabilité était éliminée, les tribunaux pourraient se montrer enclins à appliquer leurs propres normes internes, plus élevées, en matière de signatures, quelles que soient les fins auxquelles le message a été créé ou adressé. Quelques délégations ont estimé que la notion de fiabilité de la méthode employée au regard de l'objet pour lequel la communication a été créée ou adressée donnait une certaine assurance aux parties qui souhaitaient utiliser différentes méthodes d'identification mais qui ne voulaient pas être tenues par des normes plus élevées. Tout bien pesé, par conséquent, le Groupe de travail a décidé de conserver cette disposition.

23. Les projets de paragraphes 4 et 5, qui sont interdépendants, ont été ajoutés à un stade relativement avancé de la discussion, à la suite de la décision du Groupe de travail d'ajouter la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (la "Convention de New York") sur l'avis du Groupe de travail II (Arbitrage), à la liste des conventions figurant au paragraphe 1 du projet d'article 19. Admettre qu'une convention d'arbitrage peut être conclue par des moyens électroniques sans fixer les critères d'équivalence fonctionnelle entre cette convention et le document original sur papier n'aurait pas de sens étant donné que la Convention de New York elle-même stipule que la partie qui demande l'exécution d'une sentence arbitrale doit produire l'original de la convention d'arbitrage. Dans leurs observations, cependant, des États Membres ont fait valoir que cette disposition n'avait pas lieu d'être étant donné que le projet de convention n'était pas applicable aux effets de commerce.

24. Le projet de paragraphe 6 est l'une des rares dispositions restant entre crochets. Cette disposition a elle aussi été ajoutée à un stade relativement avancé des débats du Groupe de travail, sur la suggestion des États-Unis. L'intention est de reconnaître que les établissements financiers et les banques doivent conserver le droit d'exiger que les pièces justificatives soient présentées sous forme originale et par écrit avant de payer une lettre de crédit, même si la lettre de crédit elle-même a été émise sous forme électronique. L'avis a été exprimé qu'une disposition comme celle du projet d'article 9 était préférable à une exclusion générale en application du projet d'article 2. Bien que cette proposition ait suscité une certaine opposition, il y a des raisons d'espérer que la Commission pourra trouver le moyen de concilier les vues divergentes qui ont été exprimées sur cette question.

25. **Le Président** invite la Commission à examiner le projet d'article paragraphe par paragraphe.

Paragraphe 1

26. *La Commission approuve les dispositions de fond du projet de paragraphe 1 et renvoie le texte au groupe de rédaction.*

Paragraphe 2

27. **M. Mitrović** (Serbie-et-Monténégro) estime que la signification des mots "la loi" devrait être précisée, aussi bien dans le texte du projet de paragraphe 2 que dans le commentaire.

28. **M. Bellenger** (France) convient que l'expression "la loi" est ambiguë et propose de remanier le texte de manière qu'il se lise comme suit: "Lorsque les règles de droit exigent...".

29. **M. Mazzoni** (Italie), appuyé par **M. Velázquez** (Paraguay) et **M. Boulet** (Belgique), propose plutôt d'employer l'expression "le droit applicable", qui est, juridiquement parlant, plus précise.

30. **M. Bellenger** (France) précise que la signification du mot "loi" en français est plus étroite que celle du mot "*law*" en anglais, et que c'est pour ces raisons qu'il a proposé d'utiliser l'expression "règles de droit". À défaut, l'on pourrait employer l'expression: "Lorsque les conventions internationales ou le droit applicable exigent...".

31. **M. Mitrović** (Serbie-et-Monténégro) considère que les mots "la loi exige" vise clairement les cas dans lesquels la législation d'un pays déterminé exige qu'une communication ou qu'un contrat revête la forme écrite. Les mots "le droit applicable" serait par conséquent approprié étant donné qu'il appartient au tribunal ou à l'arbitre de déterminer quel est le droit applicable et si ce droit exige que le document dont il s'agit revête la forme écrite.

32. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) suggère de modifier le texte, de manière qu'il se lise comme suit: "Lorsque les règles applicables du droit exigent ...".

33. **M. Gabriel** (États-Unis d'Amérique) suggère de renvoyer la question au groupe de rédaction étant donné que la Commission est d'accord sur les aspects de fond. Les mots "la loi" sont tirés de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et n'ont pas suscité de difficultés dans ce contexte. À son avis, "la loi" implique, par définition, "le droit applicable".

34. **M. Boulet** (Belgique) souligne qu'il s'agit d'une question non pas de terminologie mais de fond. L'applicabilité du projet de convention aux conventions internationales est régie par le projet d'article 19. Il serait par conséquent inapproprié de se référer à ces conventions séparément dans le projet d'article 9, qui ne s'applique qu'au droit interne, sauf dans les conditions stipulées au projet d'article 19.

35. **M. Mazzoni** (Italie) appuie la position de la délégation belge. Le libellé de la loi type n'a pas suscité de difficultés mais il serait bon de préciser que le projet de paragraphe 2 se réfère aux règles de conflits de lois et non au droit en général ou au droit commercial. M. Mazzoni pourrait accepter le libellé suggéré par le secrétariat, à savoir "Les règles de droit applicables".

36. **M. Madrid Parra** (Espagne), appuyé par **M. Velázquez** (Paraguay) et **M. Sandoval** (Chili), appelle l'attention de la Commission sur un éclaircissement figurant au paragraphe 68 du Guide pour l'incorporation de la loi type et engage instamment la Commission à faire preuve de prudence car modifier le libellé existant risquerait de susciter des confusions.

37. **Le Président** donne lecture du passage pertinent du Guide pour l'incorporation de la loi type:

> "les mots 'la loi' dans la phrase liminaire de l'article 8 doivent être interprétés comme englobant non seulement les dispositions législatives ou réglementaires mais aussi la jurisprudence et les règles de procédure".

38. **Mme Cherif Chefchaouni** (Maroc), appuyée par **M. Bellenger** (France), fait observer qu'étant donné que la loi type est conçue de manière à être incorporée à la législation nationale, les mots "la loi", dans ce contexte, visent clairement la législation nationale. Elle appuie par conséquent la proposition tendant à se référer aux "règles de droit applicables" au projet de paragraphe 2.

39. **M. Maiyegun** (Nigéria) est d'avis que les mots "la loi" sont suffisamment clairs et ne causent pas de confusion.

40. **M. Minihan** (Australie) pense lui aussi qu'il faudrait laisser le paragraphe tel quel, mais il pourrait accepter les mots "les règles de droit applicables" étant qu'il ne voit pas de réelle différence de sens entre les deux formules.

41. **M. Buttimore** (Observateur de l'Irlande) préconise de conserver le paragraphe tel qu'il est actuellement rédigé. Les problèmes linguistiques que peut soulever la version français pourraient être réglés au sein du groupe de rédaction.

42. **M. Chong** (Singapour), **M. Yang Lixin** (Chine) et **M. Bouacha** (Algérie) pensent eux aussi que le projet de paragraphe devrait demeurer inchangé.

43. **M. Mitrović** (Serbie-et-Monténégro) dit que si la question se pose dans la pratique, il appartiendra au tribunal ou à l'arbitre de déterminer quel est le droit applicable. C'est pourquoi il a proposé l'expression "règles de droit applicables".

44. **M. Field** (États-Unis d'Amérique) pense qu'il serait peut-être suffisant d'incorporer au commentaire le passage pertinent du Guide pour l'incorporation de la loi type.

45. **Le Président** considère que la Commission souhaite conserver le texte du paragraphe tel qu'il est actuellement rédigé et demander au secrétariat d'incorporer au commentaire les éclaircissements figurant au paragraphe 68 du Guide pour l'incorporation de la loi type.

46. *Il en est ainsi décidé.*

47. *La Commission approuve les dispositions de fond du projet de paragraphe 2 et renvoie le texte au groupe de rédaction.*

Paragraphe 3

48. **M. Gregory** (Canada) déclare que, dans ses observations écrites (A/CN.9/578/Add.15), le Canada a proposé de supprimer le critère de fiabilité pour les signatures électroniques figurant au projet de paragraphe 3 b). Tel qu'il est actuellement rédigé, le texte exige que la méthode utilisée pour identifier la

partie et établir un lien entre celle-ci et le document signé soit aussi fiable que possible à la lumière des circonstances. Les préoccupations qu'éprouve la délégation canadienne à ce propos tiennent à des questions de principe et de politique générale et non à de simples points techniques. Sa principale objection est que le droit général applicable en matière de signatures ne contient aucune règle de fiabilité. Si un critère de fiabilité devrait être introduit dans le droit relatif aux signatures électroniques, l'on créerait deux séries de droit. Une telle situation serait incompatible avec les principes qui sous-tendent le projet de convention, en particulier le principe de non-discrimination entre les documents sur papier et les documents électroniques, c'est-à-dire de neutralité technique énoncée au projet d'article 8.

49. L'objet du projet de convention est d'indiquer comment une série déterminée de règles de droit doit être interprétée en matière de communications électroniques et non de créer une entité juridique, c'est-à-dire une signature électronique, qui aurait un statut distinct de celui d'une signature manuscrite. Ce qu'il faut essentiellement, c'est établir ce qui constitue l'essence d'une signature et déterminer comment cette essence peut être recréée électroniquement. Selon l'alinéa a) du projet de paragraphe 3, l'essence de la signature consiste à donner le moyen d'identifier la partie signataire et d'établir un lien entre celle-ci et le document signé, comme dans le cas d'une signature manuscrite, pour laquelle il n'est imposé aucune autre règle de fiabilité.

50. L'application d'un critère de fiabilité aux signatures électroniques soulèverait des problèmes majeurs dans les cas, par exemple, où d'autres créanciers des parties à l'opération chercheraient à s'approprier les biens visés par le contrat pour le motif que les règles applicables en matière de signature n'ont pas été respectées. Si les parties à une opération peuvent prouver qui a signé et ce qui a été signé, il n'est pas nécessaire de prévoir un critère abstrait de fiabilité distinct qui pourrait être un carcan pour les imprudents et qui pourrait être une arme pour des tierces parties désireuses d'attaquer l'opération.

51. L'alinéa b) du projet de paragraphe 3 place un accent trop marqué sur la technologie utilisée et insiste sur la fiabilité de la méthode plutôt que sur la fiabilité de l'essence. La Directive 2000/31/CE de l'Union européenne relative au commerce électronique, d'un autre côté, permet aux parties de prouver l'essence de la signature sans devoir apporter la preuve abstraite de la fiabilité de la méthode employée.

52. Dans certains pays, certaines signatures doivent être particulièrement fiables. Dans les pays de tradition romaniste, par exemple, un acte authentique, c'est-à-dire un acte notarié, produit des effets juridiques particuliers, et une réglementation spécifique de la méthode employée pour les signatures électroniques serait requise pour justifier un acte authentique. Le texte de l'alinéa b) ne répond pas à la norme requise, de sorte que le critère de fiabilité, sous sa forme actuelle, est trop exigeant pour les opérations commerciales et ne répond pas à la norme requise dans d'autres cas pour protéger le public. M. Gregory propose par conséquent de supprimer le projet d'alinéa.

53. **M. Lavalle** (Guatemala) doute que l'expression "pour indiquer que celle-ci approuve l'information contenue dans la communication électronique", à l'alinéa a) du projet de paragraphe 3, soit appropriée. Comme le but d'une communication électronique est d'exprimer l'intention de la partie qui en est l'auteur plutôt que de communiquer une information, M. Lavalle propose de modifier cette expression de manière qu'elle se lise comme suit: "pour indiquer que celle-ci approuve le contenu de la communication électronique".

54. **M. Mitrović** (Serbie-et-Monténégro), se référant aux mots "lorsque la loi l'exige", au début du projet de paragraphe 3, déclare qu'un guide pour l'incorporation d'une loi type n'a pas le même statut, et certainement pas un statut plus élevé, qu'une convention et ne peut pas être pris en considération pour interpréter une convention.

55. **M. Khani Jooyabad** (République islamique d'Iran) rappelle que la délégation canadienne a formulé une proposition semblable à la dernière session du Groupe de travail. Cette proposition a suscité une vive opposition et le texte actuel de l'alinéa b) du projet de paragraphe 3 a été accepté en tant que compromis. La délégation iranienne considère que le texte devrait être conservé tel quel.

56. **M. Chong** (Singapour) appelle l'attention de la Commission sur l'observation écrite de Singapour concernant le projet de paragraphe 3 (A/CN.9/578/Add.10).

57. La proposition formulée par la délégation canadienne au sein du Groupe de travail tendant à supprimer l'alinéa b) a été rejetée de peu, par 5 voix contre 4. La délégation singapourienne estime qu'il faudrait accorder une attention accrue aux importantes questions soulevées dans ce contexte. Le critère général de fiabilité figurant à l'alinéa b) du projet de paragraphe 3 est inspiré de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 7 de la loi type de la CUNDCI sur le commerce électronique. Relevant les incertitudes créées par cette disposition, la Commission a par la suite décidé de créer un environnement juridique plus certain en insérant le paragraphe 3 de l'article 6 dans la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques. L'alinéa b) du projet de paragraphe 3 stipule que la décision sur le point de savoir si la fiabilité est suffisante doit être prise a posteriori par un tribunal ou par le juge du fait, ce qui signifie que, lorsque deux parties à un contrat engagent une opération, elles n'ont aucun moyen de savoir si celle-ci sera finalement exécutée, état de choses qui va à l'encontre du but recherché et qui pourrait entraver le commerce électronique. Les parties sans scrupules pourraient chercher à annuler leurs signatures électroniques en invoquant un manque de fiabilité. La délégation singapourienne est donc très favorable à la suppression de l'alinéa b) du projet de paragraphe 3.

58. La Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique a besoin d'un critère de fiabilité en raison de la règle générale d'attribution énoncée à l'article 13. L'article 7 de la loi type est conçu de manière à garantir la fiabilité en exigeant que la signature joue un rôle d'identification du signataire. Le projet de convention, en revanche, ne traite pas de l'attribution des communications électroniques, de sorte qu'un critère de fiabilité n'est plus nécessaire. Il appartient aux parties de s'assurer auprès du signataire qu'une signature a effectivement été apposée sur le contrat, et la signature tire son effet juridique du lien établi entre la signature et le signataire. L'alinéa b) du projet de paragraphe 3 n'a pas pour objet de conférer une valeur juridique à une signature électronique mais simplement d'en faire l'équivalent fonctionnel d'une signature manuscrite. La validité de la signature est une question qui doit être réglée par le droit interne si c'est ce droit qui est applicable au contrat.

59. S'agissant de l'alinéa a) du projet de paragraphe 3, M. Chong fait valoir que les signatures ne sont pas toutes censées indiquer que le signataire approuve le contenu d'un document. C'est ainsi par exemple qu'un témoin ou un notaire peut simplement sanctionner les informations contenues dans un document sans les approuver. La délégation singapourienne propose par conséquent de modifier l'alinéa a) de manière qu'il se lise comme suit:

> "a) Si une méthode est utilisée pour identifier la partie et pour associer celle-ci aux informations contenues dans la communication électronique et, s'il y a lieu dans le contexte de cette règle de droit, pour indiquer que celle-ci approuve l'information contenue dans la communication électronique."

60. **M. Yang Lixin** (Chine) rappelle que l'alinéa b) du projet de paragraphe 3 comportait initialement deux variantes, l'une fondée sur la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et l'autre sur la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques. De l'avis de la délégation chinoise, la deuxième variante est préférable. En fait, beaucoup de pays appliquent déjà l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques.

61. **M. Smedinghoff** (États-Unis d'Amérique) fait savoir que la délégation des États-Unis était satisfaite du texte de l'alinéa b) du projet de paragraphe 3 lors de la dernière session du Groupe de travail mais qu'elle a acquis depuis lors la conviction, à la suite de consultations avec d'autres parties aux États-Unis ainsi qu'à la lecture des observations présentées par le Canada et par Singapour, que ce texte devrait être supprimé. Lorsqu'une partie peut prouver la validité d'une signature, il n'est aucunement nécessaire d'ajouter un critère de fiabilité. La directive de l'Union européenne ainsi que la législation des États-Unis et d'autres pays sont fondées sur ce postulat. Si l'alinéa b) du projet de paragraphe 3 n'est pas supprimé, la délégation des États-Unis proposera un amendement au projet d'article 9.

62. **Le Président** relève que très peu de délégations ont participé aux débats concernant l'alinéa b) du projet de paragraphe 3 lors de la dernière session du

Groupe de travail et que l'issue des débats a été tranchée à une marge très étroite. Il espère qu'un large consensus reflétant l'opinion mûrement réfléchie de la Commission sera maintenant possible.

La séance, suspendue à 11 h 25, est reprise à 11 h 50.

63. **M. Minihan** (Australie), appuyant l'avis exprimé par le représentant de la République islamique d'Iran, déclare que l'alinéa b) du projet de paragraphe 3 devrait être conservé tel quel. Des dispositions spéciales sont nécessaires pour établir l'équivalent fonctionnel entre les communications électroniques et les autres types de documents. Elles sont indispensables, entre autres, pour aider les États qui promulguent de nouvelles lois à déterminer à quels critères une signature électronique doit répondre pour qu'elle soit l'équivalent d'une signature manuscrite, ainsi que pour encourager l'utilisation de technologies nouvelles.

64. L'un des arguments qui militent en faveur de la suppression de l'alinéa b) est que cette disposition pourrait permettre à un tribunal de déterminer a posteriori la fiabilité des signatures. Toutefois, le tribunal peut également déterminer la validité d'une signature manuscrite après coup si elle est contestée par l'une des parties.

65. Un autre argument est que de tierces parties pourraient invoquer l'élément fiabilité pour attaquer la validité d'une signature alors même que celle-ci est reconnue par les parties. Toutefois, un tel accord serait pris en considération par le tribunal pour déterminer si la signature est valable à la lumière du projet d'alinéa b), qui mentionne "toute convention en la matière".

66. L'on a dit également que des parties peu scrupuleuses pourraient essayer de répudier leur propre signature en invoquant l'élément fiabilité. Cependant, les tribunaux connaissent bien ce type de problème et ont à leur disposition toute une gamme de méthodes qui leur permettent de déterminer si une partie doit ou non être considérée comme liée par une signature.

67. Si le projet d'article ne contient que le critère d'identité énoncé à l'alinéa a), le tribunal d'un pays ayant promulgué des lois réglementant les signatures électroniques pourrait décider que seule une signature électronique est appropriée pour identifier les parties. La disposition figurant à l'alinéa b), cependant, permettrait au tribunal de tenir compte des circonstances dans lesquelles la signature a été apposée sur la communication et de reconnaître ainsi la validité d'une signature ne répondant pas à toutes les conditions d'une signature électronique.

68. L'élément fiabilité ne créerait pas plus d'incertitudes que celles qui existent actuellement et n'aggraverait pas le risque que la validité d'une signature soit attaquée devant les tribunaux. En outre, il constituerait une indication supplémentaire pour les États désireux de faciliter le commerce électronique. La Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, qui contient un élément de fiabilité, a été adoptée par un certain nombre de pays, dont l'Australie, et elle n'a jusqu'à présent guère suscité de problèmes majeurs. De plus, le Groupe de travail est convenu de conserver l'élément fiabilité dans le projet de convention. La délégation australienne pense par conséquent que l'alinéa b) du projet de paragraphe 3 doit être conservé.

69. **M. Mazzoni** (Italie) convient avec la délégation canadienne qu'une signature est juridiquement valable si elle est associée à l'intention clairement exprimée d'une personne. Une signature n'est pas un fait objectif dont la validité peut être déterminée par application de critères technologiques. La signature apposée par une personne pour le compte d'une autre reflète, si elle est autorisée par celle-ci, l'intention de cette dernière.

70. Toutefois, le problème que soulèvent réellement les signatures électroniques est qu'en l'absence de certaines garanties, elles peuvent être manipulées plus facilement que des signatures manuscrites. Si le projet de convention prévoit des garanties de nature à écarter le risque de manipulation, la règle de fiabilité énoncée à l'alinéa b) du projet de paragraphe 3 peut être éliminée. En l'absence de telles garanties, la délégation italienne est d'avis, bien qu'avec certaines hésitations, que cet alinéa devrait être conservé étant donné que la technologie n'est pas une base appropriée pour déterminer le lien entre une signature et une personne.

71. **M. Bellenger** (France) fait savoir que la délégation française est favorable au maintien de l'alinéa b) du projet de paragraphe 3. Le texte actuel représente un compromis entre les approches de tradition romaniste et les approches de *common law* qui a été convenu par le Groupe de travail. Dans les

pays de tradition romaniste, la signature revêt une plus grande importance car elle n'est pas seulement un moyen d'identification mais dénote également l'approbation d'un document. Le Groupe de travail a par conséquent considéré que l'équivalence entre une signature manuscrite et une signature électronique devait être assurée par une méthode suffisamment fiable.

72. **Mme Schmidt** (Allemagne), souscrivant aux observations formulées par le représentant de l'Australie, dit que sa délégation est elle aussi favorable au maintien de l'alinéa b) du projet de paragraphe 3, lequel ne devrait pas, à son avis, créer d'incertitudes sur le plan juridique.

73. **M. Sandoval** (Chili) dit que sa délégation appuie la position du Canada. Les changements significatifs qui sont intervenus depuis l'élaboration de Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique rendent inutile la règle de fiabilité, de sorte que l'alinéa b) du projet de paragraphe 3 devrait être supprimé.

74. La délégation chilienne appuie par ailleurs la proposition de la délégation singapourienne concernant l'alinéa a) du paragraphe 3.

75. **M. Velázquez** (Paraguay) estime que l'alinéa b) du projet de paragraphe 3 renforcera la certitude juridique et qu'à son avis, le principe de fiabilité devrait être applicable à toutes les opérations, et pas seulement à celles réalisées au moyen d'une signature électronique. La loi type a réglé la question comme il convient en 1996 et si le commerce électronique a certes évolué depuis lors, des méthodes n'en demeurent pas moins nécessaires pour garantir la fiabilité de telles opérations.

76. **M. Mitrović** (Serbie-et-Monténégro), relevant que le projet d'article 9 vise "une communication ou un contrat", appelle l'attention de la Commission sur l'importance que continue de revêtir une autorisation écrite pour la conclusion d'un contrat commercial. Il suggère par conséquent d'insérer le mot "autorisation" au projet d'article 9.

77. **M. Meena** (Inde) considère que le texte du projet d'article 9 devrait être conservé tel qu'il est actuellement rédigé.

78. **M. Boulet** (Belgique) fait savoir que la délégation belge souhaiterait également que le texte du projet d'article reste inchangé étant donné qu'il énonce une règle juridique claire régissant la validité des signatures électroniques. Le seul fait d'avoir recours à une méthode pour identifier la partie et pour indiquer que celle-ci approuve les informations contenues dans la communication électronique, comme indiqué à l'alinéa a) du projet de paragraphe 3, est insuffisant car cela signifie que n'importe quelle méthode d'identification électronique serait une garantie acceptable de validité d'une signature. Un critère supplémentaire de fiabilité tel que celui énoncé à l'alinéa b) s'impose. Comme le représentant de l'Australie, M. Boulet considère que le libellé actuel du projet d'article est suffisamment souple pour tenir compte des préoccupations légitimes exprimées par le représentant du Canada étant donné qu'il se réfère à "toute circonstances, y compris toute convention en la matière". Cette référence à l'accord intervenu entre les parties devrait peut-être être développée dans le commentaire.

79. S'agissant de l'alinéa a) du projet de paragraphe 3, la délégation belge, tout en comprenant les raisons qui ont conduit la délégation de Singapour à proposer son amendement, ne pense pas qu'une signature puisse être interprétée comme ne dénotant aucune approbation, bien qu'il puisse y avoir des cas dans lesquels elle dénote l'approbation d'une partie seulement du document plutôt que du document dans son ensemble. De l'avis de M. Boulet, le texte de l'alinéa a) du projet de paragraphe 3 couvre comme il convient une telle possibilité. Il suggère néanmoins d'ajouter les mots "en tout ou en partie" après les mots "pour indiquer que celle-ci approuve", ce qui devrait apaiser les préoccupations exprimées par la délégation singapourienne.

80. **M. Maiyegun** (Nigéria) dit que sa délégation, tout en souhaitant conserver le critère de fiabilité, est néanmoins sensible aux soucis exprimés par les délégations du Canada et de Singapour. Ces préoccupations pourraient faire l'objet d'une note explicative ou bien conduire à modifier l'alinéa b) du projet de paragraphe 3. Il serait bon d'entendre la proposition de nouveau texte précédemment mentionnée par le représentant des États-Unis.

81. **M. Chung Wan-yong** (République de Corée), souscrivant aux observations formulées par la délégation australienne, considère que le critère de

fiabilité est important et que l'alinéa b) du projet de paragraphe 3 devrait par conséquent être conservé, dans la mesure où il reflète une adaptation appropriée du principe de fiabilité reflété à l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques.

82. **M. Smedinghoff** (États-Unis d'Amérique) déclare que la crainte que suscite dans l'esprit de sa délégation l'alinéa b) du projet de paragraphe 3 est qu'une signature puisse, tout en étant reconnue comme identifiant son auteur, ne pas être cependant considérée comme valable pour des motifs de fiabilité. Il propose par conséquent d'ajouter au projet d'article, peut-être à la fin de l'alinéa b) du projet de paragraphe 3, une disposition qui pourrait se lire comme suit: "ou si les faits peuvent autrement établir la validité de cette méthode". Cela permettrait de conserver la règle de fiabilité tout en ménageant aux parties la possibilité d'établir la validité de la signature par d'autres moyens de preuve. Le libellé précis de cet amendement pourrait être arrêté par le Groupe de rédaction.

83. **Mme Proulx** (Canada) déclare que les préoccupations exprimées au sujet de la fiabilité pourraient, de l'avis de la délégation canadienne, être apaisées en combinant la proposition de Singapour touchant l'alinéa a) du projet de paragraphe 3 et la proposition des États-Unis concernant l'alinéa b) du même paragraphe. La validité d'une signature pourrait être établie en établissant la validité de chacun de ses éléments constitutifs. Une signature est un acte par lequel une personne indique son intention dans un document. Toute méthode pouvant prouver l'identité de la personne et établir un lien entre celle-ci et le document est par définition fiable. Aussi bien dans les systèmes de tradition romaniste que dans les systèmes de *common law*, une signature a pour principal objectif de signifier une intention, ce qui est un concept neutre qui permet d'exprimer une approbation ou d'autres types d'assentiment ou d'association, comme dans le cas d'un témoin. La fiabilité requise pourrait être établie sans modifier le concept juridique de signature, qui est valable quelle que soit la méthode employée. Mme Proulx suggère par conséquent d'ajouter le texte proposé par le représentant des États-Unis à l'alinéa a) du projet de paragraphe 3 et de supprimer l'alinéa b).

La séance est levée à 12 h 30.

Compte rendu analytique de la 797e séance, tenue au Centre international de Vienne, le mardi 5 juillet 2005, à 14 heures

[A/CN.9/SR.797]

Président: M. Chan (Singapour) (Vice-Président)

En l'absence de M. Pinzón Sánchez (Colombie), M. Chan (Singapour), Vice-Président, prend la présidence.

La séance est ouverte à 14 h 5.

Finalisation et adoption d'un projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (*suite*) (A/CN.9/571, 573, 577 et Add.1, 578 et Add.1-17)

*Article 9. Conditions de forme (*suite*)*

*Paragraphe 3 (*suite*)*

1. **Le Président** invite la Commission à reprendre son examen du paragraphe 3 du projet d'article 9. Il relève que la plupart des membres préfèrent conserver le "critère de fiabilité" énoncé à l'alinéa b) du projet de paragraphe 3, bien qu'une minorité nombreuse soit d'avis que cet alinéa devrait être supprimé. Pour apaiser les préoccupations de cette minorité de délégations, la délégation des États-Unis a proposé d'ajouter à la fin du projet de paragraphe les mots "ou la validité de la méthode peut être autrement établie par les faits". Les délégations de Singapour et du Canada ont également proposé un nouveau libellé pour l'alinéa a) du projet de paragraphe 3.

2. **M. Gregory** (Canada) dit que la proposition des États-Unis complète le critère de fiabilité d'une manière qui répond aux observations formulées par la délégation canadienne. Cependant, M. Gregory propose de scinder l'alinéa b) du projet de paragraphe 3: le sous-alinéa i) reprendrait le texte actuel, et le sous-alinéa ii) se lirait comme suit: "ou si cette méthode a été établie comme identifiant la partie et indiquant l'approbation de celle-ci". Ainsi, si l'identité de la partie, le fait de la signature et le lien entre celle-ci et l'approbation ou l'intention de la partie, comme indiqué à l'alinéa a) du projet de paragraphe 3, peuvent être considérés comme fiables dans la pratique, il ne serait pas nécessaire de se poser la question de savoir si la méthode utilisée est en principe fiable. Il s'agit de choisir entre un critère de fiabilité sur le plan des principes et une question de fait dans la pratique, les deux étayant la méthode visée à l'alinéa a) du projet de paragraphe 3, lequel pourrait, de l'avis de M. Gregory, être conservé tel quel, sous réserve éventuellement d'amendements mineurs.

3. **M. Smedinghoff** (États-Unis d'Amérique) fait savoir que la délégation des États-Unis préférerait le libellé qu'elle a initialement proposé mais qu'elle pourrait également accepter la proposition de la délégation canadienne.

4. **Mme Schmidt** (Allemagne) déclare que la proposition des États-Unis suscite des réserves dans son esprit car elle implique que les éléments indirects utilisés pour établir la validité de la méthode employée suffiraient également à prouver l'identité de la partie. Elle propose de dire plutôt: "même si la validité de la méthode peut autrement être établie par l'identité de la partie".

5. **M. Smedinghoff** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation peut accepter le libellé proposé par la délégation allemande.

6. **Le Président** suggère à la Commission de suspendre son examen de l'alinéa b) du projet de paragraphe 3 pour donner au secrétariat le temps de mettre au point un libellé approprié.

7. *Il en est ainsi décidé.*

8. **Le Président** invite la Commission à reprendre son examen de l'alinéa a) du projet de paragraphe 3. Quelques délégations considèrent que, dans certaines circonstances, l'apposition d'une signature sur un document n'implique pas que le signataire en approuve le contenu. D'autres, citant la législation interne, sont d'un autre avis. La Commission est saisie de propositions présentées par les délégations

de Singapour et du Canada. Le texte proposé par la délégation de Singapour se lit comme suit:

> "a) Si une méthode est utilisée pour identifier la partie et pour associer celle-ci à l'information contenue dans la communication électronique et, s'il y a lieu dans le contexte de cette exigence juridique, pour indiquer que celle-ci approuve l'information contenue dans la communication électronique;"

9. **M. Smedinghoff** (États-Unis d'Amérique) souscrit, pour l'essentiel, aux observations de la délégation de Singapour concernant le mot "approuve". Il y a d'innombrables raisons pour lesquelles une personne peut signer un document ou être tenue de le faire sans que cela indique nécessairement une approbation. D'autres raisons peuvent être le constat d'un événement, l'authentification d'un document ou l'accusé de réception des informations figurant dans un document. La délégation des États-Unis appuierait par conséquent un amendement précisant que la méthode employée doit associer la partie à l'information contenue dans la communication.

10. **M. Minihan** (Australie) croit savoir que le mot "approuve" a initialement été inséré pour couvrir toute la gamme de situations mentionnées par la délégation des États-Unis. Il convient néanmoins, comme l'a fait observer le représentant de Singapour, que cette intention n'est pas parfaitement claire. La délégation australienne n'est pas certaine de pouvoir accepter le compromis proposé par la délégation canadienne, mais elle est disposée à envisager certaines modifications pour éclaircir la question.

11. **M. Chong** (Singapour) fait observer que l'amendement proposé par sa délégation tient compte de la situation qui peut exister aussi bien dans les pays dans lesquels une signature signifie nécessairement une approbation que dans les pays où cela n'est pas toujours le cas.

12. **M. Bellenger** (France) pense que le libellé de l'amendement proposé n'est pas clair.

13. **M. Boulet** (Belgique) estime que la discussion ne concerne pas les différences d'approche reflétées dans les divers systèmes juridiques. L'approbation donnée dans les exemples cités par le représentant des États-Unis est certes plus limitée, mais la signature dénote néanmoins une approbation de certains aspects limités du document dont il s'agit. Elle peut refléter la reconnaissance du fait, par exemple, que le signataire a été témoin de l'établissement d'un document ou a reçu les informations qu'il contient. Pour faciliter un consensus, M. Boulet réitère la proposition que la délégation belge a formulée à la séance précédente tendant à insérer les mots "en tout ou en partie", après le mot "approuve", à l'alinéa a) du projet de paragraphe 3.

14. **M. Gregory** (Canada) propose de remplacer le mot "approuve" par les mots "manifeste son intention en ce qui concerne". Le mot "intention" est assez souple pour englober l'approbation, le constat, la reconnaissance ou d'autres concepts. L'alinéa a) du projet de paragraphe 3 se lirait par conséquent comme suit: "Si une méthode est utilisée pour identifier la partie et pour indiquer l'intention manifestée par celle-ci en ce qui concerne l'information contenue dans la communication électronique".

15. **M. Estrella Faria** (Secrétariat), se référant à l'observation de la délégation belge selon laquelle une signature, par exemple celle d'un notaire, peut dénoter l'approbation d'une partie seulement d'un document, suggère de remplacer les mots "approuve l'information contenue dans la communication électronique" par les mots "approuve l'information à laquelle se rapporte la signature".

16. **Le Président** fait observer que lorsqu'un suspect est tenu de signer une citation à comparaître ou un document judiciaire énumérant les chefs d'accusation portés contre lui, il est clair que l'intéressé n'approuve pas les chefs d'accusation mais se borne à confirmer qu'il a reçu l'information en question.

17. **M. Chong** (Singapour) dit que sa délégation a déjà envisagé le libellé suggéré par le secrétariat. Il se peut néanmoins que, dans certains cas, une signature soit apposée sur un document ne comportant pas véritablement de texte. L'accusé de réception de marchandises au moyen d'une signature n'est satisfaisant que si le document stipule expressément que les marchandises ont été reçues, faute de quoi l'expéditeur pourrait utiliser un document signé ne comportant pas d'indication explicite à cet effet comme preuve que les marchandises ont été reçues.

18. La délégation singapourienne est disposée à accepter le texte proposé par la délégation canadienne, qui est une façon éloquente et neutre de dire qu'une signature peut avoir diverses significations, y compris l'association avec l'information figurant dans un document ou l'approbation, en tout ou en partie, d'un document, mais qu'elle reflète dans tous les cas l'intention du signataire.

19. **M. Boulet** (Belgique) appuie la suggestion du secrétariat. Tout en convenant avec la délégation singapourienne que, dans certains cas, l'information approuvée par une signature peut ne pas être indiquée expressément mais seulement implicitement, il considère néanmoins qu'une signature dénote dans tous les cas l'assentiment donné par la partie à quelque chose. Le libellé proposé par le secrétariat pourrait être complété par un commentaire précisant que l'information visée par la signature peut être implicite.

20. **M. Smedinghoff** (États-Unis d'Amérique) fait observer que l'alinéa a) du projet de paragraphe 3 vise "l'information contenue" dans la communication électronique. La délégation des États-Unis partage la préoccupation de celle de Singapour, à savoir que, fréquemment, l'intention du signataire n'est pas expressément indiquée dans un document mais doit être déduite des circonstances, comme dans le cas mentionné par le Président d'un suspect qui signe une citation à comparaître. M. Smedinghoff appuie par conséquent la proposition de la délégation canadienne tendant à remplacer le mot "approuve" par les mots "manifeste son intention", expression qui couvrirait toutes les situations.

21. **M. Minihan** (Australie) déclare que, pour les raisons indiquées par la délégation des États-Unis, la délégation australienne appuie également le texte proposé par le Canada, qui règle de la façon la plus succincte la question soulevée par l'alinéa a) du projet de paragraphe 3.

22. **M. Madrid Parra** (Espagne) déclare que dans le système juridique espagnol, l'expression "intention", ou "*intención*" en espagnol, n'est pas utilisée en droit civil mais seulement en droit pénal. Le droit des contrats emploie l'expression "*declaración de voluntad*" (manifestation de volonté). La délégation espagnole demande par conséquent qu'une autre expression soit utilisée. Elle relève à ce propos que, depuis 1992, l'Espagne s'emploie, en vain jusqu'à présent, à trouver en espagnol un mot qui puisse remplacer le mot "*aprobar*", qui n'est pas une traduction satisfaisante du mot "approuver".

23. **M. Mazzoni** (Italie) propose de remplacer les mots "que celle-ci approuve l'information contenue dans la communication électronique" par les mots "que la communication électronique est imputable à la volonté de celle-ci".

24. **Le Président** rappelle que la question de l'attribution a été soigneusement évitée dans le texte du projet de convention.

25. **M. Maiyegun** (Nigéria) propose que la Commission revienne au texte suggéré par le secrétariat.

26. **M. Madrid Parra** (Espagne) appuie la proposition du représentant de l'Italie.

27. **M. Gabriel** (États-Unis d'Amérique) suggère à la Commission de centrer son attention sur la proposition canadienne, qui vise les aspects factuels de l'intention ou de l'objectif d'une partie plutôt que les aspects juridiques.

28. **M. Mazzoni** (Italie), notant que le mot "imputable" est inacceptable, propose d'adopter le libellé "pour indiquer que la communication électronique reflète/exprime/manifeste la volonté de celle-ci". Il importe d'éviter de donner un effet juridique à une signature qui ne reflète pas un acte de volonté.

29. **Le Président** suggère de remplacer le mot "intention", dans la proposition de la délégation canadienne, par le mot "volonté".

30. **M. Gregory** (Canada) fait savoir que la suggestion du Président est acceptable, bien que le mot "volonté" en français soit plus acceptable que le mot "*will*" en anglais.

31. **M. Smedinghoff** (États-Unis d'Amérique) fait savoir que la proposition du Président est également acceptable pour la délégation des États-Unis.

32. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) relève que le mot "volonté" s'écarte du terme employé dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Il se demande si la Commission n'attache peut-être pas trop d'importance à la question de l'intention et de la

volonté étant donné que, dans le projet de convention, la "communication électronique" est définie comme "toute mention, déclaration, mise en demeure, notification ou demande". Il s'agit normalement d'une information qu'une personne approuve ou à laquelle elle exprime la volonté de souscrire.

33. **M. Gabriel** (États-Unis d'Amérique) fait observer que le mot "*will*" n'a pas la même connotation en anglais, en philosophie ou en droit, que les mots "volonté" en français et "*voluntad*" en espagnol et ne reflète pas le concept d'"intention" dans le texte. Il suggère de renvoyer la question au groupe de rédaction.

34. **Le Président** note que les systèmes de *common law* établissent clairement une distinction entre les concepts de "volonté" et d'"intention".

35. **M. Mazzoni** (Italie) fait observer qu'il s'agit d'une question de droit que la Commission doit régler elle-même. Il propose d'employer les mots "*intention*" en anglais, "volonté" en français et "*voluntad*" en espagnol.

36. **M. D'Allaire** (Canada), **M. Minihan** (Australie), **M. Burman** (États-Unis d'Amérique), **M. Buttimore** (Observateur de l'Irlande), **M. Maiyegun** (Nigéria), **Mme Mosoti** (Kenya) et **M. Chong** (Singapour) manifestent leur préférence pour le mot "intention".

37. **M. Sandoval** (Chili), **M. Velázquez** (Paraguay) et **M. Madrid Parra** (Espagne) déclarent que le mot "*voluntad*" est acceptable en espagnol.

38. **M. D'Allaire** (Canada) fait savoir que sa délégation est favorable à l'emploi du mot "volonté" en français.

39. *La Commission approuve les dispositions de fond de l'alinéa a) du projet de paragraphe 3 et renvoie le texte au groupe de rédaction.*

La séance, suspendue à 15 h 30, est reprise à 16 h 5.

40. **Le Président** invite la Commission à reprendre son examen de l'alinéa b) du projet de paragraphe 3.

41. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit que le secrétariat a eu quelques difficultés à élaborer un projet de texte. Il suggère de restructurer l'ensemble du projet de paragraphe 3 de manière qu'il se lise comme suit:

"3. Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit signé par une partie, ou prévoit des conséquences en l'absence d'une signature, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique si une méthode est utilisée pour identifier la partie et pour indiquer l'intention manifestée par celle-ci en ce qui concerne l'information contenue dans la communication électronique, à condition que:

a) La fiabilité de cette méthode soit suffisante au regard de l'objet pour lequel la communication électronique a été créée ou adressée, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière; ou

b) L'identité de la partie puisse être prouvée de toute autre manière."

42. **M. Smedinghoff** (États-Unis d'Amérique) appuie la suggestion du secrétariat, qui règle apparemment les questions soulevées.

43. **M. Boulet** (Belgique) fait savoir que sa délégation reste quelque peu sceptique au sujet du texte proposé, qui stipule que l'exigence de signature se trouve satisfaite si une méthode est utilisée pour identifier la partie "à condition que" l'identité de celle-ci puisse être prouvée de toute autre manière. À son avis, le texte n'est pas logique.

44. **M. D'Allaire** (Canada) partage la préoccupation exprimée par la délégation belge en ce sens qu'il y a un maillon manquant dans le texte proposé entre le chapeau et l'alinéa b). La proposition précédemment formulée par la délégation allemande avait trait uniquement à l'identité de la partie mais, de l'avis de M. D'Allaire, aussi bien l'identité que l'intention de la partie doivent être mentionnées. Il propose, à l'alinéa b), d'insérer les mots "ou l'intention" après le mot "identité".

45. **M. Chong** (Singapour) suggère d'apporter l'amendement ci-après à l'alinéa b) du projet de paragraphe 3 proposé par le secrétariat pour indiquer que si la méthode employée donne des résultats envisagés à l'alinéa a), la question de savoir si cette méthode est suffisamment fiable ne se poserait pas:

"b) Il soit établi que cette méthode a identifié la partie et a indiqué l'intention

manifestée par celle-ci en ce qui concerne l'information contenue dans la communication électronique."

46. **Mme Schmidt** (Allemagne) convient avec la délégation canadienne que l'alinéa b) devrait mentionner à la fois l'identité et l'intention de la partie. La proposition de Singapour, cependant, porte sur la méthode. Elle préférerait un texte comme "que l'identité et l'intention de la partie puissent être prouvées de toute autre manière".

47. **M. Madrid Parra** (Espagne) souscrit à l'observation formulée par le représentant de la Belgique au sujet de la proposition du secrétariat. Si l'identité de la partie peut être prouvée par n'importe quel moyen, il se peut que cette preuve n'ait aucun rapport avec l'environnement électronique. De plus, l'on voit difficilement si la proposition de la délégation de Singapour met l'accent sur la méthode employée ou sur l'identité de la partie.

48. **Le Président** dit que plusieurs membres de la Commission se demandent manifestement pourquoi il est nécessaire de se préoccuper de la fiabilité de la méthode si l'identité de la partie peut être prouvée en tout état de cause. Néanmoins, il ne faut pas perdre de vue que mettre l'accent exclusivement sur l'établissement de l'identité équivaudrait à une attribution, ce qui est une question épineuse que le Groupe de travail a soigneusement évitée. Les délégations consultées par la délégation de Singapour sont apparemment convenues que l'accent devrait être mis sur la méthode. Lorsqu'une signature est requise, il n'est pas nécessaire de prouver que la partie intéressée a signé le document à condition que la méthode puisse être prouvée. Cela peut être fait en établissant soit que la méthode qui permet d'identifier la partie est fiable soit que la méthode a apporté la preuve qu'elle a identifié la partie, qu'elle réponde ou non aux critères de fiabilité.

49. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) relève que la crainte initiale de la délégation canadienne était que l'alinéa b) du projet de paragraphe 3 puisse être interprété comme se référant à un critère abstrait de fiabilité, ce qui pourrait déboucher sur des situations dans lesquelles un tribunal pourrait juger une signature dépourvue de validité parce qu'une méthode à laquelle le pays en question reconnaît les conséquences juridiques n'a pas été employée. Pour parer à cette éventualité et tenir compte des situations dans lesquelles les parties connaissent parfaitement leurs identités respectives, le Canada a proposé un autre texte. Le secrétariat a par la suite suggéré un libellé mentionnant simplement la possibilité d'établir d'une autre manière l'identité de la partie. Cette version a suscité des objections pour le motif qu'alors même que l'établissement de l'identité de la partie était le but d'une signature, il importait de mettre l'accent plutôt sur la méthode employée. La proposition du représentant de Singapour a l'avantage de reconnaître que les parties peuvent soit appliquer le critère abstrait de fiabilité en ayant recours à une méthode reconnue, soit utiliser une autre méthode constituant un moyen valable d'identification pour autant qu'il puisse être établi en fait que la partie en question a été identifiée par cette méthode. La proposition de Singapour paraît par conséquent répondre aux préoccupations exprimées par les délégations du Canada et des États-Unis.

50. La question soulevée par la représentante de l'Allemagne, qui est de savoir si les circonstances de l'espèce peuvent aider à identifier l'identité de la partie, est peut-être réglée par le membre de phrase "compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière", à l'alinéa b) du projet de paragraphe 3 de la version initiale. Par exemple, même si un pays ne considère pas que des négociations menées par courrier électronique répondent aux normes de fiabilité les plus élevées, cette méthode pourra être jugée suffisante pour identifier la partie et répondre aux conditions visées à l'alinéa a) du projet de paragraphe 3 compte tenu de toutes les circonstances ainsi que de l'accord intervenu entre les parties. De plus, le libellé proposé par Singapour couvrirait les situations dans lesquelles il peut être démontré qu'une méthode a identifié une partie, quelle que soit l'appréciation qui puisse être portée sur cette méthode dans l'abstrait dans un pays donné.

51. **M. Mazzoni** (Italie) appuie l'orientation générale de la proposition de la délégation singapourienne mais pense que son libellé pourrait être agrégé et précisé.

52. **M. Smedinghoff** (États-Unis d'Amérique) propose, pour répondre à l'observation formulée par la délégation allemande, d'apporter l'amendement ci-

après au texte de l'alinéa b) du projet de paragraphe 3 suggéré par le secrétariat:

> "b) L'identité de la partie et l'intention manifestée par celle-ci en ce qui concerne l'information puissent être prouvées ou établies de toute autre manière."

L'accent serait alors mis sur les deux aspects fondamentaux, à savoir établir l'identité de la partie et établir l'intention de celle-ci en ce qui concerne l'information contenue dans la communication électronique.

53. **Le Président** suggère de constituer un petit groupe de rédaction ad hoc pour proposer un texte de compromis.

54. *Il en est ainsi décidé.*

55. **M. Gregory** (Canada) fait savoir que sa délégation serait heureuse de participer au groupe.

56. **M. Boulet** (Belgique) dit que la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques a établi des critères explicites pour déterminer ce qui constitue une méthode fiable. Un libellé semblable a été adopté dans le projet de convention et s'écarter de ce texte pourrait porter atteinte à l'efficacité de la loi type.

57. **Le Président** conseille au groupe de rédaction ad hoc d'avoir à l'esprit la mise en garde lancée par la délégation belge et d'éviter de porter atteinte aux concepts établis.

Paragraphe 4

58. **M. Smedinghoff** (États-Unis d'Amérique) propose de remplacer le mot "présenté", à la première ligne du chapeau, par les mots "mis à disposition". Le concept de "présentation" a une signification spécifique en droit américain, par exemple dans le contexte des lettres de crédit et des effets de commerce.

59. **Le Président** considère que la Commission souhaite adopter l'amendement proposé.

60. *Il en est ainsi décidé.*

61. **M. Boulet** (Belgique) appelle l'attention de la Commission sur les observations écrites formulées par la Belgique au sujet des paragraphes 4 à 6 du projet d'article 9 (A/CN.9/578/Add.12), faisant observer que ces paragraphes n'ont pas été examinés de manière approfondie par le Groupe de travail.

62. L'exclusion du champ d'application de la convention des effets de commerce et des instruments transférables, conformément au projet d'article 2, est justifiée par le fait qu'il n'est pas possible, dans le contexte de communications électroniques, de garantir la spécificité de tels documents, attribut qui est lié à leur condition d'"originaux". Bien qu'il puisse y avoir plusieurs documents "originaux", chacun exige une intervention active des parties, qui contrôlent le nombre d'originaux créés. Dans le contexte de communications électroniques, les parties ne pourraient pas exercer un tel contrôle.

63. S'il existait un réel équivalent fonctionnel de la notion d'"original" dans le contexte des communications électroniques, la question de la spécificité ne se poserait pas. Le paragraphe 4 du projet d'article 9, toutefois, ne contient aucune référence à la spécificité, de sorte que rien ne garantit qu'un document considéré comme un original ne puisse pas être reproduit sans autre intervention des parties. Autrement dit, les parties ne peuvent pas contrôler le nombre de documents et veiller à ce que chacun soit considéré comme un original. Si le concept de spécificité n'est pas inclus dans le projet de paragraphe 4, la délégation belge ne pourra pas adopter cette disposition.

64. La question des documents transférables et des effets de commerce est examinée par le Groupe de travail III (Droit des transports), qui s'emploie à rédiger un instrument sur les transports maritimes qui traitera, entre autres, des connaissements électroniques. La Commission ne devrait pas préjuger des travaux du groupe en approuvant un texte consacrant un concept d'"original" qui, de l'avis de la délégation belge, n'est pas satisfaisant. M. Boulet propose soit d'incorporer au projet de paragraphe 4 une référence au concept de spécificité, soit de supprimer ce paragraphe en attendant l'issue des délibérations du Groupe de travail III.

65. **Le Président** rappelle à la Commission que les références aux originaux ont été incluses dans le texte, à la demande du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation), pour étendre le champ d'application du projet de convention à la Convention de New York.

La séance est levée à 17 heures.

Compte rendu analytique de la 798e séance, tenue au Centre international de Vienne, le mercredi 6 juillet 2005, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.798]

Président: M. Chan (Singapour) (Vice-Président)

En l'absence de M. Pinzón Sánchez (Colombie), M. Chan (Singapour), Vice-Président, prend la présidence.

La séance est ouverte à 9 h 45.

Finalisation et adoption d'un projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (*suite*) (A/CN.9/571, 573, 577 et Add.1, 578 et Add.1-17)

*Article 9. Conditions de forme (*suite*)*

*Paragraphe 4 (*suite*) et paragraphe 5*

1. **Le Président** invite la Commission à reprendre son examen du paragraphe 4 du projet d'article 9, qui devrait peut-être être examiné en même temps que le paragraphe 5.

2. **M. Field** (États-Unis d'Amérique) déclare que sa délégation est satisfaite du paragraphe 4 tel que modifié ainsi que du paragraphe 5 du projet d'article 9. Lorsque la Commission abordera l'examen du projet de paragraphe 6, M. Field proposera qu'il soit supprimé à la lumière de l'amendement apporté au paragraphe 4. Comme la spécificité est difficile à établir dans les communications électroniques, le projet de convention exclut au paragraphe 2 du projet d'article 2, les instruments qui appellent une spécificité. Les projets de paragraphes 4 et 5, sous leur forme actuelle, s'intègrent aisément aux travaux entrepris au sein d'autres instances internationales, y compris dans le domaine maritime.

3. **M. Mazzoni** (Italie) convient avec le représentant des États-Unis que le paragraphe 2 du projet d'article 2 règle la question de spécificité soulevée par la délégation belge.

4. **M. Chong** (Singapour) souscrit lui aussi aux observations du représentant des États-Unis. Une distinction peut être établie entre deux catégories de documents "originaux": les documents, comme les effets de commerce, qui sont établis en un original unique, et les autres documents, comme les contrats rédigés en double exemplaire, ou les connaissements aériens, établis en quatre exemplaires, dans le cas desquels il y a plus d'un "original". Les documents de cette dernière catégorie relèveraient du paragraphe 4 du projet d'article 9.

5. **Le Président** fait observer que la position de la délégation belge ne paraît guère être appuyée, et il rappelle à la Commission qu'elle a ´décidé, à sa 797e séance, de remplacer les mots "soit présenté", au projet de paragraphe 4, par les mots "soit mis à disposition".

6. **M. Field** (États-Unis d'Amérique) fait observer que les mots "présenté" ou "présentée" apparaissent à trois reprises dans le projet de paragraphe 4 et il propose de les remplacer par les mots "mis à disposition" ou "mise à disposition".

7. *Il en est ainsi décidé.*

8. **M. Imai** (Japon) éprouve quelques doutes concernant les projets de paragraphes 4 et 5 étant donné que la référence que ces paragraphes font au concept de spécificité signifie que le projet de convention réglemente non seulement l'utilisation de communications électroniques, mais aussi les règles de preuve. Comme les règles de preuve relèvent des codes de procédure civile des États ainsi que de leurs procédures judiciaires et administratives, les projets de paragraphes 4 et 5 auraient des incidences inacceptables sur les régimes juridiques nationaux. M. Imai propose par conséquent de supprimer les projets de paragraphes en question ou bien de limiter leur portée aux conventions d'arbitrage.

9. **Le Président** relève que, lorsque la question soulevée par la délégation japonaise a été discutée au sein du Groupe de travail, le consensus a été que les États auxquels les projets de paragraphes 4 et 5 suscitaient des difficultés pourraient formuler une

déclaration écartant leur application conformément au projet d'article 18.

10. **M. Caprioli** (France) souscrit aux observations formulées par la délégation des États-Unis touchant les projets de paragraphes 4 et 5 et à la distinction établie entre un environnement dans lequel la spécificité d'un original est importante, comme dans le cas des effets de commerce, qui ne sont pas couverts par le projet de convention, et un environnement dans lequel la spécificité n'est pas requise. La France a récemment apporté des amendements à son Code civil concernant le concept d'original et celui de copie. L'approche qu'elle a adoptée, particulièrement en ce qui concerne l'intégrité et la disponibilité, serait très proche de celle qui est reflétée au projet de paragraphe 4.

11. **M. Boulet** (Belgique) peut difficilement suivre l'argument selon lequel le concept d'original peut varier selon le contexte. Ce concept trouve son origine dans un environnement de documents sur papier et, bien que le projet de convention cherche à le transposer dans un environnement électronique, le caractère de spécificité subsiste. Un document est un original ou il ne l'est pas, et il n'y a pas de moyen terme. Le paragraphe 2 du projet d'article 18 permet certes aux États d'exclure certains types de contrats, mais il ne les habilite pas à s'abstenir d'appliquer certaines dispositions du projet de convention comme celles qui ont trait au concept d'original. Pour apaiser les préoccupations exprimées par certaines délégations, le Groupe de travail a néanmoins envisagé d'accorder aux États la possibilité d'exclure l'application des paragraphes 4 et 5 du projet d'article 9 (A/CN.9/577, note 5).

12. **Le Président** note que le projet d'article 18 est rédigé de telle sorte qu'il pourrait être interprété comme accordant aux États contractants la faculté d'exclure l'application des dispositions du projet de convention relatives à la validité des originaux électroniques.

13. **M. Mazzoni** (Italie) considère que le projet devrait stipuler clairement que les États ont le droit d'exclure l'application du projet de convention à cet égard.

14. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) précise que la note qui figure dans le document A/CN.9/577 ne doit pas être interprétée comme signifiant qu'il est spécifiquement accordé aux États la faculté d'exclure l'application des paragraphes 4 et 5 du projet d'article 9. Le but de la formulation large du paragraphe 2 du projet d'article 18 a été d'exclure du champ d'application de la convention les questions qui auraient autrement suscité des difficultés. M. Estrella Faria engage instamment la Commission à résister à la tentation d'insérer dans le texte des dispositions qui permettraient aux États de formuler des déclarations ou des réserves à propos de chaque projet d'article.

15. **Le Président** considère que la Commission souhaite ajouter au commentaire un éclaircissement à l'effet que les déclarations excluant l'application du projet de convention faites conformément au projet d'article 18 peuvent porter sur toutes les questions traitées dans le projet qui suscitent des difficultés pour les États.

16. *Il en est ainsi décidé.*

17. **M. Mitrović** (Serbie-et-Monténégro) fait observer que si chaque État contractant est libre de faire autant de déclarations, autrement dit de réserves, qu'il le souhaite, le but consistant à renforcer la certitude juridique se trouvera compromis. Bien que le projet d'article 21 stipule qu'aucune réserve ne peut être faite en vertu du projet de convention, les déclarations faites conformément aux projets d'articles 18 ou 19 équivalent à la même chose. À son avis, les États ne devraient pas être autorisés à exclure l'application du projet de convention lorsqu'un consensus est intervenu au sujet d'un projet d'article.

18. **Le Président** fait valoir que la pratique consistant à autoriser les parties à formuler des déclarations dans le contexte des conventions de droit international privé a pour but de préserver l'autonomie de la volonté des parties. L'intérêt du présent projet de convention est qu'il fixe des normes internationales qui sont applicables par défaut et dont les États ne doivent pas s'écarter sans justification solide.

19. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) rappelle que, depuis les années 70, la pratique a consisté à laisser aux États de larges facultés de formuler des déclarations n'équivalant pas à des réserves, et dit qu'il est particulièrement important de préserver cette pratique dans le présent projet de convention

car l'évolution rapide des circonstances pourrait conduire les États à y apporter des ajustements lorsque le moment sera venu de l'appliquer.

20. **M. Boulet** (Belgique) déclare que le projet de convention traite d'une question qui exige une souplesse particulière, ce qui rend l'utilisation de déclarations tout à fait appropriée. Une approche similaire a été adoptée dans la Directive de l'Union européenne concernant le commerce électronique.

21. **M. D'Allaire** (Canada) croit comprendre que la délégation japonaise considère que les États devraient pouvoir limiter l'application des paragraphes 4 et 5 du projet d'article 9 aux conventions d'arbitrage et que le projet de convention, tel qu'il est actuellement rédigé, ne ménage pas une telle flexibilité. Selon l'interprétation de la délégation canadienne, le projet d'article 18 signifie que, lorsque les États excluent certaines questions du champ d'application de la convention, cette exclusion s'applique au projet de convention dans son ensemble même si la déclaration ne concerne que des paragraphes spécifiques. La proposition du Japon mérite d'être examinée lorsque la Commission discutera du projet d'article 18, et ce pour différentes raisons, dont certaines sont liées aux observations de la délégation belge concernant le caractère original et l'intégrité des documents. Pour certains États, la solution proposée offrira peut-être la possibilité d'appliquer le projet de convention.

22. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation n'interprète pas l'article 18 comme étant limité comme l'a indiqué la délégation canadienne.

23. **Le Président** considère que la Commission souhaite approuver le fond du projet de paragraphe 4, tel que modifié, ainsi que du projet de paragraphe 5, et renvoyer le texte au groupe de rédaction.

24. *Il en est ainsi décidé.*

Paragraphe 6

25. **Le Président** rappelle que le représentant des États-Unis a proposé de supprimer le projet de paragraphe 6, alors même que c'était lui qui l'avait introduit au sein du Groupe de travail. Cependant, dans les observations écrites qui ont été présentées, un État au moins a exprimé l'avis que ce paragraphe devrait être maintenu. Ce paragraphe figure entre crochets parce que le Groupe de travail n'a pas eu le temps de l'examiner de manière approfondie à sa quarante-quatrième session.

26. **Mme Schmidt** (Allemagne) fait savoir que sa délégation est favorable au maintien du paragraphe 6 étant donné que l'autre formule – des exclusions en application du paragraphe 2 du projet d'article 18 – compromettrait l'objectif de la convention, qui est d'uniformiser le droit dans toute la mesure possible.

27. **M. Khani Jooyabad** (République islamique d'Iran) appuie les observations de la délégation allemande. Le maintien du projet de paragraphe 6 apaiserait un certain nombre de préoccupations touchant les ambiguïtés qui caractérisent les projets de paragraphes 4 et 5, et il importe par conséquent de le conserver.

28. **M. Madrid Parra** (Espagne) déclare que la délégation espagnole n'est pas favorable à la proposition tendant à maintenir le projet de paragraphe 6, non pas parce qu'elle n'est pas d'accord avec les exclusions, mais simplement parce que les exclusions sont déjà prévues par le paragraphe 2 du projet d'article 2, qui stipule que le projet de convention ne s'applique "à aucun document ou instrument transférable" donnant droit au porteur ou au bénéficiaire de demander la livraison de marchandises ou le paiement d'une somme d'argent. L'énumération figurant au projet de paragraphe 2 n'est donc pas limitative. Si un État contractant considère néanmoins que cette disposition n'est pas assez claire, il a la faculté, conformément au projet d'article 18, de déclarer que des instruments financiers spécifiques comme des garanties bancaires, lettres de crédit ou tous nouveaux instruments pouvant être créés à l'avenir, ne seront pas soumis au champ d'application de la convention.

29. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit que la traduction en espagnol du projet de paragraphe 6 a peut-être entraîné une confusion. La version anglaise mentionne une règle de droit ou une convention entre les parties qui exige qu'une partie "présente certains document originaux", c'est-à-dire des pièces justificatives accompagnant une lettre de crédit, plutôt qu'une lettre de crédit proprement dite. La version espagnole mentionne seulement un document original et par conséquent, indirectement, la lettre de crédit elle-même.

30. **M. Mazzoni** (Italie), **M. Imai** (Japon), **M. Yang Lixin** (Chine) et **M. Velázquez** (Paraguay) appuient le maintien du projet de paragraphe 6.

31. **M. Madrid Parra** (Espagne) fait observer que, pour que le champ d'application du projet de convention soit aussi large que possible, le projet d'article 2 ne prévoit que des exclusions minimes, alors même que les États peuvent stipuler des exclusions supplémentaires conformément au projet d'article 18. Cependant, les États ne peuvent pas décider d'inclure certaines dispositions dans le champ d'application de la Convention. Paradoxalement, par conséquent, si les parties décident que l'un des instruments mentionnés au projet de paragraphe 6 de l'article 9 doit être accompagné d'un document sous forme électronique, ce document serait inacceptable du fait de son exclusion par le projet de paragraphe, qui pourrait par conséquent limiter l'utilisation de moyens de communications électroniques et qui est superflu.

32. **M. Minihan** (Australie) appuie les observations de la délégation espagnole. Le projet de paragraphe 6 exclut les instruments visés du champ d'application de la convention et paraît limiter la latitude accordée aux États et aux parties qui souhaitent utiliser des versions électroniques des instruments en question. Les États qui éprouvent des difficultés à propos de ces questions peuvent stipuler des exclusions en application du projet d'article 18.

33. **Le Président** rappelle à la Commission que le projet de paragraphe 6 n'est applicable que si une règle de droit ou une convention entre les parties exige qu'une partie présente certains documents originaux. Inversement, c'est dans ces circonstances seulement que les projets de paragraphes 4 et 5 ne s'appliqueraient pas.

34. **M. Chong** (Singapour) appuie pour l'essentiel les observations formulées par la délégation espagnole. Initialement, le projet de paragraphe 6 a été proposé par la délégation des États-Unis pour traiter d'une catégorie très restreinte de documents, cette délégation considérant que les banques et les établissements financiers risqueraient d'hésiter à accepter des originaux sous forme électronique. Comme la délégation des États-Unis est maintenant disposée à supprimer ce paragraphe et que la délégation allemande n'a pas avancé d'arguments convaincants justifiant son maintien, la délégation singapourienne appuie sa suppression.

35. **M. Mitrović** (Serbie-et-Monténégro) fait observer que, si le projet de paragraphe 6 est maintenu, tous les États pourront accepter les projets de paragraphes 4, 5 et 6. Ceux qui sont contre son maintien seront libres d'exclure l'application de ce paragraphe. En revanche, si le projet de paragraphe 6 est supprimé, les États pourront exclure l'application des projets de paragraphes 4 et 5.

36. **M. Boulet** (Belgique) appuie les vues exprimées par la délégation espagnole. Étant donné la portée du paragraphe 2 du projet d'article 18, le projet de paragraphe 6 de l'article 9 n'a pas lieu d'être. Il est plus logique de régler la question qu'il vise dans le contexte du projet d'article 18, et la délégation belge appuie par conséquent la proposition tendant à supprimer le projet de paragraphe 6.

37. **M. Maiyegun** (Nigéria) dit que les dispositions des projets d'articles 2 et 18 couvrent déjà toutes les éventualités et que le projet de paragraphe 6 devrait par conséquent être supprimé.

38. **M. Sandoval** (Chili) appuie lui aussi la proposition tendant à supprimer le projet de paragraphe, qui ajoute des dispositions superflues à un projet d'article qui est déjà long et complexe.

39. **M. Mazzoni** (Italie) dit que si les principaux instruments, à savoir les lettres de crédit, garanties bancaires ou instruments semblables, sont exclus du champ d'application de la convention, il est logique que le projet de convention ne réglemente pas la présentation de documents accessoires liés à l'utilisation de tels instruments.

40. **M. Chung** (République de Corée) appuie la proposition tendant à supprimer le projet de paragraphe 6. Bien que les "documents originaux" visés dans le projet de paragraphe ne soient pas eux-mêmes des lettres de garantie ou des garanties bancaires, ils peuvent avoir une valeur équivalente. En outre, des documents originaux de ce type seront sans doute fréquemment utilisés à l'avenir dans le cadre d'opérations entre banques.

41. **M. Williams** (Afrique du Sud) dit que sa délégation appuie la suppression du projet de paragraphe 6, qui est superflu étant donné que rien

n'empêche un État d'exclure l'application des projets de paragraphes 4 et 5.

42. **M. Caprioli** (France) appuie la suppression du projet de paragraphe 6, aussi bien dans un souci de cohérence que pour assurer l'applicabilité des projets de paragraphes 4 et 5 en l'absence d'exclusion en vertu du projet d'article 18.

43. **Le Président** souhaiterait savoir si le consensus de la Commission est que le projet de convention ne s'applique pas aux lettres de crédit, ce qui est apparemment la base de la proposition de la délégation italienne tendant à conserver le projet de paragraphe 6.

44. **Mme Schmidt** (Allemagne) dit qu'alors même que les États peuvent exclure du champ d'application du projet de convention la question visée au projet de paragraphe 6 conformément au paragraphe 2 du projet d'article 18, il serait préférable d'inclure une disposition à cet effet au projet d'article 9 car le projet d'article 2 n'indique pas clairement quels sont les instruments permettant de demander le paiement d'une somme d'argent qui sont exclus du champ d'application du projet de convention. De l'avis de la délégation allemande, le paragraphe 6 du projet d'article 9 non seulement vise les documents connexes mais aussi tous les instruments permettant de demander un paiement.

45. **M. Gabriel** (États-Unis d'Amérique) fait observer que le projet de paragraphe 6 n'était pas censé s'appliquer aux lettres de crédit elles-mêmes. Cependant, selon la délégation des États-Unis, le projet de convention s'appliquerait aux lettres de crédit à moins qu'un État ne les exclue expressément.

46. **M. Boulet** (Belgique), s'associant aux observations de l'orateur précédent, dit que le paragraphe 2 du projet d'article 2 n'exclut du champ d'application de la convention que les effets de commerce et les documents donnant droit à demander la livraison de marchandises ou le paiement d'une somme d'argent. Les lettres de crédit ne sont pas exclues.

47. **M. Velázquez** (Paraguay) appuie la position de la délégation allemande. Le paragraphe 2 du projet d'article 18 concerne les exclusions du champ d'application du projet de convention, tandis que le paragraphe 6 du projet d'article 9 a trait aux exclusions convenues entre les parties. Comme le projet de convention n'exclut pas les garanties bancaires, il conviendrait de conserver le projet de paragraphe 6. Selon la délégation paraguayenne, le projet de convention s'applique aux lettres de crédit.

48. **M. Mazzoni** (Italie) considère que les lettres de crédits sont clairement exclues du champ d'application du projet de convention par la disposition du paragraphe 2 du projet d'article 2 concernant tout "document ou instrument transférable donnant le droit au porteur ou au bénéficiaire de demander la livraison de marchandises ou le paiement d'une somme d'argent".

49. **M. Chung Wan-yong** (République de Corée) rappelle que les expressions "lettre de crédit" et "garantie bancaire" étaient mentionnées expressément dans une version antérieure du paragraphe 2 du projet d'article 2. Le Groupe de travail a néanmoins décidé à sa dernière session de les supprimer. Les documents mentionnés dans le paragraphe sont les documents dénotant un droit de propriété. Les lettres de crédit et garanties bancaires sont par conséquent, de l'avis de la délégation coréenne, couvertes par le projet de convention.

50. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) précise que le paragraphe 2 du projet d'article 2 met l'accent sur les instruments transférables, expression qui, selon le Groupe de travail, n'englobe pas les lettres de crédit et garanties bancaires.

51. **M. Buttimore** (Observateur de l'Irlande) dit que sa délégation, bien qu'appréciant les vues exprimées par le représentant de l'Italie, souscrit aux observations du représentant du secrétariat. À son avis, cet aspect du paragraphe 2 du projet d'article 2 devrait être précisé dans le commentaire.

52. **M. Gabriel** (États-Unis d'Amérique), appuyant les observations du représentant de la République de Corée, déclare que le contenu du paragraphe 6 du projet d'article 9 reflète fidèlement ce que sont et ce que doivent être le droit et la pratique bancaire existante et prévisible. Néanmoins, ce paragraphe est superflu car un accord prévoyant l'établissement d'une lettre de crédit spécifie normalement la forme que doivent revêtir les documents en question, ce qui crée en l'occurrence, expressément ou tacitement, la faculté d'écarter l'application du projet de convention.

53. **M. Caprioli** (France) fait observer qu'il existe deux catégories de lettres de crédit: celles qui sont utilisées comme moyen de paiement et celles qui ont un rôle de garantie. Ces dernières sont soumises au champ d'application du projet de convention. Les premières peuvent être exclues dans certains cas, mais pas par principe.

54. **M. Meena** (Inde) est d'avis que les dispositions du projet d'article 3 concernant l'autonomie de la volonté des parties rendent inutile le paragraphe 6 du projet d'article 9.

55. **Le Président** considère, la proposition formulée par la délégation allemande n'ayant pas été solidement appuyée, que la Commission souhaite supprimer le paragraphe 6 du projet d'article 9.

56. *Il en est ainsi décidé.*

La séance, suspendue à 11 h 5, est reprise à 11 h 35.

*Paragraphe 3 (*suite*)*

57. **Le Président** rappelle que la Commission est déjà convenue, en principe, que le paragraphe 3 du projet d'article 9 doit prévoir une formule autre que le critère de fiabilité, le libellé de cette disposition n'ayant cependant pas encore été arrêté. Il invite le groupe de rédaction ad hoc à rendre compte de ses délibérations.

58. **M. Chong** (Singapour) fait savoir que le groupe de rédaction ad hoc s'est entendu sur un projet de texte. L'objectif est de faire en sorte que, si une signature électronique répond aux conditions décrites à l'alinéa a) du paragraphe 3 du projet d'article 9, une partie ne puisse pas attaquer la validité de sa signature pour le motif que la méthode utilisée pour identifier la partie n'est pas fiable. Les alinéas a) et b) se liraient par conséquent comme suit:

> "a) Si une méthode est utilisée pour identifier la partie et pour indiquer l'intention manifestée par celle-ci en ce qui concerne l'information contenue dans la communication électronique; et
>
> b) Si la méthode utilisée:
>
> i) Soit est suffisamment fiable au regard de l'objet pour lequel la communication électronique a été créée ou adressée, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière;
>
> ii) Soit, par elle-même ou conjointement avec d'autres indications, a établi qu'elle répond aux conditions visées à l'alinéa a) ci-dessus."

59. **M. Madrid Parra** (Espagne) souhaiterait savoir si le nouveau texte de l'alinéa b) du projet de paragraphe 3 est censé exclure la possibilité de prouver l'identité d'une partie et son intention par des méthodes autres que celle stipulée à l'alinéa a).

60. **Le Président** dit que la Commission a décidé à sa séance précédente que les exigences visées au projet de paragraphe 3 doivent être satisfaites au moyen d'une preuve de la méthode employée seulement et pas d'une preuve d'identité. Comme la preuve d'identité est liée à la question d'attribution, la Commission a décidé de la laisser de côté.

61. **Mme Schmidt** (Allemagne) rappelle que sa délégation a posé la question de savoir s'il est possible de produire des éléments de preuve concernant non seulement la méthode employée mais aussi l'identité d'une partie et son intention. Le souci qu'elle a exprimé est satisfait par le nouveau libellé proposé, qui est suffisamment large pour que d'autres éléments puissent être pris en considération, en même temps que la preuve de la méthode employée.

62. **M. Chong** (Singapour) explique que, selon le groupe de rédaction, la satisfaction des exigences visées à l'alinéa a) du paragraphe 3 du projet d'article 9 doit être établie non seulement par la méthode employée elle-même mais aussi, si besoin est, par d'autres indications. D'un autre côté, ce fait ne peut pas être établi uniquement au moyen d'indications connexes en méconnaissant la méthode employée. Ainsi, si la méthode utilisée ne permet pas d'identifier la partie et d'indiquer l'intention manifestée par celle-ci, mais s'il peut néanmoins être établi au moyen d'indications connexes que la signature électronique a été créée par la partie signataire, cette signature répondrait aux exigences prévues par le paragraphe 3 du projet d'article 9.

63. **M. Boulet** (Belgique) fait observer que l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques a été rédigé de manière à élargir le principe de fiabilité de la méthode reflété à l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le

commerce électronique. Or, le texte proposé pour le projet d'article 3 paraît aller à l'encontre de cette approche. À son avis, il importe de préserver la cohérence entre le projet de convention et la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques.

64. **Le Président** croit comprendre que la délégation belge souhaite conserver le critère de fiabilité car c'est le seul visé dans les documents précédents de la CNUDCI. Il fait observer néanmoins que les lois types ont été incorporées dans leur droit interne par de nombreux pays sans inclure ce critère de fiabilité. Il importe que le projet de convention tienne compte de l'évolution de la situation depuis l'adoption des instruments en question.

65. **M. Gregory** (Canada) fait valoir que le nouveau projet de texte ne se substitue pas au critère de fiabilité, lequel, tel qu'interprété par la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, demeure en vigueur et reste inchangé, mais constitue une solution de remplacement, qui pourrait être qualifiée de "fiabilité factuelle". Il n'y aurait aucune contradiction entre le projet de convention et la loi type.

66. **M. Lavalle** (Guatemala) dit que les mots "autres indications", à l'alinéa ii) du nouveau texte proposé, impliquent que la méthode elle-même constitue une indication. Il suggère par conséquent d'employer une formulation plus précise, bien que plus longue, qui pourrait se lire comme suit: "des indications pouvant compléter celles obtenues par application de la méthode".

67. **M. Gregory** (Canada), appuyé par **M. Chong** (Singapour), dit que le comité de rédaction ad hoc a essayé d'élaborer un texte aussi succinct et ramassé que possible sans en affecter la signification. À son avis, il n'y a pas d'ambiguïté, étant donné que les mots "autres indications" se rapportent aux mots "a établi" plutôt qu'au mot "méthode".

68. **Le Président** considère que la Commission accepte le texte du projet de paragraphe 3 proposé par le groupe de rédaction ad hoc.

69. *La Commission approuve les dispositions de fond du projet d'article 9 et renvoie le texte au groupe de rédaction.*

Article 10. Moment et lieu de l'expédition et de la réception de communications électroniques

70. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit que le paragraphe 1 du projet d'article 10 est inspiré de l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Le Groupe de travail est cependant convenu que le moment de l'expédition d'une communication doit être établi en fonction du moment où celle-ci quitte le système d'information de l'expéditeur plutôt que du moment où elle arrive dans un système d'information échappant à la volonté de l'expéditeur. Le plus souvent, le résultat sera le même que celui auquel conduirait la loi type, même si le critère est différent.

71. Il en va de même du projet de paragraphe 2, qui paraît s'écarter de la loi type mais qui, essentiellement, ne change rien. Un message est réputé avoir été reçu lorsqu'il peut être relevé, et cette règle est appuyée par la présomption selon laquelle une communication électronique peut être relevée dès lors qu'elle est parvenue à l'adresse électronique du destinataire. L'expression "adresse électronique" remplace l'expression "système d'information".

72. L'élément nouveau du projet d'article est la deuxième phrase du projet de paragraphe 2, qui a suscité de longs débats. L'on a essayé d'utiliser une expression différente pour refléter, sans utiliser ces expressions, la signification des termes "désignée" et "non désignée".

73. Les projets de paragraphes 3 et 4 sont très semblables aux dispositions correspondant de la loi type.

74. En ce qui concerne l'observation écrite touchant la nécessité, le cas échéant, d'ajouter une note explicative concernant l'emploi de systèmes de sécurité qui pourraient empêcher la réception d'un message de données, la Commission, si elle souhaite donner suite à une telle proposition, devra exposer clairement ce que devra indiquer la note explicative sur le point de savoir si et dans quelle mesure des dispositifs ou systèmes de sécurité peuvent juridiquement avoir pour effet d'empêcher la réception d'une communication électronique.

Paragraphe 1

75. *La Commission approuve les dispositions de fond du projet de paragraphe 1 et renvoie le texte au groupe de rédaction.*

76. **M. Smedinghoff** (États-Unis d'Amérique) propose qu'il soit souligné dans le commentaire que la présomption découlant du projet de paragraphe 2, à savoir qu'une communication peut être relevée par le destinataire dès lors qu'elle parvient à l'adresse électronique de celui-ci, peut être réfutée, étant donné les incidences qu'ont actuellement les systèmes de sécurité, mécanismes visant à bloquer les communications non souhaitées et les autres systèmes évitant à limiter les communications électroniques pouvant susciter des problèmes.

77. Une autre des questions que soulève le projet de paragraphe 2 est liée à la pratique de plus en plus fréquente consistant à communiquer une information non pas en l'adressant à un destinataire spécifié mais en l'affichant sur Internet et en informant son destinataire, par courrier électronique, qu'un document peut être relevé sur un site web déterminé. Le commentaire relatif à ce projet de paragraphe devrait indiquer clairement que le simple fait qu'une information n'a pas été envoyée à l'adresse indiquée par son destinataire n'écarte pas la possibilité que celui-ci l'ait en fait reçue.

78. **Le Président** dit que la question soulevée par le représentant des États-Unis n'a pas été discutée par le Groupe de travail. La Commission doit veiller à donner des instructions particulièrement claires au secrétariat quant à ce que le commentaire doit indiquer dans de telles circonstances étant donné que le secrétariat ne peut pas se fonder uniquement à cette fin sur les débats de la Commission.

79. **M. Madrid Parra** (Espagne) dit que sa délégation partage les préoccupations exprimées par celle des États-Unis. Il se demande si des dispositions concernant de telles pratiques ne devraient pas avoir été incluses dans le texte du projet de convention. Il importe certes que le destinataire de la communication soit informé, mais il est tout aussi important de déterminer si l'information a en fait été mise à la disposition du destinataire, lequel doit aujourd'hui, fréquemment, prendre l'initiative pour avoir accès à l'information communiquée.

80. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit que des procédures semblables existent depuis longtemps dans le cas des documents sur papier et qu'à sa connaissance, il n'existe aucune disposition juridique concernant spécifiquement de telles situations. Il s'agit simplement d'un moyen de recevoir une communication, qui est par conséquent couvert par le projet d'article 10.

La séance est levée à 12 h 30.

Compte rendu analytique de la 799e séance, tenue au Centre international de Vienne, le mercredi 6 juillet 2005, à 14 heures

[A/CN.9/SR.799]

Président: M. Chan (Singapour) (Vice- Président)

En l'absence de M. Pinzón Sánchez (Colombie), M. Chan (Singapour), Vice-Président, prend la présidence.

La séance est ouverte à 14 h 10.

Finalisation et adoption d'un projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (*suite*) (A/CN.9/571, 573, 577 et Add.1 et 578 et Add.1-17)

Article 10. Moment et lieu de l'expédition et de la réception de communications électroniques (suite)

Paragraphe 2

1. **Le Président** invite la Commission à poursuivre son examen de la proposition de la délégation des États-Unis tendant à ce que le commentaire relatif au paragraphe 2 du projet d'article 10 précise que la règle énoncée dans le projet de paragraphe n'écarte pas la possibilité qu'une partie communique une information à l'autre, par exemple, en l'affichant sur le site web de l'expéditeur.

2. **M. Maiyegun** (Nigéria) est d'avis qu'une telle note explicative ne serait pas appropriée. La Commission ne devrait pas préjuger de l'évolution du droit à cet égard.

3. **M. Hidalgo Castellanos** (Mexique) n'a pas d'objections à opposer à la proposition de la délégation des États-Unis, laquelle, à son avis, aurait un impact bénéfique sur le commerce international.

4. **M. Chong** (Singapour) fait observer que la proposition de la délégation des États-Unis soulève la question de savoir si le fait d'afficher sur un site web une information qui peut être relevée par son destinataire à une adresse sans doute déterminée par le contrat constitue une notification valable en droit. Il se pose une question de droit positif et la Commission, en paraissant sanctionner cet article dans son commentaire de projet d'article, risque involontairement de modifier le statut juridique d'un tel affichage. De l'avis de la délégation de Singapour, si l'auteur de la communication souhaite adresser une notification au destinataire en l'affichant sur son site web et si cet arrangement est convenu par contrat, ce fait constituerait une dérogation au projet de convention ou une règle convenue entre les parties dans l'exercice de l'autonomie de leur volonté.

5. **Le Président** déclare que la délégation des États-Unis a, lors de consultations informelles, confirmé que sa proposition n'était pas censée s'appliquer exclusivement au cas dans lequel les parties étaient convenues que l'affichage d'une information sur le site web de l'expéditeur était un moyen valable de notification mais aussi à ceux dans lesquels il n'y avait pas eu d'accord en ce sens entre les parties. Le projet de paragraphe 2 n'envisage pas une telle situation et s'il devait être exclusif ou exhaustif, un tel moyen de notification ne serait pas autorisé.

6. **M. Smedinghoff** (États-Unis d'Amérique) déclare que sa délégation se soucie notamment de la cohérence interne du projet d'article 10. Le paragraphe 1 envisage à la fois l'expédition d'un message et la mise à disposition d'un message qui n'a pas été envoyé, en ce sens qu'il n'a pas quitté le système d'information dépendant de l'expéditeur. Le paragraphe 2, cependant, ne mentionne pas l'affichage mais seulement l'envoi. Il faudrait par conséquent indiquer clairement que le projet de paragraphe 2 n'écarte pas la possibilité qu'une information soit affichée. En ce qui concerne les préoccupations exprimées par les représentants du Nigéria et de Singapour, la délégation des États-Unis ne propose pas d'introduire une règle ni ne suggère que la Commission sanctionne telle ou telle pratique. Elle souhaite simplement faire en sorte que le projet de paragraphe ne soit pas considéré comme exclusif: autrement dit, il doit être possible pour une partie d'être considérée comme ayant reçu un message

même si celui-ci ne lui a pas été adressé directement. Ce type de flexibilité ne porterait aucunement atteinte à l'évolution du droit.

7. **M. Boulet** (Belgique) partage les préoccupations exprimées par les représentants du Nigéria et de Singapour. Il considère en outre qu'il y aura toujours un accord préliminaire ou tout au moins, sous une forme ou sous une autre, une entente entre les parties touchant l'affichage d'une information sur un site web, car autrement une telle information n'aurait absolument aucun statut juridique. De plus, en présence d'un tel accord ou d'une telle entente, le principe d'autonomie des parties entre en jeu et les parties peuvent déroger au paragraphe 2 du projet d'article 10.

8. **M. Chung Wan-yong** (République de Corée) pourrait appuyer la proposition de la délégation des États-Unis. Il faut veiller à établir une différenciation entre deux situations. Il y a d'abord le cas où l'expéditeur, dans un message au destinataire, mentionne et incorpore un lien à son propre site web contenant d'autres informations, situation dans laquelle l'affichage sur le site web peut être considéré comme faisant partie de la communication électronique sur la base du principe d'incorporation par référence (énoncé, par exemple, à l'article 5 *bis* de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique). Cette situation est couverte par le projet de paragraphe 2 et le commentaire pourrait la mentionner. D'un autre côté, lorsque le message envoyé par courrier électronique se borne à indiquer le lieu du site web de l'expéditeur, l'on peut difficilement dire que le message a "atteint" l'adresse électronique du destinataire, et le commentaire ne devrait pas donner à penser qu'une telle situation est couverte par le projet de paragraphe.

9. **M. Yamamoto** (Japon) dit que sa délégation peut appuyer la proposition de la délégation des États-Unis si le commentaire explique que le projet de paragraphe 2 ne doit pas être considéré comme exclusif mais, simultanément, ne crée pas de nouvelles règles.

10. **M. Sandoval** (Chili), relevant qu'un site web peut contenir une quantité considérable d'informations, dit que la proposition pourrait avoir pour effet d'étendre le champ d'application de la disposition à des situations dépourvues de statut juridique.

11. **M. Buttimore** (Observateur de l'Irlande), bien que sensible aux préoccupations exprimées par le représentant de Singapour, partage l'avis selon lequel le commentaire devrait comporter une note explicative pour indiquer que la règle énoncée dans le projet de paragraphe n'est pas exclusive, bien que sans mentionner la question de l'affichage d'une information sur un site web.

12. **Le Président** considère qu'en l'absence d'un consensus bien défini, la Commission ne souhaite pas inclure dans le commentaire de note explicative au sujet du projet de paragraphe 2.

13. *Il en est ainsi décidé.*

14. **M. Hidalgo Castellanos** (Mexique) dit que sa délégation craint que le projet de paragraphe 2 ne crée la présomption qu'une communication a été reçue même si elle n'est pas parvenue à l'adresse désignée par le destinataire. À son avis, il serait préférable que la présomption soit qu'en l'absence de preuve contraire, la communication soit réputée de pas avoir été reçue si elle a été envoyée à une adresse non désignée.

15. **Le Président** dit que la disposition en question a fait l'objet de longs débats à toutes les réunions du Groupe de travail et que le texte est un compromis mûrement réfléchi qui tient compte de toutes les vues exprimées.

16. **Mme Schmidt** (Allemagne) dit que sa délégation éprouve les mêmes préoccupations. Le projet de paragraphe 2 distingue entre la réception d'un message envoyé à une adresse désignée et la réception d'un message envoyé à une adressé non désignée. Le destinataire doit prendre connaissance du fait qu'une communication a été envoyée à une adresse non désignée, mais il s'agit là d'un élément subjectif qui ne peut pas être prouvé. La délégation allemande propose par conséquent de supprimer les mots "à une adresse électronique que celui-ci a désignée", dans la première phrase, ainsi que l'intégralité de la deuxième phrase. Telle est l'approche adoptée dans la Directive de l'Union européenne sur le commerce électronique, et elle a donné de bons résultats jusqu'à présent.

17. **Le Président** dit que le Groupe de travail n'ignorait pas l'approche suivie par l'Union européenne lorsqu'il a formulé le projet de paragraphe. Cependant, il s'est attaché à déterminer

si le destinataire était lié lorsqu'une communication électronique avait été envoyée à une adresse non désignée et pouvait être relevée à cette adresse mais que le destinataire ignorait que cette communication avait été envoyée.

18. **Mme Struncova** (Observateur de l'Union européenne) appuie l'amendement proposé par la délégation allemande.

19. **M. Smedinghoff** (États-Unis d'Amérique) pense qu'aucun changement ne doit être apporté au texte actuel. Les questions dont il s'agit ont fait l'objet de longs débats au Groupe de travail et le texte existant est le résultat d'un compromis. En toute justice, une partie ne doit pas être réputée avoir reçu un message tant qu'elle n'a pas pris connaissance de son existence.

20. **M. Minihan** (Australie), appuyant la position de la délégation des États-Unis, appelle l'attention sur les paragraphes 55 et 56 de la note du secrétariat relative à l'élaboration du projet de convention (A/CN.9/577/Add.1), qui indique clairement quel est le contexte de la discussion.

21. **M. Maiyegun** (Nigéria), **M. Madrid Parra** (Espagne), **M. Chong** (Singapour), **M. Sandoval** (Chili), **Mme Cherif Chefchaouni** (Maroc), **M. Boulet** (Belgique), **M. Yang Lixin** (Chine), **M. Chung Wan-yong** (République de Corée), **M. Velázquez** (Paraguay) et **Mme Lahelma** (Observateur de la Finlande) appuient le maintien du texte existant.

22. **M. Yamamoto** (Japon) et **M. Nop** (République tchèque) appuient l'amendement au projet de paragraphe 2 proposé par la délégation allemande.

23. **M. Gregory** (Canada), souscrivant à l'avis selon lequel le texte de compromis devrait être conservé, fait savoir qu'il serait extrêmement injuste, au regard aussi bien des systèmes de tradition romaniste que des systèmes de *common law*, d'avoir une règle stipulant qu'un message a été reçu alors même que son destinataire n'a aucune raison de penser qu'il a été envoyé. L'objection soulevée par la représentante de l'Allemagne paraît liée uniquement à des questions de preuve, mais il existe d'innombrables moyens de faire savoir à une personne qu'un message a été envoyé. En tout état de cause, la règle de la connaissance a essentiellement pour but d'empêcher une partie d'ignorer un message dont elle sait en fait qu'il est arrivé.

24. **M. Williams** (Afrique du Sud), bien que favorable au maintien du texte existant, souhaiterait avoir confirmation du fait que les mots "adresse électronique", à la dernière phrase du projet de paragraphe 2, visent l'adresse électronique désignée.

25. **M. Hidalgo Castellanos** (Mexique) réitère sa proposition, à savoir que, lorsqu'une communication est envoyée à une adresse non désignée, la présomption soit, en l'absence de preuve contraire, qu'elle n'a pas été reçue.

26. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) explique que la dernière phrase du projet de paragraphe 2 a pour but d'interpréter l'expression "peut être relevée" dans les deux premières phrases. Le Groupe de travail a décidé de ne pas traiter dans le projet d'article la question soulevée par le représentant du Mexique. Initialement, le texte comportait une disposition prévoyant le cas dans lequel l'expéditeur a envoyé un message à une adresse non désignée alors même qu'un système a été désigné. La version actuelle du projet d'article couvre toutes les situations, c'est-à-dire le cas dans lequel un message a été envoyé à un système non désigné soit parce qu'il n'y a jamais eu de désignation, soit parce que l'expéditeur n'a pas tenu compte de la désignation faite. Cette disposition, en fait, affine la règle concernant la relève d'un message électronique énoncée dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, en vertu de laquelle, en l'absence de désignation, le destinataire est présumé avoir reçu un message dès que celui-ci entre dans tout système d'information relevant de ce dernier. La loi type ajoute qu'un message n'est réputé avoir été reçu que lorsque son destinataire le relève. La deuxième phrase du paragraphe 2 du projet d'article 10 applique cette norme concernant la relève d'un message électronique à toutes les situations.

27. **Le Président** appelle l'attention de la Commission sur le paragraphe 3 du document A/CN.9/578/Add.17, qui contient une proposition de l'Azerbaïdjan tendant à modifier le paragraphe 2 du projet d'article 10. Comme cette proposition n'a apparemment pas été appuyée, le Président considère qu'en l'absence de proposition spécifique de la part des délégations du Mexique ou de l'Afrique du Sud,

la Commission souhaite approuver le projet de paragraphe 2.

28. *La Commission approuve les dispositions de fond du projet de paragraphe 2 et renvoie le texte au groupe de rédaction.*

Paragraphe 3

29. **Mme Proulx** (Canada) propose de remplacer le mot "réputée", qui crée une présomption irréfragable concernant le lieu d'expédition, par le mot "présumée". Il serait préférable, dans un souci de flexibilité, d'établir une présomption pouvant être réfutée, ce qui, par ailleurs, correspondrait mieux au libellé du projet de paragraphe 2 et au principe d'autonomie des parties reflété au projet d'article 3.

30. **M. Bellenger** (France) et **M. Correia** (Observateur du Portugal) appuient la proposition de la délégation canadienne.

31. **M. Yamamoto** (Japon) dit que sa délégation préférerait conserver le texte existant. Au paragraphe 163 de son rapport (A/CN.9/571), le Groupe de travail présente un argument convaincant, à savoir que " cette disposition avait pour objet d'éviter, lorsqu'il s'agissait de déterminer l'applicabilité du projet de convention, un dédoublement de l'établissement si la communication était relevée en un lieu autre que celui de l'établissement".

32. **M. Boulet** (Belgique) dit que, pour attrayant que soit l'argument militant en faveur d'une flexibilité accrue, l'amendement proposé soulèverait la question de savoir qui est en droit de réfuter une telle présomption. Par exemple, il serait facile pour l'expéditeur de le faire, peut-être pour délibérément induire en erreur le destinataire. Cela, à son tour, soulèverait des questions de certitude juridique. La délégation belge est par conséquent favorable à ce que le texte soit conservé tel quel.

33. **M. Chong** (Singapour) appelle l'attention de la Commission sur le paragraphe 105 du Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique qui, se référant au paragraphe 4 de l'article 15 de la loi type, qui est une disposition semblable, précise que la raison d'être de la disposition est de faire en sorte que le lieu d'un système d'information ne soit pas l'élément déterminant et qu'il y ait un lien raisonnable entre le destinataire et ce qui est réputé être le lieu de réception, ce lieu devant pouvoir être aisément déterminé par l'expéditeur. Ainsi, même si une société opérant en France a son serveur de courrier électronique à Londres, une communication émanant de cette société, par exemple adressée à une partie située en Allemagne, est réputée avoir son origine à son établissement en France. Remplacer le mot "réputée" par le mot "présumée" équivaudrait à créer une présomption de preuve, ce qui n'est pas l'intention du projet de paragraphe 3.

34. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) rappelle que, d'emblée, le Groupe de travail s'est efforcé d'éviter toute dualité de régimes pour les communications sur papier et les communications électroniques. Dans des instruments juridiques de fond comme la Convention des Nations Unies sur les ventes, par exemple, qui s'applique aux contrats de vente entre des parties ayant leur établissement sur le territoire d'États contractants à ladite convention, peu importe que l'agent du vendeur se rende dans un État contractant pour y passer une commande. L'important est l'endroit où la personne en question a son établissement, et pas l'endroit où elle se trouve au moment considéré. Il en va de même de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, comme l'a signalé le représentant de Singapour.

35. **Le Président** relève que la proposition de la délégation canadienne n'a pas reçu un appui suffisant.

36. *La Commission approuve les dispositions de fond du projet de paragraphe 3 et renvoie le texte au groupe de rédaction.*

Paragraphe 4

37. *La Commission approuve les dispositions de fond du projet de paragraphe 4 et renvoie le texte au groupe de rédaction.*

La séance, suspendue à 15 h 20, est reprise à 15 h 50.

Article 11. Invitations à l'offre

38. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) explique que le projet d'article 11, sans avoir de dispositions correspondantes dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, est inspiré de l'article 14 de la Convention des Nations Unies sur les ventes

relatif aux conditions d'effectivité d'une offre. Le projet d'article 11 contient l'une des rares dispositions de fond du projet de convention, dont le but est de déterminer si une offre d'une partie qui utilise une plate-forme Internet ou un site web pour proposer des biens ou des services pouvant être commandés au moyen d'un déclic doit être considérée comme liant ladite partie. Selon une version antérieure du texte, l'emploi de systèmes de traitement automatisé des messages pouvait créer une présomption d'intention d'être lié en cas d'acceptation, ce système étant appelé "applications interactives" dans le texte actuel. Après une longue discussion, le Groupe de travail a décidé qu'il ne serait pas judicieux d'inclure une telle présomption, ne serait-ce parce qu'une partie pourrait n'avoir qu'un stock limité de marchandises. Par ailleurs, il a été suggéré que les mots "applications interactives" soient expliqués dans une note de base de page ou dans le commentaire.

39. **M. Yang Lixin** (Chine) souscrit à l'avis selon lequel les mots "applications interactives" devraient être éclaircis dans le commentaire. Un texte qui devrait être acceptable pour une telle explication se trouve dans le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa quarante-deuxième session (A/C.9/546, par. 114).

40. **M. Madrid Parra** (Espagne) se demande si les "applications interactives" correspondent à la définition du "système de messagerie automatisé", à l'alinéa g) du projet d'article 4. Si tel est effectivement le cas, il serait préférable d'utiliser la même terminologie plutôt que d'introduire une nouvelle expression appelant une définition ou une explication.

41. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) explique que le Groupe de travail n'a pas défini l'expression "applications interactives" car, s'il est raisonnablement facile de décrire ce qu'elle signifie, il n'est pas si aisé d'en établir une définition concise dans un traité. Une version possible a été "système de passation automatique des commandes". La question est cependant de savoir ce que signifie exactement "automatique" dans ce contexte et quelle doit être l'automaticité du processus. Si un système de messagerie automatisé suppose un échange de messages entre les parties, les applications interactives exigent de celles-ci qu'elles entrent une information en utilisant un système qui paraisse générer un contrat et qui puisse être utilisé pour acheter des biens et des services.

42. **Le Président** donne lecture du paragraphe 4 du document A/CN.9/578/Add.17, qui contient une proposition du Gouvernement de l'Azerbaïdjan tendant à ajouter un nouveau paragraphe au projet d'article 11. Il invite les membres de la Commission à commenter cette disposition, qui a pour objet de limiter les communications commerciales non sollicitées ("spam").

43. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) déclare que nul n'est plus préoccupé que la délégation des États-Unis par le problème du courrier électronique non sollicité, mais qu'il n'est pas approprié, dans le contexte actuel, de chercher à formuler dans un traité international des règles concernant un sujet d'une extrême complexité. Toutefois, il n'y a aucune raison que cette question ne soit pas abordée à l'avenir, encore que d'autres instances internationales examinent actuellement des questions connexes. La Commission devra coordonner ses travaux avec ceux de ces instances.

44. *La Commission approuve les dispositions de fond du projet d'article 11 et renvoie le texte au groupe de rédaction.*

Article 12. Utilisation de systèmes de messagerie automatisés pour la formation des contrats

45. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) explique qu'alors même qu'il n'existe pas de disposition correspondant au projet d'article 12 dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, une telle disposition apparaît dans certaines transposition en droit interne de la loi type, habituellement avec l'expression "agent électronique". Dans certains systèmes juridiques, dans lesquels l'exercice d'un jugement humain est réputé être une condition préalable indispensable à la formation des contrats, il a été décidé d'inclure une disposition reconnaissant expressément que des contrats peuvent être valablement conclus par le biais d'un système de messagerie automatisé, alors même qu'aucun être humain ne contrôle chacune des actions élaborées par ce système. La loi type contient une référence indirecte à la question à son article 13 relatif à l'attribution des messages de données, mais le Groupe de travail a d'emblée décidé que le projet

d'article 12 n'aborderait pas la question de l'attribution. Le seul élément nécessaire est une règle de non-discrimination qui reconnaisse la validité de l'emploi de systèmes de messagerie automatisés pour la formation de contrats.

46. **M. Lavalle** (Guatemala) relève que si la définition du "système de messagerie automatisé" figurant à l'alinéa g) du projet d'article 4 vise une "personne", le projet d'article 12 se réfère à une "personne physique". Il faudrait éliminer cette différence. Deuxièmement il faudrait ajouter, par souci de cohérence avec le libellé de la définition, les mots "ou n'est intervenue dans" après les mots "examiné", au projet d'article 12.

47. **M. Field** (États-Unis d'Amérique) relève que, lorsque la définition du mot "personne" a été éliminée de la liste de définitions, le mot "personne" a été remplacé par "personne physique" dans l'ensemble du texte. L'omission de l'adjectif "physique", à l'alinéa g), résulte sans doute d'un oubli.

48. **M. Yamamoto** (Japon) propose d'ajouter le mot "physique" après le mot "personne", dans la définition g).

49. *Il en est ainsi décidé.*

50. **Le Président** considère que la Commission souhaite ajouter les mots "ou est intervenue dans" après le mot "examiné", au projet d'article 12.

51. *Il en est ainsi décidé.*

52. *La Commission approuve les dispositions de fond du projet d'article 12, tel que modifié, et renvoie le texte au groupe de rédaction.*

Article 13. Mise à disposition des clauses contractuelles

53. **M. Lavalle** (Guatemala) relève qu'alors que les projets d'articles 7 et 13 et le paragraphe 6 du projet d'article 9 mentionnent une "règle de droit", les autres paragraphes du projet d'article 9 mentionnent simplement "la loi". Il faudrait utiliser la même expression dans tous les cas.

54. **M. Field** (États-Unis d'Amérique) fait observer que la différence de libellé reflète les différences qui caractérisent les questions en jeu. Le projet d'article 13 est le pendant du projet d'article 7, tandis que, dans les autres dispositions, la signification est légèrement différente. À son avis, le texte du projet d'article 13 devrait demeurer inchangé.

55. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit que si les mots "règle de droit" ont été utilisés dans le membre de phrase "l'application d'aucune règle de droit", aux projets d'articles 7 et 13, c'est parce qu'ils désignent des règles de droit hypothétiques spécifiques. L'expression "la loi" est un terme général qui englobe la loi écrite, la jurisprudence ou toute autre source d'une règle de droit.

56. **M. Madrid Parra** (Espagne) suggère d'insérer dans le commentaire une explication de la différence entre les deux expressions, au profit des lecteurs non anglophones.

57. **M. Bellenger** (France) déclare que, dans le texte français, l'emploi des expressions "loi" et "règle de droit" devrait être inversé dans les articles où elles apparaissent étant donné que, dans l'usage français, la deuxième expression a une expression plus générale.

58. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit que si le projet d'article 13 mentionne la loi plutôt qu'une règle de droit, cette expression sera interprétée comme désignant la loi écrite et non le concept plus large de "*derecho*" en espagnol ou de "droit" en français. Une règle de droit, en revanche, peut trouver son origine, par exemple, dans la jurisprudence.

59. **M. Mazzoni** (Italie) dit que l'expression "règle de droit" est un concept large qui englobe non seulement les règles d'origine législative mais aussi les règles d'ordre public et les règles d'origine judiciaire. Cependant, elle ne vise pas la notion de "conflit de lois". Lorsque le mot "loi" est utilisé seul, en revanche, il implique la loi régissant un contrat dans le sens du "conflit de lois". La délégation italienne craint que cette expression puisse être interprétée comme désignant la *lex mercatoria* ou le droit commercial plutôt que la législation de l'État. La Commission devrait employer l'expression "droit applicable" pour indiquer clairement qu'il s'agit de la législation de l'État plutôt que de la *lex mercatoria*.

60. **M. Sekolec** (Secrétaire de la Commission) déclare que "la loi" est un système de règles trouvant leur origine dans les organes de l'État investis du

pouvoir législatif, à savoir le parlement et, dans certains cas, le cabinet ou les ministres habilités à édicter des règles contraignantes. Les règles de droit, en revanche, englobent les règles provenant d'organes non dotés au plan national d'un pouvoir législatif. Les "Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires" de la Chambre de commerce internationale, par exemple, sont fréquemment mentionnées comme système de règles de droit. Il en va de même des "principes relatifs aux contrats commerciaux internationaux" de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) et en fait de la *lex mercatoria* elle-même. En ce sens, les règles de droit ont une portée plus large. La Commission doit par conséquent décider si, au projet d'article 13, elle a à l'esprit la "loi" au sens étroit ou un système de règles, quelle qu'en soit l'origine, auquel cas il faudrait employer l'expression "règle de droit".

61. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) appelle l'attention de la Commission sur les explications figurant au paragraphe 68 du Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Ce paragraphe, adopté par la Commission elle-même, interprète les mots "la loi" comme englobant non seulement la loi écrite ou la réglementation mais aussi la jurisprudence et les autres règles de procédure. Il doute que la Commission souhaite réellement revenir sur cette interprétation mais, si tel est le cas, il faudra remanier un certain nombre de dispositions.

62. **M. Chikanda** (Zimbabwe) déclare que l'expression "règle de droit" dans le projet d'article est ambiguë: il est difficile de dire si elle vise uniquement les lois nationales ou aussi d'autres lois.

63. **Le Président** dit que, quelles que soient les interprétations différentes données aux expressions "la loi" et "règle de droit", le projet d'article 13 se borne à stipuler que le projet de convention n'affecte aucune obligation imposée à une personne par une quelconque prescription juridique. Il n'est peut-être pas nécessaire de modifier le texte étant donné que le projet d'article est simplement une "disposition refuge". Si besoin est, un éclaircissement pourra être ajouté dans le commentaire.

64. **M. Madrid Para** (Espagne) souscrit à cet avis. Dans la pratique, l'effet est le même dans l'un et l'autre cas. La Commission devrait néanmoins adopter l'une des deux expressions et l'employer de manière cohérente.

65. **M. Bellenger** (France) fait observer qu'étant donné que les projet d'articles 7 et 13 opposent les règles des projets de convention à celles du droit interne, l'expression appropriée serait "la loi", qui désigne toutes les dispositions de la législation nationale. L'expression "règle de droit" devrait être employée au projet d'article 9 car elle vise le droit international plutôt que la législation nationale.

66. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) fait observer que la signification des mots "la loi", aux projets d'articles 8 et 9, est exactement la même que la signification de l'expression employée dans la loi type à laquelle a fait allusion le représentant des États-Unis. Le Guide pour l'incorporation de la loi type stipule également que cette expression n'est pas censée englober les aspects du droit qui ne sont pas devenus partie intégrante de la législation d'un État et qui sont parfois désignés "de manière quelque peu imprécise" par des expressions comme "*lex mercatoria*" ou "droit mercantile". L'une des raisons qui conseillent d'éviter l'expression "règle de droit" aux projets d'articles 8 et 9 est que, dans certaines langues, il faudrait ajouter un adjectif comme "applicable" ou "pertinente". Dans les projets d'articles 7 et 13, en revanche, l'on se réfère à une partie spécifique du droit visée dans les projets d'articles 8 et 9. Dans certains pays, il se peut que l'origine se trouve non pas dans une loi écrite mais plutôt dans la jurisprudence. Contrairement à ce qu'ont soutenu quelques orateurs, l'expression "règle de droit", dans lesdits projets d'articles, n'est pas censée englober le droit commercial. Cela pourrait être précisé dans le commentaire, qui pourrait également reprendre les indications figurant au paragraphe 68 du Guide pour l'incorporation de la loi type.

67. **M. Mazzoni** (Italie) juge que cette explication n'est pas convaincante. Outre qu'elle vise une partie de la législation nationale, l'expression "règle de droit" peut également désigner les règles de nombreuses législations nationales différentes. L'objectif des projets d'articles 7 et 13 est d'éviter que le projet de convention n'affecte non seulement les règles énoncées dans des législations nationales spécifiques mais aussi, potentiellement, les règles de nombreuses législations nationales, relevant du droit

privé ou du droit public, qui créent une obligation juridique. Selon son interprétation, l'expression "règle de droit", dans les projets d'articles 7 et 13, englobe toutes les obligations juridiques potentielles découlant d'une quelconque règle de n'importe quel système national.

La séance est levée à 17 heures.

Compte rendu analytique de la 800e séance, tenue au Centre international de Vienne, le jeudi 7 juillet 2005, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.800]

Président: M. Chan (Singapour) (Vice- Président)

En l'absence de M. Pinzón Sánchez (Colombie), M. Chan (Singapour), Vice-Président, assure la présidence.

La séance est ouverte à 9 h 45.

Finalisation et adoption d'un projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (*suite*) (A/CN.9/571, 573, 577 et Add.1 et 578 Add.1 à 17)

*Article 13. Mise à disposition des clauses contractuelles (*suite*)*

1. **Le Président** rappelle à la Commission que lors du débat sur le projet d'article 13 à la séance précédente, certaines délégations ont remis en question l'emploi des termes "loi" et "règle de droit" dans certains projets d'articles qui avaient déjà été approuvés. La Commission doit décider si elle souhaite rouvrir le débat sur ces articles.

2. **MM. Maiyegun** (Nigéria), **Sandoval** (Chili), **Buttimore** (Observateur de l'Irlande), **Potyka** (Autriche) et **Burman** (États-Unis d'Amérique) se déclarent opposés à toute réouverture du débat sur les projets d'articles qui ont déjà été approuvés.

3. **M. Bellenger** (France) dit que le mieux est de préciser l'utilisation de ces termes dans le commentaire.

4. **M. Mitrovic** (Serbie-et-Monténégro) signale que les termes "la loi" et "la règle de droit" ne sont pas interchangeables. En français, la "loi" désigne, d'une part, "la loi applicable" et, d'autre part, la loi d'un pays particulier. Le terme "règle de droit" fait référence plus largement aux règles issues de la loi mais également d'autres sources de droit comme les traités. Dans l'article 13, la notion de "règle de droit" est utilisée dans ce dernier sens et devrait être conservée.

5. **M. Chong** (Singapour) note que le secrétariat a déjà expliqué que le terme "règle de droit", dans le projet de convention, a la même signification que le mot "loi". Si cette explication est insérée dans le commentaire, le texte ne présenterait probablement pas de problème.

6. **Le Président** considère que la Commission ne souhaite pas rouvrir le débat sur les articles déjà adoptés.

7. *Il en est ainsi décidé.*

8. **Le Président** dit qu'il considère également que la Commission souhaite approuver l'article 13 actuel.

9. *Le projet d'article 13 est approuvé quant au fond et le texte est renvoyé au Groupe de rédaction.*

Article 14. Erreur dans les communications électroniques

10. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) observe que l'article 14 est l'une des dispositions les plus controversées du projet de convention. À sa quarante-quatrième session, le Groupe de travail a décidé de ne pas le supprimer comme il était prévu, mais d'en restreindre considérablement la portée. Dans sa forme actuelle, le projet ne mentionne pas tout type d'erreur, mais uniquement les erreurs de saisie dans les communications électroniques et il ne s'applique que si le système automatisé ne donne pas la possibilité à une personne de corriger une erreur. En outre, contrairement aux versions précédentes, le texte ne prévoit pas d'obligation pour les parties utilisant ou fournissant des marchandises et des services au moyen de systèmes de messagerie automatisés ou de systèmes publics d'information, de mettre à la disposition des parties accédant à ces systèmes un moyen de corriger les erreurs de saisie. Cette question à été largement débattue par le Groupe de travail, qui a conclu que, comme pour les obligations d'information et de divulgation, toute obligation faite à un commerçant d'offrir aux parties le moyen de corriger une erreur n'aurait de sens que si son non-respect entraînait des conséquences. Le Groupe de travail n'est pas parvenu à un consensus

sur la nature de ces conséquences, si elles devaient aller jusqu'à l'annulation du contrat ou simplement priver de force exécutoire certains éléments du contrat. Il a finalement été décidé que l'article devait se contenter de donner la possibilité à une partie ayant fait une erreur de saisie de retirer le message ou la partie du message dans laquelle l'erreur a été commise.

11. Le Groupe de travail a longuement débattu du projet de paragraphe 1 b) sur les critères de droit matériel qui régissent le droit d'une partie de retirer un message pourvu qu'il contient une erreur de saisie. Certaines délégations se sont opposées à l'article, estimant qu'il contenait des règles de droit matériel et prévoyait des règles qui ne leur étaient pas familières. D'autres ont été d'avis que la disposition était raisonnable, non seulement parce que leurs propres systèmes juridiques prévoyaient des règles similaires, mais aussi parce qu'elle représentait un "refuge" pour les commerçants et dissuadait une partie de retirer de mauvaise foi un message tout en continuant à bénéficier du contrat qu'elle cherchait à présent à annuler.

12. **Le Président** invite la Commission à examiner séparément les deux paragraphes du projet d'article.

Paragraphe 1

13. **M. Gabriel** (États-Unis d'Amérique), qualifiant le libellé du chapeau du projet de paragraphe 1 d'excessivement restrictif, propose d'insérer à l'avant-dernière ligne les mots "la partie de" après "retirer". Par exemple, si une personne souhaite saisir 100 articles mais tape 101 par erreur, le paragraphe 1 sous sa forme actuelle lui donne la possibilité de se retirer de l'ensemble de la transaction. Le texte modifié permettrait à un tribunal ou à un juge des faits de décider que l'erreur de saisie entraîne soit la suppression de la partie contenant l'erreur soit, dans des circonstances appropriées, la nullité de toute la communication. L'orateur pense que la plupart des systèmes juridiques adopteraient une approche similaire en matière d'erreur.

14. **Mme Schmidt** (Allemagne) dit que sa délégation est d'avis elle aussi que les parties devraient être autorisées à retirer une communication électronique dans son intégralité en raison d'une erreur mineure qui pourrait consister également en l'emploi d'un mot incorrect modifiant le sens de la communication. La proposition de la délégation des États-Unis ne répondrait pas entièrement à cette préoccupation, puisqu'elle ne concerne que les situations dans lesquelles la partie contenant l'erreur pourrait être isolée et retirée. Rappelant le commentaire écrit de l'Allemagne (A/CN.9/578/Add.8), l'oratrice propose que l'alinéa d) suivant soit ajouté au projet de paragraphe 1 afin d'empêcher le retrait de mauvaise foi d'une communication électronique:

> "Il peut être présumé que la personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, n'aurait pas émis la communication électronique en connaissance des faits et après une évaluation raisonnée des cas."

Elle fait valoir que le nouvel alinéa englobe également la situation décrite par la délégation des États-Unis. Le soin de préciser, au fond, la nature du droit de retrait devrait être laissé aux législateurs nationaux.

15. **M. Yamamoto** (Japon) dit que sa délégation partage l'avis exprimé par la délégation de l'Allemagne et soutient l'idée qu'il faudrait laisser aux droits nationaux le soin de préciser les dispositions des alinéas a) et b).

16. **M. Caprioli** (France) appuie la proposition des États-Unis dans un intérêt de sécurité juridique.

17. Le projet de paragraphe, en particulier les alinéas b) et c), portent sur des questions relevant du droit des contrats et de la théorie générale des obligations. Il ne devrait pas chercher à traiter de questions de fond dans ces domaines. De plus, les conséquences de toutes les actions examinées sont régies par le droit national.

18. **M. Lavalle** (Guatemala) trouve quelque peu étrange l'idée de rendre ou de détruire des services mentionnée au projet d'alinéa b).

19. **Le Président** demande à la délégation de l'Allemagne de préciser la signification des mots "en connaissance des faits" du nouvel alinéa d) proposé.

20. **Mme Schmidt** (Allemagne) prend comme exemple le cas d'un acheteur qui, au moment de la formation d'un contrat, saisit une somme légèrement erronée tout en étant convaincu de son exactitude. S'étant rendu compte que l'article acheté valait

moins que la somme indiquée, il pourrait décider par la suite de retirer la communication en raison de cette petite erreur. Les mots “en connaissance des faits” désignent la situation contraire, à savoir que la personne qui envoie la communication est parfaitement consciente de tous les éléments liés à l’achat au moment de la formation du contrat.

21. **M. Minihan** (Australie) dit que, alors que la proposition du représentant des États-Unis, qu’il appuie, est destinée à permettre de retirer uniquement la partie de la communication qui contient l’erreur, celle de la représentante de l’Allemagne vise à empêcher un retrait pour des motifs cachés, ce qui pose la question de l’intention et devient donc une question à part.

22. **M. Buttimore** (Observateur de l’Irlande) est favorable à la proposition de la délégation des États-Unis.

23. Il émet des réserves au sujet de la proposition de la délégation de l’Allemagne car elle semble introduire un critère supplémentaire fondé sur une appréciation subjective de l’intention ou de la bonne foi d’une partie. Il serait difficile pour la Commission de caractériser le type d’erreur auxquelles le projet d’article s’applique sans empiéter sur le droit matériel et les décisions d’ordre public relatifs aux contrats des États membres.

24. **M. Chong** (Singapour) est favorable à la proposition des États-Unis.

25. À son avis, les éléments supplémentaires introduits par la proposition de l’Allemagne sont déjà couverts par le concept d’erreur de saisie, comme le Groupe de travail en a largement débattu.

26. **M. Gabriel** (États-Unis d’Amérique) dit que la proposition de sa délégation a uniquement pour but de distinguer entre partie erronée et partie non erronée d’une communication. La proposition de la délégation de l’Allemagne en revanche, traite de l’intention.

27. **M. Caprioli** (France) constate que la proposition de l’Allemagne part d’une bonne intention, mais est inutilement complexe. De plus, le projet d’article 5 la rend superflue en prévoyant que, pour interpréter la convention, il faut tenir compte du respect de la bonne foi dans le commerce international. En outre, les termes “Il peut être présumé” sont inacceptables.

28. **M. Boulet** (Belgique) dit que la proposition des États-Unis pose le problème de la *ratio legis* du projet d’article 14, qui concerne les systèmes de messagerie automatisés ne permettant pas la correction d’une erreur de saisie et sous-entend que ces systèmes sont défectueux en raison des risques qu’ils entraînent. L’amendement proposé est équilibré dans la mesure où la partie qui envoie une communication reste liée par ce fait mais demeure libre de corriger la communication en en retirant une partie.

29. La proposition de l’Allemagne adopte une approche “objective”, sans tenir compte du fait que le système n’autorise pas de correction. L’orateur partage toutefois la préoccupation de la délégation de l’Allemagne de voir le projet d’article utilisé à d’autres fins que celles prévues. La question se pose de savoir si l’intention du législateur est de faire endosser le risque à une personne utilisant un système ne permettant pas la correction d’erreurs de saisie. Il faut noter à cet égard que la directive de l’Union européenne 2000/31/CE oblige la mise à disposition de moyens techniques permettant de corriger de telles erreurs.

30. **M. Sandoval** (Chili) est favorable à la proposition des États-Unis.

31. D’autre part, le cas hypothétique auquel la proposition de l’Allemagne fait référence est déjà couvert par le projet d’article 14. L’amendement proposé introduirait un degré supplémentaire de complexité et risquerait d’empiéter sur le droit interne.

32. **M. Chung Wan-yong** (République de Corée) est favorable à la proposition des États-Unis, qui, selon lui, couvrirait également les cas d’erreur intentionnelle de saisie que la proposition allemande se propose de traiter.

33. **M. Lavalle** (Guatemala) se demande si le remplacement à la première ligne du projet d’article des mots “commet une erreur de saisie” par “commet une erreur de saisie importante” permettrait de répondre au souci de la délégation de l’Allemagne de s’assurer que les personnes agissent de bonne foi.

34. **Mme Lahelma** (Observatrice de la Finlande) partage les vues du représentant de la Belgique. La proposition allemande semble avoir pour but de protéger les parties qui se livrent à des pratiques commerciales déloyales en utilisant des systèmes automatisés qui ne permettent pas la détection et la correction d'erreurs de saisie. Les parties pourraient éviter les risques d'abus du droit de retrait en mettant en place un système qui offre aux utilisateurs la possibilité de corriger les erreurs.

35. **Le Président** constate qu'il est souhaité que le projet de convention encourage à installer des systèmes automatisés permettant aux utilisateurs de corriger les erreurs de saisie, même si cet objectif ne figure pas explicitement dans le texte. Comme l'observatrice de la Finlande l'a signalé, créer un système qui sanctionne les parties pour de véritables erreurs pourrait être perçu comme une tolérance de pratiques commerciales déloyales.

36. **M. Potyka** (Autriche) dit que, sans s'opposer à la proposition des États-Unis, il n'est pas certain que ce soit la bonne réponse dans les cas où l'on pouvait établir que seule une partie d'un nombre a été saisie par erreur.

37. **Le Président** précise que l'idée est de donner une plus grande flexibilité aux tribunaux pour décider que seule la partie où l'erreur a été commise pouvait être retirée et non l'ensemble de la communication.

38. **M. Yang Lixin** (Chine) dit que sa délégation appuie la proposition des États-Unis.

39. La proposition de l'Allemagne introduit des réserves et des conditions qui rendent l'interprétation du projet de paragraphe plus difficile.

40. Il appuie la proposition du représentant du Guatemala visant à insérer le mot "importante" à la première ligne du projet de paragraphe.

41. **M. Ticar** (Observateur de la Slovénie) propose, comme alternative à la proposition des États-Unis, de modifier la phrase "a le droit de retirer la communication électronique dans laquelle l'erreur de saisie a été commise" de la manière suivante: "a le droit de retirer la partie erronée de la communication électronique". Ce changement permettrait également de prendre en compte le cas mentionné par la représentante de l'Allemagne.

42. **M. Madrid Parra** (Espagne) est favorable à l'esprit de la proposition des États-Unis, mais il n'est pas certain qu'elle soit efficace dans les faits, par exemple dans le cas d'un contrat de vente contenant une erreur de saisie numérique. Si on retire le nombre, on prive le contrat d'un élément fondamental pour son application. Dans de tels cas la communication électronique ne pourrait être segmentée. L'orateur préfère, pour cette raison, garder le texte actuel.

43. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit qu'il faudrait peut-être indiquer dans les notes explicatives que l'une des raisons pour lesquelles le Groupe de travail n'a pas envisagé la possibilité de retirer tout ou partie d'une communication est celle que vient de mentionner à l'instant par le représentant de l'Espagne, qui a également attiré l'attention sur l'impact du retrait sur la formation du contrat. L'importance de l'impact dépendra du caractère substantiel ou accessoire de l'information retirée. Conformément à la Convention des Nations Unies sur les ventes, les parties doivent pouvoir déterminer les éléments essentiels, comme la quantité des marchandises sur lesquelles porte le contrat et le prix. D'un autre côté, une erreur sur la convention d'arbitrage dans la clause de règlement des différents peut entraîner l'annulation de cette clause mais n'empêchera pas le contrat de vente d'être formé. Si la Commission adopte la proposition des États-Unis, le commentaire pourrait préciser que le retrait d'une partie d'un message risque, selon les circonstances de fait, d'affecter ou non la validité de l'ensemble du message. On pourrait toutefois objecter qu'un commentaire n'a pas de caractère obligatoire et qu'il n'est pas non plus une référence obligatoire pour les juridictions de nombreux pays.

44. **M. Boulet** (Belgique) pense que l'on pourrait lever la réserve exprimée par le représentant de l'Espagne en remplaçant le mot "retirer" par "corriger" dans la phrase "retirer cette partie de la communication électronique". On ne pourrait alors pas invoquer l'erreur pour revenir sur une intention expresse de conclure un contrat.

45. **Le Président** souligne que les paragraphes 193 et 194 du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa quarante-quatrième session (A/CN.9/571) expliquent en détail pourquoi la décision a été prise de ne pas remplacer le mot "retirer" par "corriger".

Bien que la Commission ne soit, bien sûr, pas liée par les positions du Groupe de travail, l'orateur fait observer qu'un texte représentant plusieurs années de travail ne devrait pas être rejeté sans raison impérieuse.

46. **Mme Kamenkova** (Bélarus) déclare que sa délégation préfère garder le libellé recommandé par le Groupe de travail, car il est suffisamment souple pour pourvoir s'appliquer à tous les cas de figure. Dans sa forme actuelle, ce texte donne aux parties la possibilité de retirer tout ou partie d'une communication. Il faudrait profiter de cette liberté et ne pas être lié par le terme restrictif de "corriger".

47. **Mme Schmidt** (Allemagne) dit que sa délégation convient avec les États-Unis que le droit de rétractation devrait être limité à des erreurs spécifiques, pour que l'on ne puisse invoquer abusivement des erreurs mineures pour retirer l'ensemble d'une communication. Par ailleurs, le représentant de l'Espagne a, à juste titre, attiré l'attention sur le fait que la proposition des États-Unis ne tenait pas suffisamment compte des difficultés pratiques en jeu.

48. **M. Madrid Parra** (Espagne) considère que, comme le secrétariat l'a relevé, dans un système automatisé de passation des contrats les éléments fondamentaux d'un contrat sont des données telles que la quantité ou la nature des marchandises ou des précisions sur les services et le prix. Selon toute probabilité, le contrat serait nul et non avenu si l'un de ces éléments venait à manquer. De même, si une partie de la communication électronique était retirée, la communication entière serait, à son avis, nulle et non avenue.

49. **M. Gabriel** (États-Unis d'Amérique) indique qu'en vertu du projet de paragraphe tel que modifié par les États-Unis, une erreur dans une communication électronique rendrait nulle, dans certaines circonstances, la communication dans son ensemble et, dans d'autres circonstances, une partie seulement, lorsqu'il serait juste et raisonnable pour les parties de poursuivre.

50. **Le Président**, notant que la proposition des États-Unis bénéficie d'un appui important, estime qu'il serait approprié, si la proposition est adoptée, d'inclure dans le commentaire la clarification qui vient d'être apportée.

51. **Mme Kamenkova** (Bélarus), appuyée par **M. Tikhaze** (Fédération de Russie), dit qu'elle ne voit pas la nécessité de qualifier l'"erreur de saisie" d'"importante" à la première ligne du projet d'article, comme le propose la délégation du Guatemala. Ceci introduirait un concept entièrement nouveau, qui nécessiterait d'établir des critères pour déterminer ce qu'est une "erreur importante", et la situation s'en trouverait encore plus compliquée.

52. **Mme Schmidt** (Allemagne) signale que sa délégation est favorable à l'addition proposée du mot "importante".

53. **Le Président** note, toutefois, que la majorité de la Commission semble opposée à l'amendement. Il ne constate pas non plus de soutien à la proposition de la délégation de l'Allemagne visant à introduire un nouvel alinéa ou à la proposition de l'observateur de la Slovénie de remplacer la phrase "a le droit de retirer la communication électronique dans laquelle l'erreur de saisie a été commise" par "a le droit de retirer la partie erronée de la communication électronique".

La séance est suspendue à 11 h 10 et reprend à 11 h 40.

54. **Le Président** invite les membres de la Commission à faire part de leurs observations sur la proposition de la délégation de la Belgique visant à remplacer le mot "retirer" par "corriger".

55. **M. Chong** (Singapour) dit que sa délégation est opposée à tout amendement en ce sens. La question a été longuement débattue par le Groupe de travail.

56. **M. Mitrović** (Serbie-et-Monténégro), appuyé par **M. Mazzoni** (Italie), estime que la question dépend de la signification du mot "retirer". Si son sens est purement technique il est possible de le conserver, mais s'il permet à une partie de se retirer d'un contrat en raison d'un erreur, même volontaire, son emploi devient plus problématique et l'orateur préfèrerait alors le mot "corriger".

57. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) déclare que la décision du Groupe de travail, après un débat approfondi, de recommander le mot "retirer" au lieu de "corriger" tient au fait qu'il ne souhaitait pas, pour cette situation, créer un remède qui n'existe pas pour des erreurs "ordinaires" dans le cadre du droit généralement applicable. L'effet normal d'une erreur

dans une communication juridiquement pertinente est l'annulation de cette dernière, mais la partie ne jouit pas automatiquement du droit de remplacer la communication annulée par une autre. Le Groupe de travail a cherché à maintenir un parallélisme absolu entre les environnements électronique et non électronique. Par exemple, si le mot "corriger" est utilisé dans un contexte électronique, un commerçant qui propose des marchandises à un prix particulièrement avantageux pourrait être obligé de maintenir son offre par un acheteur qui décide d'acheter une quantité supérieure à celle qu'il avait demandée à l'origine en retirant une communication prétendument erronée et en la remplaçant par une autre.

58. **MM. Potyka** (Autriche) et **Gabriel** (États-Unis d'Amérique) disent que pour les raisons exposées par les représentants de Singapour et du secrétariat, ils sont favorables au maintien du mot "retirer".

59. **M. Boulet** (Belgique) dit que sa délégation a conscience des problèmes que risque de poser le droit de corriger une communication, comme le montre l'exemple du secrétariat. Toutefois, conformément au libellé proposé par les États-Unis, le retrait partiel d'une communication équivaut à une correction étant donné qu'il offre également à l'envoyeur la possibilité de corriger le contenu de la communication.

60. **M. Meena** (Inde) considère que toutes les propositions faites – remplacer le mot "retirer" par "corriger", introduire l'idée de retrait partiel et insérer le mot "important" après "erreur de saisie" – ont des implications pouvant prêter à controverse. C'est pourquoi, sa délégation est favorable au maintien du chapeau du projet de paragraphe 1 tel qu'il est.

61. **M. Khani Jooyabad** (République islamique d'Iran) dit que sa délégation est en mesure d'accepter le texte sous sa forme actuelle, mais que si la proposition des États-Unis est adoptée, les mots "droit de retirer" avant "cette partie de" devraient être modifiés comme suit "droit de corriger ou de retirer".

62. **M. Velázquez** (Paraguay) préconise de garder le texte sous sa forme actuelle afin d'éviter toute ambiguïté éventuelle.

63. **M. Mazzoni** (Italie) considère que soit le texte doit être laissé en l'état ou, si la notion de retrait partiel est introduite, que le concept de correction soit ajouté pour maintenir la cohérence logique.

64. **M. Mitrović** (Serbie-et-Monténégro) n'est pas convaincu par l'argument du secrétariat. Lorsqu'une lettre contenant une offre ou l'acceptation d'une offre est envoyée par courrier normal, il est toujours possible d'envoyer un télégramme retirant ou modifiant l'offre ou l'acceptation; le retrait ou la correction seront valables à condition que le télégramme arrive avant la lettre. Les communications électroniques sont différentes parce que, une fois envoyées, elles ne peuvent plus être corrigées. L'orateur propose donc d'insérer les mots "et corriger" après "retirer" dans le chapeau du projet de paragraphe 1.

65. **M. Sandoval** (Chili) dit que sa délégation est favorable à la proposition de la Belgique. Toutefois, dans la mesure où ni cette proposition ni celle des États-Unis ne semblent bénéficier d'un soutien suffisant, il préfère revenir au texte recommandé par le Groupe de travail.

66. **M. Chong** (Singapour) dit que les propositions de la Belgique et des États-Unis ont des implications différentes et qu'il continue à soutenir la dernière.

67. **MM. Maiyegun** (Nigéria), **Minihan** (Australie), **Caprioli** (France) et **Bouacha** (Algérie) se disent également favorables à la proposition des États-Unis.

68. **M. Yamamoto** (Japon) considère que les notions de correction et de retrait partiel sont toutes deux quelque peu ambiguës, mais que, le retrait partiel étant un concept peut-être plus flexible, sa délégation appuie la proposition des États-Unis.

69. **Mme Cherif Chefchaouni** (Maroc) ne voit pas de contradiction entre les propositions de la Belgique et des États-Unis. La correction d'une communication électronique pourrait être considéré comme équivalente au retrait de la partie contenant l'erreur de saisie. Les deux propositions pourraient donc être insérées dans le texte.

70. **Le Président**, notant que la dernière proposition ne bénéficie d'aucun soutien et que la proposition de la Belgique n'est pas suffisamment appuyée, considère que la Commission souhaite

approuver le chapeau du projet de paragraphe 1 tel que modifié par les États-Unis.

71. *Il en est ainsi décidé.*

72. **Mme Schmidt** (Allemagne), se référant aux commentaires écrits de l'Allemagne (A/CN.9/578/Add.8), propose de supprimer le projet de paragraphe 1 b) car il a trait, non aux conditions d'exercice du droit de retrait d'une communication électronique, mais aux conséquences de ce retrait, question qu'il vaut mieux laisser aux législateurs nationaux.

73. **M. Mazzoni** (Italie) est favorable à cette proposition.

74. **M. Caprioli** (France) suggère de supprimer les projets de paragraphes 1 b) et c) puisqu'ils traitent des conséquences du retrait, question qui relève du droit national.

75. **M. Gabriel** (États-Unis d'Amérique) n'a pas d'objection à ce que le projet de paragraphe 1 b) soit supprimé, mais préfère conserver le projet de paragraphe 1 c).

76. **M. Yamamoto** (Japon) est favorable à la proposition de l'Allemagne.

77. Faisant référence au chapeau du projet de paragraphe 1, il considère que les mots "cette personne" après "erreur", faisant référence à la "personne physique" mentionnée à la première ligne, risquent d'être source de confusion puisqu'ils peuvent désigner aussi bien un négociant privé comme sujet de droit qu'un individu employé par une entreprise. Par souci de clarté, l'orateur propose d'insérer la phrase "partie au contrat" après "cette personne".

78. **Le Président** dit que, en l'absence d'opposition, il considère que la Commission souhaite supprimer le projet de paragraphe 1 b).

79. *Il en est ainsi décidé.*

80. **M. Yamamoto** (Japon) et **Mme Schmidt** (Allemagne) sont favorables à la proposition de supprimer le projet de paragraphe 1 c).

81. **MM. Yang Lixin** (Chine) et **Meena** (Inde) indiquent que leurs délégations souhaitent conserver le projet de paragraphe.

82. **M. Minihan** (Australie), appuyé par **M. Chong** (Singapour), signale qu'il existe une différence importante entre les projets de paragraphes 1 b) et c). Ce dernier introduit un élément d'équité en prévoyant qu'une personne qui a tiré un avantage des marchandises ou services reçus ne devrait pas pouvoir retirer la communication électronique trop facilement. Ce genre de disposition est particulièrement importante dans un environnement électronique où des marchandises telles que la musique peuvent être livrées instantanément. Le projet d'alinéa c) devrait, pour cette raison, être conservé.

83. **M. Potyka** (Autriche) soutien qu'il serait illogique de supprimer l'alinéa b) tout en conservant l'alinéa c) car les deux traitent des conséquences du retrait d'une communication. Le projet de paragraphe 1 b) porte sur la restitution des marchandises ou des services reçus, mais en droit autrichien l'avantage matériel reçu des marchandises et des services au titre du projet de paragraphe 1 c) devrait également être restitué. L'orateur appuie par conséquent la proposition de supprimer le projet de paragraphe 1 c).

84. **M. Maiyegun** (Nigéria) estime qu'il faut garder le projet de paragraphe 1 c) par souci d'équité et aussi pour limiter les risques d'abus de la part des parties.

85. **Le Président** dit que, en l'absence de consensus pour supprimer le projet de paragraphe 1 c) de l'article 14, il considère que la Commission souhaite le conserver, de même que le projet d'alinéa b).

86. *Il en est ainsi décidé.*

87. **Mme Schmidt** (Allemagne), faisant référence aux commentaires écrits de l'Allemagne (A/CN.9/578/Add.8), propose dans un intérêt de sécurité juridique, de limiter à deux ans le droit de retirer une communication électronique.

La séance est levée à 12 h 30.

Compte rendu analytique de la 801e séance, tenue au Centre international de Vienne, le jeudi 7 juillet 2005, à 14 h 30

[A/CN.9/SR.801]

Président: M. Chan (Singapour) (Vice- Président)

En l'absence de M. Pinzón Sánchez (Colombie), M. Chan (Singapour), Vice-Président, assure la présidence.

La séance est ouverte à 14 h 5.

Finalisation et adoption d'un projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux *(suite)* (A/CN.9/571, 573, 577 et Add.1, 578 et Add.1 à 17)

*Article 14. Erreur dans les communications électroniques (*suite*)*

Paragraphe 1

1. **Le Président** invite la Commission à examiner une proposition de la délégation allemande visant à insérer un nouvel alinéa au paragraphe 1 du projet d'article 14 pour prévoir un délai pour le retrait d'une communication électronique erronée. Puisque la Commission est convenue de supprimer le projet d'alinéa b) de ce paragraphe, de sorte que l'ancien projet d'alinéa c) est devenu le projet d'alinéa b), le nouvel alinéa proposé, s'il est adopté, deviendra le projet d'alinéa c).

2. **M. Meena** (Inde) est opposé à l'introduction d'un délai. Une erreur de saisie ne cesse pas d'être une erreur avec le temps. Le retrait d'une communication sera de toute façon soumis au projet d'alinéa a), qui oblige une personne ou une partie d'aviser l'autre partie de l'erreur "aussitôt que possible" après en avoir pris connaissance. Un délai est donc inutile.

3. **Mme Schmidt** (Allemagne) est préoccupée par le risque qu'un laps de temps considérable s'écoule avant que la personne prenne connaissance de l'erreur. Le retrait d'une communication après une période excessivement longue risque d'affaiblir la certitude commerciale. Si l'inclusion d'un délai déterminé au projet de paragraphe 1 ne bénéficie d'aucun soutien, l'oratrice propose de modifier le projet de paragraphe 2 pour indiquer que le délai de retrait sera déterminé par le droit interne.

4. **M. Mitrović** (Serbie-et-Monténégro) estime que la proposition de l'Allemagne est pertinente. La certitude est importante dans les relations contractuelles. Il propose donc de modifier le projet d'alinéa a) de la manière suivante: "(…) aussitôt que possible, mais en aucun cas plus de deux ans après en avoir pris connaissance (…)".

5. **Le Président** fait observer que la proposition du représentant de la Serbie-et-Monténégro ne répond pas à la préoccupation de la délégation allemande, puisqu'une personne prenant connaissance d'une erreur a jusqu'à deux ans pour en aviser l'autre partie.

6. **M. Caprioli** (France) convient de la nécessité de fixer un délai de retrait, mais il a du mal à imaginer une situation dans laquelle une personne ne prend pas connaissance d'une erreur dans les jours qui suivent un échange de communications: l'exécution d'un contrat révèle nécessairement les erreurs commises. En outre, en vertu du projet de nouvel alinéa b) il ne sera plus possible de retirer la communication une fois l'exécution commencée, par exemple par le paiement ou la livraison.

7. **M. Yamamoto** (Japon) dit que sa délégation ne peut faire sienne la proposition d'introduire un délai de deux ans, dans la mesure où une telle prescription relève de l'ordre public dans de nombreux systèmes juridiques. Sa délégation émet également des réserves sur l'autre proposition de l'Allemagne, à savoir indiquer au projet de paragraphe 2 que les délais seront déterminés au niveau national.

8. **Mme Kamenkova** (Bélarus), faisant remarquer qu'il faudrait ajouter la conjonction "et" à la fin du projet d'alinéa a), estime que le droit de retirer une communication électronique contenant une erreur de saisie dépend, tout d'abord, de la personne ou partie qui avise l'autre partie de l'erreur aussitôt que possible après en avoir pris connaissance et, ensuite,

de la personne ou partie qui n'a pas tiré d'avantage matériel ou de contrepartie des biens ou services reçus ni utilisé un tel avantage ou une telle contrepartie. Si on combine les conditions énoncées dans les deux projets d'alinéas, il n'est pas nécessaire de fixer de délai particulier.

9. **Le Président** considère que la Commission ne souhaite soutenir aucune des deux propositions allemandes.

10. *Il en est ainsi décidé.*

Paragraphe 2

11. **M. Mazzoni** (Italie) estime que le projet de paragraphe 2 devrait être remanié afin de mieux exprimer son objectif premier, à savoir que le moyen prévu par le projet d'article pour rectifier une erreur de saisie n'est pas censé porter atteinte à la doctrine générale de l'erreur existant dans les lois nationales. Par exemple, lorsqu'une erreur de saisie comporte un élément intentionnel, l'existence des règles spéciales du projet d'article 14 n'empêchera pas l'application des règles de droit sur les erreurs. L'orateur propose que le projet de paragraphe 2 soit modifié comme suit:

> "Aucune disposition du présent article n'a d'incidence sur l'application d'aucune règle de droit qui peut régir les conséquences de toute erreur commise pendant la formation ou l'exécution du type de contrat en question pour d'autres motifs ou d'autres fins que prévoir un moyen spécial de rectifier des erreurs de saisie qui se sont produites dans les circonstances visées au paragraphe 1."

12. **M. Field** (États-Unis d'Amérique) déclare que sa délégation est favorable au principe de la proposition mais propose d'abréger la phrase après "en question" de la manière suivante: "autre que celle visée au paragraphe 1".

13. **M. Mazzoni** (Italie) est prêt à accepter le libellé proposé par les États-Unis.

14. **MM. Caprioli** (France) et **Gregory** (Canada) sont favorables au texte le plus concis.

15. **Mme Schmidt** (Allemagne) est favorable au libellé plus concis proposé par les États-Unis, qui, à son avis, rend le passage "commise pendant la formation ou l'exécution du type de contrat en question" inutile. Le projet de paragraphe pourrait en fait être rédigé de la manière suivante: "Aucune disposition du présent article n'a d'incidence sur l'application d'aucune règle de droit qui peut régir les conséquences de toute erreur autre que celle visée au paragraphe 1".

16. **M. Boulet** (Belgique) préfère la proposition italienne modifiée par les États-Unis.

17. **Mme Kamenkova** (Bélarus) trouve que la version originale du projet de paragraphe est bien raisonnée et ne devrait pas être modifiée.

18. **M. Yamamoto** (Japon) soutient la proposition de l'Italie telle qu'elle a été affinée par les États-Unis. Toutefois, il préconise de garder les mots "moyen spécial" de la proposition italienne originale. Il émet des réserves sur la proposition de la délégation allemande car elle semble exclure l'applicabilité de la doctrine générale de l'erreur aux erreurs de saisie.

19. **M. Gabriel** (États-Unis d'Amérique) est prêt à soutenir le libellé proposé par l'Allemagne à la place de celui de sa propre délégation.

20. **M. Chung** (Singapour) est disposé à accepter aussi bien la proposition des États-Unis que la formule de l'Allemagne puisque leur effet, en tant que dispositions "refuge", est identique. Il est opposé à l'insertion des mots "moyen spécial", qui risquent de compliquer inutilement le projet de paragraphe.

21. **Le Président** considère que la Commission souhaite approuver la version du projet de paragraphe 2 suivante: "Aucune disposition du présent article n'a d'incidence sur l'application d'aucune règle de droit qui peut régir les conséquences de toute erreur autre que celle visée au paragraphe 1".

22. *Il en est ainsi décidé.*

23. *La Commission approuve le projet de paragraphe 2 quant au fond et le renvoie au groupe de rédaction.*

*Article 6. Lieu de situation des parties (*suite*)*

Paragraphe 5

24. **Le Président** attire l'attention sur les trois versions du paragraphe 5 du projet d'article 6 qui figurent dans le rapport du groupe de rédaction

(A/CN.9/XXXVIII/CRP.2). Afin de couvrir les "autre[s] moyens de communication électronique", la Commission avait adopté une proposition du Paraguay visant à élargir le champ d'application du projet de paragraphe, qui indiquait que l'utilisation d'un nom de domaine ou d'une adresse électronique associés à un pays particulier ne permettait pas de présumer de l'emplacement de l'établissement d'une partie. Le groupe de rédaction avait estimé que le nouvel élément proposé appartenait à une autre catégorie que les noms de domaines et les adresses de courrier électronique. Plus spécifiquement, l'orateur attire l'attention sur le fait que les avancées technologiques permettront peut-être d'utiliser un instrument de localisation qui justifierait une présomption concernant l'établissement d'une partie. Dans ce contexte, il invite la Commission à réexaminer la décision qu'elle avait prise.

25. **M. Field** (États-Unis d'Amérique) propose de revenir à la version originale du projet de paragraphe. Si les progrès technologiques l'imposent il pourra être modifié plus tard.

26. **MM. Yamamoto** (Japon), **Sandoval** (Chili) et **Nordlander** (Suède) appuient la proposition des États-Unis.

27. **M. Madrid Parra** (Espagne) dit que si le projet de paragraphe doit contenir une liste, la Commission devrait examiner s'il faudrait inclure d'autres formes de communications électroniques existantes qui laissent supposer qu'un établissement est situé dans un pays particulier sans toutefois créer de présomption, comme les outils de services de minimessages (SMS) et la télévision interactive.

28. **Le Président** dit que, la proposition de l'Espagne ne bénéficiant d'aucun soutien, il considère que la Commission souhaite revenir au libellé original du paragraphe.

29. *Il en est ainsi décidé.*

30. La Commission approuve le projet de paragraphe 5 recommandé par le Groupe de travail.

*Article 2. Exclusions (*suite*)*

31. **M. Yamamoto** (Japon) estime que le sens du paragraphe 1 a) du projet d'article 2 libellé "Contrats conclus à des fins personnelles, familiales ou domestiques", est ambigu et devrait être clarifié dans le commentaire, sans quoi les États ne sauront pas quels domaines une déclaration faite au titre du projet d'article 18 permet d'exclure. La délégation de l'orateur interprète ces contrats comme ayant une portée plus vaste que les "contrats de consommation", qui sont uniquement des contrats passés entre un consommateur et une entreprise commerciale, car ils couvrent également les contrats conclus entre des personnes ordinaires, par exemple un mari et sa femme. Le commentaire devrait expliquer que le paragraphe 1 a) est destiné à exclure du projet de convention, non seulement les contrats de consommation, mais également diverses autres catégories de contrats conclus à des fins personnelles, familiales ou domestiques.

32. **M. Mazzoni** (Italie) estime qu'il ne ressort pas clairement du paragraphe 2 du projet d'article 2, quels documents du commerce international sont exclus. Il mentionne en particulier les lettres de crédit à des fins de paiement, les lettres de garantie, qui peuvent être transférables, et les bons de livraison, dont certains sont transférables et d'autres non.

33. **Mme Schulz** (Observatrice de la Conférence de La Haye de droit international privé) est très favorable à la proposition de la délégation japonaise. Le projet d'article 2, paragraphe 1 a), reprend une disposition de la Convention des Nations Unies sur les ventes, même si la portée du projet de convention est plus large. À sa quarante-quatrième session, le Groupe de travail n'est pas parvenu à décider si le projet d'article 2 devait exclure explicitement du champ d'application de la convention les contrats régis par le droit de la famille ou le droit des successions. Certaines délégations se sont opposées à ces exclusions car elles pensaient que le projet de convention devait être applicable à ces domaines; d'autres ont estimé qu'une exclusion explicite était inutile dans la mesure où les domaines de la famille et des successions ne font pas partie du mandat de droit commercial de la Commission. Le commentaire devrait préciser que ces domaines n'entrent pas dans le champ d'application du projet de convention.

34. **Le Président** note que, même si les commentaires ne sont pas des documents officiels, il bénéficient d'une grande considération et influenceront les décisions des juges chargés d'interpréter le projet de convention.

35. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) ne pourra appuyer la proposition du Japon que si la clarification ne contredit pas les conclusions du Groupe de travail. Par exemple, le commentaire devrait confirmer que le paragraphe 1 a) du projet d'article 2 exclut les contrats entre consommateurs du champ d'application du projet de convention. Toutefois, le Groupe de travail s'est délibérément refusé à énumérer des exclusions spécifiques afin que chaque État puisse décider par lui-même des domaines qu'il souhaite exclure au titre de l'article 18. D'un autre côté, il pourrait être utile de préciser dans le commentaire que les contrats mentionnés au projet de paragraphe 1 a) ne se limitent pas aux contrats conclus avec des commerçants.

36. **Mme Lahelma** (Observatrice de la Finlande) dit que pour sa délégation il était clair dès le départ que, par exemple les contrats matrimoniaux, qui ne relèvent pas du "droit commercial", n'entrent pas dans le champ d'application du projet de convention. Dans quelles circonstances la phrase "parties ayant leur établissement dans des États différents", au paragraphe 1 du projet d'article 1, pourrait-elle s'appliquer à un mari et à sa femme? Le commentaire devrait exposer clairement le champ d'application du projet de convention.

37. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) rappelle qu'après un long débat le Groupe de travail avait décidé de supprimer plusieurs exclusions spécifiques du projet d'article 2 au motif que les États seraient libres d'exclure ces matières en vertu du projet d'article 18.

La séance est suspendue à 15 h 30 et reprend à 15 h 55.

38. **M. Mazzoni** (Italie) est favorable à la proposition du Japon.

39. **M. Madrid Parra** (Espagne) pense qu'il n'est pas nécessaire, au projet d'article 2, d'exclure des matières que le projet d'article 1 exclut déjà implicitement du champ d'application de la convention. Les éventuelles clarifications nécessaires devraient êtres apportées dans le commentaire de l'article correspondant.

40. **M. Field** (États-Unis d'Amérique), appuyé par **M. Minihan** (Australie), propose que le secrétariat fonde ses clarifications sur le compte rendu des débats du Groupe de travail. La formulation large du chapeau du paragraphe 1 du projet d'article 2 est l'une des raisons pour lesquelles le Groupe de travail a décidé de supprimer certaines des exclusions explicites précédentes.

41. **M. D'Allaire** (Canada) dit que le Japon a eu raison d'insister sur le fait qu'il est nécessaire de clarifier le sens du projet de paragraphe 1 a) pour permettre aux États d'apprécier l'impact du projet de convention et de faire des déclarations au titre de l'article 18, en fonction de ce qu'ils jugent approprié. Pour lui, il est évident que le projet de convention ne s'applique pas au domaine familial car un individu normalement, n'a pas d'"établissement". Il propose que le commentaire indique que les mots "fins personnelles, familiales ou domestiques" ont le même sens que dans la Convention des Nations Unies sur les ventes.

42. **Mme Schmidt** (Allemagne) est favorable à la proposition de l'observatrice de la Conférence de La Haye de droit international privé de voir précisé dans le commentaire que le projet de convention ne s'applique qu'aux matières liées au commerce.

43. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) considère que le commentaire devrait refléter ce qu'il croit comprendre être la conclusion du Groupe de travail, à savoir que les domaines de la famille et des successions pourraient être couverts par la Convention à moins qu'ils ne soient exclus par une déclaration faite au titre du projet d'article 18.

44. **M. Chung** (République de Corée) est favorable à la proposition visant à clarifier le projet d'article 2 dans le commentaire.

45. **M. Yamamoto** (Japon) réitère sa proposition, qui est que le commentaire devrait préciser que le paragraphe 1 a) du projet d'article 2 couvre non seulement les contrats de consommation mais également les autres contrats conclus à des fins personnelles, familiales ou domestiques.

46. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que lors des délibérations du Groupe de travail il est apparu que certains pays autorisaient déjà l'utilisation de moyens électroniques pour certaines procédures concernant les contrats relevant du droit de la famille ou du droit des successions. Le Groupe de travail en a donc conclu que les domaines de la famille et des successions ne devaient pas faire l'objet d'une exclusion globale obligatoire. La

Commission ne devrait pas chercher à traiter des sujets qui ont déjà été étudiés en détail par le Groupe de travail. En tout état de cause, l'orateur est d'avis que cette question n'aura pas un impact majeur sur le résultat d'ensemble du projet de convention.

47. **M. Chong** (Singapour) convient avec le représentant des États-Unis que le Groupe de travail, à sa quarante-quatrième session, a refusé de prévoir un grand nombre d'exclusions globales pour laisser les États libres de faire leurs propres exclusions. Il ne peut appuyer la proposition du Japon, qui reviendrait à incorporer au projet d'alinéa a) le projet, maintenant enterré, d'alinéa e) sur le droit de la famille et le droit des successions. En revanche, il appuie la proposition du Canada de préciser dans le commentaire que le libellé de l'alinéa a) est emprunté à la Convention des Nations Unies sur les ventes et se réfère aux contrats de consommation.

48. **M. Mazzoni** (Italie) constate que la proposition du Japon, selon laquelle il faudrait considérer que le projet de convention ne s'applique pas aux contrats relevant du droit de la famille, bénéficie d'un large appui. L'alinéa a) ne devrait pas être lu seul, mais interprété à la lumière du projet d'article 1, et notamment de la référence faite à l'"établissement" des parties qui laisse supposer que de telles matières sont exclues. De plus, le mandat de la Commission ne s'étend pas aux domaines des successions ou de la famille. Le secrétariat devrait donc énoncer clairement dans le commentaire non seulement ce qui est exclu explicitement par le projet de paragraphe 1 a), mais également ce qui l'est tacitement par le projet d'article 1.

49. **Mme Schmidt** (Allemagne) appuie la position de l'Italie.

50. **Le Président** s'inquiète de ce que la Commission puisse demander au secrétariat d'inclure un commentaire contredisant ses propres comptes rendus et ceux de son Groupe de travail.

51. **M. Maiyegun** (Nigéria) est favorable aux remarques de la délégation singapourienne. Il faudrait donner pour instruction au secrétariat de fonder ses commentaires sur les rapports du Groupe de travail.

52. **M. Minihan** (Australie) convient que tout commentaire devrait provenir des rapports du Groupe de travail.

53. **M. Williams** (Afrique du Sud) souligne que le projet de convention sera ouvert à la signature des États qui ont été membres du Groupe de travail, mais aussi de l'ensemble des États Membres de l'Organisation des Nations Unies. Si ceux qui ont participé au Groupe de travail connaissent bien le pourquoi et le comment des dispositions, tel n'est pas le cas des autres qui ne consulteront probablement pas les comptes rendus de l'organe qui a adopté l'instrument pour décider de leur adhésion. C'est pourquoi, l'orateur appuie fortement l'inclusion d'un commentaire.

54. **Le Président** suggère que, en l'absence de consensus sur une instruction spécifique à donner au secrétariat au sujet du commentaire, la Commission devrait autoriser le secrétariat à rédiger le commentaire sur la base des rapports du Groupe de travail.

55. *Il en est ainsi décidé.*

56. **M. Mazzoni** (Italie), faisant référence au paragraphe 2 du projet d'article 2 pense que l'intention a été d'exclure les instruments destinés à "circuler". Il suppose donc que les lettres de crédit et les lettres de garantie ne sont pas couvertes par le projet de paragraphe, et propose d'insérer le mot "similaire" après le mot "transférable" et le mot "négociable" après "instrument" afin de lever, autant que possible, l'ambiguïté.

57. **M. Maiyegun** (Nigéria) s'oppose à l'amendement proposé et dit que toute clarification nécessaire devrait figurer dans le commentaire.

58. **M. D'Allaire** (Canada) juge le texte actuel satisfaisant. Les lettres de crédit ne sont pas couvertes par le projet de paragraphe 2 et il ne serait pas approprié d'en faire mention dans le commentaire.

59. **Le Président** note que la Commission n'est pas favorable à la proposition de l'Italie.

Chapitre IV. Dispositions finales

Article 15. Dépositaire

60. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) explique que l'article désignant le dépositaire est une disposition type qui figure dans la plupart des conventions des Nations Unies.

61. *La Commission approuve le projet d'article 15 quant au fond et le renvoie au groupe de rédaction.*

Article 16. Signature, ratification, acceptation ou approbation

62. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) explique que l'article sur la signature, la ratification, l'acceptation ou l'approbation est également une disposition type des conventions des Nations Unies. La Commission doit décider si elle souhaite recommander l'adoption du projet de convention par l'Assemblée générale en tant que convention des Nations Unies, ou demander la convocation d'une conférence diplomatique à cette fin. Si la Commission choisit de soumettre le projet de convention à l'Assemblée générale, le lieu de signature sera le siège des Nations Unies à New York. Bien qu'il appartienne à la Sixième Commission de l'Assemblée générale de fixer la date à laquelle le projet de convention, s'il est adopté, sera ouvert à signature, la Commission pourrait faire une recommandation concernant la durée pendant laquelle il devrait rester ouvert. Pour des raisons essentiellement financières, il n'y a pas eu de conférences diplomatiques ces dernières années, mais cela n'empêche pas de marquer l'ouverture à signature de la convention par une manifestation spéciale.

63. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) s'attend à ce que toute demande financière en vue de la convocation d'une conférence diplomatique rencontre une forte résistance. Il préconise donc de suivre la pratique habituelle, consistant à recommander le projet de convention à la Sixième Commission pour qu'il soit présenté à l'Assemblée générale, probablement avant la fin de l'année 2005. Cela n'empêche toutefois pas la Commission d'organiser une manifestation spéciale pour marquer l'ouverture à signature de la convention. L'orateur propose que la Commission organise une cérémonie de signature à sa trente-neuvième session en 2006, ce qui n'aura aucune incidence budgétaire.

64. **Le Président** dit qu'il considère que la Commission souhaite recommander à l'Assemblée générale d'adopter le projet comme convention des Nations Unies.

65. *Il en est ainsi décidé.*

66. **Le Président** demande à la Commission combien de temps elle souhaite que le projet de convention reste ouvert à signature.

67. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) souhaite ramener la durée de trois ans recommandée dans les commentaires écrits des États-Unis (A/CN.9/578/Add.13) à deux ans, ce qui donnerait du temps pour la manifestation spéciale qu'il a proposée et en laisserait par la suite.

68. **M. Madrid Parra** (Espagne) appuie la proposition d'une période de deux ans.

69. **M. Martens** (Allemagne) dit que, pour décider de la durée appropriée, la Commission devrait tenir compte du projet d'article 23 concernant le nombre d'instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'accession nécessaires pour que la convention entre en vigueur. Il demande l'avis du secrétariat sur la pratique usuelle pour les conventions de la CNUDCI, tant pour la durée de la période de signature que pour le nombre de ratifications nécessaires à l'entrée en vigueur.

La séance est levée à 17 heures.

Compte rendu analytique de la 802e séance, tenue au Centre international de Vienne, le vendredi 8 juillet 2005, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.802]

Président: M. Chan (Singapour) (Vice- Président)

En l'absence de M. Pinzón Sánchez (Colombie), M. Chan (Singapour), Vice-Président, assure la présidence.

La séance est ouverte à 9 h 40.

Finalisation et adoption d'un projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (*suite*) (A/CN.9/571, 573, 577 et Add.1, 578 et Add.1 à 17)

Article 16. Signature, ratification, acceptation ou approbation (suite)

1. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit qu'il n'y a pas de pratique établie pour fixer la durée pendant laquelle une convention de la CNUDCI reste ouverte à la signature ou pour déterminer le nombre de ratifications nécessaires à son entrée en vigueur. La durée des périodes de signature va de six mois à deux ans, et certaines conventions n'ont eu besoin que de trois ratifications pour entrer en vigueur.

2. **M. Sekolec** (Secrétaire de la Commission) signale que les États ont parfois du mal à respecter les délais et remettent dans certains cas leur signature à la Section des traités du Bureau des affaires juridiques des Nations Unies le jour même où le délai expire.

3. **Le Président** dit que, s'il n'y a pas d'opposition, il considérera que la Commission souhaite approuver la proposition de la délégation des États-Unis visant à recommander à l'Assemblée générale une durée de deux ans pour la période de signature.

4. *Il en est ainsi décidé.*

5. **M. Maiyegun** (Nigéria) propose de recommander à la Sixième Commission de l'Assemblée générale de prier le Bureau des affaires juridiques d'inclure la cérémonie de signature parmi les cérémonies des traités organisées chaque année en marge de l'Assemblée.

6. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit que la Commission recommandera à la Sixième Commission que le projet de convention soit adopté par l'Assemblée générale. La pratique établie est de laisser les dates de la période de signature au paragraphe 1 du projet d'article 16 entre crochets car la période commence à courir à la date de l'adoption du projet de convention par l'Assemblée. La Commission pourrait insérer une note attirant l'attention de la Sixième Commission sur le fait qu'elle recommande une période de signature de deux ans. La cérémonie de signature pourrait faire l'objet d'une manifestation spéciale lors de la trente-neuvième session de la Commission qui doit se tenir à New York en 2006.

7. *Le projet d'article 16 est approuvé quant au fond et est renvoyé au groupe de rédaction.*

Article 16 bis. *Participation d'organisations régionales d'intégration économique*

8. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit que le projet d'article 16 *bis* a été inclus à la demande des délégations de la quarante-quatrième session du Groupe de travail énumérées à la note 7 du document A/CN.9/577. Il ne s'agit pas d'une disposition entièrement nouvelle dans un instrument des Nations Unies. Certains éléments additionnels, comme la dernière phrase du projet de paragraphe 1, ont été proposés par la Section des traités du Bureau des affaires juridiques.

9. La Commission européenne a présenté un commentaire écrit (A/CN.9/578/Add.5), qui propose l'insertion d'un nouveau paragraphe au projet d'article premier. Après des consultations, elle a accepté que sa proposition soit examinée en lien avec le projet d'article 16 *bis*.

10. **Le Président** rappelle que tout le projet d'article 16 *bis* est entre crochets.

11. **Mme Struncova** (Observatrice de la Commission européenne) déclare que l'Union européenne tient à s'assurer que les entreprises européennes profitent au mieux d'un nouveau cadre international pour la conclusion des contrats. La Commission européenne, en tant que gardienne du Traité instituant la Communauté européenne et des règles communautaires qui en découlent, a été priée de veiller à la compatibilité du projet de convention avec les règles communautaires, et en particulier la Directive 2000/31/CE sur le commerce électronique. Cette compatibilité garantirait que le degré élevé de sécurité juridique atteint par ce dernier dans l'Union européenne est maintenu. L'oratrice ne doute pas que le projet de convention atteindra ce même degré de sécurité juridique au niveau international et favorisera ainsi le commerce international.

12. La Commission européenne, agissant sur mandat du Conseil de l'Union européenne, appuie l'inclusion de l'article 16 *bis* sur les organisations régionales d'intégration économique (ORIE) dans le projet de convention. De plus, pour éviter toute contestation ou interprétation erronée des règles communautaires régissant les relations entre les États membres de l'Union européenne, elle propose que la clause de déconnexion suivante soit insérée en tant que paragraphe 4 du projet d'article 16 *bis*:

> "4. Dans leurs relations mutuelles, les Parties qui sont membres de la Communauté européenne appliquent les règles de la Communauté et n'appliquent donc les règles découlant de la présente Convention que dans la mesure où il n'existe aucune règle communautaire régissant le sujet particulier concerné."

Si la Commission en décide ainsi, la Commission européenne envisagera de remplacer "Communauté européenne" par "organisation régionale d'intégration économique".

13. La clause de déconnexion proposée provient d'une formule type utilisée, par exemple, dans le Protocole de Kiev sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels, et les conventions du Conseil de l'Europe: n° 132 sur la télévision transfrontière, n° 136 sur certains aspects internationaux de la faillite, et n° 178 sur la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel.

14. Sous sa forme actuelle, le projet de convention risque de donner lieu à des incompatibilités avec, en particulier, les articles 2, 9, 10 et 11 de la Directive de l'Union européenne sur le commerce électronique. De plus, la Commission européenne est obligée, de par son mandat, à préserver la capacité de la Communauté européenne à adapter ses règles aux évolutions dans les domaines couverts par le projet de convention. La clause de déconnexion ne s'appliquerait qu'aux relations entre les États membres de l'UE et n'affecterait pas l'applicabilité du projet de convention aux relations avec les pays tiers. En outre, la Directive sur le commerce électronique est compatible avec le projet de convention dans la mesure où elle permet aux entreprises des États membres de l'UE de choisir la loi d'un pays tiers à des fins contractuelles.

15. La Commission européenne espère que la Commission acceptera la clause de déconnexion proposée, sans quoi elle ne sera pas en mesure de garantir la ratification du projet de convention par l'Union européenne.

16. **M. Buttimore** (Observateur de l'Irlande) dit que sa délégation recommande fortement l'incorporation dans le projet de convention du projet d'article 16 *bis* et de la clause de déconnexion proposée par l'observatrice de la Commission européenne. Cette clause est similaire à la règle du "refuge" des projets d'articles 7 et 13, qui a déjà été provisoirement acceptée, et qui est destinée à empêcher tout conflit entre les règles communautaires et le projet de convention à mesure que les interprétations des États contractants et des juridictions nationales évolueront. L'orateur estime que la probabilité d'un conflit est minime étant donné que le projet de convention ne s'applique qu'aux opérations entre entreprises alors que les règles de la Communauté européenne s'appliquent, en outre, aux opérations des consommateurs.

17. Il faudrait voir dans la clause de déconnexion proposée un lien souple entre le projet de convention et les règles communautaires facilitant la position des États membres de l'Union européenne à l'égard des pays tiers. Non seulement elle apporterait la sécurité juridique aux juridictions, mais elle permettrait d'éviter un foisonnement d'exclusions au titre du

paragraphe 2 du projet d'article 18 qui aboutit à un ensemble disparate de réserves au projet de convention.

18. **M. D'Allaire** (Canada) dit que sa délégation est favorable au projet d'article 16 *bis* à condition que les organisations jouissent d'une compétence incontestée dans les matières couvertes par le projet de convention. Il serait problématique qu'une organisation partie à la convention n'ait compétence que sur certaines matières régies par le projet de convention alors que les États qui la composent auraient compétence sur les autres. L'orateur émet donc des réserves sur les mots "ayant compétence sur certaines matières", dans la première phrase du projet de paragraphe 1. Il n'apparaît pas clairement si les États membres de ces organisations seraient liés par certaines seulement des dispositions du projet de convention. Il insiste également sur le fait que les règles de ces organisations ne devraient pas avoir d'incidences sur des tiers situés dans des pays qui ne sont pas membres de l'organisation.

19. **M. Tikhaze** (Fédération de Russie) s'enquiert de l'opportunité de restreindre la participation au projet de convention aux organisations régionales. À son avis, n'importe quelle organisation internationale dont les membres sont des États souverains et qui a compétence sur les matières régies par le projet de convention devrait être habilitée elle aussi à participer.

20. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que le représentant de la Fédération de Russie a soulevé une question importante qui doit être débattue plus avant.

21. Même si sa délégation n'est pas foncièrement contre la clause de déconnexion, elle ne pense pas que son incorporation dans le projet de convention soit une bonne idée pour ce qui est du commerce électronique. De plus, sa délégation est fortement opposée au libellé proposé par la Commission européenne. Il ne convient pas qu'un organe des Nations Unies utilise dans un traité une formule imposant une conséquence particulière pour les États membres d'une autre organisation. La formule "les Parties qui sont membres de la Communauté européenne appliquent les règles de la Communauté" est donc tout à fait inacceptable. La procédure correcte, pour l'Union européenne ou toute autre organisation régionale ou internationale, consiste à faire une déclaration appropriée dans le projet de convention.

22. **Le Président** dit que la Commission devrait d'abord trancher la question de l'inclusion du paragraphe 16 *bis* dans le projet de convention.

23. **M. Mitrović** (Serbie-et-Monténégro) dit que sa délégation est opposée à l'inclusion du projet de paragraphe 16 *bis*, qui soulève toute une série de questions juridiques. L'une est de savoir ce qu'est un nombre "pertinent" d'États contractants, une autre de savoir si l'organisation concernée doit avoir le statut d'un État contractant. Le mot "aussi", dans la première phrase du projet de paragraphe 1, est également suspect. L'orateur se demande s'il se rapporte aux États membres de l'organisation ou à d'autres États. Et si aucun État membre d'une organisation ne signe la convention, l'organisation est elle quand même autorisée à le faire? De même, que se passerait-il si un État faisait une déclaration sur un point particulier au titre du projet d'article 18 mais pas l'organisation, ou inversement? De plus, les délégations de compétence des États membres à l'organisation mentionnées au projet de paragraphe 2 supposent que, ce faisant, ces États limitent volontairement leur souveraineté. Cela les empêcherait-il de signer la convention?

24. **M. Carvell** (Royaume-Uni) fait savoir que, bien que sa délégation n'ait pas participé activement au Groupe de travail et que son pays n'apparaisse pas sur la liste des pays de l'Union européenne à la note 7 du document A/CN.9/577, il est favorable à l'inclusion du projet d'article 16 *bis*.

25. **M. Adensamer** (Autriche) dit que tout État ou organisation qui ratifie la convention s'engage par là même à conformer sa législation aux dispositions de la convention. Selon lui, on peut certes soutenir qu'il ne sert à rien qu'une organisation n'ayant aucune compétence pour adopter la législation nécessaire ratifie la convention, mais si une organisation a au moins une certaine compétence, comme c'est le cas de l'Union européenne, la ratification a un sens. Dans le cas contraire, si l'Union européenne adoptait une législation non conforme à la convention, ses États membres pourraient être obligés de dénoncer eux-mêmes la convention.

26. **M. Khani Jooyabad** (République islamique d'Iran) dit que deux instruments internationaux

récents, la Convention des Nations Unies contre la corruption et la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, permettent aux organisations régionales d'intégration économique d'y adhérer. Sa délégation est donc prête à accepter l'inclusion du projet d'article 16 *bis*. Au sujet des craintes exprimées par la délégation canadienne, l'orateur rappelle le paragraphe 4 de l'article 67 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, qui prévoit qu'une telle organisation "déclare l'étendue de sa compétence concernant les questions régies par la présente Convention".

27. **M. Bellenger** (France) dit que la ratification de la convention par l'Union européenne en tant que telle n'empêcherait en aucune façon chaque État membre de le faire également. Il n'y a donc pas d'ambiguïté quant à l'applicabilité de la convention dans son ensemble.

28. **M. Meena** (Inde) dit qu'il est difficile de savoir ce qui se passerait si les États membres d'une organisation régionale d'intégration économique ne ratifiaient pas la convention alors que l'organisation l'aurait fait. Sa délégation ne voit pas d'inconvénient à ce que de telles organisations deviennent parties si elles ont obtenu l'approbation préalable des États membres souverains qui les composent.

29. **M. Martens** (Allemagne) dit que, dans la mesure où l'objectif est de parvenir à l'acceptation universelle du projet de convention, la participation des organisations régionales d'intégration économique aux conventions internationales devrait être encouragée, même si leurs pouvoirs ne sont pas aussi étendus que ceux des États souverains. Les craintes de la délégation canadienne ne sont pas fondées: l'adoption du projet d'article 16 *bis*, que la délégation de l'orateur appuie fortement, n'aura pas d'impact sur les pouvoirs ou la compétence des parties contractantes et n'aura pas non plus pour effet de conférer à l'organisation des droits ou des privilèges empiétant sur ceux d'autres parties.

30. **M. Sandoval** (Chili) dit que sa délégation est en mesure d'accepter le projet d'article 16 *bis*. Le succès d'une convention suppose l'obtention du soutien le plus large possible; il y a eu des cas où la réticence d'États importants à signer une convention a empêché tout progrès, la Convention des Nations Unies sur le transport des marchandises par mer, en donnant un exemple.

31. **M. Yamamoto** (Japon) dit que sa délégation est prête à appuyer le projet d'article si les organisations régionales d'intégration économique n'ont pas de droits, en particulier de droit de vote, venant s'ajouter à ceux de ses membres. La dernière phrase du paragraphe 1 du projet d'article 16 *bis* semble régler ce problème, mais la distinction entre "États parties" et "États contractants", au paragraphe 3, reste ambiguë. Si les deux notions ont un sens différent, sa délégation ne pourra appuyer le projet d'article au vu des dispositions du paragraphe 3 du projet d'article 19 *bis*, et du paragraphe 2 de la variante B du projet d'article 22 que les organisations pourraient invoquer pour réclamer un droit de vote en plus de celui de leurs États membres.

32. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) note que le libellé du projet d'article est très similaire à celui d'une clause de la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Convention du Cap) adoptée lors d'une conférence de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) à laquelle ont participé nombre des délégations qui débattent du projet de convention. Il demande toutefois que les points soulevés par les délégations du Canada et du Japon soient clarifiés. Il serait peut-être préférable, par exemple, de ne pas utiliser les termes parallèles "États parties" et "États contractants".

33. En ce qui concerne la proposition de la Fédération de Russie, l'orateur propose de reporter le débat jusqu'à ce que les délégations − y compris la sienne − aient eu le temps de recevoir des instructions de leur capitales.

34. **M. Chong** (Singapour) dit que sa délégation appuie le principe du projet d'article. Il se demande cependant si la compétence d'États souverains et celle d'organisations régionales d'intégration économique s'excluent ou se renforcent mutuellement. Si, par exemple, une organisation signe la convention mais ne prend pas de mesures pour lui donner effet, les États membres de la communauté internationale devront-ils se tourner vers l'organisation ou vers ses États membres lorsqu'ils chercheront à faire respecter les obligations découlant de la convention? Et, comme le représentant de la Serbie-et-Monténégro l'a déjà

demandé, que se passera-t-il si un État membre fait une déclaration, par exemple au titre de l'article 18, différente de celle de l'organisation? Si les compétences s'excluent mutuellement, il s'ensuit que lorsque tous les États membres, sauf un, se mettront d'accord sur un ensemble de déclarations, l'avis dissident de ce membre retardera dans les faits l'adhésion à la convention de tous les autres États membres.

35. **M. Nordlander** (Suède), **Mme Lahelma** (Observatrice de la Finlande) et **M. Madrid Parra** (Espagne) disent que le projet d'article actuel est acceptable.

36. **M. Chung Wan-Yong** (République de Corée) dit que le projet d'article proposé n'existe pas *in abstracto*: il reflète les besoins pratiques d'un groupe de pays qui souhaitent mettre en œuvre le projet de convention aussi efficacement que possible. Le projet d'article faciliterait une plus large participation à la convention. Des problèmes ne se poseraient que si l'adhésion d'organisations régionales d'intégration économique portait atteinte aux droits et obligations des autres parties, mais il est sûr que cela ne se produira pas.

37. **M. Maiyegun** (Nigéria) dit que sa délégation appuie l'inclusion du projet d'article 16 *bis* actuel et s'oppose à la proposition de la délégation russe de remplacer les références à des organisations régionales d'intégration économique par des références à des organisations internationales.

38. **M. Boulet** (Belgique), faisant siens les commentaires des représentants de l'Allemagne et de l'Autriche, dit que sa délégation est favorable à l'inclusion du projet d'article 16 *bis*.

39. **Le Président** dit que l'inclusion du projet d'article 16 *bis* est fortement appuyée, mais qu'un certain nombre de demandes de clarification ont été faites. Par exemple, il est encore difficile de dire la position qui prévaudrait si une organisation régionale d'intégration économique faisait une déclaration sur une matière particulière régie par le projet de convention mais que l'un de ses membres n'en faisait pas, ou inversement. Cette ambiguïté affecterait la sécurité juridique des contrats.

La séance est suspendue à 10 h 55 et reprend à 11 h 30.

40. **M. D'Allaire** (Canada) dit que sa délégation appuie fortement le principe du projet d'article 16 *bis* car il permet au projet de convention d'entrer en vigueur, le même jour dans un grand nombre de pays − 25 dans le cas de l'Union européenne. Cela serait très avantageux d'un point de vue commercial.

41. Toutefois, sa délégation reste réticente devant le fait qu'une organisation, qui a compétence sur certaines matières, puisse ratifier la convention et n'appliquer que les articles pertinents. Même si, dans le cas de l'Union européenne, il est probable que chaque État membre adopterait sa propre législation pour donner plein effet à la convention, les avantages de l'article 16 *bis* seraient moindres car les entreprises en dehors de l'Union européenne auraient quand même à examiner pour chaque pays, si la convention s'appliquait. Si la Commission européenne a reçu des États membres de l'Union les pleins pouvoirs pour négocier le projet de convention, elle devrait être en mesure de la mettre en œuvre pour tous les États membres et il faudrait remplacer le terme "certaines matières", dans le projet de paragraphe 1, par "les matières".

42. **Mme Struncova** (Observatrice de la Commission européenne) dit que la compétence serait partagée entre l'Union européenne et ses États membres. Le mandat de la Commission européenne n'empêcherait pas chaque État membre de négocier en son nom propre.

43. En ce qui concerne les éventuelles contradictions entre les déclarations faites par l'Union européenne et par les différents États membres, l'oratrice dit que l'un des buts de la clause de déconnexion proposée est de faire en sorte que toutes les déclarations des États membres soient coordonnées.

44. **M. Meena** (Inde) propose que le membre de phrase "après avoir obtenu le consentement préalable de ces États souverains" soit ajouté à la fin de la première phrase du paragraphe 1 du projet d'article 16 *bis*.

45. **M. Correia** (Observateur du Portugal) dit que sa délégation appuie le projet d'article 16 *bis* sous sa forme actuelle.

46. **M. Buttimore** (Observateur de l'Irlande) dit que si une organisation régionale d'intégration économique, comme l'Union européenne, devait

adhérer en tant que telle au projet de convention elle serait présumée avoir la compétence nécessaire, et c'est à ses États membres qu'il appartient d'en décider. Quant à la question des compétences partagées, il fait observer que le terme "compétences" a une signification particulière au sein de l'Union européenne. Les États membres harmonisent normalement leurs positions sur l'adhésion et sur les déclarations lorsqu'ils ratifient une convention en leur nom propre. Il renouvelle l'assurance donnée à la Commission que tout sera fait pour éviter les contradictions dans la ratification du projet de convention par l'Union européenne et ses États membres. Il s'agit toutefois d'une question interne à l'Union européenne qui ne devrait pas faire obstacle à l'inclusion du projet d'article 16 *bis*, que la Commission semble, d'une manière générale, accueillir favorablement comme moyen de faciliter la ratification la plus large possible du projet de convention.

47. **M. Chong** (Singapour), se félicitant des assurances répétées de l'observateur de l'Irlande, demande de plus amples éclaircissements sur le concept de compétences "communes" ou "partagées". S'il y avait, par exemple, quatre domaines de compétence dans le projet de convention, la "compétence partagée" signifie-t-elle que l'organisation aurait compétence exclusive sur les deux premiers et les États membres sur les deux autres, ou bien la compétence sur l'ensemble des quatre domaines serait partagée entre l'organisation et ses États membres. Par exemple, si l'Union européenne faisait une déclaration sur une matière spécifique, un État membre pourrait-il retirer la déclaration pour lui seul, ou bien les 25 membres devraient-ils la retirer ensemble? Bien qu'il s'agisse d'une question interne qu'il appartient à l'Union européenne de trancher, les tiers ont besoin de savoir quelle serait la position.

48. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que le représentant singapourien a posé une question fondamentale. Même s'il ne doute pas que l'Union européenne et chacun de ses États membres feraient tout le nécessaire pour que leurs actions ne se contredisent pas, il n'est pas certain que ces efforts aboutissent, il faudra donc peut-être aborder dans l'avenir la question de l'incompatibilité.

49. **M. Adensamer** (Autriche) dit que la question n'est pas aussi compliquée qu'il semblerait. Si deux particuliers concluent un contrat par voie électronique, les règles du droit international privé s'appliquent, c'est-à-dire le droit d'un pays particulier et non celui d'une organisation régionale d'intégration économique. Par exemple, si l'une des parties est établie en Allemagne, l'autre saura que le droit allemand et toute déclaration faite par ce pays s'appliquera sans avoir besoin de chercher plus loin. Les États contractants n'appliqueront jamais le droit d'une telle organisation directement, mais le droit du pays concerné.

50. **M. D'Allaire** (Canada) demande aux représentants des États de l'Union européenne de donner un exemple de matière régie par le projet de convention qui ressortit à la compétence des États membres et de matière qui ressortit à la compétence de l'Union européenne.

51. **M. Mitrović** (Serbie-et-Monténégro) demande ce qui se passerait si l'Union européenne ratifiait le projet de convention et qu'un État membre faisait une déclaration au titre du paragraphe 1 a) du projet d'article 18. Comment le projet de convention s'appliquerait-il dans cet État membre? Les tiers ont besoin de connaître la réponse à cette question, indépendamment des relations de l'Union européenne avec ses membres.

52. **M. Carvell** (Royaume-Uni) dit que, puisque son pays assure actuellement la présidence de l'UE, il souhaiterait consulter les autres États membres de l'Union avant d'apporter une réponse mûrement réfléchie aux préoccupations qui ont été exprimées.

53. **Le Président** propose de rediffuser l'examen du projet d'article 16 *bis*.

54. *Il en est ainsi décidé.*

Article 17. Effet dans les unités territoriales nationales

55. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit que le projet d'article 17 est inspiré de la formulation de dispositions semblables figurant dans des instruments précédents de la CNUDCI. La principale question que la Commission doit examiner est de savoir si elle confirme la décision du Groupe de travail de supprimer, au projet de paragraphe 1, les mots "selon sa constitution» qui suivent les mots "deux unités

territoriales ou plus dans lesquelles", comme il est indiqué dans la note 8 du document A/CN.9/577.

56. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation est favorable au projet d'article 17 et qu'elle n'est pas opposée au maintien de l'amendement mentionné à la note 8.

57. *Le projet d'article 17 est adopté quant au fond et renvoyé au groupe de rédaction.*

Article 18. Déclarations concernant le champ d'application

58. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit que le projet d'article 18, à l'origine, prévoyait uniquement des déclarations excluant des matières du champ d'application de la convention. À sa quarante-quatrième session, le Groupe de travail est toutefois convenu de faire passer certaines conditions régissant l'applicabilité de la convention − essentiellement le fait que la convention ne devrait s'appliquer que lorsque les parties à un contrat sont situées dans des États contractants ou lorsqu'elles sont convenues qu'elle s'applique − du projet d'article premier au projet d'article 18 afin de donner aux États insatisfaits du champ d'application de la convention tel qu'il est défini au paragraphe 1 du projet d'article premier, la possibilité de le restreindre par une déclaration au titre du projet d'article 18.

59. La Commission ayant confirmé, lors de son examen du projet d'article premier, que l'interprétation du Groupe de travail selon laquelle le projet de convention s'appliquait lorsque la loi d'un État contractant était la loi applicable à un contrat, l'application de la convention n'était pas autonome mais exigeait que l'État du for dise que c'était sa propre loi, ou celle d'un autre pays contractant, qui régissait l'opération, ce qui revenait à soumettre l'ensemble de la convention aux règles du droit international privé. Il serait donc logique de supprimer le paragraphe 1 b) du projet d'article 18, qui n'aurait de sens que si le champ d'application du projet de convention était réputé être autonome.

60. De nombreux arguments solides ont été avancés au sein du Groupe de travail contre l'absence de limites sur les matières pouvant faire l'objet de déclarations unilatérales au paragraphe 2 du projet d'article 18, que beaucoup de délégations estimaient contraire à l'esprit d'unification internationale du droit. Toutefois, le consensus final a été que le paragraphe devait être conservé, car les États risquaient autrement de ne pas adhérer à la convention et il serait presque impossible d'établir une liste commune d'exclusions.

61. **Le Président** invite la Commission à examiner le projet d'article paragraphe par paragraphe.

Paragraphe 1

62. **M. Mazzoni** (Italie) est favorable à la suppression du projet de paragraphe 1 b) et propose également de supprimer le projet de paragraphe 1 c). Il est extrêmement rare que des parties conviennent de soumettre leur contrat aux dispositions d'une convention. Si un État faisait une telle déclaration, son adhésion à la convention serait pratiquement dépourvue de sens.

63. **M. Bellenger** (France) dit que sa délégation appuie la suppression du projet de paragraphe 1 b). Comme le projet d'article premier pourrait être interprété comme disposant que les règles de droit international privé régissent l'applicabilité de la convention, il serait superflu d'insérer une disposition ayant un effet identique dans le projet d'article 18.

64. La délégation française appuie également la suppression du projet de paragraphe 1 c), dans la mesure où il serait source d'insécurité juridique.

65. **M. Lavalle** (Guatemala) avance que le projet de paragraphe 1 b) ne serait peut-être pas superflu s'il était interprété comme se référant à des circonstances dans lesquelles les règles du droit international privé diffèrent des règles applicables par les États contractants en vertu du projet d'article premier. Il admet cependant que la faille de ce raisonnement est que les dispositions du projet d'article premier l'emporteraient sur toute règle contraire de droit international privé d'un État contractant.

66. **M. Mitrović** (Serbie-et-Monténégro) dit que les projets d'articles 1 et 18 envisagent quatre régimes juridiques possibles d'application du projet de convention. Il n'apparaît pas clairement si ces régimes sont exclusifs ou cumulatifs. Il serait plus approprié selon lui d'incorporer les dispositions du paragraphe 1 a) du projet d'article 18, au projet d'article premier et les dispositions du projet

d'article premier au projet d'article 18, de manière à aboutir à deux régimes. Toutefois, la suppression du paragraphe 1 b) du projet d'article 18 a l'avantage de supprimer un régime. Il souligne que "la loi d'un État contractant" désigne le droit commun de cet État, qui, normalement, comprend les dispositions de la convention.

67. La délégation de l'orateur appuie également la suppression du projet de paragraphe 1 c) afin de réduire encore le nombre des régimes d'application, mais elle reste favorable à l'autonomie des parties énoncée au projet d'article 3, qui suppose que la convention ne contienne aucune norme impérative et que les parties soient libres de faire les exclusions qu'elles jugent utiles. On imagine mal les parties convenir d'appliquer la convention dans des États non contractants et il serait difficile pour les juridictions d'un État non contractant d'appliquer les dispositions de la convention.

68. **M. Yamamoto** (Japon) dit que sa délégation n'a pas de position tranchée sur le projet de paragraphe 1 b). C'est à la Commission qu'il revient de décider si elle souhaite conserver la possibilité d'une application autonome du projet de convention. La décision d'écarter cette possibilité aurait l'avantage de respecter plus fidèlement les intentions des États contractants qui ont fait des déclarations au titre du projet d'article 18, paragraphe 2, et du projet d'article 19, étant donné que les juridictions de l'État du for sont tenues d'appliquer la convention sous réserve de ces déclarations si les règles du droit international privé de l'État du for conduisent à l'application de la loi de l'État contractant. Toutefois, conserver la possibilité d'une application autonome présente également des avantages, dans la mesure où les juridictions d'un État contractant qui est État du for n'auraient pas à déterminer la loi applicable ou la manière dont cette loi affecterait le champ d'application de la convention.

69. En ce qui concerne le projet de paragraphe 1 c), la délégation japonaise s'associe aux déclarations des délégations de l'Italie, de la France et de la Serbie-et-Monténégro. Il serait étrange pour un État de déclarer que la convention ne s'appliquera que si les parties en sont convenues. Cette possibilité est déjà couverte par le projet d'article 3 sur l'autonomie des parties.

70. **M. Madrid Parra** (Espagne) dit que, dans la mesure où le projet de paragraphe 2, de l'article 18, n'impose aucune restriction aux États pour faire les exclusions qu'ils jugent appropriées, la seule raison d'être du paragraphe 1 est d'indiquer explicitement quelles sont ces possibilités. Par conséquent, sa délégation, non seulement n'a pas d'objection à ce que les projets d'alinéa b) et c) soient supprimés, mais elle serait même favorable à la suppression du projet d'alinéa a).

71. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il faudrait remplacer les mots "tout État» soit par "tout État contractant" soit par "tout État partie", soit encore peut-être les deux, selon la distinction faite entre ces termes. Il demande au secrétariat de présenter une recommandation à cet égard.

72. Le projet de paragraphe c) a l'intérêt d'accroître la probabilité d'une adoption plus large du projet de convention puisqu'il prend en compte les État qui pourraient vouloir adopter la convention tout en laissant aux parties commerciales la possibilité d'y adhérer ou non. Elle s'appliquerait alors aux contrats soumis au droit d'un État contractant lorsque les partenaires commerciaux en décideront.

73. L'orateur note avec intérêt que le représentant de l'Espagne reconnaît le champ d'application du projet de paragraphe 2, qui pourrait également encourager les États à adhérer à la convention. Étant donné que l'application des règles du commerce électronique en est à ses débuts, les exclusions des États contractants seront probablement nombreuses au départ, mais elles deviendront moins nécessaires avec le temps.

74. **M. Chong** (Singapour) dit que sa délégation partage l'interprétation de la délégation des États-Unis sur l'objet du projet de paragraphe 1 c). Celui-ci s'appliquerait, par exemple, si les parties décident que c'est la loi d'un État non contractant qui régit un contrat mais que l'État du for décide, au contraire, que ce devrait être la loi d'un État contractant. Si ce dernier État a fait une déclaration au titre du projet de paragraphe 1 c), la convention ne s'appliquera pas car les parties ne sont pas convenues qu'elle s'appliquerait. Le projet de paragraphe 1 c) fournit donc des garanties supplémentaires aux États souhaitant adopter la convention. La délégation de l'orateur appuie le maintien des projets de paragraphes 1 a) et 1 c). Elle est opposée à la

suppression de tous les alinéas car cela rendrait le projet de paragraphe 1 excessivement large et souple.

La séance est levée à 12 h 30.

Compte rendu analytique de la 803e séance, tenue au Centre international de Vienne, le vendredi 8 juillet 2005, à 14 heures

[A/CN.9/SR.803]

Président: M. Chan (Singapour) (Vice- Président)

En l'absence de M. Pinzón Sánchez (Colombie), M. Chan (Singapour)(Vice-Président) prend la présidence.

La séance est ouverte à 14 h 10.

Finalisation et adoption d'un projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (*suite*) (A/CN.9/571, A/CN.9/573, A/CN.9/577 et Add.1, A/CN.9/578 et Add.1 à Add.17)

Article 16 bis. *Participation d'organisations régionales d'intégration économique* (suite)

1. **M. Carvell** (Royaume-Uni), s'exprimant en sa qualité de représentant de la présidence actuelle de l'Union européenne (UE), dit que les délégations des États membres de l'UE ont tenu des consultations informelles sur les questions soulevées à la réunion précédente concernant la ratification éventuelle par l'UE du projet de convention. La position adoptée a été qu'il incombait au Conseil européen de décider de ratifier ou non la convention ainsi que de la nécessité de faire des déclarations. Dans sa décision, le Conseil tiendrait compte de la volonté éventuelle de certains États membres de l'Union de faire des déclarations à titre individuel, de manière à résoudre les contradictions et d'aboutir à une position juridique cohérente. En effet, en vertu des règles prévues par les traités européens, les États membres ont l'obligation juridique de ne pas enfreindre le droit communautaire. Il est donc très improbable que des domaines de conflit surviennent entre l'UE et ses États membres. En outre, au paragraphe 58 du préambule de la directive 2000/31/CE de l'Union européenne sur le commerce électronique, il est indiqué que cette dernière ne doit pas s'appliquer aux services fournis par des prestataires établis dans un pays tiers mais, compte tenu de la dimension mondiale du service électronique, il convient toutefois d'assurer la cohérence des règles communautaires avec les règles internationales. Aux termes de ce même paragraphe, la directive est sans préjudice des résultats des discussions en cours sur les aspects juridiques dans les organisations internationales (entre autres, la CNUDCI).

2. **M. Chong** (Singapour) dit que si sa délégation apprécie les assurances donnée par le représentant du Royaume-Uni, son souci principal est que l'instrument d'adhésion ou de ratification indique clairement comment les compétences seraient partagées, de sorte que les autres parties puissent savoir, par exemple dans le cas où un État membre de l'UE déciderait de retirer une déclaration et de modifier sa législation interne, dans quelle mesure la législation modifiée serait applicable et si elles pourraient continuer d'entretenir des relations commerciales avec des entreprises de cet État. Sa délégation souhaiterait également qu'il soit précisé si le partage des compétences prendrait la forme d'une délégation de compétence absolue à l'Union européenne dans des domaines particuliers, les États conservant leur compétence dans d'autres, ou si la compétence sur certains domaines serait partagée entre l'Union et ses États membres.

3. **Mme Struncova** (Observatrice de la Commission européenne) fait savoir que, bien qu'en vertu du projet de convention, il incombe à la Commission européenne de faire des déclarations relatives aux matières sur lesquelles elle a compétence, c'est au Conseil européen qu'il revient de décider dans quels domaines la Commission européenne partagerait sa compétence avec les États membres ou aurait compétence exclusive. L'instrument d'adhésion ou de ratification ferait apparaître clairement les domaines qui sont régis par des instruments communautaires et ceux qui le sont régis par la législation nationale.

4. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) propose que les questions soulevées par le représentant de Singapour figurent dans le commentaire, qui devrait indiquer qu'une déclaration de l'Union européenne

ou de toute autre organisation régionale d'intégration économique doit contenir des informations précises sur la compétence exclusive ou partagée, de sorte que les autres États contractants, et les parties à une opération qui appliquent les dispositions de la convention, puissent prévoir les modalités d'application de la convention dans des circonstances particulières.

5. **M. Chong** (Singapour) dit que sa délégation souhaite voir figurer dans le commentaire son interprétation selon laquelle les délégations de compétence d'un État membre à une organisation régionale d'intégration économique mentionnées au paragraphe 2 ne désignent pas nécessairement des transferts absolus qui priveraient l'État membre concerné de toute compétence sur les matières visées.

6. **Le Président**, en réponse à une question de **M. Tikhaze** (Fédération de Russie) concernant la proposition de sa délégation d'étendre la notion d'"organisation régionale" à toutes les organisations internationales, dit que cette proposition semble ne bénéficier d'aucun appui. Il considère donc que la Commission souhaite adopter le projet d'article 16 *bis*, tel qu'il figure dans le document A/CN.9/577, les crochets étant supprimés.

7. *Il en est ainsi décidé.*

8. **Le Président** invite les membres à présenter leurs observations sur la "clause de déconnexion" proposée par l'Union européenne dont le libellé figure dans le document A/CN.9/578/Add.5 et qui, si elle est adoptée, deviendra le paragraphe 4 du projet d'article 16 *bis*.

9. **M. Buttimore** (Observateur de l'Irlande) réaffirme que sa délégation est très favorable au paragraphe proposé.

10. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation est fermement opposée au libellé du nouveau paragraphe proposé, car il est tout à fait inopportun de demander à un organisme des Nations Unies, dans le cadre de la rédaction d'un traité, de fixer des dispositions impératives régissant son application aux États membres d'une autre organisation. Sa délégation est toutefois disposée à travailler sur une formulation plus pertinente.

11. **Le Président** dit que la délégation des États-Unis a soulevé une question fondamentale de droit international public qui serait peut-être traitée de façon plus appropriée par la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Si la CNUDCI décidait d'aborder le sujet, on pourrait lui reprocher d'excéder son mandat de droit international privé.

12. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que la Commission est pleinement compétente pour accepter ou rejeter des propositions relatives à un texte juridique qu'elle rédige. Ce serait une erreur de sa part de soumettre le projet de convention à la Sixième Commission sans avoir résolu cette question fondamentale, car il pourrait en résulter un retard inacceptable dans l'adoption du texte.

13. **M. Carvell** (Royaume-Uni) dit que cette clause fournit un moyen de faire disparaître les différences potentielles entre le projet de convention et la directive de l'Union européenne. Elle pourrait aussi servir de modèle pour la résolution de problèmes rencontrés par d'autres groupements d'États.

14. **M. Martens** (Allemagne) partage l'avis exprimé par le représentant des États-Unis concernant les risques liés au renvoi de la question à la Sixième Commission. Il fait observer que les dispositions finales du chapitre IV relèvent du droit international public et que la compétence de la Commission sur ces questions est incontestable. Bien que sa délégation soit favorable à la clause de déconnexion, elle comprend tout à fait les objections soulevées par les États-Unis concernant la formulation. Elle est prête si nécessaire à proposer un nouveau libellé qui répondrait à l'objectif de la clause tout en évitant les problèmes potentiels.

15. **Le Président** dit que les dispositions finales se distinguent de la clause de déconnexion proposée par le fait qu'elles proviennent toutes de précédents consacrés. Il est toutefois prêt à accepter l'avis selon lequel la Commission est habilitée à prendre une décision en la matière sans renvoyer la question à la Sixième Commission. L'objection soulevée par la délégation des États-Unis est fondée, et la délégation allemande étant disposée à travailler à l'élaboration d'un texte de compromis, il propose de confier cette tâche à un groupe de rédaction spécial.

16. **M. D'Allaire** (Canada) appuie la proposition du Président.

17. **M. Mitrović** (Serbie-et-Monténégro) dit que la clause de déconnexion proposée équivaut à une

réserve, ce que le projet de convention prévoit déjà. En outre, bien que la proposition ait été faite officiellement par l'Union européenne, elle aboutirait à ce que les 25 États membres de l'Union seraient en mesure d'invoquer le paragraphe 2 du projet d'article 18 pour soutenir que les règles édictées par l'Union européenne prévaudraient sur celles du projet de convention.

18. **Le Président** considère que la Commission souhaite convoquer un groupe spécial chargé de rédiger une nouvelle variante du texte.

19. *Il en est ainsi décidé.*

Article 18. Déclarations concernant le champ d'application (suite)

Paragraphe 1 (suite)

20. **Le Président** note qu'il semble y avoir un appui quasi unanime en faveur de la suppression du paragraphe 1-b) du projet d'article 18 mais que les avis sont partagés en ce qui concerne le maintien du projet de paragraphe 1-c).

21. **M. Nordlander** (Suède) dit qu'après avoir entendu les déclarations des représentants des États-Unis et de Singapour il estime préférable de conserver le projet de paragraphe 1-c).

22. **Le Président** croit comprendre que la Commission souhaite supprimer l'alinéa b) mais conserver l'alinéa c) du projet de paragraphe 1.

23. *Il en est ainsi décidé.*

Paragraphe 2

24. **M. D'Allaire** (Canada) dit que la question du champ d'application du projet de paragraphe 2 a suscité des vues divergentes dans le Groupe de travail, certaines délégations soutenant qu'il y avait des limites intrinsèques aux déclarations pouvant être faites, d'autres estimant que des déclarations sans restriction étaient acceptables. Sa délégation souhaite donc consigner son interprétation selon laquelle une déclaration du type suivant peut être faite au titre du projet de paragraphe:

> "1. Sont exclues du champ d'application de la Convention toutes matières à l'exception de celles auxquelles s'applique la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958) et celles auxquelles s'applique la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 11 avril 1980).
>
> 2. L'application de la Convention comme prévu au paragraphe 1 vise uniquement les unités territoriales [a] et [b]."

Une telle déclaration aurait pour effet que, dans un État fédéral, le projet de convention ne s'appliquerait qu'à certaines unités territoriales et uniquement aux matières relevant des deux conventions des Nations Unies. Les contrats entre entreprises sans rapport avec ces deux conventions seraient exclus de son champ d'application. Il ajoute que sa délégation ne souhaite pas modifier le libellé du projet de paragraphe 2.

25. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit qu'à son avis un État serait en droit de faire une telle déclaration en vertu du projet de paragraphe 2, mais sa délégation espère que peu d'États s'y sentiront obligés. Même si, au départ, certains États estiment nécessaire une approche plus conservatrice, chaque ratification du projet de convention élargit la portée des règles essentielles du commerce électronique, ce qui encourage d'autres États encore à le ratifier.

26. **M. Mitrović** (Serbie-et-Monténégro) dit que sa délégation est favorable au projet de paragraphe 2, mais elle s'inquiète de ce qu'il adviendrait si un État faisait une série de déclarations qui priveraient la convention d'une grande partie de son effet.

27. **M. Madrid Parra** (Espagne) rejoint l'avis exprimé par le représentant des États-Unis. Il importe d'admettre les déclarations d'exclusion de façon à encourager le plus grand nombre possible d'États, à différents stades de développement technologique, à ratifier la convention, et à contribuer ce faisant à l'avancement du commerce électronique. Il souhaite en même temps faire écho à la mise en garde du représentant de la Serbie-et-Monténégro. En approuvant le type de déclaration proposé par la délégation du Canada, la Commission pourrait donner l'impression qu'elle recommande une telle ligne de conduite.

28. **M. D'Allaire** (Canada) dit qu'il ne proposait pas d'inclure la déclaration dans le commentaire sur ce projet de paragraphe.

29. **M. Lavalle** (Guatemala) dit qu'il ressort clairement des définitions énumérées au paragraphe 1-d) de l'article 2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités que certaines déclarations au titre du paragraphe 2 du projet d'article 18 équivaudraient à des réserves, nonobstant le fait que le projet d'article 21 interdit les réserves. Une déclaration unilatérale n'a pas besoin d'être qualifiée de réserve pour être considérée comme telle. En outre, en vertu de l'article 20 du projet de convention, des déclarations peuvent être faites à tout moment. Cependant, selon les projets de directives concernant les réserves aux traités de la Commission du droit international, une réserve faite par un État, une fois exprimé son consentement à être lié par un traité, n'est valable que si les autres parties contractantes ne font aucune objection. L'orateur se demande si les règles de la Convention de Vienne, en particulier la règle selon laquelle une réserve est nulle si elle est incompatible avec l'objet et le but du traité, s'appliquent à des déclarations faites conformément au paragraphe 2 projet d'article 18. Une solution possible serait d'ajouter au projet d'article 21 une clause restrictive indiquant que les dispositions dudit article sont sans préjudice de celles du paragraphe 2 du projet d'article 18 et de préciser dans le commentaire que les déclarations au titre du projet de paragraphe 2 ne sont pas soumises au régime relatif aux objections établi par la Convention de Vienne.

30. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) indique que les travaux préparatoires de la Convention de Vienne montrent que cette dernière ne vise pas le droit international privé. Les conventions de droit privé élaborées par la Commission et d'autres organismes prévoient traditionnellement des déclarations qui sont un mécanisme structuré permettant aux États de faire des ajustements mais qui ne constituent pas des réserves au sens de la Convention de Vienne. Partant, les dispositions de cette Convention sur les objections aux réserves ne s'appliquent pas non plus. Quoiqu'il en soit, un nombre important des membres de la Commission ne sont pas parties à la Convention de Vienne. S'il ne s'oppose pas à ce que la longue tradition de déclarations structurées dans les conventions de droit privé soit évoquée dans le commentaire, l'intervenant ne peut appuyer la modification qu'il est proposé d'apporter au projet d'article 21.

31. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit qu'avant de publier le texte du projet de convention sous la cote A/CN.9/577, le Secrétariat a soumis les dispositions finales à la Section des traités du Bureau des affaires juridiques de l'ONU qui est chargée d'approuver les dispositions finales de tout traité négocié par un organisme des Nations Unies. La majorité des traités des Nations Unies relèvent du droit international public, mais la Section des traités est consciente de la pratique désormais acceptée dans les conventions de droit privé selon laquelle, ces conventions s'appliquant uniquement aux contrats privés, les États adaptent des dispositions par déclaration. Ainsi, bien que les conseils du Secrétariat ne lient évidemment pas les États membres, il souhaite rassurer la Commission sur le fait que, au niveau interne au moins, le libellé a été approuvé.

32. **Mme Schulz** (Observatrice de la Conférence de La Haye de droit international privé) note que la Commission a décidé que le projet de convention s'appliquerait lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant. La situation n'est cependant pas tout à fait claire. Elle prend le cas d'un État qui a fait une déclaration en vertu du paragraphe 2 du projet d'article 18 pour exclure du champ d'application de la convention, par exemple, les matières relevant du droit de la famille. Si une affaire est portée en justice devant les tribunaux de cet État et que les règles de droit international privé mènent à l'application de la loi d'un autre État contractant qui n'a pas exclu le droit de la famille, la question se pose de savoir si les tribunaux sont tenus d'appliquer la convention au droit de la famille. En droit international privé, cela semblerait être une solution tout à fait raisonnable, mais le projet de convention s'appliquerait à des personnes qui ne sont pas nécessairement des spécialistes en la matière. Il pourrait donc être utile que la Commission clarifie la question dans le commentaire.

33. **Le Président** dit que la déclaration de l'Observatrice de la Conférence de La Haye de droit international privé équivaut à une demande d'avis juridique et n'est pas sûr qu'il soit dans le meilleur intérêt de la Commission d'y répondre en séance plénière. Il propose que la question soit examinée en privé avec des membres de la Commission ayant participé à la rédaction du texte.

34. **Le Président** croit comprendre que la Commission souhaite approuver le projet de paragraphe 2.

35. *Il en est ainsi décidé.*

36. *Le projet d'article 18 tel que modifié est approuvé quant au fond et renvoyé au groupe de rédaction.*

La séance est suspendue à 15 h 25 et reprend à 15 h 55.

Article 16 bis. *Participation d'organisations régionales d'intégration économique* (reprise)

37. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que le groupe de rédaction spécial est convenu du texte de compromis ci-après pour le paragraphe 4 du projet d'article 16 *bis*:

> "La présente Convention ne prévaut sur aucune règle impérative contraire d'une organisation d'intégration économique régionale applicable aux parties dont les établissements respectifs sont situés dans des États membres d'une telle organisation, comme précisé par une déclaration."

Ce libellé est inspiré de l'article 90 de la Convention des Nations Unies sur les ventes et semble bénéficier d'un large appui.

38. **Mme Struncova** (Commission européenne) fait part des réserves de sa délégation en ce qui concerne le libellé proposé du fait que la notion d'"établissement" diffère de celle de "lieu d'établissement" dont il est question dans la Directive de l'Union européenne sur le commerce électronique et que les termes "règles impératives contraires» sont un concept étranger au droit communautaire qui créerait une insécurité juridique sur la question des règles applicables. La Commission européenne ne pourrait signer et ratifier l'instrument dans ces circonstances.

39. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que, dans son esprit, il faudrait laisser aux différentes organisations régionales d'intégration économique le soin d'interpréter le mot "établissement» lorsqu'elles feraient une déclaration. Elles seraient libres d'employer la définition de l'établissement qui leur conviendrait. Il indique que sa délégation est disposée à discuter du remplacement du mot "impérative" par un autre mot.

40. **M. D'Allaire** (Canada) exprime son appui au texte tel qu'il est rédigé ainsi qu'à l'avis de la délégation des États-Unis. La déclaration d'une organisation régionale d'intégration économique pourrait non seulement définir le concept d'"établissement», mais aussi indiquer que les "règles impératives" sont essentiellement celles, comme par exemple la Directive européenne, qui sont appliquées par l'organisation.

41. **M. Bellenger** (France) dit que la position initiale de la Commission européenne, selon laquelle elle ne pourrait peut-être pas ratifier la convention, ne devrait pas être considérée comme irrévocable. C'est à la Communauté européenne que revient en définitive la décision de procéder ou non à la ratification.

42. **Mme Lahelma** (Observatrice de la Finlande), **M. Boulet** (Belgique), **M. Nordlander** (Suède) et **M. Adensamer** (Autriche) expriment leur appui au texte de compromis.

43. **M. Martens** (Allemagne) dit que sa délégation appuie également le texte de compromis et l'accepterait même si le mot "impérative" était supprimé. La question de la ratification ou non de la convention par l'Union européenne sera réglée selon la procédure décisionnelle habituelle de cette dernière.

44. **M. Buttimore** (Observateur de l'Irlande) dit que le texte du groupe de rédaction spécial est un compromis équitable. Il propose d'indiquer dans le commentaire que les termes "établissement» et "règle impérative contraire" pourraient être définis par une organisation régionale d'intégration économique dans une déclaration. Sa délégation n'a aucune objection à la suppression du mot "impérative».

45. **M. Carvell** (Royaume-Uni) appuie la proposition de laisser les organisations régionales d'intégration économique préciser le sens d'"établissement» dans une déclaration. Sa délégation est également favorable à la suppression du mot "impérative».

46. **M. Lavalle** (Guatemala), notant que le texte initial proposé par la Commission européenne fait référence aux règles spéciales applicables aux

"relations mutuelles" entre les États membres d'une organisation donnée, propose d'ajouter les mots "dans leurs relations mutuelles" après le mot "applicables» dans le texte de compromis.

47. **M. Mitrović** (Serbie-et-Monténégro) propose le libellé suivant:

> "Les États membres d'une organisation régionale d'intégration économique peuvent faire une déclaration concernant leur obligation d'appliquer, entre eux, les règles respectives de cette organisation lorsqu'elles diffèrent de celles prévues par la Convention."

48. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique), **M. Adensamer** (Autriche) et **Mme Lahelma** (Observatrice de la Finlande) sont favorables à la suppression du mot "impérative" dans le texte proposé par le groupe de rédaction spécial.

49. **Le Président** croit comprendre que la Commission souhaite supprimer le mot "impérative».

50. *Il en est ainsi décidé.*

51. **M. D'Allaire** (Canada) fait observer que la disposition proposée n'indique pas qui ferait la déclaration à laquelle fait référence l'expression "comme précisé par une déclaration". Sa délégation croit comprendre que ce serait l'organisation régionale d'intégration économique.

52. **M. Maiyegun** (Nigéria) craint que ce texte ne crée un précédent par lequel une convention des Nations Unies limiterait de fait son propre champ d'application. Il faudrait peut-être clarifier cette question dans le commentaire.

53. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit que le texte de compromis est en partie inspiré du libellé de l'article 94 de la Convention des Nations Unies sur les ventes qui permet à deux ou plusieurs États contractants qui appliquent des règles juridiques identiques ou voisines de déclarer que la Convention ne s'appliquera pas aux contrats de vente ou à leur formation lorsque les parties ont leur établissement dans ces États. Bien que la disposition proposée soit structurée différemment, elle aurait le même effet.

54. Il propose d'insérer les mots "soumise en application de l'article 20» après le mot "déclaration» à la fin du projet de paragraphe.

55. **M. Martens** (Allemagne) dit qu'il interprète l'expression "comme précisé par une déclaration" comme désignant une déclaration faite par l'organisation régionale d'intégration économique. Il faudrait peut-être l'indiquer expressément soit dans le commentaire, soit en ajoutant les mots "faite par elle» après "comme précisé par une déclaration".

56. **M. Adensamer** (Autriche), s'opposant à la proposition de l'Allemagne, se demande s'il est sage de permettre uniquement à une organisation régionale d'intégration économique de faire une déclaration en vertu du projet d'article. Dans le cas où une telle organisation n'aurait pas ratifié la convention, par exemple, ses États membres auraient peut-être besoin de recourir à la clause de déconnexion et de faire eux-mêmes une déclaration.

57. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit que, pour le Secrétariat, la disposition s'applique logiquement aux seules déclarations soumises par des organisations régionales d'intégration économique et que l'article 16 *bis* serait sans objet en cas de non-ratification de leur part, car on suppose que leurs États membres, avant de ratifier la convention, vérifieraient leurs obligations découlant des traités régionaux auxquels ils ont adhéré et soumettraient une déclaration en application du paragraphe 2 de l'article 18 garantissant leur respect de ces accords.

58. **M. Lavalle** (Guatemala) dit que, si la Commission accepte la proposition de l'Allemagne, une organisation régionale d'intégration économique pourra faire ou modifier une déclaration à tout moment, y compris après avoir adhéré à la convention. Il se demande si la Commission souhaite réellement prévoir cette possibilité.

59. **M. Madrid Parra** (Espagne), approuvant l'observation de la délégation autrichienne, s'oppose à ce que l'on permette à une organisation régionale d'intégration économique de faire une déclaration sans le consentement de ses États membres, ce qui comporterait en outre un risque d'incompatibilité avec le paragraphe 2 du projet d'article 18, qui offre aux États une grande souplesse pour décider du champ d'application de la convention. Sa délégation préférerait revenir à la formulation de l'article 90 de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

60. **M. Martens** (Allemagne) dit que, compte tenu des objections soulevées par les orateurs précédents, il souhaite retirer sa proposition.

61. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) fait savoir que rien n'empêche les États membres d'une organisation régionale d'intégration économique de déclarer qu'ils souhaitent exclure certaines matières du champ d'application de la convention ou que les règles de cette organisation prévalent sur celles de la convention.

62. **M. Adensamer** (Autriche) dit qu'à la lumière des explications du Secrétariat, il souhaite retirer son objection à l'interprétation selon laquelle seules les organisations régionales d'intégration économique pourraient faire des déclarations.

63. **Le Président** dit qu'il considère que la Commission souhaite accepter le paragraphe 4 du projet d'article 16 *bis*, proposé par le groupe de rédaction spécial avec la suppression du mot "impérative" et l'ajout proposé par le Secrétariat.

64. *Il en est ainsi décidé.*

65. *Le projet d'article 16 bis tel que modifié est approuvé quant au fond et renvoyé au groupe de rédaction.*

Article 19. Communications échangées conformément à d'autres conventions internationales

66. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit que le paragraphe 1 du projet d'article 19 vise à préciser que les dispositions du projet de convention peuvent servir à faciliter l'application des instruments énumérés. Le reste du projet d'article offre différentes possibilités aux États contractants concernant le degré d'application de la convention pour faciliter l'application des autres traités ou accords internationaux auxquels ils sont parties. Le projet de paragraphe 2 permet à un État d'étendre l'application de la convention à des instruments qui ne sont pas mentionnés au projet de paragraphe 1, sauf s'il déclare qu'il ne sera pas ainsi lié. Nonobstant de telles exclusions de l'application sans restriction, les États peuvent déclarer en vertu du projet de paragraphe 3 qu'ils appliqueront la convention à des instruments spécifiques en plus de ceux qui sont énumérés au projet de paragraphe 1. Le projet de paragraphe 4 prévoit une autre possibilité de non-application de la convention à des instruments particuliers, y compris parmi ceux énumérés au paragraphe 1, même si l'État n'a pas exclu l'application du paragraphe 2. La complexité de la disposition sous sa forme actuelle résulte de longues discussions au sein du Groupe de travail.

67. **Le Président** dit que ce texte bien équilibré, avec sa série de clauses d'acceptation et d'exclusion, tente de concilier une grande variété de préoccupations et de scénarios.

68. **M. Mitrović** (Serbie-et-Monténégro) fait observer que le projet de paragraphe 4 apporte une solution aux questions soulevées précédemment par la proposition de la Commission européenne.

69. **Le Président** considère que la Commission souhaite accepter l'article 19 tel qu'il est rédigé.

70. *Le projet d'article 19 est approuvé quant au fond et renvoyé au groupe de rédaction.*

Article 19 bis. *Procédure d'amendement du paragraphe 1 de l'article 19*

71. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit que le projet d'article 19 *bis* a été ajouté à un stade relativement avancé des délibérations du Groupe de travail par la délégation belge, qui a estimé qu'il serait peut-être sage de prévoir une procédure simple pour modifier la liste des instruments figurant au paragraphe 1 du projet d'article 19, afin d'éviter la procédure d'amendement traditionnelle assez lourde prévue par le droit international public. La nécessité d'un tel article dépendra bien entendu de la procédure d'amendement générale que la Commission décidera d'adopter pour le projet de convention. Le projet d'article 22 comporte deux variantes: une variante A "classique» et une variante B quelque peu plus moderne.

72. **Le Président** attire l'attention sur le fait que la totalité du projet d'article figure entre crochets.

73. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) propose de reporter la discussion sur le projet d'article 19 *bis* jusqu'à ce que la Commission ait achevé l'examen du projet d'article 22.

74. **M. Madrid Parra** (Espagne), appuyé par **M. Chung Wan-Yong** (République de Corée), dit que le projet d'article 19 *bis* paraît redondant, son contenu étant déjà couvert par les projets

d'articles 19 et 22. Sa délégation propose donc qu'il soit supprimé dès maintenant.

75. **M. D'Allaire** (Canada) appuie la proposition de reporter la discussion sur le projet d'article 19 *bis* jusqu'à ce que la Commission ait achevé son examen du projet d'article 22.

76. **Le Président** dit qu'à défaut de consensus pour modifier l'ordre d'examen des projets d'articles la Commission reprendra son examen du projet d'article 19 *bis* à sa prochaine séance.

La séance est levée à 17 heures.

Compte rendu analytique de la 804e séance, tenue au Centre international de Vienne, le lundi 11 juillet 2005, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.804]

Président: M. Chan (Singapour) (Vice- Président)

La séance est ouverte à 9 h 45.

Finalisation et adoption d'un projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (*suite*) (A/CN.9/571, 573, 577 et Add.1, 578 et Add.1 à 17)

Article 19 bis. *Procédure d'amendement du paragraphe 1 de l'article 19* (suite)

1. **Le Président** souhaite la bienvenue au Président de la Commission, M. Pinzón Sánchez, qui lui a demandé, en tant que Vice-Président, de continuer à présider les débats sur le point 4 de l'ordre du jour. Il invite la Commission à reprendre son examen du projet d'article 19 *bis*.

2. **M. Tikhaze** (Fédération de Russie) s'oppose au projet de paragraphe 3 au motif que les États contractants qui n'ont pas, pour quelque raison que ce soit, fait connaître leur position sur un amendement donné seraient présumés l'avoir adopté. Pour remplacer cette approbation par défaut, l'orateur propose que le projet de paragraphe exige l'approbation écrite des deux tiers des États contractants dans un délai de 12 mois au lieu de 180 jours. De plus, étant donné qu'un amendement adopté par défaut risque d'entrer en vigueur dans un État qui n'y était pas favorable, sa délégation propose d'insérer une phrase prévoyant que, lorsqu'un État ne s'est pas prononcé en faveur d'un amendement, celui-ci devrait entrer en vigueur pour cet État 30 jours après son adoption.

3. **M. Yamamoto** (Japon) dit que sa délégation hésite à introduire une disposition qui faciliterait le processus d'amendement de la convention. En tout état de cause, les paragraphes 2 à 4 du projet d'article 19 permettent largement aux États d'abréger ou d'étendre la liste des conventions du paragraphe 1. De plus, les États contractants sont libres de proposer un amendement au titre du projet d'article 22. L'orateur est donc opposé au projet d'article 19 *bis*.

4. **M. Khani Jooyabad** (République islamique d'Iran) dit que sa délégation est favorable au maintien du projet d'article.

5. **Mme Schmidt** (Allemagne) appuie les vues exprimées par le représentant du Japon et la proposition formulée lors des précédentes séances par les représentants de l'Espagne et de la République de Corée visant à supprimer le projet d'article. Si ce dernier était adopté, sa délégation serait vivement préoccupée par le projet de paragraphe 3.

6. **M. D'Allaire** (Canada) est favorable au projet d'article. Bien que les règles générales sur les amendements soient édictées au projet d'article 22, et que le Canada ait déclaré dans son commentaire écrit (A/CN.9/578/Add.15) que tout amendement à la convention ne devrait lier que les États qui acceptent d'être liés, le projet d'article 19 *bis* est un cas particulier dans la mesure où il porte sur la question spécifique de la liste des conventions de la CNUDCI figurant au paragraphe 1 du projet d'article 19. La raison d'être de cette liste est de promouvoir l'adoption de ces conventions et l'applicabilité du projet de convention à ces instruments. Dans cette optique, la procédure d'amendement de la liste devrait être souple.

7. **M. Sandoval** (Chili) dit que sa délégation est opposée à l'adoption du projet d'article 19 *bis*, puisque des procédures d'amendement existent déjà.

8. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation appuie les efforts pour compléter la liste des instruments mentionnés au paragraphe 1 du projet d'article 19, mais que la disposition sur l'approbation tacite des amendements, au paragraphe 3 du projet d'article 19 *bis*, pose un sérieux problème, comme l'a relevé le représentant de la Fédération de Russie. La formule du paragraphe 2 selon laquelle le dépositaire sollicite l'avis des États contractants n'a pas non plus sa place dans un traité.

9. **M. Bellenger** (France) dit que le projet d'article 19 est déjà excessivement complexe. Les opérateurs commerciaux ne sauront pas avec certitude si la convention s'applique à un pays ou à un instrument particulier. Le projet d'article 19 *bis* compliquerait encore plus les choses.

10. **M. Correia** (Observateur du Portugal) appuie la position des États-Unis et de la France.

11. **Le Président**, tout en notant que l'idée de promouvoir l'applicabilité du projet de convention aux autres instruments de la CNUDCI bénéficie d'un soutien important, dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite supprimer le projet d'article 19 *bis*.

12. *Il en est ainsi décidé.*

Article 20. Procédure et effets des déclarations

13. **M. Estrella Faria** (secrétariat), après avoir noté que le projet d'article 20 est une disposition type semblable à celles que l'on trouve dans d'autres conventions, rappelle à la Commission que lors d'une séance précédente il a été suggéré que la référence dans le projet de paragraphe 1, au paragraphe 1 de l'article 17, soit supprimée au motif que les déclarations concernant l'effet de la convention dans les unités territoriales nationales sont généralement faites lors de la ratification.

14. **M. D'Allaire** (Canada) se demande s'il ne serait pas opportun d'insérer une référence au projet d'article 16 *bis* dans le paragraphe 1 du projet d'article 20.

15. Bien que les déclarations faites au moment de la signature ou de la ratification prennent effet avec l'entrée en vigueur de la convention, la délégation canadienne propose que les paragraphes 3 et 4 du projet d'article 20 soient modifiés afin que des déclarations, modifications ou retraits ultérieurs prennent effet trois mois, et non six, après leur date de réception par le dépositaire. C'est la durée que la Convention sur les accords d'élection de for récemment négociée prévoit pour les déclarations initiales et ultérieures.

16. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit que si une référence au projet de paragraphe 16 *bis* est insérée, elle devrait renvoyer au paragraphe 4, et non au paragraphe 2, de ce projet d'article.

17. Concernant la proposition de ramener le délai de six mois à trois mois, la Commission devrait examiner dans quelle mesure une modification parallèle du projet d'article 24 sur les règles transitoires serait nécessaire.

18. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation est favorable à ce qu'il soit fait référence dans le paragraphe 1 du projet d'article 20, au paragraphe 4 du projet d'article 16 *bis*. La référence au paragraphe 1 de l'article est incorrecte puisque la Commission – à juste titre, selon lui – a décidé que les déclarations devaient être faites au moment de la ratification.

19. La délégation des États-Unis appuie, en principe, la proposition d'un délai plus court. Toutefois, les groupes commerciaux ont besoin d'être prévenus suffisamment à l'avance pour pouvoir régler leurs opérations financières et s'informer sur l'impact éventuel d'une certaine déclaration sur un pays particulier. C'est pourquoi sa délégation ne pourra appuyer la proposition que si le Service du droit commercial international est apte à collaborer étroitement avec la Section des traités du Bureau des affaires juridiques pour assurer la disponibilité immédiate des déclarations. Si le secrétariat ne peut fournir de garantie à cet effet, le délai de six mois devrait être maintenu afin de donner aux parties commerciales le temps d'adapter leurs activités commerciales.

20. **M. Sekolec** (Secrétaire de la Commission) dit que la Section des traités a introduit la pratique consistant à notifier immédiatement par courriel les traités et les déclarations aux États Membres. Elle transmet également la même information par écrit aux missions permanentes.

21. **Mme Kamenkova** (Bélarus) dit que si l'expression "à tout moment" au paragraphe 1 du projet d'article 20, signifie au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, sa délégation n'aurait pas d'objection à ce que ce paragraphe fasse référence au paragraphe 1 du projet d'article 17. En revanche, si elle signifie à tout moment une fois le projet de convention entré en vigueur dans un État donné, la référence devrait être supprimée.

22. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit que le Groupe de travail avait, à l'origine, considéré que,

dans l'intérêt de la sécurité juridique, toutes les déclarations devraient être faites au moment de la ratification. Toutefois, l'idée s'est finalement imposée qu'il devrait être possible de faire des déclarations à tout moment au titre des projets d'articles 18 et 19, notamment parce qu'un État ne souhaiterait peut-être pas faire une telle déclaration dès le départ et que le projet de convention ne devrait pas être interprété comme encourageant de telles déclarations.

23. Le projet d'article 17 traite cependant du champ d'application géographique du projet de convention dans certains pays et non de son champ d'application matériel. Étant donné que dans certains pays – pour des raisons constitutionnelles ou autres – une convention peut ne s'appliquer qu'à certaines unités territoriales, le Groupe de travail a décidé de conserver l'exigence qu'une déclaration en vertu du paragraphe 1 du projet d'article 17, devrait être faite au moment de la ratification. Dans le cas du projet d'article 16, il a été convenu qu'une organisation devait démontrer dès le départ, c'est-à-dire lors de la ratification de la convention, qu'elle a compétence sur certaines matières.

24. **M. Field** (États-Unis d'Amérique), appuyé par **Mme Schmidt** (Allemagne), dit que sa délégation est opposée à la proposition du Canada de remplacer les mots "six mois" aux paragraphes 3 et 4 du projet d'article 20, par "trois mois". Bien que le courrier électronique ait accéléré les communications, la modification des contrats dans le monde commercial peut encore prendre du temps.

25. **M. Potyka** (Autriche) et **Mme Schmidt** (Allemagne) appuient la proposition de supprimer, au paragraphe 1 du projet d'article 20, la référence au paragraphe 1 du projet d'article 17, ainsi que la proposition d'y ajouter une référence au paragraphe 4 du projet d'article 16.

26. **Le Président** dit que, s'il n'entend aucune objection, il considérera que la Commission souhaite supprimer la référence au paragraphe 1 du projet d'article 17, dans le paragraphe 1 du projet d'article 20, et ajouter une référence au paragraphe 4 de l'article 16 *bis*. Puisque la proposition canadienne de modifier les paragraphes 3 et 4 du projet d'article 20 ne semble pas bénéficier d'un soutien suffisant, il considère que la Commission souhaite conserver le libellé actuel de ces paragraphes.

27. *Le projet d'article 20, tel que modifié, est approuvé quant au fond et renvoyé au groupe de rédaction.*

Article 21. Réserves

28. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit que le projet d'article 21 est une disposition type des instruments de la CNUDCI, et qu'il est sans préjudice des déclarations faites au titre des projets d'articles 16, 17, 18 et 19. Il interdit toutefois les réserves telles que l'exclusion de l'application du projet de convention à une organisation régionale particulière ou l'exclusion de l'application de certains articles.

29. **M. Mitrović** (Serbie-et-Monténégro), indiquant qu'à son avis certains articles du projet de convention permettent des déclarations qui sont en réalité des réserves, propose que, dans l'intérêt de la clarté juridique, le projet d'article 21 soit modifié comme suit: "À l'exception des déclarations faites au titre de l'article 20, aucune réserve ne peut être faite en vertu de la présente Convention".

30. **Le Président** signale que si l'amendement est adopté, le projet d'article 21 signifiera que les déclarations sont équivalentes à des réserves.

31. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique), appuyé par **M. D'Allaire** (Canada), dit que sa délégation est opposée à la modification proposée car elle irait à l'encontre d'une pratique de la CNUDCI établie depuis 1974. L'article 27 de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by dispose qu'aucune réserve à la Convention n'est autorisée, bien que d'autres articles permettent des déclarations. L'article 56 de la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles récemment adoptée exclut la possibilité de réserves mais précise que des déclarations peuvent être faites en vertu d'un certain nombre d'articles, et établit ainsi une nette distinction entre les réserves de la Convention de Vienne sur le droit des traités et les déclarations dans les conventions de droit privé. Le projet d'article 21 actuel devrait donc être retenu.

32. *Le projet d'article 21 est adopté quant au fond et renvoyé au groupe de rédaction.*

Article 22. Amendements

33. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit que la variante A du projet d'article 22 reprend des dispositions de conventions antérieures de la CNUDCI. Elle suit la pratique traditionnelle consistant à ce que les modifications proposées aux traités internationaux soient débattues et adoptées par les États contractants lors de conférences diplomatiques. Par exemple, le Protocole modifiant la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises a été adopté lors d'une conférence diplomatique en 1980. Le mode consensuel sur lequel la Commission fonctionne pourrait, en principe, être intégré dans les règles de vote du projet d'article 22.

34. La variante B a été proposée par les États-Unis à la quarante-quatrième session du Groupe de travail. Elle demande au secrétariat de la CNUDCI de suivre les faits nouveaux présentant un intérêt pour l'application de la convention et d'identifier les domaines qu'il pourrait être nécessaire de modifier. Le secrétariat se chargerait aussi de certains des travaux préparatoires requis pour l'adoption des amendements lors d'une conférence des États contractants. Une autre possibilité, qui est implicite dans la variante B, est que, dans la mesure où presque tous les États contractants seront membres de la Commission ou de l'Organisation des Nations Unies, les amendements pourraient être adoptés par la Commission puis soumis à l'Assemblée générale des Nations Unies, ce qui éviterait une conférence diplomatique. C'est cette procédure qui est recommandée pour l'adoption du projet de convention lui-même et elle semble être plus pragmatique et plus efficace que la procédure traditionnelle de la variante A.

35. Au projet de paragraphe 2 de la variante B, la Commission peut, suivant ce qui conviendra, souhaiter faire uniquement référence au "Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies" ou au "dépositaire" puisque le secrétariat de la CNUDCI n'est pas un organe juridique indépendant.

36. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que le projet d'article 22 est inutile car, conformément à la pratique de la Commission depuis la fin des années 1980, les amendements au projet de convention peuvent simplement être débattus par la Commission dans le cours normal du travail. Toutefois, si la Commission souhaite conserver le projet d'article, sa délégation appuiera la variante B. La variante A introduit le formalisme d'une conférence diplomatique, ce qui ne correspond pas à la pratique habituelle de la Commission, et des procédures de vote strictes qui tendent à politiser les débats. Ces conférences sont, de plus, des manifestations coûteuses et il sera difficile d'obtenir de la Cinquième Commission de l'Assemblée générale l'approbation des ressources budgétaires nécessaires.

37. La variante B, d'un autre côté, serait utile car elle demande au secrétariat de suivre les faits nouveaux, de les porter à l'attention des États contractants et d'organiser des conférences d'évaluation qui feraient partie du travail courant de la Commission et ne nécessiteraient pas de crédits additionnels.

38. La délégation de l'orateur ne s'opposerait pas à la suppression du projet de paragraphe 3 de la variante B, qui prévoit une procédure d'amendement. Il ne s'agit toutefois pas d'une disposition d'amendement tacite puisque les amendements n'entreraient en vigueur qu'une fois ratifiés, acceptés ou approuvés par les États à titre individuel.

39. Le Président propose que la Commission décide quelle variante elle souhaite choisir, si tant est qu'elle en choisisse une, avant d'engager un débat approfondi.

40. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est suspendue à 10 h 50 et reprend à 11 h 20.

41. **M. Al-Jazy** (Jordanie) dit que sa délégation préconise la suppression du projet d'article 22 car la Commission dispose déjà d'un mécanisme pour amender les conventions. Toutefois, si le projet d'article est conservé, sa délégation préférerait la variante B, essentiellement pour des considérations pratiques de temps et d'argent. Si la variante B est choisie, elle devrait veiller à ce que le secrétariat de la CNUDCI joue un rôle clef.

42. **Mme Ladová** (République tchèque) et **M. Velázquez** (Paraguay) disent que leurs délégations souhaitent conserver l'article 22 et préfèrent la variante B car elle est plus pratique et garantirait une plus grande sécurité juridique.

43. **M. Khani Jooyabad** (République islamique d'Iran) dit que sa délégation est favorable à la suppression du projet d'article 22. Toutefois, s'il devait être conservé, l'orateur considère que les variantes A et B présentent chacune des avantages et des inconvénients. Si la variante B est préférable pour des raisons budgétaires et parce qu'elle prévoit un suivi des faits nouveaux dans le commerce électronique, elle établit aussi des précédents et soulève des questions difficiles concernant l'application de la convention, le suivi et les rapports. La variante A va davantage dans le sens de la pratique traditionnelle.

44. **M. Yamamoto** (Japon) dit que sa délégation a une position souple à l'égard du projet d'article 22 et des variantes proposées. Toutefois, si la Commission décide de conserver la variante B, sa délégation propose de supprimer le projet de paragraphe 3 car, si elle comprend bien, les conférences d'évaluation seraient ouvertes non seulement aux États contractants, mais aussi aux autres États membres de la Commission, ce qui risque d'influer sur la procédure d'amendement.

45. **Mme Schmidt** (Allemagne) dit que sa délégation appuie la suppression du projet d'article 22 pour les raisons exposées par les autres orateurs.

46. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) invite la Commission à examiner les conséquences de la suppression du projet d'article 22. Il est usuel que les traités établissent leurs propres procédures d'amendement. En cas de silence du traité, ce sont les règles de droit international public pour l'amendement des traités multilatéraux de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui s'appliqueraient. Tous les États Membres de l'Organisation des Nations Unies n'ont toutefois pas ratifié cette convention. Bien qu'un grand nombre d'États Membres la considèrent comme étant la codification du droit international public coutumier, tous ne partagent pas ce point de vue. Même s'il était convenu qu'une majorité d'États contractants pouvait proposer la convocation d'une conférence pour examiner les amendements, d'autres questions se poseraient, par exemple la majorité requise pour leur adoption. L'orateur conseille également à la Commission de réfléchir aux implications pratiques de la suppression du projet de paragraphe 3 de la variante B sur la procédure d'amendement.

47. Répondant à une question du Président, l'orateur dit que, sans avoir tous les textes des conventions de la CNUDCI sous les yeux, il serait étonné qu'un instrument ne prévoie pas de procédure d'amendement.

48. **M. Bouacha** (Algérie) appuie la suppression de l'article 22 et les déclarations des représentants de la Jordanie et de la République islamique d'Iran.

49. **M. Sandoval** (Chili) dit que sa délégation est favorable au maintien de l'article 22, puisqu'il est nécessaire de prévoir une procédure d'amendement, et de la variante A, qui correspond à une pratique établie pour les instruments de la CNUDCI et à d'autres instruments des Nations Unies.

50. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit qu'en principe les conventions de la CNUDCI ne contiennent pas de clause d'amendement. Il serait donc acceptable de supprimer l'article 22. Il ressort de la pratique de la CNUDCI que les États membres et les États observateurs participant aux séances plénières de la Commission ont compétence pour approuver les amendements, y compris, par exemple, les protocoles à une convention existante.

51. La délégation de l'orateur est fermement opposée à la variante A, qui introduirait une procédure extrêmement coûteuse et formelle, qui découragerait plus qu'elle n'encouragerait l'adoption d'amendements.

52. Par contre, sa délégation a été persuadée par d'autres délégations que la variante B aiderait à clarifier la procédure d'amendement de facto et elle est donc prête à l'appuyer.

53. **M. Pinzón Sánchez** (Colombie) dit que, au vu des commentaires du secrétariat, sa délégation appuie l'inclusion d'une disposition pour une procédure d'amendement. Pour ce qui est de la variante B, la Commission devrait examiner la capacité réelle du secrétariat de la Commission d'assurer le suivi proposé au projet de paragraphe 1. Ce sera en tout cas la Commission elle-même qui continuera à remplir ce rôle.

54. **M. Chung Wan-yong** (République de Corée) dit que l'article 22 devrait être conservé car une procédure d'amendement est un élément habituel et nécessaire de toute convention internationale. Sa délégation appuie la variante A pour les raisons

présentées par la délégation chilienne. En ce qui concerne la variante B, il est d'avis qu'il serait inapproprié pour le secrétariat de jouer le rôle d'un organe de surveillance en préparant des rapports sur les conventions internationales.

55. **M. Chong** (Singapour) dit que sa délégation partage les vues du secrétariat sur l'utilité d'une procédure d'amendement et choisit la variante B.

56. **M. Bellenger** (France) dit que sa délégation est favorable au maintien d'une disposition relative à une procédure d'amendement. Si la convention elle-même est adoptée par une procédure souple, il ne conviendrait pas que la procédure d'amendement soit plus rigide. Sa délégation préfère donc la variante B, que l'on pourrait simplifier en supprimant les projets de paragraphes 1 et 2. Notant que le projet de paragraphe 3 exige la ratification, l'acceptation ou l'approbation de trois États pour qu'un amendement entre en vigueur, l'orateur propose que le nombre d'États soit le même que celui indiqué au projet d'article 23, qui n'a pas encore été débattu. Il propose également de remplacer les mots "États participant à la conférence" par "États contractants".

57. **M. Mitrović** (Serbie-et-Monténégro) s'oppose à l'adoption du projet d'article 22. La procédure d'amendement de la convention pourrait être examinée ultérieurement. Toutefois, la proposition de la variante B de suivre l'application de la convention, et en particulier l'impact des déclarations, présente un certain intérêt.

58. **M. Markus** (Suisse) dit qu'à son avis, le projet d'article 22 pourrait probablement être supprimé. La disposition de la variante A concernant la conférence des "États parties" est peu pratique et inutile. Bien que la Commission approuve généralement les textes par consensus, il reconnaît que l'adoption d'une règle pour faciliter l'examen des amendements pourrait accélérer le processus. Il est toutefois fermement opposé à ce que le projet de paragraphe 2 de la variante A prévoie une procédure régissant l'adoption, la ratification et l'entrée en vigueur des amendements, en particulier l'exigence, entre crochets, d'adoption et de dépôt des instruments par les deux tiers des États contractants. Sa délégation préfère donc la variante B.

59. **M. Tikhaze** (Fédération de Russie) et **Mme Kamenkova** (Bélarus) préfèrent la variante A.

60. **M. Yang Lixin** (Chine) et **Mme Cherif Chefchaouni** (Maroc) appuient l'adoption d'une version modifiée de la variante B.

61. **M. Ndiaye** (Observateur du Sénégal) dit qu'il préfère la variante A mais qu'il est également prêt à accepter la variante B.

62. **MM. D'Allaire** (Canada), **Rodrigo** (Sri Lanka), **Asawawattanaporn** (Thaïlande), **Mme Mosoti** (Kenya) et **M. Olutujoye** (Nigéria) optent pour la variante B.

63. **Le Président**, notant que le maintien du projet d'article 22 et de la variante B est très soutenu, considère que la Commission souhaite supprimer la variante A.

64. *Il en est ainsi décidé.*

65. **Le Président** invite la Commission à examiner la variante B paragraphe par paragraphe.

Paragraphe 1

66. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que le projet de paragraphe 1 est destiné à promouvoir le suivi régulier des faits nouveaux qui ont une incidence sur la convention, dans la mesure où celle-ci couvre un nouveau domaine de pratique économique qui en est encore à ses débuts et qui sera amené à évoluer rapidement dans les prochaines années. Il propose de supprimer "Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies" et "secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international", et de les remplacer soit par "Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies" soit par "Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies". Il propose également de supprimer les mots "chaque année ou" et "autre" entre crochets, ce qui permettrait au secrétariat de déterminer à quel moment des faits nouveaux importants justifieraient l'élaboration d'un rapport.

67. **M. Estrella Faria** (secrétariat) suggère de faire référence au Secrétaire général plutôt qu'au Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies.

68. **M. Potyka** (Autriche) dit que sa délégation appuie le projet de paragraphe 1 tel que modifié par la délégation des États-Unis.

69. **Le Président** dit qu'il considère que la Commission souhaite adopter le projet de paragraphe 1 tel que modifié.

70. *Il en est ainsi décidé.*

Paragraphes 2 et 3

71. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que l'objet du projet de paragraphe 2 est d'instituer une procédure qui permettra dans l'avenir d'inscrire la convention à l'ordre du jour de la Commission. Étant donné que la phrase "[d'au moins vingt-cinq pour cent] des États parties" illustre une tentative de reprendre certains passages de la variante A, l'orateur ne pense plus que son inclusion soit nécessaire ou appropriée. Il recommande donc que le chapeau du projet de paragraphe soit modifié de la manière suivante:

> "À la demande des États membres de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, des conférences d'évaluation sont organisées de temps à autre par le Secrétaire général pour examiner:".

Il reconnaît cependant que le terme "conférences d'évaluation" risque d'être mal interprété. L'idée est que les amendements soient tout d'abord examinés par la Commission afin qu'il y ait correspondance entre les méthodes d'approbation de l'instrument lui-même et des amendements à l'instrument. La Cinquième Commission préfèrerait également une telle procédure aux conférences séparées ayant des incidences budgétaires. Il pourrait donc être souhaitable de remplacer les mots "conférences d'évaluation" par "réunions".

72. **Le Président** dit que le chapeau devrait spécifier la forme sous laquelle les États membres de la Commission pourraient demander l'organisation d'une conférence d'évaluation ou autre réunion.

73. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation est partie de l'hypothèse que les demandes seraient formulées au cours des débats ordinaires de la Commission, de la même manière que les demandes d'inclusion d'un point à l'ordre du jour.

74. **Le Président** souligne que le libellé du projet de paragraphe 2 exigerait du Secrétaire général qu'il veille à ce que les conférences d'évaluation soient organisées "de temps à autre", ce qui est contradictoire avec leur convocation en réponse à des demandes spécifiques des États Membres.

75. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) propose de supprimer les mots "de temps à autre".

76. **M. Estrella Faria** (secrétariat) suppose que la variante B n'a pas pour objet de faire adopter les amendements au sein de la Commission sans qu'ils soient soumis à la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Selon lui, le secrétariat de la Commission serait prié de préparer des rapports pour aider les États membres de la Commission ou les États contractants à assurer l'application concrète du projet de convention et à apprécier l'utilité d'un amendement. Si, après avoir débattu d'un rapport, la Commission conclut qu'un amendement est souhaitable, elle ferait des propositions à cet effet à l'Assemblée générale, sous l'autorité de laquelle une réunion spéciale des États contractants pourrait être convoquée pour adopter l'amendement. Si toute référence aux États contractants est supprimée du chapeau et si l'on donne l'impression que les amendements peuvent être adoptés par la Commission elle-même, il y a peu de chances que la Sixième Commission approuve le texte. Il est, de plus, inhabituel de désigner un organe particulier des Nations Unies, comme la Commission, dans le texte d'une convention internationale.

77. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation a précédemment fait connaître son soutien à la suppression du projet de paragraphe 3 afin de prendre en compte les questions du type de celles soulevées par le secrétariat. Il souligne que rien dans la variante B du projet d'article 22 ne porte atteinte au droit des Parties contractantes de décider entre elles, conformément à la Convention de Vienne sur le droit des traités et au droit international coutumier, de faire les amendements qu'elles jugent opportuns. C'est toutefois un droit qui n'a pas été souvent utilisé en droit international dans la mesure où la pratique est de faire examiner les amendements par l'organe qui a rédigé l'instrument. Dans le cas du projet de convention, comme le nombre d'États contractants sera peu élevé au départ, les États membres de la Commission seront les mieux placés pour examiner les amendements.

78. **M. Ndiaye** (Observateur du Sénégal) dit qu'il est important d'établir qui serait en mesure d'engager une procédure d'amendement. Le droit d'amender un

instrument appartient normalement aux États parties et il est extrêmement inhabituel d'étendre ce droit à d'autres. Même si la Commission engageait une telle procédure, les États contractants, qui ne sont pas forcément tous membres de la Commission, devraient la remplacer dès ce moment. L'orateur n'est pas entièrement convaincu par l'argument invoquant des incidences budgétaires.

79. **M. Khani Jooyabad** (République islamique d'Iran) est très favorable aux commentaires faits par le secrétariat et se félicite de ce que les États-Unis soient prêts à modifier la variante B. Il propose de supprimer le projet de paragraphe 2 et le membre de phrase "participant à la conférence visée au paragraphe précédent" du projet de paragraphe 3. D'autres changements mineurs pourraient ensuite être apportés à ce projet de paragraphe pour indiquer clairement que la Commission n'est pas en mesure de prendre des décisions au nom des États contractants.

80. **M. Markus** (Suisse) dit qu'il faudrait faire une distinction entre le processus de suivi de la convention et de proposition d'amendements, d'une part, et l'adoption et l'entrée en vigueur des amendements, d'autre part. Les États contractants qui ne sont pas membres de la Commission doivent être impliqués dans le processus de suivi et autorisés, comme les États membres de la Commission, à demander l'examen d'amendements. Lorsqu'il s'agit d'approuver le texte d'un amendement, la Commission doit toutefois être attentive à respecter la procédure habituelle des Nations Unies. D'autre part, l'orateur demande au Secrétariat si un mécanisme pourrait être établi au niveau de la Commission, avant l'implication de l'Assemblée générale, qui soit différent de la procédure de décision normale de la Commission et qui permettrait simplement l'approbation du texte. À cet égard, il propose de conserver l'exigence du début du projet de paragraphe 3 de la variante B selon laquelle les amendements devraient être approuvés "à la majorité des deux tiers au moins des États participant à la conférence". En revanche, il ne devrait pas y avoir de disposition sur l'adoption et l'entrée en vigueur des amendements.

81. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que le principe exposé explicitement dans le projet de paragraphe 3 selon lequel aucun amendement ne peut s'appliquer à un État à moins qu'il n'ait été ratifié par lui devrait être conservé.

La séance est levée à 12 h 30.

Compte rendu analytique de la 805e séance, tenue au Centre international de Vienne, le lundi 11 juillet 2005, à 14 heures

[A/CN.9/SR.805]

Président: M. Chan (Singapour) (Vice- Président)

La séance est ouverte à 14 h 15.

Finalisation et adoption d'un projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (*suite*)
(A/CN.9/571, 573, 577 et Add.1, 578 et Add.1-17)

*Article 22. Amendements (*suite*)*

*Variante B, paragraphes 2 et 3 (*suite*)*

1. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation pense toujours qu'il serait préférable de supprimer le projet d'article 22, mais qu'il s'est concerté avec d'autres délégations et rédigé trois propositions sur lesquelles il semble exister un large consensus. Toutefois, comme elles viennent confirmer le droit conventionnel existant, il serait peut-être plus pertinent de les inclure dans le commentaire. En ce cas, sa délégation réitèrerait sa recommandation, qui semble soutenue par de nombreuses délégations, de supprimer le projet de paragraphe 3.

2. La première proposition clarifie le projet de paragraphe 2; elle est libellé de la manière suivante: "Les recommandations de la Commission peuvent être examinées en temps utile conformément aux procédures des Nations Unies généralement applicables". Les deuxième et troisième propositions remplaceraient le projet de paragraphe 3. La deuxième serait rédigée comme suit: "Les amendements éventuels à la convention ne s'applique qu'aux États qui les ont ratifiés, acceptés ou approuvés ", et la troisième serait la suivante: "Aucune disposition du présent article ne portera atteinte aux droits des États Parties d'amender, en ce qui les concerne, la convention à tout moment ".

3. **M. Bellenger** (France) dit que le projet de paragraphe 3 devrait être conservé, sans quoi la disposition sur la procédure d'évaluation disparaîtrait du projet d'article 22. Soulignant que dans une telle procédure il appartient plutôt aux États contractants qu'à la Commission de proposer des amendements, l'orateur note que le projet de paragraphe 3 établit une procédure qui est à la fois souple et en accord avec la pratique établie. Il considère par contre que les projets de paragraphes 1 et 2 devraient être supprimés.

4. **M. Khani Jooyabad** (République islamique d'Iran) dit que sa délégation estime que le projet d'article 22 devrait être supprimé car les questions du suivi de l'application, des rapports et des amendements sont trop controversées pour être discutées en profondeur dans le temps qui reste. Les procédures habituelles du droit conventionnel international pourraient être utilisées en matière d'amendements. Si le projet d'article est conservé, l'orateur appuiera la proposition française de supprimer les projets de paragraphes 1 et 2.

5. **M. Velázquez** (Paraguay) est favorable à la conservation du projet d'article 22. Si le projet de convention ne prévoit pour les amendements, la Convention de Vienne sur le droit des traités s'appliquera, ce qui risque de poser de graves difficultés. Une solution possible serait d'insérer une phrase au projet de paragraphe 2 du type: "À la demande des États Parties, l'Assemblée générale organisera régulièrement des conférences pour évaluer cette convention. "

6. **Mme Kamenkova** (Bélarus) dit que, si la Commission supprime le projet de paragraphe 3, il serait également logique de supprimer les projets de paragraphes 1 et 2 puisque rien n'empêche la Commission de débattre de l'application pratique de la convention pendant ses travaux courants. D'un autre côté, si la Commission décide de conserver le projet d'article 22 elle ne pourra pas garder les deux premiers paragraphes et supprimer le troisième sinon les éventuelles modifications visées au paragraphe 2 c) seraient sans objet. La logique impose de prévoir une procédure souple pour faire de tels amendements.

7. **M. Mitrović** (Serbie-et-Monténégro) appuie la proposition de la délégation des États-Unis et propose de remplacer le titre "Amendements" du projet d'article par "Évaluation de l'application de la convention ".

8. **M. Ndiaye** (Observateur du Sénégal) propose que le projet de paragraphe 2 soit remplacé par le texte suivant, qui donne aux Parties contractantes l'initiative pour organiser les conférences d'évaluation tout en prévoyant que les amendements seront discutés par la Commission:

> "À la demande d[es][‘] [deux tiers] [un tiers] des États Parties, les projets d'amendements sont débattus par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international."

9. Le projet de paragraphe 3 serait modifié de la manière suivante:

> "Tout amendement à la présente Convention doit être approuvé à la majorité des deux tiers des États Parties, conformément à la pratique des Nations Unies."

10. **M. Martens** (Allemagne) note que la Commission parvient régulièrement à la conclusion que le texte ne fait que constater l'évidence. Il pense que le mieux serait de supprimer le projet de paragraphe 22. Si nécessaire, la convention pourrait être amendée en suivant la procédure normale du droit international public. Même si la Commission peut débattre des éventuels amendements à une convention, la décision finale appartiendra toujours aux États Parties.

11. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation, qui n'a jamais été pleinement convaincue de la nécessité du projet d'article 22, souhaite retirer sa proposition.

12. Le Président dit que le secrétariat, suite à l'examen des instruments existants de la CNUDCI, a trouvé que seule la récente Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international contient une disposition d'amendement. Néanmoins, la Section des traités du Bureau des affaires juridiques a avisé le secrétariat qu'il serait approprié d'inclure une telle disposition dans le projet de convention, ce que beaucoup de délégations semblent appuyer. L'orateur note cependant que la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises ne contient pas de disposition de ce genre, mais qu'elle a été amendée par une conférence diplomatique. De plus, la Commission évaluera l'application de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York) lors de sa session actuelle, alors même que cette convention ne prévoit pas de procédure d'évaluation régulière.

13. **M. Al-Jazy** (Jordanie) appuie la déclaration du représentant allemand. Le projet de convention pourrait être amendé, si nécessaire, conformément aux principes généraux du droit international public.

14. **M. Khani Jooyabad** (République islamique d'Iran), notant que la délégation des États-Unis a retiré la variante B qu'elle proposait et que la variante A a déjà été rejetée, incite vivement la Commission à supprimer le projet d'article 22.

15. **M. Yamamoto** (Japon) dit que sa délégation appuie la conservation d'une disposition d'amendement. Au vu de la décision des États-Unis de retirer leur proposition, il suggère de revenir à la variante A qui fournit une solution simple.

16. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation ne peut en aucun cas accepter la variante A. Il espère donc qu'on ne reviendra pas sur la décision de la rejeter.

17. Le Président dit qu'il n'en sera ainsi que si une majorité de membres de la Commission le demande.

18. **M. Ndiaye** (Observateur du Sénégal) dit que sa délégation n'a pas d'objection à la suppression du projet d'article 22, mais il souhaite que le secrétariat explique les conséquences d'une telle décision.

19. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit que, conformément aux règles générales applicables en vertu de la Convention de Vienne sur le droit des traités et du droit international coutumier, si des États contractants souhaitent proposer un amendement ouvert à adoption par tous les États contractants, ceux-ci devraient en recevoir notification, une conférence spéciale devrait être organisée, et les États participants devraient convenir des règles de procédure de la conférence, y compris d'une procédure pour adopter les amendements et de la majorité requise pour l'adoption. La Convention de Vienne sur le droit des traités envisage la possibilité

de deux États contractants, ou plus, convenant d'un amendement qui s'appliquerait à leurs relations mutuelles. Toutefois, un tel accord ne serait pas ouvert à signature et à adoption par d'autres États contractants. L'un dans l'autre, si la question est laissée sans réponse la Commission se retrouvera dans une situation similaire à celle de la variante A, sans détermination préalable de la majorité nécessaire à l'adoption d'un amendement.

20. **MM. Minihan** (Australie), Bellenger (France) et Adensamer (Autriche) appuient la suppression du projet d'article 22.

21. Le Président dit que, si aucune objection n'est faite, il considère que la Commission souhaite supprimer l'article 22.

22. Il en est ainsi décidé.

Article 23. Entrée en vigueur

23. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit que le projet d'article 23 est une disposition courante. La Commission devrait décider du nombre d'instruments de ratification nécessaires à l'entrée en vigueur de la convention.

24. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que la pratique actuelle de la plupart des conventions de droit privé est de trois ratifications. Cela permettrait aux États contractants de profiter au plus tôt de la modernisation de leurs règles fondamentales du commerce électronique sur une base transfrontière, encourageant ainsi les autres États à adhérer à la convention.

25. **M. Khani Jooyabad** (République islamique d'Iran) relève que la Convention des Nations Unies sur les ventes exige dix ratifications, ce qu'il considère être le minimum pour assurer une représentation équitable. Il propose que 20 ratifications soient exigées pour le projet de convention.

26. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit qu'un nombre plus restreint d'États ne devrait pas être empêché de bénéficier de la convention s'il le souhaite. Cela a pris huit ans pour obtenir les dix ratifications de la Convention des Nations Unies sur les ventes. Dans huit ans, la convention sur les communications électroniques dans les contrats internationaux sera si dépassée qu'elle en deviendra inutile. Sa délégation presse donc la Commission de permettre à la convention d'entrer en vigueur avec le moins de ratifications possibles.

27. **M. D'Allaire** (Canada) fait remarquer que la Convention sur les accords d'élection de for conclue à La Haye en juin 2005 entrera en vigueur après le dépôt de seulement deux instruments de ratification. Dix est certainement excessif puisque la convention ne s'appliquera qu'aux États contractants. Trois ratifications est, à son avis, plus adapté aux circonstances.

28. Le Président note que la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by et la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international prévoient cinq ratifications alors que la Convention de New York en prévoit trois.

29. **M. Sekolec** (Secrétaire de la Commission) dit que pour trancher la question il pourrait être utile de prendre en compte le contexte dans lequel les conventions ont été conclues. Lorsqu'une convention a été élaborée pour remplacer un instrument précédent, comme la Convention des Nations Unies sur les ventes et la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer (les Règles de Hambourg), le nombre de ratifications requises peut être très considérable, suivant le nombre d'États parties à l'instrument précédent. Lorsque l'application d'une convention dépend de la circulation de droits et d'obligations, comme pour la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux et la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international , deux ratifications seront trop peu. Il en va de même pour les instruments sur le transport. Toutefois, une convention qui s'attache essentiellement à reconnaître les droits et les obligations mutuelles de parties devrait fonctionner correctement, en l'absence d'autres considérations impératives, si deux États sont décidés à permettre à leurs commerçants d'en bénéficier.

30. **MM. Velázquez** (Paraguay), **Sandoval** (Chili), **Pinzón Sánchez** (Colombie) et **Kim Chong-hoon**

(République de Corée) appuient la proposition des États-Unis.

31. **M. Khani Jooyabad** (République islamique d'Iran) dit que si seulement trois ratifications sont exigées pour que la convention entre en vigueur, toute décision prise par une conférence des trois premiers États contractants s'appliquera ensuite à tous les autres États contractants. L'orateur signale que dans d'autres branches du droit international il est normal d'exiger 40 à 65 ratifications pour l'entrée en vigueur des conventions.

32. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit qu'on priverait les conventions dans le domaine du droit privé de tout effet si on exigeait un grand nombre de ratifications. Ces conventions sont efficaces lorsqu'elles s'appliquent à des parties contractantes convenant de leur application et la Commission devrait limiter au maximum les obstacles à leur application.

33. **Le Président** comprend que la Commission convient que trois ratifications devraient être exigées pour l'entrée en vigueur du projet de convention.

34. *Il en est ainsi décidé.*

35. *Le projet d'article 23, tel que modifié, est adopté quant au fond et renvoyé au groupe de rédaction.*

Article 24. Règles transitoires

36. **Le Président** note que l'ensemble du projet d'article 24 est entre crochets.

37. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit qu'il a été jugé important d'inclure des dispositions transitoires clarifiant l'application temporelle du projet de convention en raison des diverses possibilités qui s'offrent aux États contractants pour faire des déclarations et du fait que la convention s'appliquera également aux contrats et transactions privés. Toutefois, le projet d'article a été ajouté relativement tard dans les délibérations du Groupe de travail et n'a pas été discuté en détail.

38. **M. Field** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation reconnaît qu'il est extrêmement difficile de rédiger des règles transitoires couvrant tout l'éventail des éventualités, mais que l'article a correctement identifié la question la plus importante, qui est de savoir si le projet de convention couvre les contrats conclus ou les communications échangées avant son entrée en vigueur.

39. Le projet de paragraphe 2 devrait modifié pour être mis en conformité avec le texte modifié de l'article 18. L'orateur propose le libellé suivant:

> "Dans les États contractants qui font une déclaration en vertu du paragraphe 1 a) de l'article 18, la présente Convention s'applique uniquement aux communications électroniques qui sont échangées après la date à laquelle elle entre en vigueur à l'égard des États contractants visés au paragraphe 1 a) de l'article 18."

40. La délégation de l'orateur considère que les projets de paragraphes 3 et 4 pourraient être supprimés. Le projet de paragraphe 3 est inutile car, conformément à l'article 19, paragraphe 1, la convention ne s'appliquera de toute façon qu'aux contrats auxquels l'une des conventions énumérées s'applique déjà. Le projet de paragraphe 4 est, de l'avis de sa délégation, déjà couvert par le projet de paragraphe 5.

41. **M. D'Allaire** (Canada) demande si l'expression "la date à laquelle elle entre en vigueur" du projet de paragraphe 1 vise l'entrée en vigueur de la convention au niveau international ou dans un État contractant particulier. Le fait que le projet d'article ne fasse pas référence au projet d'article 17 sur les unités territoriales nationales ou au projet d'article 16 *bis* sur les organisations régionales d'intégration économique rend son interprétation encore plus compliquée.

42. Le projet de paragraphe 3 devrait, selon l'orateur, se référer à l'entrée en vigueur des conventions énumérées à l'article 19, paragraphe 1, et au projet de convention lui-même.

43. Étant donné que le projet d'article ne couvre pas toutes les situations transitoires, sa délégation propose de le supprimer. La loi applicable de chaque État contractant pourrait être appliquée à toute situation transitoire qui survient. Lors de la ratification et de l'application de la convention, les États devraient prendre des mesures pour garantir que de telles situations seront couvertes conformément aux obligations que la convention leur impose.

44. **M. Mitrović** (Serbie-et-Monténégro) note que pour certains États contractants le projet de convention entrerait en vigueur sous le régime du projet d'article premier, mais que pour les autres États ayant fait différents types de déclarations on ne comprend pas très bien quel serait le régime applicable. Sa délégation propose donc de tout supprimer sauf le paragraphe 1 et d'insérer les mots "pour chaque État respectif" après "après la date à laquelle elle entre en vigueur ". Ceci répondrait également à la question de la délégation canadienne au sujet du projet de paragraphe 1.

45. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que la convention ne pourra pas être mise en œuvre si la question de son application rétroactive aux actions déjà accomplies par les parties commerciales n'est pas tranchée. Le projet de paragraphe 1 exclut une telle application rétroactive, mais il n'offre pas aux parties commerciales la prévisibilité dont elles ont besoin. Le projet de paragraphe 5 est également nécessaire pour traiter la question de la date de prise d'effet des déclarations. Il faudrait, de plus, une règle pour garantir la prévisibilité du projet d'article 18, paragraphe 1 a).

46. **M. Sandoval** (Chili) appuie la proposition de conserver seulement le paragraphe 1 du projet d'article 24.

47. **M. Pinzón Sánchez** (Colombie) dit que le projet de paragraphe 1 n'est pas véritablement une règle transitoire, mais complète les paragraphes 1 et 2 du projet d'article 23 qui établissent une règle générale pour l'entrée en vigueur du projet de convention et une règle pour son entrée en vigueur dans les États qui l'ont ratifié, accepté, approuvé ou qui y ont adhéré. L'orateur appuie la proposition de garder seulement le projet de paragraphe 1, comme modifié par le représentant de la Serbie-et-Monténégro.

48. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que si le projet de paragraphe 5 est supprimé, la Commission laisserait les parties dans le doute de savoir si une déclaration prenant effet après l'entrée en vigueur de la convention s'applique ou non rétroactivement. L'objectif de la convention est de renforcer la prévisibilité du marché. Si elle n'y parvenait pas cela conduirait à des litiges, des différends et des incertitudes qui pourraient facilement être évités.

49. **Mme Schmidt** (Allemagne), répondant aux préoccupations de la délégation canadienne, dit que le projet de paragraphe 1 est simplement destiné à empêcher l'entrée en vigueur rétroactive de la convention. Afin de clarifier le sens de la disposition, elle propose d'insérer la phrase "conformément à l'article 23, paragraphe 1" après "la date à laquelle elle entre en vigueur".

50. **M. Olutujoye** (Nigéria) est favorable au maintien du seul paragraphe 1 du projet d'article 24. Il demande cependant au secrétariat d'expliquer la note 13 du document A/CN.9/577 selon laquelle la dernière version du projet de convention examinée par le Groupe de travail ne contenait que le premier paragraphe.

51. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit que, à un stade précédent du processus de rédaction, la Groupe de travail avait espéré que le projet de convention ne contiendrait pas le système compliqué de déclarations et contre-déclarations des projets d'articles 18 et 19. Étant donné que la version finale du projet de texte prévoit une grande variété de déclarations, les paragraphes additionnels ont été proposés.

52. Une lecture logique du projet de paragraphe 1 à la lumière du projet d'article premier montre qu'il porte sur l'entrée en vigueur de la convention dans l'État contractant dont la loi régit l'échange de communications électroniques en question. Si l'État du for est un État contractant, il peut utiliser la convention pour interpréter ses propres lois, mais uniquement à partir du moment où la convention est entrée en vigueur chez lui. Si les règles de droit international privé de l'État du for conduisent cependant à l'application de la loi d'un autre État contractant, il devra appliquer la convention à la date à laquelle elle est entrée en vigueur dans cet autre État.

53. **M. Mitrović** (Serbie-et-Monténégro) dit que la délégation des États-Unis l'a convaincu de l'utilité de conserver le projet de paragraphe 5, en plus du projet de paragraphe 1, en tant que paragraphe 2.

La séance est suspendue à 15 h 30 et reprend à 15 h 50.

54. **M. Field** (États-Unis d'Amérique) propose que le projet d'article 24 ne contienne que le paragraphe suivant:

"La présente Convention et toute déclaration s'appliquent uniquement aux communications électroniques qui sont échangées après la date à laquelle la Convention ou une telle déclaration entrent en vigueur dans chaque État contractant. "

55. **M. Yang Lixin** (Chine) appuie la proposition de la délégation des États-Unis.

56. **M. D'Allaire** (Canada) dit que sa délégation appuie également la proposition des États-Unis. Le projet d'article réaffirmerait le principe de non rétroactivité de la convention. Toutefois, sa délégation est très opposée à la proposition de la délégation allemande de mentionner le projet d'article 23, paragraphe 1, car cela pourrait ouvrir la porte à la rétroactivité. Une fois entrée en vigueur au niveau international la convention serait, à partir de cette date, applicable aux États l'ayant ratifié.

57. **Mme Schmidt** (Allemagne) dit que sa délégation appuie à présent pleinement la proposition des États-Unis.

58. **M. Chong** (Singapour) dit que sa délégation appuie également la proposition des États-Unis. Toutefois, il propose que le commentaire précise que le mot "déclaration" dans le texte proposé s'applique aussi au retrait ou à la modification d'une déclaration.

59. **MM. Yamamoto** (Japon), **Sandoval** (Chili) et **Velázquez** (Paraguay) sont favorables à la proposition des États-Unis.

60. **Le Président** comprend que la Commission souhaite remplacer le texte du projet d'article 24 par le paragraphe unique proposé par la délégation des États-Unis.

61. *Il en est ainsi décidé.*

62. **M. Field** (États-Unis d'Amérique) propose "Non rétroactivité" comme nouveau titre.

63. **M. D'Allaire** (Canada) dit que le principe d'application non-rétroactive est, sauf indication contraire, inhérent à toute convention internationale. Il propose que le paragraphe qui vient d'être approuvé devienne le paragraphe 3 du projet d'article 23.

64. **M. Velázquez** (Paraguay) propose le titre "Applicabilité ".

65. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation est prête à appuyer ce titre.

66. **M. D'Allaire** (Canada) retire sa proposition visant à insérer le paragraphe restant dans le projet d'article 23.

67. **M. Chong** (Singapour) fait observer que la différence entre "Applicabilité" et le titre du projet d'article premier "Champ d'application" risque d'être difficile à comprendre. Il propose comme autre titre "Moment de l'application".

68. **MM. Adensamer** (Autriche) et **Burman** (États-Unis d'Amérique) appuient cette proposition.

69. **Le Président** considère que la Commission souhaite remplacer le titre du projet d'article 24 par "Moment de l'application".

70. *Il en est ainsi décidé.*

71. Le projet d'article 24, tel que modifié, est approuvé quant au fond et renvoyé au groupe de rédaction.

Article 25. Dénonciation

72. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit que le projet d'article 25 est une disposition courante des instruments de la CNUDCI comme d'autres instruments des Nations Unies.

73. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) pense que la Commission, de même que d'autres organes des Nations Unies élaborant des traités, devraient dans quelque temps envisager de remplacer le mot "dénonciation ", qui a des connotations malheureuses, par "retrait".

74. **Mme Schmidt** (Allemagne) propose de ramener la période d'entrée en vigueur d'une dénonciation de douze à six mois, ce qui permettrait d'aligner le projet d'article 25 sur le projet d'article 23 sur l'entrée en vigueur.

75. **Le Président** dit que, en l'absence d'appui à cette proposition, il considère que la Commission souhaite approuver l'article 25 actuel.

76. *Le projet d'article 25 est approuvé quant au fond et renvoyé au groupe de rédaction.*

Clause de signature

77. *La clause de signature est approuvée et renvoyée au groupe de rédaction.*

Préambule

78. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit que des contraintes de temps ont empêché le Groupe de travail de prendre une position arrêtée sur le projet de préambule. Le libellé s'inspire d'éléments des préambules de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique , de la Convention des Nations Unies sur les ventes et d'autres instruments de la CNUDCI. Certaines délégations ont cependant estimé qu'il était un peu trop long comparé, par exemple, au préambule de la Conventions des Nations Unies sur les ventes, qui est trois fois plus court alors que la Convention a presque trois fois plus d'articles. Les mots "en tenant compte de leur interchangeabilité" entre crochets au cinquième alinéa du préambule reprend une proposition faite par une délégation à l'une des séances du Groupe de travail.

79. **M. Bellenger** (France) propose de réduire le projet de préambule à seulement deux paragraphes exprimant les objectifs du projet de convention, qui sont d'encourager l'utilisation des communications électroniques dans le commerce international et, à cette fin, d'engendrer la confiance dans ces communications en garantissant la sécurité juridique du commerce électronique. Les deux paragraphes pourraient être rédigés comme suit:

> "*Désireux* d'encourager l'utilisation des communications électroniques dans le commerce électronique,
>
> *Cherchant* à créer les conditions propres à engendrer la confiance dans l'utilisation des communications électroniques."

80. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation comprend le désir de simplicité de la délégation française, mais que les objectifs évoqués sont déjà présents dans le quatrième alinéa. Les trois premiers alinéas sont courants dans les instruments des Nations Unies. Sa délégation appuie donc le texte actuel, sous réserve de la suppression du mot "peut" avant "aider les États" au quatrième alinéa, qui est excessivement prudent. L'adoption de règles uniformes pour lever les obstacles à l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux aidera certainement les États à avoir accès aux circuits commerciaux modernes.

81. Pour lever les réserves exprimées au sujet du passage "en tenant compte de leur interchangeabilité" au cinquième alinéa, l'orateur propose de remplacer les mots "de leur interchangeabilité" par "des principes de neutralité technologique et d'équivalence fonctionnelle ", tiré du paragraphe 2 des commentaires écrits du Canada (A/CN.9/578/Add.15).

82. **Le Président** note que le libellé du projet de préambule ressemble plus à celui d'une résolution de l'Assemblée générale recommandant une convention qu'au préambule d'une convention des Nations Unies.

83. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que les préambules des autres conventions de la CNUDCI sont à peu près aussi long. Ce n'est pas la longueur du projet de préambule qui compte mais son utilité et son intérêt pour des pays à différents stades de développement économique.

84. **M. D'Allaire** (Canada) dit que l'objet du projet de convention est d'encourager l'utilisation des communications électroniques et il importe donc peu que le préambule excède légèrement la portée du projet de convention. Sa délégation appuie le projet de préambule modifié par les États-Unis car il reflète les intérêts des économies développées et en développement.

85. **M. Velázquez** (Paraguay) est favorable au préambule actuel car il exprime l'esprit du projet de convention et se réfère à un champ d'application qui intéresse des pays à des niveaux de développement différents.

86. **M. Sandoval** (Chili) dit que sa délégation appuie le projet de préambule modifié par les États-Unis.

87. **Le Président** considère que la Commission souhaite approuver le projet de préambule avec les modifications proposées par les États-Unis aux quatrième et cinquième alinéas.

88. Le projet de préambule, tel que modifié, est adopté quant au fond et renvoyé au groupe de rédaction.

Titre de la convention

89. **M. Mitrović** (Serbie-et-Monténégro) propose le titre "Convention sur la forme électronique des contrats internationaux ", qui serait probablement réduit à "Convention sur la forme électronique" pour l'usage quotidien. L'aspect essentiel du projet de convention est la forme des contrats électroniques, c'est-à-dire leur négociation, leur formation et leur exécution.

90. **Le Président** dit que, même si le titre actuel décrit précisément l'objet du projet de convention, il se demande si la Commission ne souhaiterait pas convenir d'un titre plus court.

91. **M. Sandoval** (Chili) propose le titre "Convention sur les contrats internationaux conclus par des moyens électroniques ". Le mot "conclus" couvrant, à son avis, l'ensemble du processus depuis la formation jusqu'à l'exécution.

92. **M. Chong** (Singapour) est favorable au titre actuel car il reflète fidèlement le projet d'article premier, paragraphe 1. Le titre complet de la Convention des Nations Unies sur les ventes est également long mais il est néanmoins adapté. Les parties pourront toujours inventer un titre abrégé pour l'usage quotidien.

93. **M. Gabriel** (États-Unis d'Amérique) convient que le titre actuel est approprié. Il pourrait cependant être abrégé en supprimant les mots "l'utilisation de ", qui sont inutiles. Il propose de remplacer le mot "contrats" par "formation des contrats" dans la mesure où le projet de convention ne porte pas sur les contrats eux-mêmes.

94. **Mme Kamenkova** (Bélarus) dit que sa délégation appuie le titre actuel, mais n'est pas opposée à la suppression des termes "l'utilisation de ".

95. **M. Martens** (Allemagne), appuyé par M. Bellenger (France), préconise de garder le projet de titre actuel. Un titre long est préférable pour une petite convention s'il permet de clarifier les domaines qu'elle couvre, ou ne couvre pas. En revanche, un titre court est approprié pour une convention très générale telle que la Convention de Vienne sur le droit des traités.

96. **M. Yamamoto** (Japon), s'associant aux déclarations faites par les délégations de Singapour et de l'Allemagne, appuie le titre actuel.

97. **M. Kim Chong-hoon** (République de Corée) fait observer que le projet d'article premier, paragraphe 1, précise que la Convention s'applique à "l'utilisation de" communications électroniques. Il est donc favorable au titre actuel.

98. **M. Tikhaze** (Fédération de Russie) dit que sa délégation n'est pas opposée au maintien du titre actuel.

99. **Le Président** considère que la Commission souhaite conserver le titre "Convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux "

100. *Il en est ainsi décidé*.

101. **M. Estrella Faria** (Secrétariat), répondant à une demande précédente de la délégation du Japon, dit que les termes "États contractants" et "États Parties" ont deux significations différentes dans le projet de convention, conformément à la Convention de Vienne sur le droit des traités. Alors que les "États contractants" sont des États qui ont consenti à être lié par un traité qui n'est pas encore entré en vigueur, les "États Parties" sont des États qui ont accepté d'être lié par un traité déjà en vigueur. La distinction est devenue inutile dans le texte approuvé. Comme seul le paragraphe 3 de l'ancien projet d'article 16 *bis*, devenu le projet de paragraphe 17, fait référence aux États parties, l'orateur propose de supprimer les mots "État partie" ou "États parties" dans cette disposition et de ne conserver que "État contractant" ou "États contractants".

102. **Le Président** considère que la Commission souhaite suivre la proposition du secrétariat.

103. *Il en est ainsi décidé*.

Notes explicatives

104. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) demande si la Commission souhaite que le secrétariat de la CNUDCI prépare et publie des "Notes explicatives" en son nom propre et sous son autorité ou si elle souhaite un commentaire officiel qu'elle adoptera elle-même et qui sera publié sous ses auspices. Une autre possibilité serait que le secrétariat prépare un commentaire et le soumette à la Commission pour

approbation. Le secrétariat suivra, bien évidemment, les orientations et instructions qu'il aura reçu de la Commission et s'appuiera sur l'assistance d'experts extérieurs en fonction des besoins.

105. **M. Mitrović** (Serbie-et-Monténégro) propose que le Secrétariat rédige des notes explicatives. Celles-ci ne lieraient bien sûr pas les États ayant conclu une convention entre eux.

106. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) suggère que le Secrétariat présente ses notes explicatives lors de la trente-neuvième session de la Commission en 2006, éventuellement au même moment que la cérémonie de signature proposée par sa délégation.

107. **Le Président** considère que la Commission souhaite demander au secrétariat de préparer des notes explicatives, étant entendu que la Commission en prendra acte.

108. Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 16 h 50.

Compte rendu analytique de la 810e séance, tenue au Centre international de Vienne, le vendredi 15 juillet 2005, à 10 heures

[A/CN.9/SR.810]

Président: M. Pinzón Sánchez (Colombie)

La séance est ouverte à 10 h 25.

Finalisation et adoption d'un projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (*suite*) (A/CN.9/XXXVIII/CRP.2/Add.4)

1. **Le Président** invite la Commission à adopter le projet de convention tel qu'il figure dans le rapport du groupe de rédaction (A/CN.9/XXXVIII/CRP.2/Add.4).

Titre

2. *Le projet de titre est adopté.*

Préambule

3. *Le projet de préambule est adopté.*

Chapitre premier. Sphère d'application

Articles premier à 3

4. *Les projets d'articles premier à 3 sont adoptés.*

Chapitre II. Dispositions générales

Articles 4 à 7

5. *Les projets d'articles 4 à 7 sont adoptés.*

Chapitre III. Utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux

Articles 8 à 14

6. *Les projets d'articles 8 à 14 sont adoptés.*

Chapitre IV. Dispositions finales

Articles 15 à 19

7. *Les projets d'articles 15 à 19 sont adoptés.*

8. *Article 20. Communications échangées conformément à d'autres conventions internationales.*

9. **M. Schöfisch** (Allemagne), appuyé par **M. Burman** (États-Unis), propose que, dans un souci de cohérence avec l'article premier, les mots "contract or agreement", dans la version anglaise, soient remplacés par le mot "contract" toutes les fois qu'ils apparaissent dans les paragraphes 1 à 4 de l'article 20.

10. **M. Estrella Faria** (Secrétariat) dit que le non-remplacement des mots "contract or agreement" par le mot "contract", dans l'article 20 de la version anglaise (ainsi que de la version espagnole) du texte est dû à une erreur.

11. *Le projet d'article 20, tel que modifié, est adopté.*

Articles 21 à 25

12. *Les projets d'articles 21 à 25 sont adoptés.*

13. *Le projet de convention dans son ensemble, tel que modifié, est adopté.*

Le débat faisant l'objet du présent compte rendu analytique s'achève à 11 h 5.

III. BIBLIOGRAPHIE DES ÉCRITS RÉCENTS AYANT TRAIT AUX TRAVAUX DE LA CNUDCI*

NOTE DU SECRÉTARIAT

(A/CN.9/581) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

I. Questions générales

II. Vente internationale de marchandises

III. Arbitrage commercial international et conciliation

IV. Transport international

V. Paiements internationaux

VI. Commerce électronique

VII. Garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by

VIII. Passation des marchés

IX. Insolvabilité internationale

X. Financement par cession de créances

XI. Contrats internationaux de construction

XII. Échanges compensés

XIII. Projets d'infrastructure à financement privé

XIV. Sûretés

Annexe Textes juridiques de la CNUDCI

---

* Les recueils de jurisprudence concernant les textes de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et les références bibliographiques s'y rapportant sont publiés sous la cote A/CN.9/SER.C/-.

I. Questions générales

Barres Benlloch, P. Nota informativa sobre la 36ª sesión del plenario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL). *Revista de derecho bancario y bursátil* (Valladolid) 93:319-331, 2004.

Daudet, Y. Actualités de la codification du droit international. *In* Recueil des cours, Académie de droit international de La Haye. Leyde/Boston: Martinus Nijhoff, 2004. Vol. 303, p. 9 à 118.

Voir, en particulier, p. 81 à 83.

Gopalan, S. The creation of international commercial law: sovereignty felled? *San Diego international law journal* (San Diego, Californie) 5:267-322, 2004.

_____. New trends in the making of international commercial law. *The journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pennsylvanie) 23:2:117-168, 2004.

Hafner, G. Certain issues of the work of the Sixth Committee at the Fifty-sixth General Assembly. *American journal of international law* (Washington) 97:147-162, 2003.

Kessedjian, C. Codification du droit international commercial et droit international privé. *In* Recueil des cours, Académie de droit international de La Haye. Leyde/Boston: Martinus Nijhoff, 2004. Vol. 300, p. 78 à 308.

Lando, O. Der Aktionsplan der EG-Kommission zum europäischen Vertragsrecht. *Recht der internationalen Wirtschaft: Betriebs-Berater International* (Heidelberg) 51:1:1-6.

Lannan, K. Revisión anual: trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) desde 2002 hasta 2003. *In* DeCITA: derecho del comercio internacional, temas y actualidades. Buenos Aires, Zavalía, 2004, p. 414 à 419.

Meessen, K. M. *Economic law in globalizing markets.* La Haye: Kluwer Law International, 2004. 382 pages.

Voir, en particulier, p. 39 à 47 sur la contribution de la CNUDCI à l'internationalisation du droit économique.

Reich, A. The WTO as a law-harmonizing institution. *University of Pennsylvania journal of international economic law* (Philadelphia, Pennsylvanie) 25:321-382, 2004.

Voir, en particulier, par. 6.2 sur l'activité de la CNUDCI en tant qu'organe chargé de l'harmonisation du droit.

Sánchez-Calero, J. La labor de UNCITRAL en materia de fraude comercial internacional. *Revista de derecho bancario y bursátil* (Valladolid) 95:272-275, 2004.

Schneider, U. H. *et* M. Nietsch. Internationale Rechtsangleichung. *In* Festschrift für Erik Jayme. Munich, Sellier European Law Publishers, 2004. p. 1361 à 1376.

Torsello, M. *Common features of uniform commercial law conventions.* Munich: Sellier European law publishers, 2004. viii, 344 pages.

Transnational commercial law. International instruments and commentary. Oxford: Oxford university press, 2004. l, 1058.

II. Vente internationale de marchandises

Almeida Prado, M. *Le hardship dans le droit du commerce international*. Bruxelles/Paris: Bruylant /Forum européen de la communication, 2003. xv, 345 pages.

Baasch Andersen, C. From resource of law to source of law – the Internet as a source of law in unifying the jurisprudence of the CISG. *The journal of information, law and technology* 3:2004
Disponible sur:
http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2004_3/andersen/

Baasch Andersen, C. Exceptions to the notification rule – are they uniformly interpreted? *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 9:1:17-42, 2005.

Baker, M.B. "A hard rain's a-gonna fall" – Terrorism and excused contractual performance in a post-September 11th world. *The transnational lawyer* (Sacramento, Californie) 17:1-35, 2004.

Berger, M. Préjudice indemnisable et droit international des contrats / Damages and international contract law. *Revue de droit des affaires internationales / International business law journal* (Paris) 4:427-443, 2004.

Borisova, B. Remarks on the manner in which the UNIDROIT principles may be used to interpret or supplement article 6 of the CISG. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 9:1:153-160, 2005.

Buschbaum, M. Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts im Verhältnis zu Hongkong? *IPRax* (Bielefeld) 24:6:546, 2004.

Charters, A. L. Fitting the "situation": the CISG and the regulated market. *Washington university global studies law review* (St. Louis, Missouri) 4:1-42, 2005.

Chengwei, Liu. The concept of fundamental breach: perspectives from the CISG, UNIDROIT principles, PECL and case law. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 9:1:123-152, 2005.

CISG-AC opinion no. 2, examination of the goods and notice of non-conformity – articles 38 and 39, 7 juin 2004. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 4:4:163-175, 2004.

Dokter, D. Interpretation of exclusion-clauses of the Vienna Sales Convention. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen) 68:4:430-443, 2004.

Faust, F. Zinsen bei Zahlungsverzug. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen) 68:4:511-527, 2004.

Ferrante, E. "Battle of the forms" and the 1980 United Nations Convention on contracts for the international sale of goods (CISG) – a note on the BGH

(German Supreme Court) decision of 9 January 2002. *Uniform law review / Revue de droit uniforme* (Rome) 8:975-981, 2003-4.

Ferrari, F. Divergences in the application of the CISG's rules on non-conformity of goods. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen) 68:4:473-494, 2004.

_____. International sale law and the inevitability of forum shopping. A comment on Tribunale di Rimini, 26 novembre 2002. *The journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pennsylvanie) 23:2:169-192, 2004.

_____. La place de la régionalisation dans l'unification du droit de la vente / Unification of sales law: do regions matter? *Revue de droit des affaires internationales / International business law journal* (Paris) 4:445-459, 2004.

Une version antérieure de cet article a été publiée dans *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 8:1:1-22, 2004.
Contient en appendice une traduction anglaise de la décision du tribunal de Rimini, du 26 novembre 2002.

_____. Wesentliche Vertragsverletzung nach UN-Kaufrecht. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 5:1:1-9, 2005.

Flechtner, H. M. Substantial revisions to U.S. domestic sales law (article 2 of the Uniform Commercial Code) *Internationales Handelsrecht* (Munich) 4:6:225-236, 2004.

Garro, A. A. *et* P. Perales Viscasillas. Comunicaciones electrónicas en la convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CNUCCIM): primera opinión del consejo consultivo de la CNUCCIM (CISG-AC). *Revista de la Contratación Electrónica* (Cadix) 44:39-56, 2003.

Gillette, C. P. The empirical and theoretical underpinnings of the law merchant: the law merchant in the modern age: institutional design and international usages under the CISG. *Chicago journal of international law* (Chicago, Illinois) 5:157-179, 2004.

Grieser, S. G. Die Behandlung von atypischen Kaufverträgen im UN-Kaufrecht. Francfort-sur-le-Main: Peter Lang, 2004. 200 pages.

Herber, R. Das Verhältnis des CISG zu anderen Übereinkommen und Rechtsnormen, insbesondere zum Gemeinschaftsrecht der EU. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 4:3:89-94, 2004.

Ho-Sun, Lee. Mulpumui Gyeyak Bujeokhapseongye Tarun Sonhaebaesangaek Gyoljeong. *Arbitration journal* (Séoul) 311:13-23, 2004.
En coréen.
Titre en français: Un aperçu des moyens de recours dans la CVIM.

Jamison, M. The on-sale bar and the new UCC article 2: arguments for defining a commercial offer for sale pursuant to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *North Carolina journal of law & technology* (Chapel Hill, Caroline du Nord) 5:351-370, 2004.

Jeong-Il, Suh. CISG Hyopyaksang Gujejochiye Gwanhayo. *Arbitration journal* (Séoul) 311:6-12, 2004.
En coréen.
Titre en français: La décision en matière de dommages-intérêts pour défaut de conformité des marchandises dans la CVIM.

Kee, C. Remarks on the manner in which the UNIDROIT principles may be used to interpret or supplement article 48 of the CISG. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 8:2:245-248, 2004.

King, C. The CISG – another one of equity's darlings? *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 8:2:249-268, 2004.

Köhler, M. *Die Haftung nach UN-Kaufrecht im Spannungsverhältnis zwischen Vertrag und Delikt*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. xv, 290 pages.

Kropholler, J., (*sous la direction de*) Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts im Jahre 2002. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004. xxiv, 635 pages.
Voir, en particulier, partie IV.

Kruisinga, S. A. *(Non-)conformity of the 1980 UN Convention on contracts for the international sales of goods: a uniform concept?* Anvers: Intersentia, 2004. xv, 299 pages.

Lookofsky, J. Digesting CISG case law: how much regards should we have? *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 8:2:181-194, 2004.

_____. *Understanding the CISG in the USA*. 2e édition. La Haye: Kluwer Law International, 2004. xi, 214 pages.

_____. *et* H. Flechtner. Nominating Manfred Forberich: the worst CISG decision in 25 years? *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 9:1:199-208, 2005.

Lutz, H. The CISG and common law courts: is there really a problem? *Victoria University of Wellington law review* (Wellington, Nouvelle-Zélande) 35:711-733, 2004.

Lubbe G. Fundamental breach under the CISG: A source of fundamentally divergent results. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen) 68:4:444-472, 2004.

Malan, A. L'extension du champ d'application d'une convention d'unification matérielle par la volonté des parties. *Journal du droit international* (Paris) 131:2: 443-464, 2004.

McNamara, T. U.N. Sale of Goods Convention: finally coming of age? *Colorado lawyer* (Denver) 32:2:11-22, 2003.

Müller T.M. Die Beweislastverteilung für die Bösgläubigkeit des Verkäufers im Rahmen des Art. 40 CISG. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 5:1:16-20, 2005.

Osuna González, A. Los honorarios legales como “daños” en el ámbito de la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías. *Normas legales* (Trujillo, Pérou) 328:3-11, 2003.

Perales Viscasillas, P. Hacia un nuevo concepto del contrato de compraventa: desde la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías hasta y después de la Directiva 1999/44/CE sobre garantías en la venta de bienes de consumo. *Actualidad civil* (Madrid) 47-48:1199-1224, 2003.

_____. Los contratos “mixtos” del artículo 3.1 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías. *In* Estudios de contratación internacional (Régimen uniforme e internacional privado). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Colección seminarios n. 16, 2004. p. 423 à 454.

Piltz, B. AGB in UN-Kaufverträgen. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 4:4:133-138, 2004.

_____. Standard terms in UN-contracts of sale. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 8:2:233-244, 2004.

Ramberg, A. Electronic communication under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG. *In* Scandinavian studies in law. Volume 47. IT law. Wahlgren P., (*sous la direction de*), Stockholm, Stockholm institute for Scandinavian law, 2004, p. 111 à 130.

Regula, S. *et* B. Kannowski. Nochmals: UN-Kaufrecht oder BGB? Erwägungen zur Rechtswahl aufgrund einer vergleichenden Betrachtung *Internationales Handelsrecht* (Munich) 4:2:45-54, 2004.

Reid, A. International sale of goods contracts in the 21st century. *Business law review* (La Haye) 25:5/6:120-126, 2004.

Reynolds, F. Some Reservations about CISG. *In* New trends in international trade law. Turin, G. Giappichelli editore, 2000. p. 287 à 297.

Rosett, A. The Many Paths to Harmony in International Commercial Law. *In* New trends in international trade law. Turin, G. Giappichelli editore, 2000. p. 319 à 324.

Sauthoff, E. Lieferverzug als wesentliche Vertragsverletzung bei Vereinbarung sofortiger Lieferung und wirksame Einbeziehung fremdsprachiger AGB. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 5:1:21-24, 2005.

Schlechtriem, P. *et* I. Schwenzer. Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. 4e édition. Munich: C.H. Beck, 2004. lxxxii, 1041 pages.

Siehr, K. Convention on the International Sale of Goods – summary. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen) 68:4:528-532, 2004.

Suk-Chul, Kim. Gukjehyeopyakye Daehan Alkisuiwoon Jeonmunhaesol. *Arbitration journal* (Séoul) 313:67-77, 2004.
En coréen.

Titre en français: Interprétations faciles à comprendre de la Convention de Vienne (CVIM).

Tetley, W. Good faith in contract: particularly in the contracts of arbitration and chartering. *Journal of maritime law & commerce* (Baltimore, Maryland) 35:561-616, 2004.

Veneziano, A. Interpretazione ed applicazione del diritto uniforme del commercio internazionale: la "banca dati UNILEX". *In* Io comparo, tu compari, egli compara: che cosa, come, perché? Bertorello V. (*sous la direction de*), Milan, Giuffré editore, 2003, p. 301 à 311.
En italien.

Webb, L. International BBB ratings a la eBay: a proposal for an improved online better business bureau to facilitate international business transactions. *California western international law journal* (San Diego, Californie) 35:127-152, 2004.

Wang Xiaolin *et* C. Baasch Andersen. The Chinese declaration as to form of contracts under CISG – time to withdraw? *Uniform law review / Revue de droit uniforme* (Rome) 8:870-873, 2003-4.

Wiener Katz, A. The empirical and theoretical underpinnings of the law merchant: the relative costs of incorporating trade usage into domestic versus international sales contracts: comments on Clayton Gillette, institutional design and international usages under the CISG. *Chicago journal of international law* (Chicago, Illinois) 5:181-190, 2004

Winship, P. Exemptions under article 79 of the Vienna Sales Convention. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen) 68:4:495-510, 2004.

Woorinara Gukjemulpum Maemaegyeyakye Gwanhan UN Hyopyak Gaip. *Arbitration journal* (Séoul) 311:4-5, 2004.
En coréen.
Titre en français: Ratification par la Corée de la Convention de Vienne (CVIM).

Yamaguchi, M. The problem of delay in the contract formation process: a comparative study of contract law. *Cornell international law journal* (Ithaca, New York) 37:357-388, 2004.

Zeller, B. International trade law – problems of language and concepts? *The journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pennsylvanie) 23:1:39-51, 2003.

Zimmermann, R. Symposium: The Convention on the International Sale of Goods and its application in comparative perspective. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen) 68:4:427-429, 2004.

III. Arbitrage commercial international et conciliation

Adachi, E. Gaikoku chusai handan no torikeshi, shonin-shikko – toku ni shikko kettei tetsuzuki ni tsuite – *JCA Journal* (Tokyo) 51:12:67-72, décembre 2004.
En japonais.

Titre en français: Recours contre la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, en particulier au sujet de la procédure relative à la décision concernant l'exécution.

Adams, C. *et* V. Liborio L'exequatur des sentences arbitrales étrangères aux États-Unis. *Journal du droit international* (Paris) 131:4:1165-1177, 2004.

Alexander, N. The UNCITRAL model law on international commercial arbitration. *World arbitration and mediation report* (Huntington, New York.) 15:4:105-117, 2004.

Entretien avec M. J. Sekolec, secrétaire de la CNUDCI.

Repris en partie dans: Alexander N. When your multicultural dinner party conversation becomes an international mediation. *ADR bulletin* (Sidney) 6:8:145-151, 2004.

Alyoshin, O. Y. *et* T. Slipachuk. Enforcement of foreign arbitral awards in the Ukraine: to be or not to be. *Journal of international arbitration* (La Haye) 22:1:65-74, 2005.

Ansay T. International arbitration in Turkey. *American review of international arbitration* (New York) 14:3:333-340, 2003.

Arbitration law of Japan. Tokyo: Shojihomu, 2004. vii, 374 pages.

Arkin, H. L. *et* J. A. Frank. Emasculation of enforcement under the New York Convention in the USA? *Arbitration* (Londres) 71:1:25-35, 2005.

Bachand, F. The UNCITRAL model law's take on anti-suit injunctions. *In* IAI series on international arbitration n. 2. Anti-suit injunctions in international arbitration. Gaillard E., (*sous la direction de*) New York - Berne, Juris Publishing – Staempfli Verlag, 2005, p. 87 à 112.

Balaš, V. Rozhodčí doložky v dvoustranných smlouvách na ochranu investic. (Clauses d'arbitrage dans les traités bilatéraux d'investissement) *Právník* (Prague) 143:8:787-811, 2004.

En tchèque.

Ball, M. Probity deconstructed – how helpful, really, are the new International Bar Association Guidelines on conflicts of interest in international arbitration? *World arbitration and mediation report* (Huntington, New York.) 15:11:333-342, 2004.

Barona Vilar S. (*Coordonnateur*) Comentario a la ley de Arbitraje (ley 60/2003, de 23 de Diciembre). Madrid: Civitas, 2004. 1722 pages.

Barona Vilar, S. *et* C. Esplugues Mota. Arbitraje (Legislación básica). Tirant lo Blanch: Valencia, 2004. 149 pages.

Bates, D. M. A consumer's dream or Pandora's box: is arbitration a viable option for cross-border disputes? *Fordham international law journal* (New York) 27:2:823-898, 2004.

Bazinas, S. V. International arbitration, ADR and insolvency. *INSOL world* (Londres), deuxième trimestre, 17-18, 2004.

Beaumont, B. Ex parte or default proceedings in international arbitration. *Asian dispute review* (Hong Kong), 76-78, 2004.

Berti, S.V., (sous la direction de) *International arbitration in Switzerland.* La Haye/Bâle: Kluwer Law International/Helbing und Lichtenhahn, 2004. viii, 696.

Voir, en particulier, par. 278 à 290 sur les règles d'arbitrage de la CNUDCI et par. 450 à 464 sur la Loi type de la CNUDCI.

Biggs, G. Resolving international trade and investment disputes. *CEPAL review* (Santiago) 80:97-114, août 2003. United Nations publication.

En anglais et en espagnol.

Blessing, M. Comparison of the Swiss rules with the UNCITRAL arbitration rules and others. *In* The Swiss rules of international arbitration. Bâle, Association Suisse de l'Arbitrage, 2004. pages 17 à 65.

Bunni, N.G. Construction arbitration in the Middle East. *DIAC journal* (Dubai) 1:1, 6-12, 2004.

En anglais et en arabe.

Burghetto, M.B. Current status of arbitration legislation in Argentina. *Journal of international arbitration* (La Haye) 21:6:519-538, 2004.

Butler, D. The state of international commercial arbitration in Southern Africa: tangible yet tantalizing progress. *Journal of international arbitration* (La Haye) 21:2:169-203, 2004.

Cann, F. United States: 2003 decisions under the New York Convention: conflicting post-award enforcement litigation in national courts; problems with non-parties to arbitration clauses. *International arbitration law review* (Londres) 7:5:145-149, 2004.

Chovancová, K. Rozhodcovské pravidlá UNCITRAL v bankovej praxi. (Application des règles d'arbitrage de la CNUDCI dans la pratique bancaire.) *Právník* (Prague) 143:11:1093-1125, 2004.

En tchèque.

Chow, P. Enforcement of international arbitration agreements – a case study. *International arbitration law review* (Londres) 7:4:97-107, 2004.

Cordero Moss, G. Risk of conflict between the New York Convention and newer arbitration-friendly national legislation? *Stockholm arbitration report* (Stockholm) 2:1-17, 2003.

Cucarella Galiana, L.A. *El procedimiento arbitral (ley 60/2003, de 23 diciembre, de arbitraje).* Saragosse (Espagne): Cometa, 2004, 364 pages.

Dae-Bin, Baek. Gukbangbu Jodalbonbu Woejagumae Gyeyak "Joongjae Johangui Pyojunhwa". *Arbitration journal* (Séoul) 315:13-19, 2005.

En coréen.

Titre en français: Service de la passation des marchés du Ministère de la défense – normalisation de la clause d'arbitrage dans la cadre des marchés étrangers.

Davies, M. Litigation fights back: avoiding the effect of arbitration clauses in charterparty bills of lading. *Journal of maritime law & commerce* (Baltimore, Maryland) 35:617-643, 2004.

Deason, E. E. Competing and complementary rule systems: civil procedure and ADR: procedural rules for complementary systems of litigation and mediation – worldwide. *Notre dame law review* (South Bend, Indiana) 80:553-592, 2005.

Does section 34 of the Arbitration Act (1952 (Act 93) follow the spirit and purpose of the UNCITRAL Rules of Arbitration 1976 and the 1958 New York Convention? *RCAKL newsletter* (Kuala Lumpur) 20-23 septembre 2004.

De Nadal, E. The new Spanish arbitration act: an overview. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie) 19:4:42-48, 2004.

Devolvé, J. L., J. Rouche *and* G. H. Pointon. *French arbitration law and practice*. La Haye: Kluwer Law International, 2003. xxii, 359 pages.

Voir, en particulier, par. 391 et suivants sur des questions relatives à la Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958).

De Witt Wijnen, O, N. Voser, *et* N. Rao. Background information on the IBA guidelines on conflicts of interest in international arbitration. *Business law international* (Londres) 5:3:433-458, 2004.

Eliasoph, I.H. Missing link: international arbitration and the ability of private actors to enforce human rights norms. *New England journal of international and comparative law* (Boston, Massachusetts)10:83-120, 2004.

Friedrich, F. Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale. *Zeitschrift für Schiedsverfahren – German Arbitration Journal* (Munich) 2:6:297-304, 2004.

En allemand.

Francois, G. Arbitrage international: modalités et conséquences du contrôle de la validité d'un compromis ou d'une clause compromissoire en Europe. *Revue générale du droit des assurances* (Paris), 3:577-592, 2004.

Frey, H. *et* Ahrens, J. M. New arbitration rules reflect modern trends. *International financial law review* (Londres) 58-60, mars 2004.

Examine le nouveau règlement suisse d'arbitrage international.

Fry, J. D. The Federal Arbitration Act, UNCITRAL model law and New York. *International arbitration law review* (Londres) 7:4:97-107, 2004.

García Sanz, J. Spain – New arbitration act. *International business lawyer* (Londres) 32:6:301-302, 2004.

Giovannini, T. Le nouveau Règlement suisse d'arbitrage international. *Gazette du palais* (Paris) 338-339:25-30, 3-4 décembre 2004.

Gómez Jene, M. Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Binnenmarkt. *IPRax* (Bielefeld) 25:2:84-93, 2005.

González Soria, J. *Comentarios a la nueva ley de arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*. Cizur Menor (Navarre, Espagne): Editorial Aranzadi, 2004. 680 pages.

Griffith G. *et* J. Sekolec. Insider: UNCITRAL and its model law. *IAMA national newsletter* (Melbourne) 7-10, novembre 2004.

Hu, L. Enforcement of Foreign Arbitral Awards and Court Intervention in the People's Republic of China. *Arbitration International* (La Haye) 20:2:167-178, 2004.

Huntley, C. The Scope of Article 17: Interim measures under the UNCITRAL model law *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 9:1:69-98, 2005.

Hwang, M. *et* M. Lai. Do egregious errors amount to a breach of public policy? *Arbitration* (Londres) 71:1:1-24, 2005.

Réglement de la CCI, autorité de nomination, *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI.* (Paris) 14:2:7, 2003.

Contient en appendice le Règlement de la CCI, autorité de nomination dans les procédures d'arbitrage CNUDCI ou dans d'autres procédures d'arbitrage ad hoc.

Idornigie, P.O. The principle of arbitrability in Nigeria revisited. *Journal of international arbitration* (La Haye) 21:3:279-288, 2004.

Centre CNUCED/OMC du commerce international, *Arbitrage et règlement alternatif des différends: Comment régler les litiges commerciaux internationaux*. Genève: CCI, 2001. xvii, 266 pages.

Également disponible en anglais et en espagnol.

Jacquet, J. M. La Loi type de la CNUDCI du 24 juin 2002 sur la conciliation commerciale internationale. *Revue de l'arbitrage* (Paris) 1:63-75, 2004.

Kaplan, N. The good, the bad and the ugly. *Arbitration* (Londres) 70:3:183-192, 2004.

Examine des questions concernant les textes de la CNUDCI sur l'arbitrage, l'accent étant mis en particulier sur l'Asie.

Karakaš, E. Origin of arbitral awards and its impact on applicable enforcement regime. *Croatian arbitration yearbook* (Zagreb) 11, 15-50, 2004.

Krasselt-Priemer, T. Neuregelung des spanischen Schiedsverfahrensrechts. *IPRax* (Bielefeld) 25:2:164-169, 2005.

Krishan, R. An overview of the Arbitration and Conciliation Act 1996. *Journal of international arbitration* (La Haye) 21:3:263-278, 2004.

Examine la législation et la jurisprudence indiennes au regard de la Loi type de la CNUDCI.

Kröll, S. Recourse against negative decisions on jurisdiction. *Arbitration international* (La Haye) 20:1:55-72, 2004.

Kröll, S. *et* J. Wenzel. Art. VII New York Convention and the need to produce an arbitration agreement – recent development in German law. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie) 19:4:27-33, 2004.

Lizares, E.P., Arbitration in the Philippines and the alternative dispute resolution act of 2004 R.A. 9285. Makati City: EPL Publications, 2004. x, 328 pages.

Maniruzzaman, A.F.M. Bangladesh embraces the UNCITRAL model law on arbitration – but not quite! *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie) 19:3:61-64, 2004.

Contient en appendice la loi bangladeshi sur l'arbitrage (loi n° 1, 2001).

_____. The new law of international commercial arbitration in Bangladesh: a comparative perspective. *American Review of International Arbitration* (New York) 14:1-2:139-174, 2003.

Manitlla-Serrano, F. La nouvelle loi espagnole du 23 décembre 2003 sur l'arbitrage. *Revue de l'arbitrage* (Paris) 2:225-251, 2004.

_____. The new law of international commercial arbitration in Bangladesh: a comparative perspective. *American Review of International Arbitration* (New York) 14:1-2:139-174, 2003.

Mantilla-Serrano, F. The new Spanish arbitration act. *Journal of international arbitration* (La Haye) 21:4:367-382, 2004.

_____. Towards a transnational procedural public policy. *Arbitration international* (La Haye) 20:4:333-353, 2004.

Matheus López, C.A. El derecho de arbitraje peruano. *Revista de ciencias jurídicas* (San José, Costa Rica) 102:143-174, 2003.

Matsumoto, T. Recent developments in arbitration in Japan. *Wavelength – JSE Bulletin* (Tokyo) 48:1-4, 2004.

Contient en appendice le Règlement d'arbitrage de la Commission d'arbitrage maritime de Tokyo, le Règlement d'arbitrage simplifié de la Commission, le Règlement d'arbitrage des litiges mineurs de la Commission et le texte de la loi japonaise sur l'arbitrage (loi n° 138, 2003).

En anglais.

Montineri C. *et* F. Musolino. UNCITRAL's current work on interim measures of protection granted by arbitral tribunals and their enforcement. *The arbitrator & mediator* (Melbourne) 23:3:1-13, 2004.

Mullerat Obe, R. Spain Joins the Model Law. *Arbitration International* (La Haye) 20:2:139-150, 2004.

Nakamura, T. Parallel proceedings before an arbitral tribunal and a national court from the perspective of the UNCITRAL model law. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie) 19:7:23-29, 2004.

_____. Salient features of the new Japanese arbitration law based upon the UNCITRAL model law on international commercial arbitration. *JCAA newsletter* (Tokyo) 17:1-6, 2004.

Nakano, S. Chusai keiyaku no junkyoho to chusaiho. JCA Journal (Tokyo) 51:11:68-74, novembre 2004.

En japonais.

Titre en français: Loi régissant la convention d'arbitrage et loi sur l'arbitrage

Nariman, F. East Meets West: Tradition, Globalization and the Future of Arbitration. *Arbitration International* (La Haye) 20:2:123-137, 2004.

Nouvelles de l'arbitrage à l'étranger – CNUDCI et mesures provisoires. *ASA bulletin* (La Haye) 22:4:746-749, 2004.

Newmark, C. *et* R. Hill The appointment of arbitrators in international arbitration. *International arbitration law review* (Londres) 7:3:73-80, 2004.

Niklas, M. Schiedsverfahren via Internet nach den Wiener Regeln. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 4:3:103-106, 2004.

Nishikawa, R. Arbitration law reform in Japan. *Journal of international arbitration* (La Haye) 21:3:303-307, 2004.

Nolan, R. International arbitration and crossborder trade. *DIAC journal* (Dubai) 1:1, 68-72, 2004.
En arabe et en anglais.

Oda, H. La réforme de l'arbitrage au Japon. *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI* (Paris) 15:1:23-35, 2004.

Onyema, E. The role of the international arbitral tribunal secretary. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 9:1:99-110, 2005.

Parlade, C.O. *Alternative dispute resolution act of 2004 (Republic Act No. 9285) (annotated).* Quezon City (Philippines): Central professional books, inc., 2004. xxvi, 750 pages.

Pengelley, N. The convention strikes back: enforcement of international commercial arbitration awards annulled elsewhere. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 8:2:195-210, 2004.

Perales Viscasillas, P. *Arbitrabilidad y convenio arbitral. Ley 60/2003 de arbitraje y convenio societario*. Cizur Menor (Navarre, Espagne): Editorial Aranzadi, 2005. 266 pages.

Pillay, R. The Singapore arbitration regime and the UNCITRAL model law. *Arbitration international* (La Haye) 20:4:355-386, 2004.

Polkinghorne, M. More changes in Singapore: appearance rights of foreign counsel. *Journal of international arbitration* (La Haye) 22:1:75-80, 2005.

Poudret, J. F. *et* S. Besson. *Droit comparé de l'arbitrage international*. Bruylant: Bruxelles, LGDJ: Paris Schulthess: Zürich; Bâle; Genève, 2002. xi, 1179 pages.

Poudret, J. F. L'originalité du droit français de l'arbitrage au regard du droit comparé.

Revue internationale de droit comparé (Paris) 56:1:133-149, 2004.

Puhakka, P. *et* J. Pråhl. Välimiesmenettelystä Baltiassa. (La procédure arbitrale dans les États baltes) *Defensor legis* (Helsinki) 85:3:478-482, 2004.
En finnois.

Putnam Lowry, H. *Recent developments in international commercial arbitration. ILSA journal of international & comparative law* (Fort Lauderdale, Floride) 10:335-344, 2004.

Ramos Méndez, F. International arbitration in the new Spanish arbitration act. *International arbitration law review* (Londres) 7:6:165-176, 2004.

Rau, A.S. Provisional relief in arbitration: how things stand in the United States. *Journal of international arbitration* (La Haye) 22:1:1-64, 2005.

Recherche sur l'arbitrage en droit international et comparé. Paris: L.G.D.J., 1997. x, 269 pages.

Reed, L. *et* S. Hill Rosenkranz. The UNCITRAL rules as applied in the Iran-US claims tribunal. *In* The Swiss rules of international arbitration. Bâle, Association Suisse de l'Arbitrage, 2004. p. 119 à 129.

Reid, A. The UNCITRAL model law on international commercial arbitration and the English arbitration act: are the two systems poles apart? *Journal of international arbitration* (La Haye) 21:3:227-238, 2004.

Rico Carrillo, M. La forma en la contratación electrónica. *Derecho de los negocios* (Madrid) 16:172:15-21, 2005.

Rogers, J. L. Overseas enforcement of judgments and arbitral awards. *South Carolina lawyer* (Columbia, Caroline du Sud) 16:22-27, 2005.

Rubinstein, J. H. International commercial arbitration: reflections at the crossroads of the common law and civil law traditions. *Chicago journal of international law* (Chicago, Illinois) 5:303-310, 2004.

Sacerdoti, G. Investment arbitration under ICSID and UNCITRAL rules: prerequisites, applicable law, review of awards. *ICSID review – foreign investment law journal* (Washington) 19:1:1-48, 2004.

Saidov, D. Cases on the Sales Convention and the UNIDROIT principles decided in the Russian federation: an update. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 9:1:1-16, 2005.

Salomon, C. The conduct of an international arbitration: do the rules make a difference? *Journal of international arbitration* (La Haye) 21:2:103-141, 2004.

Samuel, A. Imperialism and chauvinism in international arbitration: lawyers, statutes and scoundrels. *In* Impérialisme et chauvinisme juridiques – Imperialism and chauvinism in the law. Publications de l'Institut Suisse de droit comparé.

Volume 48. Genève/Zurich: Schulthess, 2004, p. 193 à 213.

Sanders, P. Has the moment come to revise the arbitration rules of UNCITRAL? *Arbitration international* (La Haye) 20:3:243-268, 2004.

_____. The work of UNCITRAL on arbitration and conciliation. 2e édition. La Haye, Kluwer Law International, 2004.

von Saucken, A. J. Die Reform des österreichischen Schiedsverfahrensrechts auf der Basis des UNICTRAL-Modellgesetzes über die internationale

Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Francfort-sur-le-Main: Peter Lang, 2004. 408 pages.

Sentner, R. Judicially ordered provisional measures in New York – an update. *Journal of international arbitration* (La Haye) 22:1:81-82, 2005.

Stampa, G. The 2003 Spanish arbitration act. *ASA bulletin* (La Haye) 22:4:671-694, 2004.

Strong, S. I. Invisible barriers to the enforcement of arbitral awards in the United States. *Journal of international arbitration* (La Haye) 21:6:479-492, 2004.

Svensen, T. New Norwegian arbitration act – draft statute. *Stockholm arbitration report* (Stockholm) 1:47-59, 2003.

Tetley, W. Good faith in contract: particularly in the contracts of arbitration and chartering. *Journal of maritime law & commerce* (Baltimore, Maryland) 35:561-616, 2004.

Thirgood, R. International arbitration: the justice business. *Journal of international arbitration* (La Haye) 21:4:341-354, 2004.

Ude, L. Arbitration in the Republic of Slovenia. *Croatian arbitration yearbook* (Zagreb) 11, 159-172, 2004.

UNCITRAL adopts new model conciliation law. *International arbitration report* (Houston) 4:1:10-16, 2004.

Van Houtte, H. Ten reasons against a proposal for ex parte interim measures of protection in arbitration. *Arbitration international* (La Haye) 20:1:85-95, 2004.

Wahab, M. The global information society and online dispute resolution: a new dawn for dispute resolution. *Journal of international arbitration* (La Haye) 21:2:143-168, 2004.

Williams, D. Recent developments in arbitration in New Zealand. *International arbitration law review* (Londres) 7:5:127-144, 2004.

Wilske, S. *et* H. H. Chen. International arbitration practice in Germany. *In* Comparative law yearbook of international business – volume 2004. La Haye, Kluwer Law International, 2005. p. 641 à 657.

von Wobeser, C. The UNCITRAL model law on international commercial conciliation and its possible adoption in Mexico. *ADR & the law* (New York) 19:195-199, 2004.

Yamamoto, K. La nouvelle loi japonaise sur l'arbitrage. *Revue de l'arbitrage* (Paris) 4: 829-841, 2004.

Zambrana Tévar, N. Das neue spanische Schlichtungsgesetz. *ZfRV: Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht* (Vienne) 6:225-228, 2004.

IV. Transport international

A guide to the E-commerce features in the draft instrument on the carriage of goods [wholly or partly] [by sea] In: Comité maritime international yearbook/annuaire 2003, Anvers, 2003, p. 250 à 259.

Asariotis, R. Main obligations and liabilities of the shipper. *Transportrecht* (Neuwied, Allemagne) 27:7/8:284-294, 2004.

Baughen, S. International conventions. LMCLQ *international maritime and commercial yearbook 2004* (Londres), 3:169-188, 2004.

Berlingieri, F. Freedom of contract under the rules; forum and arbitration clauses. *Transportrecht* (Neuwied, Allemagne) 27:7/8:303-308, 2004.

Berlingieri, F. The May 2004 session of the UNCITRAL Working Group on transport law. *Il diritto marittimo* (Gênes), 3: 1148-1182, 2004.

Czerwenka, B. Scope of application and rules on multimodal transport contracts. *Transportrecht* (Neuwied, Allemagne) 27:7/8:297-303, 2004.

Davies, M. Litigation fights back: avoiding the effect of arbitration clauses in charterparty bills of lading. *Journal of maritime law & commerce* (Baltimore, Maryland) 35:617-643, 2004.

Delebecque, P. The UNCITRAL draft instrument on the carriage of goods by sea. *In*: Comité maritime international yearbook/annuaire 2003, Anvers, 2003, p. 208 à 229.

Haak, K.F. *et* M.A.I.H. Hoeks. Arrangements of multimodal transport in the field of conflicting conventions. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 10:5:422-433, 2004.

Herber, R. Introduction to: UNCITRAL's attempt toward global unification of transport law. *Transportrecht* (Neuwied, Allemagne) 27:7/8:274-275, 2004.

Hetherington, S. Jurisdiction and arbitration. *In*: Comité maritime international yearbook/annuaire 2003, Anvers 2003, p. 245 à 249.

Honka, H. The legislative future of carriage of goods by sea: could it not be the UNCITRAL draft? In Scandinavian studies in law. Volume 46. Maritime and transport law. Wahlgren P., (*sous la direction de*), Stockholm, Stockholm institute for Scandinavian law, 2004, p. 93 à 120.

_____. Main obligations and liabilities of the carrier. *Transportrecht* (Neuwied, Allemagne) 27:7/8:278-284, 2004.

Schelin, J. Documents. *Transportrecht* (Neuwied, Allemagne) 27:7/8:294-297, 2004.

_____. Documents under the UNCITRAL draft instrument on carriage of goods by sea. In Scandinavian studies in law. Volume 46. Maritime and transport law. *Publié sous la direction de* P. Wahlgren, Stockholm, Stockholm institute for Scandinavian law, 2004, p. 191 à 199.

Sturley, M.F. Scope of coverage under the UNCITRAL draft instrument. Journal of international maritime law (Witney, Royaume-Uni) 10:2:138-154, 2004.

_____. Transport law: the treatment of performing parties. *In*: Comité maritime international yearbook/annuaire 2003, Anvers, 2003, p. 230 à 244.

Tetley, W. Letters of indemnity at shipment and letters of guarantee at discharge. *European transport law/Droit européen des transports* (Anvers) 39:3:287-344, 2004.

Voir, en particulier, par. XVI, (Letter of Indemnity and the **Hamburg Rules**).

La última renovación pendiente: el Derecho de la navegación. *Derecho de los negocios* (Madrid) 15:165:1-4, 2004.

van der Ziel, G. The legal underpinning of E-commerce in maritime transport by the UNCITRAL draft instrument on the carriage of goods by sea. *In*: Comité maritime international yearbook/annuaire 2003, Anvers, 2003, p. 260 à 271.

_____. Survey on history and concept. *Transportrecht* (Neuwied, Allemagne) 27:7/8:275-278, 2004.

Zekos, G.I. The contractual role of documents issued under the CMI draft instrument on transport law 2001. *Journal of maritime law & commerce* (Baltimore, Maryland) 35:1:99-120, 2004.

V. Paiements internationaux

Black, V. Foreign currency obligations. *In* Recueil des cours, Académie de droit international de La Haye. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2004. Vol. 302, p. 9 à 196.

Voir, en particulier, les pages 161 à 164, sur la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, 1988.

Centre CNUCED/OMC du commerce international: *Financement et garanties dans le commerce international*: *guide juridique.* Genève, CCI, 2002. xvi, 394 pages.

Voir, en particulier, par. 82 et suivants. Également disponible en anglais et en espagnol.

VI. Commerce électronique

Blythe, S. E. Digital signature law of the United Nations, European Union, United Kingdom and United States: promotion of growth in E-Commerce with enhanced security. *Richmond journal of law & technology* (Richmond, Virginie) 11:2, 2005.

Disponible sur http://law.richmond.edu/jolt/v11i2/article6.pdf

Bouchard, C. *et* M. Lacoursière Les enjeux du contrat de consommation en ligne. *Revue générale de droit* (Ottawa) 33:3:373-438, 2003.

Fung Daniel, R. *et* Wang Sheng Chang. Arbitration in China: a practical guide. Hong Kong: Sweet & Maxwell Asia, 2004, 2 vols., ccxxv, 857, xxii, 1045.

Voir, en particulier, vol. I, p. 484 à 500.

Gabriel, H. D. The fear of the unknown: the need to provide special procedural protections in international electronic commerce. *Loyola law review* (La Nouvelle-Orléans, Louisiane) 50:307-331, 2004.

Lincoln, A. Electronic signature laws and the need for uniformity in the global market. *The journal of small and emerging business law* (Portland, Orégon) 8:67-86, 2004.

Niibori, S. Gurobaru sho torihikiho kakuron sono 4 denshi shotorihiki ni kansuru UNCITITRAL moderu ho. JCA Journal (Tokyo), juin-décembre 2004.

En japonais. Titre en français: Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. En plusieurs livraisons: I in 51:6:37-41, juin 2004. II in 51:7:30-33, juillet 2004. III in 51:8:30-34, août 2004. IV in 51:9:39-43, septembre 2004. V in 51:10:45-49, octobre 2004. VI in 51:11:32-36, novembre 2004. VII in 51:12:30-35, décembre 2004.

Ong, R. Consumer based electronic commerce: a comparative analysis of the position in Malaysia and Hong Kong. International journal of law and information technology (Oxford, Royaume-Uni) 12:1:101-122, 2004.

Oyarzábal, M. J. A. International electronic contracts: a note on Argentine choice of law rules. *The university of Miami Inter-American law review* (Miami) 35:3:499-526, 2004.

Sarmiento, M.G. Anteproyecto de Convención sobre la Contratación Electrónica llevado a cabo por el Grupo de Trabajo IV sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI. *Derecho y tecnología* (San Cristóbal, Venezuela) 3:99-125, 2003.

Senni, T. Electronic signatures: the **UNCITRAL model law** / Signatures électroniques: la loi type élaborée par la CNUDCI. *Revue de droit des affaires internationales / International business law journal* (Paris) 1:55-75, 2005.

Sorieul, R. *et* J. R Clift. Establishing a Legal Framework for Electronic Commerce: the Work of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) *In* New trends in international trade law. Torino, G. Giappichelli, 2000. p. 333 à 347.

VII. Garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by

Diedrich, F. *et* I. Švarca. Unfair calling under international bank guarantees – fraud and the principle of independence. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 4:4:139-147, 2004.

Centre CNUCED/OMC du commerce international *Financement et garanties dans le commerce international*: *guide juridique.* Genève: CCI, 2002. xvi, 394 pages.

Voir, en particulier, par. 315 et suivants.

Également disponible en anglais et en espagnol.

Mugasha, A. Enjoining the beneficiary's claim on a letter of credit or bank guarantee. *Journal of business law* (Londres) 515-538, septembre 2004.

Niibori, S. Gurobaru sho torihikiho kakuron sono 3 dokuritsu hosho oyobi sutandobai shinyojo ni kansuru kokuren joyaku. JCA Journal (Tokyo)

En japonais. Titre en français: La législation mondiale sur les transactions commerciales; la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by. En sept livraisons: VI in 51:4:58-62, avril 2004; VII in 51:5:53-58, mai 2004. (Pour les cinq livraisons précédentes, voir le document des Nations Unies n° A/CN.9/566).

VIII. Passation des marchés

Kovács, A. The global procurement harmonisation initiative. *Public procurement law review* (Londres) 14:1:15-38, 2005.

Mosoti, V. The WTO agreement on government procurement: a necessary evil in the legal strategy for development in the poor world? *University of Pennsylvania journal of international economic law* (Philadelphie, Pennsylvanie) 25:593-638, 2004.

IX. Insolvabilité internationale

Cooper, N. The UNCITRAL legislative guide on insolvency law – a success story. *INSOL world* (Londres), premier trimestre, 3, 2005.

Bazinas, S.V. International arbitration, ADR and insolvency. *INSOL world* (Londres), deuxième trimestre, 17-18, 2004.

Burdette, D. Some initial thoughts on the development of a modern and effective business rescue model for South Africa. *SA mercantile law journal / SA tydskrif vir handelsreg* (Lansdowne)

I in 16:2:241-263, 2004.

Clift, J. The UNCITRAL model law on cross-border insolvency – a legislative framework to facilitate coordination and cooperation in cross-border insolvency. *Tulane journal of international and comparative law* (La Nouvelle-Orléans, Louisiane) 12:307-433, 2004.

Contient en appendice la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et le guide pour l'incorporation de cette loi type dans le droit interne.

Cooper, N. UNCITRAL model law on cross-border insolvency – update. *INSOL world* (Londres), troisième trimestre 31, 2004.

_____. World standards – The role of INSOL International. *International corporate rescue* (La Haye) 1:4:172-174, 2004.

Dawson, K. The doctrine of forum non conveniens and the winding up of insolvent foreign companies. *Journal of business law* (Londres) 28-47, janvier 2005.

Farley, C. An overview, survey, and critique of administrating cross-border insolvencies. *Houston journal of international law* (Houston, Texas) 27:181-219, 2004.

Guilarte Gutiérrez, A. Quinto coloquio judicial UNCITRAL-INSOL sobre insolvencia transfronteriza. *Revista de derecho bancario y bursátil* (Valladolid) 95:256-257, 2004.

Harmer, R. The quest for a modern secured transactions law. *INSOL world* (Londres), troisième trimestre, 30-31, 2004.

Klauser, A. UN beschliesst Gesetzesleitfaden zum nationalen Insolvenzrecht. Der UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law. *Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz* (Vienne) 1:26-28:2005.

Loubser, A. Aiding the development of a new insolvency law in South Africa: the UNCITRAL draft legislative guide on insolvency law. *SA mercantile law journal / SA tydskrif vir handelsreg* (Lansdowne) 15:3: 396-406, 2003.

Sanderson, R. *et* N. Cooper. United Nations guide on insolvency law. *INSOL world* (Londres), troisième trimestre, 22, 2004.

Shidlovitsky, L. Adoption of chapter 15: a necessary step in international bankruptcy reform. *Southwestern journal of law and trade in the Americas* (Los Angeles, Californie) 10:171-193, 2003-2004.

Takagi, S. Cross-border insolvency in Japan. *International business lawyer* (Londres) 32:1:15-17, 2004.

Vallens, J.-L. L'affaire Youkos ou l'instrumentalisation du droit de la faillite. *Recueil Dalloz* (Paris) 181:11:778-781, 2005.

_____. Le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité: vers l'harmonisation du droit de la faillite? *Recueil Dalloz* (Paris) 180:33:2420-2428, 2004.

X. Financement par cession de créances

Bazinas, S. V. The Convention on international receivables financing. *DCInsight* (Paris)10:2:19-21, 2004.

_____. The United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade: insolvency aspects. *International insolvency review* (Chichester, Royaume-Uni) 13:3:155-165, 2004.

Birch, J. The UNCITRAL model law on secured transactions. *INSOL world* (Londres) 19, quatrième trimestre 2004.

Centre CNUCED/OMC du commerce international *Financement et garanties dans le commerce international: guide juridique.* Genève: CCI, 2002. xvi, 394 pages.

Voir, en particulier, par. 219 Également disponible en anglais et en espagnol.

Murphy, S. D. Contemporary practice of the United States relating to international law: private international law: U.S. signing of UNCITRAL Convention on Assignment of Receivables. *American Journal of International Law* (Washington) 98:368-370, 2004.

Opposabilité aux tiers de la cession de créance dans le commerce international (projets de convention CNUDCI et de réforme de la Convention de Rome). *Revue de droit bancaire et financier* (Paris) 2:128-129, 2004.

Schmidt, H. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Abtretung von Forderungen im Internationalen Handel. Ein Fortschritt für die Forfaitierungs- und Kreditsicherungspraxis? *IPRax* (Bielefeld) 25:2:93-103, 2005.

Voges M. *et* M. Rehberg. Aktuelle Entwicklungen im Recht der Kreditsicherheiten – national und international. *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht* (Francfort) 58:33:1611-1616, 2004.

XI. Contrats internationaux de construction

[*Pas de publication recensée pour ce chapitre*.]

XII. Échanges compensés

Milenković-Kerković, M. A. Medunarodni kontratrgovinski poslovi – pravna priroda. (Nature juridique des opérations d'échanges compensés) *Pravni život* (Belgrade) 52:11:379-396, 2003.

En serbe.

_____. Tehnika strukturiranja medunarodnih kontratrgovinskih poslova – ili kako iskoristiti cinidbu kupovine. (Technique de structuration des des opérations d'échanges compensés (ou comment utiliser la prestation d'achat). *Pravo i privreda* (Belgrade) 41:5-8:1143-1156, 2004.

En serbe.

XIII. Projets d'infrastructure à financement privé

Clement-Davies, C., G. Stasevičius *et* A. Zverev. Laying the foundation stone: Lithuania's new concessions law and its lessons for PPPs. *International business lawyer* (Londres) 32:6:267-273, 2004.

Estrella Faria, J. A. UNCITRAL model legislative provisions on privately financed infrastructure projects – an introductory note / Dispositions types de la CNUDCI sur le projets d'infrastructure à financement privé – note introductive. *Uniform law review / Revue de droit uniforme* (Rome) 8:890-891, 2003-4.

En anglais et en français. Contient en appendice les dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé.

XIV. Sûretés

Affaki, G. De la relation perfectible entre le crédit et les sûretés. *Banque & droit* (Paris) 97:26-34, 2004.

All, P. M. El régimen de las garantías mobiliarias en el tráfico comercial internacional. La situación argentina. *In* DeCITA: derecho del comercio internacional, temas y actualidades. Buenos Aires, Zavalía, 2004, p. 300 à 319.

Ancel, M. E. Le droit français des sûretés réelles en quête d'un second souffle. *Banque & droit* (Paris) 97:3-8, 2004.

Bazinas, S. V. The philosophy and the presentation of the draft UNCITRAL guide on secured transactions. *Banque & droit* (Paris) 97:16-21, 2004.

de Fontmichel, A. Le guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et les conflits de lois. *Banque & droit* (Paris) 97:22-25, 2004.

Deschamps, M. La réforme du droit québécois des sûretés. *Banque & droit* (Paris) 97:43-45, 2004.

Drobnig, U. Le projet de guide législatif face à la propriété-sûreté: un casus belli? Banque & droit (Paris) 97:46-49, 2004.

Riffard, J. F. Le projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties: un projet actuel et nécessaire. *Banque & droit* (Paris) 97:9-15, 2004.

Sigman, H. C. L'influence du modèle américain sur le projet de guide législative de la CNUDCI: mythe ou réalité? *Banque & droit* (Paris) 97:35-42, 2004.
En anglais.

Stoufflet, J. L'apport du Guide législatif de la CNUDCI à la réforme du droit des sûretés. Rapport de synthèse. *Banque & droit* (Paris) 97:50-51, 2004.

Annexe

Textes juridiques de la CNUDCI

Titre abrégé	*Titre complet*
Règles de Hambourg (1978)	Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Hambourg)[1]
Convention sur la prescription (1974/1980)	Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, 1974 (New York)[2] et Protocole modifiant la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, 1980 (Vienne)[3]
Aide-mémoire de la CNUDCI sur les procédures arbitrales (1996)	Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales (1996)[4]
Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976)	Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (1976)[5]
Convention sur les lettres de change et les billets à ordre (1988)	Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (1988)[6]
Règlement de conciliation de la CNUDCI (1980)	Règlement de conciliation de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (1980)[7]
Guide de la CNUDCI pour les contrats de construction (1987)	Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles (1987)[8]
Loi type de la CNUDCI sur les virements (1992)	Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (1992)[9]
Guide de la CNUDCI sur les transferts électroniques de fonds (1986)	Guide juridique de la CNUDCI sur les transferts électroniques de fonds (1986)[10]
Guide de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure (2001)	Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (2001)[11]
Guide de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (2004)	Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (2004)[12]
Guide de la CNUDCI pour les échanges compensés (1992)	Guide juridique de la CNUDCI pour les opérations d'échanges compensés (1992)[13]
Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (1985)	Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985)[14]

Titre abrégé	*Titre complet*
Loi type de la CNUDCI sur la conciliation (2002)	Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale (2002)[15]
Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité (1997)	Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997)[16]
Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)	Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique(1996)[17]
Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001)	Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001)[18]
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)[19]
Dispositions types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure (2003)	Dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (2003)[20]
Convention des Nations Unies sur la cession (2001)	Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (2001)[21]
Convention des Nations Unies sur les garanties et les stand-by (1995)	Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (1995)[22]
Convention des Nations Unies sur les ventes (1980)	Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (1980)[23]
Convention sur les exploitants de terminaux (1991)	Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (1991)[24]

Notes

[1] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.14).

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

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

[4] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), deuxième partie.

[5] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.V.6.

[6] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.16.

[7] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.81.V.6.

[8] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.87.V.10.

[9] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.11.

[10] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.87.V.9.

[11] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.01.V.4.

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

[13] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.V.7.

[14] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.18.

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

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

[17] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4.

[18] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8.

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

[20] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.04.V.11.

[21] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.04.V.14.

[22] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.97.V.12.

[23] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.12.

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

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

Cote	Titre ou description	Emplacement dans le présent volume
	A. Liste des documents dont était saisie la Commission à sa trente-huitième session	
	1. Documents à distribution générale	
A/CN.9/567	Ordre du jour provisoire annoté et calendrier des séances de la trente-huitième session	Non reproduit
A/CN.9/568	Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004)	Deuxième partie, chap. II, A
A/CN.9/569	Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante et unième session (Vienne, 13-17 septembre 2004)	Deuxième partie, chap. III, A
A/CN.9/570	Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa sixième session (Vienne, 27 septembre-1er octobre 2004)	Deuxième partie, chap. V, A
A/CN.9/571	Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004)	Deuxième partie, chap. I, A
A/CN.9/572	Rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa quatorzième session (Vienne, 29 novembre-10 décembre 2004)	Deuxième partie, chap. IV, A
A/CN.9/573	Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante-deuxième session (New York, 10-14 janvier 2005)	Deuxième partie, chap. III, D
A/CN.9/574	Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa septième session (New York, 24-28 janvier 2005)	Deuxième partie, chap. V, D
A/CN.9/575	Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa septième session (New York, 4-8 avril 2005)	Deuxième partie, chap. II, D
A/CN.9/576	Rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa quinzième session (New York, 18-28 avril 2005)	Deuxième partie, chap. IV, F
A/CN.9/577 et Add.1	Note du Secrétariat concernant le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux	Deuxième partie, chap. I, F
A/CN.9/578 et Add.1 à 17	Note du Secrétariat concernant le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux: observations reçues des États Membres et des organisations internationales	Deuxième partie, chap. I, G

Cote	Titre ou description	Emplacement dans le présent volume
A/CN.9/579	Note du Secrétariat sur les travaux actuels d'autres organisations internationales dans le domaine du commerce électronique	Deuxième partie, chap. X, C
A/CN.9/580 et Add.1 et 2	Note du Secrétariat concernant les évolutions dans le domaine du droit de l'insolvabilité: incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale; utilisation de protocoles internationaux et de principes directeurs pour les communications entre tribunaux; et jurisprudence interprétant les notions de "centre des intérêts principaux" et d'"établissement" dans l'Union européenne	Deuxième partie, chap. IX, B
A/CN.9/581	Note du Secrétariat concernant la bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI	Troisième partie, chap. IV
A/CN.9/582 et Add.1 à 7	Note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité	Deuxième partie, chap. X, B
A/CN.9/583	Note du Secrétariat concernant l'état des conventions et des lois types	Deuxième partie, chap. IX, A
A/CN.9/584	Note du Secrétariat concernant les activités actuelles des organisations internationales en matière d'harmonisation et d'unification du droit commercial international	Deuxième partie, chap. X, A
A/CN.9/585	Note du Secrétariat concernant le rapport préliminaire sur l'enquête relative à l'application dans la législation de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958	Deuxième partie, chap. VI
A/CN.9/586	Note du Secrétariat sur l'assistance technique	Deuxième partie, chap. VIII
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/XXXVIII/CRP.1 et Add.1 à 29	Projet de rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-huitième session	Non reproduit
A/CN.9/XXXVIII/CRP.2 et Add.1 à 4	Rapport du groupe de rédaction: projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/XXXVIII/INF.1	Liste des participants	Non reproduit

Cote	Titre ou description	Emplacement dans le présent volume
	B. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-quatrième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.IV/WP.109	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.IV/WP.110	Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-quatrième session: Contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention	Deuxième partie, chap. I, B
A/CN.9/WG.IV/WP.111	Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-quatrième session: Contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention	Deuxième partie, chap. I, C
A/CN.9/WG.IV/WP.112	Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-quatrième session: Contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention	Deuxième partie, chap. I, D
A/CN.9/WG.IV/WP.113	Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-quatrième session: Clauses 2004 de la CCI pour les contrats électroniques et Guide de la CCI sur la conclusion de contrats par voie électronique	Deuxième partie, chap. I, E
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.IV/XLIV/ CRP.1 et Add.1 à 12	Projet de rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante-quatrième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.IV/XLIV/ CRP.2 et Add.1 à 3	Rapport du groupe de rédaction: Contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention	Non reproduit
A/CN.9/WG.IV/XLIV/ CRP.3	Contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention	Non reproduit
A/CN.9/WG.IV/XLIV/ CRP.4	Contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention	Non reproduit
A/CN.9/WG.IV/XLIV/ CRP.5	Contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention	Non reproduit
A/CN.9/WG.IV/XLIV/ CRP.6	Contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.IV/INF.1	Liste des participants	Non reproduit

Cote	Titre ou description	Emplacement dans le présent volume
C. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa sixième session		
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.I/WP.30	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.I/WP.31	Document de travail soumis au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa sixième session concernant les faits nouveaux dans le domaine de la passation des marchés publics	Deuxième partie, chap. II, B
A/CN.9/WG.I/WP.32	Document de travail soumis au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa sixième session concernant les faits nouveaux dans le domaine de la passation des marchés publics	Deuxième partie, chap. II, C
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.I/VI/CRP.1 et Add.1 à 9	Projet de rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa sixième session	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.I/VI/INF.1	Liste des participants	Non reproduit
D. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa septième session		
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.I/WP.33	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.I/WP.34 et Add.1 et 2	Document de travail soumis au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa septième session concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services	Deuxième partie, chap. II, E
A/CN.9/WG.I/WP.35 et Add.1	Document de travail soumis au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa septième session concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services	Deuxième partie, chap. II, F
A/CN.9/WG.I/WP.36	Document de travail soumis au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa septième session concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services	Deuxième partie, chap. II, G

Cote	Titre ou description	Emplacement dans le présent volume
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.I/VII/CRP.1 et Add.1 à 5	Projet de rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa septième session	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.I/VII/INF.1	Liste des participants	Non reproduit
	E. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation à sa quarante et unième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.II/WP.130	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.II/WP.131	Document de travail soumis au Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation à sa quarante et unième session concernant le règlement des litiges commerciaux	Deuxième partie, chap. III, B
A/CN.9/WG.II/WP.132	Document de travail soumis au Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation à sa quarante et unième session concernant l'insertion d'une référence à la Convention de New York de 1958	Deuxième partie, chap. III, C
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.II/XLI/CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante et unième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.II/XLI/CRP.2	Proposition relative au projet d'article 17	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.II/XLI/INF.1	Liste des participants	Non reproduit
	F. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation à sa quarante-deuxième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.II/WP.133	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.II/WP.134	Document de travail soumis au Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation à sa quarante-deuxième session concernant le règlement des litiges commerciaux	Deuxième partie, chap. III, E

Cote	Titre ou description	Emplacement dans le présent volume
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.II/XLII/CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante-deuxième session	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.II/XLII/INF.1	Liste des participants	Non reproduit

G. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail III (Droit des transports) à sa quatorzième session

	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.III/WP.38	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.III/WP.39	Document de travail soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa quatorzième session concernant l'élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]	Deuxième partie, chap. IV, B
A/CN.9/WG.III/WP.40	Document de travail soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa quatorzième session concernant l'élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]	Deuxième partie, chap. IV, C
A/CN.9/WG.III/WP.41	Document de travail soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa quatorzième session concernant l'élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]	Deuxième partie, chap. IV, D
A/CN.9/WG.III/WP.42	Document de travail soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa quatorzième session concernant l'élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]	Deuxième partie, chap. IV, E
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.III/XIV/CRP.1 et Add.1 à 13	Projet de rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa quatorzième session	Non reproduit

Cote	Titre ou description	Emplacement dans le présent volume
	3 Documents d'information	
A/CN.9/WG.III/XIV/INF.1	Liste des participants	Non reproduit

H. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail III (Droit des transports) à sa quinzième session

	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.III/WP.43	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.III/WP.44	Document de travail soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa quinzième session concernant l'élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]	Deuxième partie, chap. IV, G
A/CN.9/WG.III/WP.45	Document de travail soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa quinzième session concernant l'élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]	Deuxième partie, chap. IV, H
A/CN.9/WG.III/WP.46	Document de travail soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa quinzième session concernant l'élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]	Deuxième partie, chap. IV, I
A/CN.9/WG.III/WP.47	Document de travail soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa quinzième session concernant l'élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]	Deuxième partie, chap. IV, J
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.III/XV/CRP.1 et Add.1 à 15	Projet de rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa quinzième session	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.III/XV/INF.1	Liste des participants	Non reproduit

Cote	Titre ou description	Emplacement dans le présent volume
	I. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail VI (Sûretés) à sa sixième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.VI/WP.12	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/WP.13 et Add.1	Document de travail soumis au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa sixième session concernant le projet de guide législatif sur les opérations garanties	Deuxième partie, chap. V, B
A/CN.9/WG.VI/WP.14 et Add.1, 2 et 4	Document de travail soumis au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa sixième session concernant le projet de guide législatif sur les opérations garanties	Deuxième partie, chap. V, C
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.VI/VI/CRP.1 et Add.1 à 5	Projet de rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa sixième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/VI/CRP.2	Recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/VI/CRP.3	Rapport du groupe de rédaction	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.VI/VI/INF.1	Liste des participants	Non reproduit
	J. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail VI (Sûretés) à sa septième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.VI/WP.15	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/WP.16 et Add.1	Document de travail soumis au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa septième session concernant le projet de guide législatif sur les opérations garanties	Deuxième partie, chap. V, E
A/CN.9/WG.VI/WP.17 et Add.1	Document de travail soumis au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa septième session concernant le projet de guide législatif sur les opérations garanties	Deuxième partie, chap. V, F
A/CN.9/WG.VI/WP.18 et Add.1	Document de travail soumis au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa septième session concernant le projet de guide législatif sur les opérations garanties	Deuxième partie, chap. V, G
A/CN.9/WG.VI/WP.19	Document de travail soumis au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa septième session concernant le projet de guide législatif sur les opérations garanties	Deuxième partie, chap. V, H

Cote	Titre ou description	Emplacement dans le présent volume
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.VI/VII/CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa septième session	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.VI/VII/INF.1	Liste des participants	Non reproduit

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

On indique dans la présente liste dans quels volumes précédents de l'*Annuaire* les documents relatifs aux travaux de la Commission ont été reproduits en donnant les précisions ci-après: année, partie, chapitre et pages; les documents qui ne sont pas mentionnés ici sont des documents qui n'ont pas été reproduits dans l'*Annuaire*. Les documents se répartissent dans les catégories suivantes:

1. Rapports sur les sessions annuelles de la CNUDCI

2. Résolutions de l'Assemblée générale

3. Rapports de la Sixième Commission

4. Extraits des rapports du Conseil du commerce et du développement, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

5. Documents soumis à la CNUDCI (y compris les rapports des sessions des Groupes de travail)

6. Documents soumis aux Groupes de travail:

   a) Groupe de travail I:
   Délais et prescription (1969 à 1971); projets d'infrastructure à financement privé (2001 à 2003); passation de marchés (depuis 2004)

   b) Groupe de travail II:
   Vente internationale de marchandises (1968 à 1978); pratiques en matière de contrats internationaux (1981 à 2000); arbitrage commercial international et conciliation (depuis 2000)

   c) Groupe de travail III:
   Réglementation internationale des transports maritimes (1970 à 1975); droit des transports (depuis 2002)**

   d) Groupe de travail IV:
   Effets de commerce internationaux (1973 à 1987); paiements internationaux (1988 à 1992); échange de données informatisées (1992 à 1996); commerce électronique (depuis 1997)

   e) Groupe de travail V:
   Nouvel ordre économique international (1981 à 1994); insolvabilité (1995 à 1999); insolvabilité (depuis 2001)*

   f) Groupe de travail VI:
   Sûretés (depuis 2002)**

7. Comptes rendus analytiques des débats de la CNUDCI

---

* Pour sa vingt-troisième session (Vienne, 11-22 décembre 2000), ce Groupe de travail a été nommé Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux (voir le rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-troisième session A/55/17, par. 186).

** À sa trente-cinquième session, la Commission a adopté des sessions d'une semaine et porté de trois à six le nombre de groupes de travail.

8. Textes adoptés par des conférences de plénipotentiaires

9. Bibliographies des écrits ayant trait aux travaux de la CNUDCI

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
1. Rapports sur les sessions annuelles de la CNUDCI			
A/7216 (première session)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, A	77
A/7618 (deuxième session)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, A	101
A/8017 (troisième session)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, III, A	138
A/8417 (quatrième session)	Volume II: 1971	Première partie, II, A	12
A/8717 (cinquième session)	Volume III: 1972	Première partie, II, A	11
A/9017 (sixième session)	Volume IV: 1973	Première partie, II, A	13
A/9617 (septième session)	Volume V: 1974	Première partie, II, A	13
A/10017 (huitième session)	Volume VI: 1975	Première partie, II, A	9
A/31/17 (neuvième session)	Volume VII: 1976	Première partie, II, A	11
A/32/17 (dixième session)	Volume VIII: 1977	Première partie, II, A	14
A/33/17 (onzième session)	Volume IX: 1978	Première partie, II, A	14
A/34/17 (douzième session)	Volume X: 1979	Première partie, II, A	14
A/35/17 (treizième session)	Volume XI: 1980	Première partie, II, A	7
A/36/17 (quatorzième session)	Volume XII: 1981	Première partie, A	3
A/37/17 et Corr.1 (quinzième session)	Volume XIII: 1982	Première partie, A	3
A/38/17 (seizième session)	Volume XIV: 1983	Première partie, A	3
A/39/17 (dix-septième session)	Volume XV: 1984	Première partie, A	3
A/40/17 (dix-huitième session)	Volume XVI: 1985	Première partie, A	3
A/41/17 (dix-neuvième session)	Volume XVII: 1986	Première partie, A	3
A/42/17 (vingtième session)	Volume XVIII: 1987	Première partie, A	3
A/43/17 (vingt et unième session)	Volume XIX: 1988	Première partie, A	3
A/44/17 (vingt-deuxième session)	Volume XX: 1989	Première partie, A	3
A/45/17 (vingt-troisième session)	Volume XXI: 1990	Première partie, A	3
A/46/17 (vingt-quatrième session)	Volume XXII: 1991	Première partie, A	3
A/47/17 (vingt-cinquième session)	Volume XXIII: 1992	Première partie, A	3
A/48/17 (vingt-sixième session)	Volume XXIV: 1993	Première partie, A	3
A/49/17 (vingt-septième session)	Volume XXV: 1994	Première partie, A	3
A/50/17 (vingt-huitième session)	Volume XXVI: 1995	Première partie, A	3
A/51/17 (vingt-neuvième session)	Volume XXVII: 1996	Première partie, A	3
A/52/17 (trentième session)	Volume XXVIII: 1997	Première partie, A	3
A/53/17 (trente et unième session)	Volume XXIX: 1998	Première partie, A	3
A/54/17 (trente-deuxième session)	Volume XXX: 1999	Première partie, A	3
A/55/17 (trente-troisième session)	Volume XXXI: 2000	Première partie, A	3
A/56/17 (trente-quatrième session)	Volume XXXII: 2001	Première partie, A	3
A/57/17 (trente-cinquième session)	Volume XXXIII: 2002	Première partie, A	3
A/58/17 (trente-sixième session)	Volume XXXIV: 2003	Première partie, A	3

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A//59/17 (trente-septième session)	Volume XXXV: 2004	Première partie, A	3
	2. Résolutions de l'Assemblée générale		
2102 (XX)	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, A	19
2205 (XXI)	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, E	70
2421 (XXIII)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 3	98
2502 (XXIV)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 3	135
2635 (XXV)	Volume II: 1971	Première partie, I, C	10
2766 (XXVI)	Volume III: 1972	Première partie, I, C	10
2928 (XXVII)	Volume IV: 1973	Première partie, I, C	10
2929 (XXVII)	Volume IV: 1973	Première partie, I, C	10
3104 (XXVIII)	Volume V: 1974	Première partie, I, C	10
3108 (XXVIII)	Volume V: 1974	Première partie, I, C	10
3316 (XXIX)	Volume VI: 1975	Première partie, I, C	7
3317 (XXIX)	Volume VI: 1975	Troisième partie, I, B	328
3494 (XXX)	Volume VII: 1976	Première partie, I, C	9
31/98	Volume VIII: 1977	Première partie, I, C	10
31/99	Volume VIII: 1977	Première partie, I, C	10
31/100	Volume XIII: 1977	Première partie, I, C	10
32/145	Volume IX: 1978	Première partie, I, C	11
32/438	Volume IX: 1978	Première partie, I, C	11
33/92	Volume X: 1979	Première partie, I, B	10
33/93	Volume X: 1979	Première partie, I, C	10
34/142	Volume XI: 1980	Première partie, I, C	4
34/143	Volume XI: 1980	Première partie, I, C	4
34/150	Volume XI: 1980	Troisième partie, III	177
35/166	Volume XI: 1980	Troisième partie, III	177
35/51	Volume XI: 1980	Première partie, II, D	32
35/52	Volume XI: 1980	Première partie, II, D	32
36/32	Volume XII: 1981	Première partie, D	21
36/107	Volume XII: 1981	Troisième partie, I	285
36/111	Volume XII: 1981	Troisième partie, II	286
37/103	Volume XIII: 1982	Troisième partie, III	463
37/106	Volume XIII: 1982	Première partie, D	23
37/107	Volume XIII: 1982	Première partie, D	23
38/128	Volume XIV: 1983	Troisième partie, III	279
38/134	Volume XIV: 1983	Première partie, D	23
38/135	Volume XIV: 1983	Première partie, D	23
39/82	Volume XV: 1984	Première partie, D	24
40/71	Volume XVI: 1985	Première partie, D	50
40/72	Volume XVI: 1985	Première partie, D	50

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
41/77	Volume XVII: 1986	Première partie, D	39
42/152	Volume XVIII: 1987	Première partie, D	43
42/153	Volume XVIII: 1987	Première partie, E	44
43/165 et annexe	Volume XIX: 1988	Première partie, D	20
43/166	Volume XIX: 1988	Première partie, E	21
44/33	Volume XX: 1989	Première partie, E	39
45/42	Volume XXI: 1990	Première partie, D	18
46/56	Volume XXII: 1991	Première partie, D	49
47/34	Volume XXIII: 1992	Première partie, D	26
48/32	Volume XXIV: 1993	Première partie, D	39
48/33	Volume XXIV: 1993	Première partie, D	40
48/34	Volume XXIV: 1993	Première partie, D	40
49/54	Volume XXV: 1994	Première partie, D	32
49/55	Volume XXV: 1994	Première partie, D	32
50/47	Volume XXVI: 1995	Première partie, D	57
51/161	Volume XXVII: 1996	Première partie, D	40
51/162	Volume XXVII: 1996	Première partie, D	40
52/157	Volume XXVIII: 1997	Première partie, D	40
52/158	Volume XXVIII: 1997	Première partie, D	40
53/103	Volume XXIX: 1998	Première partie, D	32
54/103	Volume XXX: 1999	Première partie, D	51
55/151	Volume XXXI: 2000	Première partie, D	67
56/79	Volume XXXII: 2001	Première partie, D	68
56/80	Volume XXXII: 2001	Première partie, D	68
56/81	Volume XXXII: 2001	Première partie, D	68
57/17	Volume XXXIII: 2002	Première partie, D	45
57/18	Volume XXXIII: 2002	Première partie, D	46
57/19	Volume XXXIII: 2002	Première partie, D	49
57/20	Volume XXXIII: 2002	Première partie, D	49
58/75	Volume XXXIV: 2003	Première partie, D	42
58/76	Volume XXXIV: 2003	Première partie, D	42
59/39	Volume XXXV: 2004	Première partie, D	54
59/40	Volume XXXV: 2004	Première partie, D	54
	3. Rapports de la Sixième Commission		
A/5728	Volume I: 1968-1970	Première partie, I, A	5
A/6396	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, B	19
A/6594	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, D	62
A/7408	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 2	94
A/7747	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 2	129
A/8146	Volume II: 1971	Première partie, I, B	5

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/8506	Volume III: 1972	Première partie, I, B	5
A/8896	Volume IV: 1973	Première partie, I, B	5
A/9408	Volume V: 1974	Première partie, I, B	3
A/9920	Volume VI: 1975	Première partie, I, B	3
A/9711	Volume VI: 1975	Troisième partie, I, A	328
A/10420	Volume VII: 1976	Première partie, I, B	5
A/31/390	Volume VIII: 1977	Première partie, I, B	5
A/32/402	Volume IX: 1978	Première partie, I, B	5
A/33/349	Volume X: 1979	Première partie, I, B	5
A/34/780	Volume XI: 1980	Première partie, I, B	4
A/35/627	Volume XI: 1980	Première partie, II, C	31
A/36/669	Volume XII: 1981	Première partie, C	21
A/37/620	Volume XIII: 1982	Première partie, C	22
A/38/667	Volume XIV: 1983	Première partie, C	22
A/39/698	Volume XV: 1984	Première partie, C	24
A/40/935	Volume XVI: 1985	Première partie, C	49
A/41/861	Volume XVII: 1986	Première partie, C	38
A/42/836	Volume XVIII: 1987	Première partie, C	41
A/43/820	Volume XIX: 1988	Première partie, C	19
A/C.6/43/L.2	Volume XIX: 1988	Troisième partie, II, A	195
A/43/405 et Add.1 à 3	Volume XIX: 1988	Troisième partie, II, B	196
A/44/453 et Add.1	Volume XX: 1989	Première partie, C	35
A/44/723	Volume XX: 1989	Première partie, D	38
A/45/736	Volume XXI: 1990	Première partie, C	18
A/46/688	Volume XXII: 1991	Première partie, C	48
A/47/586	Volume XXIII: 1992	Première partie, C	25
A/48/613	Volume XXIV: 1993	Première partie, C	40
A/49/739	Volume XXV: 1994	Première partie, C	31
A/50/640	Volume XXVI: 1995	Première partie, C	58
A/51/628	Volume XXVII: 1996	Première partie, C	40
A/52/649	Volume XXVIII: 1997	Première partie, C	41
A/53/632	Volume XXIX: 1998	Première partie, C	33
A/54/611	Volume XXX: 1999	Première partie, C	51
A/55/608	Volume XXXI: 2000	Première partie, C	68
A/56/588	Volume XXXII: 2001	Première partie, C	63
A/57/562	Volume XXXIII 2002	Première partie, C	44
A/58/513	Volume XXXIV: 2003	Première partie, C	40
A/59/509	Volume XXXV: 2004	Première partie, C	52

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
4. Extraits des rapports du Conseil du commerce et du développement de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement			
A/7214	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 1	92
A/7616	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 1	129
A/8015/Rev.1	Volume II: 1971	Première partie, I, A	5
TD/B/C.4/86, annexe I	Volume II: 1971	Deuxième partie, IV	151
A/8415/Rev.1	Volume III: 1972	Première partie, I, A	5
A/8715/Rev.1	Volume IV: 1973	Première partie, I, A	5
A/9015/Rev.1	Volume V: 1974	Première partie, I, A	5
A/9615/Rev.1	Volume VI: 1975	Première partie, I, A	5
A/10015/Rev.1	Volume VII: 1976	Première partie, I, A	5
TD/B/617	Volume VIII: 1977	Première partie, I, A	5
TD/B/664	Volume IX: 1978	Première partie, I, A	5
A/33/15/Vol.II	Volume X: 1979	Première partie, I, A	5
A/34/15/Vol.II	Volume XI: 1980	Première partie, I, A	3
A/35/15/Vol.II	Volume XI: 1980	Première partie, II, B	31
A/36/15/Vol.II	Volume XII: 1981	Première partie, B	20
TD/B/930	Volume XIII: 1982	Première partie, B	22
TD/B/973	Volume XIV: 1983	Première partie, B	22
TD/B/1026	Volume XV: 1984	Première partie, B	24
TD/B/1077	Volume XVI: 1985	Première partie, B	49
TD/B/L.810/Add.9	Volume XVII: 1986	Première partie, B	37
A/42/15	Volume XVIII: 1987	Première partie, B	41
TD/B/1193	Volume XIX: 1988	Première partie, B	19
TD/B/1234/Vol.II	Volume XX: 1989	Première partie, B	18
TD/B/1277/Vol.II	Volume XXI: 1990	Première partie, B	18
TD/B/1309/Vol.II	Volume XXII: 1991	Première partie, B	48
TD/B/39(1)/15	Volume XXIII: 1992	Première partie, B	25
TD/B/40(1) 14 (Vol.I)	Volume XXIV: 1993	Première partie, B	39
TD/B/41(1)/14 (Vol.I)	Volume XXV: 1994	Première partie, B	32
TD/B/42(1)19(Vol.I)	Volume XXVI: 1995	Première partie, B	58
TD/B/43/12 (Vol.I)	Volume XXVII: 1996	Première partie, B	39
TD/B/44/19 (Vol.I)	Volume XXVIII: 1997	Première partie, B	41
TD/B/45/13 (Vol.I)	Volume XXIX: 1998	Première partie, B	33
TD/B/46/15 (Vol.I)	Volume XXX: 1999	Première partie, B	51
TD/B/47/11 (Vol.I)	Volume XXXI: 2000	Première partie, B	68
TD/B/48/18 (Vol.I)	Volume XXXII: 2001	Première partie, B	63
TD/B/49/15 (Vol.I)	Volume XXXIII: 2002	Première partie, B	43
TD/B/50/14 (Vol.I)	Volume XXXIV: 2003	Première partie, B	39
TD/B/51/8 (Vol.I)	Volume XXXV: 2004	Première partie, B	51

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
5. Documents soumis à la CNUDCI (y compris les rapports des sessions des Groupes de travail)			
A/C.6/L.571	Volume I: 1968-1970	Première partie, I, B	5
A/C.6/L.572	Volume I: 1968-1970	Première partie, I, C	14
A/CN.9/15 et Add.1	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, III, B	273
A/CN.9/18	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, C, 1	221
A/CN.9/19	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, III, A, 1	255
A/CN.9/21 et Corr.1	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, IV, A	278
A/CN.9/30	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, D	232
A/CN.9/31	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, A, 1	169
A/CN.9/33	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, B	215
A/CN.9/34	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, C, 2	230
A/CN.9/35	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, A, 2	188
A/CN.9/38	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, II, A, 2	259
A/CN.9/L.19	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, V, A	305
A/CN.9/38/Add.1	Volume II: 1971	Deuxième partie, II, 1	124
A/CN.9/41	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, II, A	249
A/CN.9/48	Volume II: 1971	Deuxième partie, II, 2	125
A/CN.9/50 et annexes I à IV	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, C, 2	96
A/CN.9/52	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, A, 2	55
A/CN.9/54	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, B, 1	73
A/CN.9/55	Volume II: 1971	Deuxième partie, III	145
A/CN.9/60	Volume II: 1971	Deuxième partie, IV	151
A/CN.9/62 et Add.1 et 2	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 5	85
A/CN.9/63 et Add.1	Volume III: 1972	Deuxième partie, IV	272
A/CN.9/64	Volume III: 1972	Deuxième partie, III	210
A/CN.9/67	Volume III: 1972	Deuxième partie, II, 1	159
A/CN.9/70 et Add.2	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, B, 1	105
A/CN.9/73	Volume III: 1972	Deuxième partie, II, B, 3	115
A/CN.9/74 et annexe I	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 1	151
A/CN.9/75	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, A, 3	69
A/CN.9/76 et Add.1	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 4, 5	222
A/CN.9/77	Volume IV: 1973	Deuxième partie, II, 1	114
A/CN.9/78	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, B	89
A/CN.9/79	Volume IV: 1973	Deuxième partie, III, 1	143
A/CN.9/82	Volume IV: 1973	Deuxième partie, V	217
A/CN.9/86	Volume V: 1974	Deuxième partie, II, 1	97
A/CN.9/87	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 1	29
A/CN.9/87, annexes I à IV	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 2 à 5	51
A/CN.9/88 et Add.1	Volume V: 1974	Deuxième partie, III, 1 et 2	113
A/CN.9/91	Volume V: 1974	Deuxième partie, IV	191
A/CN.9/94 et Add.1 et 2	Volume V: 1974	Deuxième partie, V	195

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/96 et Add.1	Volume VI: 1975	Deuxième partie, IV, 1 et 2	187
A/CN.9/97 et Add.1 à 4	Volume VI: 1975	Deuxième partie, III	163
A/CN.9/98	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 6	114
A/CN.9/99	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 1	121
A/CN.9/100, annexes I à IV	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 1 à 5	49
A/CN.9/101 et Add.1	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 3 et 4	137
A/CN.9/102	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 5	159
A/CN.9/103	Volume VI: 1975	Deuxième partie, V	255
A/CN.9/104	Volume VI: 1975	Deuxième partie, VI	305
A/CN.9/105	Volume VI: 1975	Deuxième partie, IV, 3	248
A/CN.9/105, annexe	Volume VI: 1975	Deuxième partie, IV, 4	274
A/CN.9/106	Volume VI: 1975	Deuxième partie, VIII	314
A/CN.9/107	Volume VI: 1975	Deuxième partie, VII	311
A/CN.9/109 et Add.1 et 2	Volume VII: 1976	Deuxième partie, IV, 1 à 3	196
A/CN.9/110	Volume VII: 1976	Deuxième partie, IV, 4	278
A/CN.9/112 et Add.1	Volume VII: 1976	Deuxième partie, III, 1 et 2	157
A/CN.9/113	Volume VII: 1976	Deuxième partie, III, 3	184
A/CN.9/114	Volume VII: 1976	Deuxième partie, III, 4	194
A/CN.9/115	Volume VII: 1976	Deuxième partie, IV, 5	322
A/CN.9/116 et annexes I et II	Volume VII: 1976	Deuxième partie, I, 1 à 3	89
A/CN.9/117	Volume VII: 1976	Deuxième partie, II, 1	143
A/CN.9/119	Volume VII: 1976	Deuxième partie, VI	327
A/CN.9/121	Volume VII: 1976	Deuxième partie, V	326
A/CN.9/125 et Add.1 à 3	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, D	119
A/CN.9/126	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, E	158
A/CN.9/127	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, III	256
A/CN.9/128 et annexes I et II	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, A à C	79
A/CN.9/129 et Add.1	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, VI, A et B	327
A/CN.9/131	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, II, A	191
A/CN.9/132	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, II, B	244
A/CN.9/133	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, IV, A	257
A/CN.9/135	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, F	184
A/CN.9/137	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, V	324
A/CN.9/139	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, IV, B	300
A/CN.9/141	Volume IX: 1978	Deuxième partie, II, A	168
A/CN.9/142	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, A	71
A/CN.9/143	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, C	121
A/CN.9/144	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, D	123
A/CN.9/145	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, E	136
A/CN.9/146 et Add.1 à 4	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, F	143
A/CN.9/147	Volume IX: 1978	Deuxième partie, II, B	183

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/148	Volume IX: 1978	Deuxième partie, III	204
A/CN.9/149 et Corr.1 et 2	Volume IX: 1978	Deuxième partie, IV, A	206
A/CN.9/151	Volume IX: 1978	Deuxième partie, V	225
A/CN.9/155	Volume IX: 1978	Deuxième partie, IV, B	223
A/CN.9/156	Volume IX: 1978	Deuxième partie, IV, C	223
A/CN.9/157	Volume X: 1979	Deuxième partie, II, A	68
A/CN.9/159	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, A	41
A/CN.9/160	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, B	43
A/CN.9/161	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, C	44
A/CN.9/163	Volume X: 1979	Deuxième partie, II, B	85
A/CN.9/164	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, D	54
A/CN.9/165	Volume X: 1979	Deuxième partie, II, C	88
A/CN.9/166	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, A	95
A/CN.9/167	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, B	99
A/CN.9/168	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, C	108
A/CN.9/169	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, D	117
A/CN.9/170	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, E	118
A/CN.9/171	Volume X: 1979	Deuxième partie, IV	121
A/CN.9/172	Volume X: 1979	Deuxième partie, V	131
A/CN.9/175	Volume X: 1979	Deuxième partie, VI	140
A/CN.9/176	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, A	123
A/CN.9/177	Volume XI: 1980	Deuxième partie, II	39
A/CN.9/178	Volume XI: 1980	Deuxième partie, III, A	45
A/CN.9/179	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, A	101
A/CN.9/180	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, B	104
A/CN.9/181 et annexe	Volume XI: 1980	Deuxième partie, III, B, C	56
A/CN.9/183	Volume XI: 1980	Deuxième partie, I	37
A/CN.9/186	Volume XI: 1980	Deuxième partie, III, D	92
A/CN.9/187 et Add.1 à 3	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, C	113
A/CN.9/189	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, D	119
A/CN.9/191	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, B	128
A/CN.9/192 et Add.1 et 2	Volume XI: 1980	Deuxième partie, VI	145
A/CN.9/193	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, C	142
A/CN.9/194	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, D	143
A/CN.9/196	Volume XII: 1981	Deuxième partie, II, A	53
A/CN.9/197	Volume XII: 1981	Deuxième partie, I, A	27
A/CN.9/198	Volume XII: 1981	Deuxième partie, IV, A	99
A/CN.9/199	Volume XII: 1981	Deuxième partie, II, B	74
A/CN.9/200	Volume XII: 1981	Deuxième partie, II, C	75
A/CN.9/201	Volume XII: 1981	Deuxième partie, I, C	50
A/CN.9/202 et Add.1 à 4	Volume XII: 1981	Deuxième partie, V, A	203

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/203	Volume XII: 1981	Deuxième partie, V, B	252
A/CN.9/204	Volume XII: 1981	Deuxième partie, VIII	279
A/CN.9/205/Rev.1	Volume XII: 1981	Deuxième partie, VI	273
A/CN.9/206	Volume XII: 1981	Deuxième partie, VII	275
A/CN.9/207	Volume XII: 1981	Deuxième partie, III	79
A/CN.9/208	Volume XII: 1981	Deuxième partie, V, C	271
A/CN.9/210	Volume XIII: l982	Deuxième partie, II, A, 1	47
A/CN.9/211	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 3	117
A/CN.9/212	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 5	199
A/CN.9/213	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 4	131
A/CN.9/214	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 6	211
A/CN.9/215	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, B, 1	270
A/CN.9/216	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, III, A	308
A/CN.9/217	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, IV, A	339
A/CN.9/218	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, I, A	29
A/CN.9/219 et Add.1 et Corr.1	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, I, B	37
A/CN.9/220	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, B, 3	290
A/CN.9/221	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, C	292
A/CN.9/222	Volume XIII: l982	Deuxième partie, III, C	334
A/CN.9/223	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 7	268
A/CN.9/224	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, V	427
A/CN.9/225	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VI, B	433
A/CN.9/226	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VI, A	433
A/CN.9/227	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VII	451
A/CN.9/228	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VIII	453
A/CN.9/229	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VI, C	447
A/CN.9/232	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, A	37
A/CN.9/233	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, C	65
A/CN.9/234	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, IV, A	107
A/CN.9/235	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, I	29
A/CN.9/236	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, C	183
A/CN.9/237 et Add.1 à 3	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, B	145
A/CN.9/238	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, D	190
A/CN.9/239	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, A	143
A/CN.9/240	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, VII	207
A/CN.9/241	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, VI	205
A/CN.9/242	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, II	35
A/CN.9/245	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 1	151
A/CN.9/246 et annexe	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B, 1 et 2	186
A/CN.9/247	Volume XV: 1984	Deuxième partie, III, A	235
A/CN.9/248	Volume XV: 1984	Deuxième partie, I, A, 1	29

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/249 et Add.1	Volume XV: 1984	Deuxième partie, I, A, 2	100
A/CN.9/250 et Add.1 à 4	Volume XV: 1984	Deuxième partie, I, B	109
A/CN.9/251	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, B	321
A/CN.9/252 et annexes I et II	Volume XV: 1984	Deuxième partie, IV, A et B	251
A/CN.9/253	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, C	330
A/CN.9/254	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, D	335
A/CN.9/255	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, A	319
A/CN.9/256	Volume XV: 1984	Deuxième partie, VII	341
A/CN.9/257	Volume XV: 1984	Deuxième partie, VI	339
A/CN.9/259	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, A, 1	209
A/CN.9/260	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IV, A	341
A/CN.9/261	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, II, A	147
A/CN.9/262	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, B, 1	261
A/CN.9/263 et Add.1 à 3	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, I, A	55
A/CN.9/264	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, I, B	106
A/CN.9/265	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, V	365
A/CN.9/266 et Add.1 et 2	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, II, B	157
A/CN.9/267	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IX	401
A/CN.9/268	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, C	339
A/CN.9/269	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, VI	381
A/CN.9/270	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, VIII	399
A/CN.9/271	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, VII	395
A/CN.9/273	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 1	43
A/CN.9/274	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 2	61
A/CN.9/275	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, III, A	187
A/CN.9/276	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, II, A	89
A/CN.9/277	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, II, C	173
A/CN.9/278	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, B	83
A/CN.9/279	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, V	247
A/CN.9/280	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, IV	230
A/CN.9/281	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, VI	263
A/CN.9/282	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, VIII	309
A/CN.9/283	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, VII	303
A/CN.9/285	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 4	81
A/CN.9/287	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, III, A	115
A/CN.9/288	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, I, 1	49
A/CN.9/289	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 1	105
A/CN.9/290	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 4	112
A/CN.9/291	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, B	113
A/CN.9/292	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie	141
A/CN.9/293	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, VI	153

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/294	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, V	147
A/CN.9/297	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, I, A, 1	25
A/CN.9/298	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, II, A	67
A/CN.9/299	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, X, B	171
A/CN.9/300	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, X, A	169
A/CN.9/301	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, I, B	49
A/CN.9/302	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, III	93
A/CN.9/303	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, IX	155
A/CN.9/304	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, A	131
A/CN.9/305	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, B	136
A/CN.9/306	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, IV	109
A/CN.9/307	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, V, A	115
A/CN.9/308	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, V, B	119
A/CN.9/309	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VI	123
A/CN.9/310	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, D	146
A/CN.9/311	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VIII	149
A/CN.9/312	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, C	142
A/CN.9/315	Volume XX: 1989	Deuxième partie, II, A	111
A/CN.9/316	Volume XX: 1989	Deuxième partie, IV, A	197
A/CN.9/317	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, A	43
A/CN.9/318	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, C	73
A/CN.9/319 et Add.1 à 5	Volume XX: 1989	Deuxième partie, III, A	161
A/CN.9/320	Volume XX: 1989	Deuxième partie, III, B	188
A/CN.9/321	Volume XX: 1989	Deuxième partie, III, C	193
A/CN.9/322	Volume XX: 1989	Deuxième partie, V	223
A/CN.9/323	Volume XX: 1989	Deuxième partie, VIII	267
A/CN.9/324	Volume XX: 1989	Deuxième partie, VI	233
A/CN.9/325	Volume XX: 1989	Deuxième partie, VII	261
A/CN.9/328	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, A	28
A/CN.9/329	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, D	72
A/CN.9/330	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, IV, A	237
A/CN.9/331	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, II, A	123
A/CN.9/332 et Add.1 à 7	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, III	185
A/CN.9/333	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, V	253
A/CN.9/334	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, VI	267
A/CN.9/335	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, IX	297
A/CN.9/336	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, VII	269
A/CN.9/337	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, VIII	291
A/CN.9/338	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, X	301
A/CN.9/341	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, C	144
A/CN.9/342	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, A	311

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/343	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, II, A	261
A/CN.9/344	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, E	195
A/CN.9/345	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, C	340
A/CN.9/346	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, A	51
A/CN.9/347 et Add.1	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, B	102
A/CN.9/348	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, V, B	399
A/CN.9/349	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, VIII	447
A/CN.9/350	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, IV	381
A/CN.9/351	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, VI	443
A/CN.9/352	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, V,	399
A/CN.9/353	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, VI	435
A/CN.9/356	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, A	197
A/CN.9/357	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, II, A	37
A/CN.9/358	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, IV, A	291
A/CN.9/359	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, C	247
A/CN.9/360	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, V, A	347
A/CN.9/361	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, IV, C	327
A/CN.9/362 et Add.1 à 17	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, II, C	91
A/CN.9/363	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, VIII	395
A/CN.9/364	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, VI, A	383
A/CN.9/367	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, I, A	29
A/CN.9/368	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, VII	387
A/CN.9/371	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, A	43
A/CN.9/372	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, A	139
A/CN.9/373	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, III, A	199
A/CN.9/374 et Corr.1	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, C	175
A/CN.9/375	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, C	102
A/CN.9/376 et Add.1 et 2	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, D	120
A/CN.9/377	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, E	136
A/CN.9/378 et Add.1 à 5	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, IV, A à F	227
A/CN.9/379	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, VII	293
A/CN.9/380	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, V	261
A/CN.9/381	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, VI	285
A/CN.9/384	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VI, A	245
A/CN.9/385	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VII	257
A/CN.9/386	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VI, B	251
A/CN.9/387	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, A	149
A/CN.9/388	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, II, A	113
A/CN.9/389	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, A	37
A/CN.9/390	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, C	186
A/CN.9/391	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, II, C	133

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/392	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, C	59
A/CN.9/393	Volume XXIV: 1994	Troisième partie, I	321
A/CN.9/394	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, E	108
A/CN.9/395	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VIII	263
A/CN.9/396 et Add.1	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, IV	211
A/CN.9/397	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, V, A	229
A/CN.9/398	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, V, B	239
A/CN.9/399	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, V, C	242
A/CN.9/400	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, X	299
A/CN.9/401	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, IX, A	287
A/CN.9/401/Add.1	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, IX, B	294
A/CN.9/403	Volume XXV: 1994	Troisième partie, II	323
A/CN.9/405	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, A	67
A/CN.9/406	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, A	111
A/CN.9/407	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, C	141
A/CN.9/408	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, C	91
A/CN.9/409 et Add.1 à 4	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, E	177
A/CN.9/410	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, III	201
A/CN.9/411	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, D	111
A/CN.9/412	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, IV, C	225
A/CN.9/413	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, IV, A	215
A/CN.9/414	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, IV, B	218
A/CN.9/415	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, VI	245
A/CN.9/416	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, V	237
A/CN.9/419 et Corr.1 (anglais seulement)	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, A	117
A/CN.9/420	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, IV	189
A/CN.9/421	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, II, A	51
A/CN.9/422	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, C	152
A/CN.9/423	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, I, A	47
A/CN.9/424	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, V	217
A/CN.9/425	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, I, B	58
A/CN.9/426	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, II, C	99
A/CN.9/427	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, VII	239
A/CN.9/428	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, VI	231
A/CN.9/431 et Corr.1	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, V	301
A/CN.9/432	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, B	129
A/CN.9/433	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, B	47
A/CN.9/434	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D	178
A/CN.9/435	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, D	75
A/CN.9/436	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, E	112
A/CN.9/437	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, III, B	229

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/438 et Add.1 à 3	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, IV	271
A/CN.9/439	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, VIII	311
A/CN.9/440	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, VII	309
A/CN.9/444 et Add.1 à 5	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, III	194
A/CN.9/445	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, A	39
A/CN.9/446	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, A	137
A/CN.9/447	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, C	93
A/CN.9/448	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, VI	271
A/CN.9/449	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, V	269
A/CN.9/450	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, D	191
A/CN.9/454	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, A	165
A/CN.9/455	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, A	57
A/CN.9/456	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, E	109
A/CN.9/457	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, D	208
A/CN.9/458 et Add.1 à 9	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, III	245
A/CN.9/459 et Add.1	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, IV	373
A/CN.9/460	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, V	395
A/CN.9/461	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, IX	425
A/CN.9/462	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, VIII	423
A/CN.9/462/Add.1	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, VI	417
A/CN.9/465	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, A	409
A/CN.9/466	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, II, A	207
A/CN.9/467	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, C	457
A/CN.9/468	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, IV, A	511
A/CN.9/469	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, A	551
A/CN.9/470	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, II, E	301
A/CN.9/471 et Add.1 à 9	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I	25
A/CN.9/472 et Add.1 à 4	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, II, F	370
A/CN.9/473	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, IX	679
A/CN.9/474	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VIII	677
A/CN.9/475	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, C	595
A/CN.9/476	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, D	610
A/CN.9/477	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VI, A	618
A/CN.9/478	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VI, B	634
A/CN.9/479	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VI. C	639
A/CN.9/483	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, A	181
A/CN.9/484	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, C	226
A/CN.9/485 et Corr.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, A	341
A/CN.9/486	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, I, A	71
A/CN.9/487	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, D	389
A/CN.9/488	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, V, A	431

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/489 et Add.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, I, B	105
A/CN.9/490 et Add.1 à 5	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, I, C	152
A/CN.9/491 et Add.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, I, D	171
A/CN.9/492 et Add.1 à 3	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, I	303
A/CN.9/493	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, J	313
A/CN.9/494	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, VIII	471
A/CN.9/495	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, IV	425
A/CN.9/496	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, V, B	434
A/CN.9/497	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, V, C	455
A/CN.9/498	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, VI	463
A/CN.9/499	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, IX, B	480
A/CN.9/500	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, IX, A	477
A/CN.9/501	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, VII	469
A/CN.9/504	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, A	179
A/CN.9/505	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, II	161
A/CN.9/506	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, A	53
A/CN.9/507	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, D	246
A/CN.9/508	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, D	99
A/CN.9/509	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IV, A	371
A/CN.9/510	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, VI, A	523
A/CN.9/511	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, H	334
A/CN.9/512	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, V, A	439
A/CN.9/513 et Add.1 et 2	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, G	136
A/CN.9/514	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, H	145
A/CN.9/515	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IX	607
A/CN.9/516	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, VIII	605
A/CN.9/518	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, J	367
A/CN.9/521	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, I, A	47
A/CN.9/522 et Add.1 et 2	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, I, C	106
A/CN.9/523	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, III, A	335
A/CN.9/524	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, III, C	349
A/CN.9/525	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, A	369
A/CN.9/526	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, C	391
A/CN.9/527	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, A	585
A/CN.9/528	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, C	613
A/CN.9/529	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, A	169
A/CN.9/531	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VI, A	653
A/CN.9/532	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VI, C	692
A/CN.9/533 et Add.1 à 7	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, I, D	152
A/CN.9/534	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, G	325
A/CN.9/535	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, F	322

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/536	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IX	729
A/CN.9/537	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, X	735
A/CN.9/539 et Add.1	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VII, A	707
A/CN.9/540	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VII, B	718
A/CN.9/542	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, A	61
A/CN.9/543	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, V, A	995
A/CN.9/544	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, A	605
A/CN.9/545	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, II, A	497
A/CN.9/546	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, A	835
A/CN.9/547	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, II, C	545
A/CN.9/548	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, F	946
A/CN.9/549	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, V, D	1124
A/CN.9/550	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, H	429
A/CN.9/551	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, D	107
A/CN.9/552	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, F	773
A/CN.9/553	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, VI	1177
A/CN.9/554	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, I	436
A/CN.9/555	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, X, B	1220
A/CN.9/557	Volume XXXV: 2004	Troisième partie, II	1245
A/CN.9/558 et Add.1	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, J	440
A/CN.9/559 et Add.1 à 3	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, K	458
A/CN.9/560	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, VIII	1197
A/CN.9/561	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IX	1209
A/CN.9/564	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, XI	1239
A/CN.9/565	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, X, A	1211
A/CN.9/566	Volume XXXV: 2004	Troisième partie, III	1263

6. Documents soumis aux Groupes de travail

a) Groupe de travail I

i) Délais et prescription

A/CN.9/WG.1/WP.9	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, C, 1	81

ii) Projets d'infrastructure à financement privé

A/CN.9/WG.I/WP.29 et Add.1 et 2	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, I, B	84

b) Groupe de travail II

i) Vente internationale de marchandises

A/CN.9/WG.2/WP.1	Volume I: 1968-1979	Troisième partie, I, A, 2	188
A/CN.9/WG.2/WP.6	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, A, 1	37
A/CN.9/WG.2/WP.8	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 1	31
A/CN.9/WG.2/WP.9	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 2	41

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/WG.2/WP.10	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 3	54
A/CN.9/WG.2/WP.11	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 4	69
A/CN.9/WG.2/WP.15	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, A, 1	31
A/CN.9/WG.2/WP.16	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, A, 2	36
A/CN.9/WG.2/WP.15/Add.1	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 3	60
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.1	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 4	65
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.2	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 4	65
A/CN.9/WG.2/WP.20	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 4	88
A/CN.9/WG.2/WP.2 et Add.1 et 2	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 3	70
A/CN.9/WG.2/WP.26 et Add.1 et appendice I	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, C	90
A/CN.9/WG.2/WP.27	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, B	85
A/CN.9/WG.2/WP.28	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, B	85
	ii) Pratiques en matière de contrats internationaux		
A/CN.9/WG.II/WP.33 et Add.1	Volume XII: 1981	Deuxième partie, I, B, 1 et 2	33
A/CN.9/WG.II/WP.35	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, III, B	325
A/CN.9/WG.II/WP.37	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, B, 1	56
A/CN.9/WG.II/WP.38	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, B, 2	62
A/CN.9/WG.II/WP.40	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, D, 1	87
A/CN.9/WG.II/WP.41	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, D, 2	94
A/CN.9/WG.II/WP.42	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, D, 3	101
A/CN.9/WG.II/WP.44	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 2(a)	175
A/CN.9/WG.II/WP.45	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 2(b)	180
A/CN.9/WG.II/WP.46	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 2(c)	184
A/CN.9/WG.II/WP.48	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B, 3(a)	217
A/CN.9/WG.II/WP.49	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B, 3(b)	225
A/CN.9/WG.II/WP.50	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B, 3(c)	229
A/CN.9/WG.II/WP.52 et Add.1	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IV, B, 1	355
A/CN.9/WG.II/WP.53	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IV, B, 3	362
A/CN.9/WG.II/WP.55	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, III, B, 1	202
A/CN.9/WG.II/WP.56	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, III, B, 2	217
A/CN.9/WG.II/WP.58	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, III, B	132
A/CN.9/WG.II/WP.60	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, II, B	84
A/CN.9/WG.II/WP.62	Volume XX: 1989	Deuxième partie, IV, B, 1	215
A/CN.9/WG.II/WP.63	Volume XX: 1989	Deuxième partie, IV, B, 2	218
A/CN.9/WG.II/WP.65	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, IV, B	250
A/CN.9/WG.II/WP.67	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, B, 1	342
A/CN.9/WG.II/WP.68	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, B, 2	349
A/CN.9/WG.II/WP.70	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, D, 1	373
A/CN.9/WG.II/WP.71	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, D, 2	393

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/WG.II/WP.73 et Add.1	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, IV, B	333
A/CN.9/WG.II/WP.76 et Add.1	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, B, 1	166
A/CN.9/WG.II/WP.77	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, B, 2	180
A/CN.9/WG.II/WP.80	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, II, B	135
A/CN.9/WG.II/WP.83	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, B	88
A/CN.9/WG.II/WP.87	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, B	161
A/CN.9/WG.II/WP.89	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D, 1	211
A/CN.9/WG.II/WP.90	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D, 2	223
A/CN.9/WG.II/WP.91	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D, 3	227
A/CN.9/WG.II/WP.93	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, B	70
A/CN.9/WG.II/WP.96	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, D	115
A/CN.9/WG.II/WP.98	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, B	84
A/CN.9/WG.II/WP.99	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, C	102
A/CN.9/WG.II/WP.100	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, D	108
A/CN.9/WG.II/WP.102	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, F	145
A/CN.9/WG.II/WP.104	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I, B	246
A/CN.9/WG.II/WP.105	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I, C	271
A/CN.9/WG.II/WP.106	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I, D	288
	iii) Arbitrage commercial international		
A/CN.9/WG.II/WP.108 et Add.1	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, IV, B	529
A/CN.9/WG.II/WP.110	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, B	364
A/CN.9/WG.II/WP.111	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, C	383
A/CN.9/WG.II/WP.113 et Add.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, E	411
A/CN.9/WG.II/WP.115	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, B	78
A/CN.9/WG.II/WP.116	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, C	89
A/CN.9/WG.II/WP.118	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, E	113
A/CN.9/WG.II/WP.119	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, F	120
A/CN.9/WG.II/WP.121	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, III, B	348
A/CN.9/WG.II/WP.123	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, III, D	362
A/CN.9/WG.II/WP.125	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, II, B	530
A/CN.9/WG.II/WP.127	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, II, D	576
A/CN.9/WG.II/WP.128	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, II, E	587
A/CN.9/WG.II/WP.129	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, II, F	600
	c) Groupe de travail III		
	i) Réglementation internationale des transports maritimes		
A/CN.9/WG.III/WP.6	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 2	161
A/CN.9/WG.III/WP.7	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 3	171
A/CN.9/WG.III/WP.11	Volume V: 1974	Deuxième partie, III, 3	173

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
	ii) Droit des transports		
A/CN.9/WG.III/WP.21 et Add.1	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, VI, B	552
A/CN.9/WG.III/WP.23	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, B	389
A/CN.9/WG.III/WP.25	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, D	431
A/CN.9/WG.III/WP.26	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, E	433
A/CN.9/WG.III/WP.27	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, F	435
A/CN.9/WG.III/WP.28	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, G	535
A/CN.9/WG.III/WP.29	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, H	557
A/CN.9/WG.III/WP.30	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, I	579
A/CN.9/WG.III/WP.28/Add.1	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, B	662
A/CN.9/WG.III/WP.32	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, C	672
A/CN.9/WG.III/WP.33	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, D	748
A/CN.9/WG.III/WP.34	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, E	761
A/CN.9/WG.III/WP.36	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, G	812
A/CN.9/WG.III/WP.37	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, H	829
	d) Groupe de travail IV		
	i) Effets de commerce internationaux		
A/CN.9/WG.IV/WP.2	Volume IV: 1973	Deuxième partie, II, 2	130
A/CN.9/WG.IV/CRP.5	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 2	151
A/CN.9/WG.IV/WP.21	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2(a)	79
A/CN.9/WG.IV/WP.22	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2(b)	85
A/CN.9/WG.IV/WP.23	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2(c)	87
A/CN.9/WG.IV/WP.24 et Add.1 et 2	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2(d à f)	89
A/CN.9/WG.IV/WP.25 et Add.1	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2(g et h)	105
A/CN.9/WG.IV/WP.27	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, B, 2	281
A/CN.9/WG.IV/WP.30	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 3	74
A/CN.9/WG.IV/WP.32 et Add.1 à 10	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, I, 2	69
A/CN.9/WG.IV/WP.33	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, I, 3	102
	ii) Paiements internationaux		
A/CN.9/WG.IV/WP.35	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, I, A, 2	37
A/CN.9/WG.IV/WP.37	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, B	60
A/CN.9/WG.IV/WP.39	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, D	94
A/CN.9/WG.IV/WP.41	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, B	43
A/CN.9/WG.IV/WP.42	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, C	62
A/CN.9/WG.IV/WP.44	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, E	95
A/CN.9/WG.IV/WP.46 et Corr.1	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, D, 1	170
A/CN.9/WG.IV/WP.47	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, D, 2	204
A/CN.9/WG.IV/WP.49	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, F	226
A/CN.9/WG.IV/WP.51	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, II, B	50

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
	iii) Commerce électronique		
A/CN.9/WG.IV/WP.53	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, V, B	389
A/CN.9/WG.IV/WP.55	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, III, B	223
A/CN.9/WG.IV/WP.57	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, B, 1	182
A/CN.9/WG.IV/WP.58	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, B, 2	192
A/CN.9/WG.IV/WP.60	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, D	216
A/CN.9/WG.IV/WP.62	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, B	141
A/CN.9/WG.IV/WP.64	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 1	161
A/CN.9/WG.IV/WP.65	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 2	176
A/CN.9/WG.IV/WP.66	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 3	177
A/CN.9/WG.IV/WP.67	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 4	181
A/CN.9/WG.IV/WP.69	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, II, B	82
A/CN.9/WG.IV/WP.71	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, III, A	253
A/CN.9/WG.IV/WP.73	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, B	171
A/CN.9/WG.IV/WP.74	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, C	190
A/CN.9/WG.IV/WP.76	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, B	191
A/CN.9/WG.IV/WP.77	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, C	205
A/CN.9/WG.IV/WP.79	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, E	226
A/CN.9/WG.IV/WP.80	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, F	239
A/CN.9/WG.IV/WP.82	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, B	431
A/CN.9/WG.IV/WP.84	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, B	479
A/CN.9/WG.IV/WP.86 et Add.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, B	204
A/CN.9/WG.IV/WP.88	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, D	244
A/CN.9/WG.IV/WP.89	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, E	270
A/CN.9/WG.IV/WP.90	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, F	277
A/CN.9/WG.IV/WP.91	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, G	294
A/CN.9/WG.IV/WP.93	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, H	302
A/CN.9/WG.IV/WP.94	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IV, B	387
A/CN.9/WG.IV/WP.95	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IV, C	406
A/CN.9/WG.IV/WP.96	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IV, D	425
A/CN.9/WG.IV/WP.98 et Add.1 à 4	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, B	601
A/CN.9/WG.IV/WP.98 et Add.5 et 6	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, D	632
A/CN.9/WG.IV/WP.100	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, E	711
A/CN.9/WG.IV/WP.101	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, F	720
A/CN.9/WG.IV/WP.103	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, B	870
A/CN.9/WG.IV/WP.104 et Add.1 à 4	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, C	889
A/CN.9/WG.IV/WP.105	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, D	943
A/CN.9/WG.IV/WP.106	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, E	945
A/CN.9/WG.IV/WP.108	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, G	977

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
	e) Groupe de travail V		
	i) Nouvel ordre économique international		
A/CN.9/WG.V/WP.4 et Add.1 à 8	Volume XII: 1981	Deuxième partie, IV, B, 1	107
A/CN.9/WG.V/WP.5	Volume XII: 1981	Deuxième partie, IV, B, 2	201
A/CN.9/WG.V/WP.7 et Add.1 à 6	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, IV, B	352
A/CN.9/WG.V/WP.9 et Add.1 à 5	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, IV, B	112
A/CN.9/WG.V/WP.11 et Add.1 à 9	Volume XV: 1984	Deuxième partie, III, B	247
A/CN.9/WG.V/WP.13 et Add.1 à 6	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, A, 2	225
A/CN.9/WG.V/WP.15 et Add.1 à 10	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, B, 2	281
A/CN.9/WG.V/WP.17 et Add.1 à 9	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, II, B	112
A/CN.9/WG.V/WP.19	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 2	108
A/CN.9/WG.V/WP.20	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 3	109
A/CN.9/WG.V/WP.22	Volume XX: 1989	Deuxième partie, II, B	125
A/CN.9/WG.V/WP.24	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, II, B	145
A/CN.9/WG.V/WP.25	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, II, C	159
A/CN.9/WG.V/WP.27	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, II, B, 1	299
A/CN.9/WG.V/WP.28	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, II, B, 2	308
A/CN.9/WG.V/WP.30	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, B, 1	236
A/CN.9/WG.V/WP.31	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, B, 2	259
A/CN.9/WG.V/WP.33	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, D, 2	291
A/CN.9/WG.V/WP.34	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, D,	291
A/CN.9/WG.V/WP.36	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, B	85
A/CN.9/WG.V/WP.38	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, B	58
A/CN.9/WG.V/WP.40	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, D	92
	ii) Insolvabilité		
A/CN.9/WG.V/WP.42	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, B	140
A/CN.9/WG.V/WP.44	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, D	174
A/CN.9/WG.V/WP.46	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, B	68
A/CN.9/WG.V/WP.48	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, D	102
A/CN.9/WG.V/WP.50	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, B	571
A/CN.9/WG.V/WP.54 et Add.1 et 2	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, B	199
A/CN.9/WG.V/WP.55	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, C	238
A/CN.9/WG.V/WP.57	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, E	275
A/CN.9/WG.V/WP.58	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, F	286
A/CN.9/WG.V/WP.59	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, G	332
A/CN.9/WG.V/WP.61 et Add.1 et 2	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, I	347
A/CN.9/WG.V/WP.63 et Add.3 à 15	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, B	185
A/CN.9/WG.V/WP.63 et Add.1 et 2 et Add.16 et 17	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, E	301
A/CN.9/WG.V/WP.64	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, C	284
A/CN.9/WG.V/WP.67	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, B	91
A/CN.9/WG.V/WP.68	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, C	101
A/CN.9/WG.V/WP.70 (Parties I et II)	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, E	140
A/CN.9/WG.V/WP.71	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, F	403
A/CN.9/WG.V/WP.72	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, G	422

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
	f) Groupe de travail VI: Sûretés		
A/CN.9/WG.VI/WP.2 et Add.1 à 12	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, V, B	451
A/CN.9/WG.VI/WP.3	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, V, C	514
A/CN.9/WG.VI/WP.4	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, V, D	519
A/CN.9/WG.VI/WP.6 et Add.1 à 5	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VI, B	663
A/CN.9/WG.VI/WP.9 et Add.1 à 4 et Add.6 à 8	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, V, B	1022
A/CN.9/WG.VI/WP.11 et Add.1 et 2	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, V, E	1141
	7. Comptes rendus analytiques des débats de la CNUDCI		
A/CN.9/SR.93 à 123	Volume III: 1972	Supplément	1
A/CN.9/SR.254 à 256	Volume XIV: 1983	Troisième partie, I, A	211
A/CN.9/SR.255 à 261	Volume XIV: 1983	Troisième partie, I, B, 1	216
A/CN.9/SR.270 à 278, 282 et 283	Volume XIV: 1983	Troisième partie, I, B, 2	239
A/CN.9/SR.286 à 299 et 301	Volume XV: 1984	Troisième partie, I	339
A/CN.9/SR.305 à 333	Volume XVI: 1985	Troisième partie, II	415
A/CN.9/SR.335 à 353, 355 et 356	Volume XVII: 1986	Troisième partie, II	327
A/CN.9/SR.378, 379, 381 à 385 et 388	Volume XVIII: 1987	Troisième partie, III	175
A/CN.9/SR.402 à 421, 424 et 425	Volume XX: 1989	Troisième partie, II	279
A/CN.9/SR.439 à 462 et 465	Volume XXII: 1991	Troisième partie, II	483
A/CN.9/SR.467 à 476, 481 et 482	Volume XXIII: 1992	Troisième partie, III	443
A/CN.9/SR.494 à 512	Volume XXIV: 1993	Troisième partie, III	365
A/CN.9/SR.520 à 540	Volume XXV: 1994	Troisième partie, III	369
A/CN.9/SR.547 à 579	Volume XXVI: 1995	Troisième partie, III	261
A/CN.9/SR.583 à 606	Volume XXVII: 1996	Troisième partie, III	263
A/CN.9/SR.607 à 631	Volume XXVIII: 1997	Troisième partie, III	353
A/CN.9/SR.676 à 703	Volume XXXI: 2000	Troisième partie, II	689
A/CN.9/SR.711 à 730	Volume XXXII: 2001	Troisième partie, III	503
A/CN.9/SR.739 à 752	Volume XXXIII: 2002	Troisième partie, III	621
A/CN.9/SR.758 à 774	Volume XXXIV: 2003	Troisième partie, II	753
	8. Textes adoptés par des conférences de plénipotentiaires		
A/CONF.63/14 et Corr.1	Volume V: 1974	Troisième partie, I, A	217
A/CONF.63/15	Volume V: 1974	Troisième partie, I, B	218
A/CONF.63/17	Volume X: 1979	Troisième partie, I	155
A/CONF.89/13 et annexes I à III	Volume IX: 1978	Troisième partie, I, A à D	241
A/CONF.97/18 et annexes I et II	Volume XI: 1980	Troisième partie, I, A à C	159
A/CONF.152/13	Volume XXIII: 1992	Troisième partie, I	429
	9. Bibliographies des écrits ayant trait aux travaux de la CNUDCI		
	Volume I: 1968-1970	Troisième partie	320
A/CN.9/L.20/Add.1	Volume II: 1971	Deuxième partie	155
	Volume II: l972	Deuxième partie	161
	Volume III: 1972	Deuxième partie	339
	Volume IV: 1973	Deuxième partie	255
A/CN.9/L.25	Volume V: 1974	Troisième partie, II, A	223
	Volume V: 1974	Troisième partie, II, B	224

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
	Volume VI: 1975	Troisième partie, II, A	329
	Volume VII: 1976	Troisième partie, A	345
	Volume VIII: 1977	Troisième partie, A	351
	Volume IX: 1978	Troisième partie, II	250
	Volume X: 1979	Troisième partie, II	178
	Volume XI: 1980	Troisième partie, IV	179
	Volume XII: 1981	Troisième partie, III	287
	Volume XIII: 1982	Troisième partie, IV	464
	Volume XIV: 1983	Troisième partie, IV	280
	Volume XV: 1984	Troisième partie, II	387
A/CN.9/284	Volume XVI: 1985	Troisième partie, III	531
A/CN.9/295	Volume XVII: 1986	Troisième partie, III	409
A/CN.9/313	Volume XVIII: 1987	Troisième partie, IV	201
A/CN.9/326	Volume XIX: 1988	Troisième partie, III	223
A/CN.9/339	Volume XX: 1989	Troisième partie, III	367
A/CN.9/354	Volume XXI: 1990	Troisième partie, I	333
A/CN.9/369	Volume XXII: 1991	Troisième partie, III	579
A/CN.9/382	Volume XXIII: 1992	Troisième partie, V	497
A/CN.9/402	Volume XXIV: 1993	Troisième partie, IV	443
A/CN.9/417	Volume XXV: 1994	Troisième partie, IV	445
A/CN.9/429	Volume XXVI: 1995	Troisième partie, IV	387
A/CN.9/441 et Corr.1 (non 442)	Volume XXVII: 1996	Troisième partie, IV	331
A/CN.9/452	Volume XXVIII: 1997	Troisième partie, IV	441
A/CN.9/463	Volume XXIX: 1998	Troisième partie, II	281
A/CN.9/481	Volume XXX: 1999	Troisième partie, I	433
A/CN.9/502 et Corr.1	Volume XXXI: 2000	Troisième partie, III	771
A/CN.9/517	Volume XXXII 2001	Troisième partie, IV	579
A/CN.9/538	Volume XXXIII: 2002	Troisième partie, IV	673
A/CN.9/566	Volume XXXIV: 2003	Troisième partie, III	809

Publication des Nations Unies
Publié sur CD-Rom

Número de vente: F.10.V.3
V.09-87361–Décembre 2010
ISSN 0251-4257

USD 80
ISBN 978-92-1-233484-4