CNUDCI
COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

CNUDCI Annuaire

Volume XL: 2009

NATIONS UNIES

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

ANNUAIRE

Volume XL: 2009

NATIONS UNIES
New York, 2016

NOTE

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

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

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

A/CN.9/SER.A/2009

ISSN 0251-4257

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

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

TABLE DES MATIÈRES

Page

INTRODUCTION vii

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

QUARANTE-DEUXIÈME SESSION (2009) 3

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-deuxième session (Vienne, 29 juin-17 juillet 2009) (A/64/17) 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-sixième session (TD/B/56/11) 108

C. Assemblée générale: rapport de la Sixième Commission sur le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-deuxième session (A/64/447) 109

D. Résolutions 64/111, 64/112 et 64/116 de l'Assemblée générale 118

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

I. PASSATION DE MARCHÉS 131

A. Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa quatorzième session (Vienne, 8-12 septembre 2008) (A/CN.9/664) 131

B. Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – projets de textes sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, la publication d'informations relatives à la passation des marchés, les enchères électroniques inversées et les offres anormalement basses, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa quatorzième session (A/CN.9/WG.I/WP.61) 154

C. Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – projets de textes sur l'utilisation des accords-cadres dans la passation de marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa quatorzième session (A/CN.9/WG.I/WP.62) 173

D. Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte du Guide pour l'incorporation sur l'utilisation des accords-cadres dans la passation de marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa quatorzième session (A/CN.9/WG.I/WP.63) 189

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 – recours, conflits d'intérêts et passation de marchés de services dans la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa quatorzième session (A/CN.9/WG.I/WP.64) 200

F. Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa quinzième session (New York, 2-6 février 2009) (A/CN.9/668) 215

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 – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa quinzième session (A/CN.9/WG.I/WP.66 et Add.1 à 5) . . . 257

H. Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa seizième session (New York, 26-29 mai 2009) (A/CN.9/672) . . . 357

I. 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 – historique de certaines dispositions de la Loi type et façon dont sont traitées les questions posées par certaines de ces dispositions dans les instruments internationaux réglementant les marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa seizième session (A/CN.9/WG.I/WP.68 et Add.1) . . . 385

J. Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa seizième session (A/CN.9/WG.I/WP.69 et Add.1 à 5) . . . 417

II. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL ET CONCILIATION . . . 509

A. Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa quarante-neuvième session (Vienne, 15-19 septembre 2008) (A/CN.9/665) . . . 509

B. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa quarante-neuvième session (A/CN.9/WG.II/WP.151 et Add.1). . . . 535

C. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI – proposition du Gouvernement suisse, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa quarante-neuvième session (A/CN.9/WG.II/WP.152). . . . 573

D. Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquantième session (New York, 9-13 février 2009) (A/CN.9/669). . . . 575

E. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquantième session (A/CN.9/WG.II/WP.154) . . . 602

III. DROIT DE L'INSOLVABILITÉ . . . 621

A. Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-cinquième session (Vienne, 17-21 novembre 2008) (A/CN.9/666). . . . 621

B. Note du Secrétariat sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-cinquième session (A/CN.9/WG.V/WP.82 et Add.1 à 4). . . . 643

C. Note du Secrétariat concernant le projet d'aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-cinquième session (A/CN.9/WG.V/WP.83) . . 715

D. Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-sixième session (New York, 18-22 mai 2009) (A/CN.9/671) . . . 818

E. Note du Secrétariat sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-sixième session (A/CN.9/WG.V/WP.85 et Add.1) . . . 843

F. Note du Secrétariat concernant le projet d'aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-sixième session (A/CN.9/WG.V/WP.86 et Add.1 à 3). . . . 871

G. Note du Secrétariat sur le traitement de la propriété intellectuelle dans le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-sixième session (A/CN.9/WG.V/WP.87) . . . 1007

H. Note du Secrétariat sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité: proposition des États-Unis d'Amérique sur le financement postérieur à la demande d'ouverture, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-sixième session (A/CN.9/WG.V/WP.88) . . . 1012

IV. SÛRETÉS . . . 1015

A. Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa quatorzième session (Vienne, 20-24 octobre 2008) (A/CN.9/667). . . . 1015

B. Note du Secrétariat concernant l'Annexe au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties traitant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa quatorzième session (A/CN.9/WG.VI/WP.35 et Add.1) . . . 1048

C. Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa quinzième session (New York, 27 avril-1er mai 2009) (A/CN.9/670). . . . 1114

D. Note du Secrétariat concernant le projet d'annexe au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties traitant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa quinzième session (A/CN.9/WG.VI/WP.37 et Add.1 à 4). . . . 1145

V. TRAVAUX FUTURS POSSIBLES . . . 1235

A. Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique (A/CN.9/678) . . . 1235

B. Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique – Recommandations concernant les travaux futurs du Groupe de travail IV (Commerce électronique) soumises par les États-Unis d'Amérique (A/CN.9/681 et Add.1 et 2). . . . 1240

C. Proposition de la délégation espagnole concernant les travaux futurs du Groupe de travail IV (Commerce électronique) (A/CN.9/682). . . . 1256

D. Travaux futurs possibles dans le domaine du droit des transports: commentaire ou notes explicatives sur la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer ("Règles de Rotterdam") (A/CN.9/679) . . . 1259

VI. RECUEIL DE JURISPRUDENCE CONCERNANT LES TEXTES DE LA CNUDCI (CLOUT) . . . 1265

VII. ASSISTANCE TECHNIQUE EN MATIÈRE DE RÉFORME DU DROIT . . . 1267

Note du Secrétariat sur la coopération et l'assistance techniques (A/CN.9/675 et Add.1) . . . 1267

VIII. ÉTAT ET PROMOTION DES TEXTES JURIDIQUES DE LA CNUDCI . . . 1289

État des conventions et des lois types (A/CN.9/674). . . . 1289

Troisième partie. Annexes

I. COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL 1293

II. BIBLIOGRAPHIE DES ÉCRITS RÉCENTS AYANT TRAIT AUX TRAVAUX DE LA CNUDCI – NOTE DU SECRÉTARIAT (A/CN.9/673) 1317

III. LISTE DES DOCUMENTS DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL 1358

IV. LISTE DES DOCUMENTS DE LA CNUDCI REPRODUITS DANS LES VOLUMES PRÉCÉDENTS DE L'*ANNUAIRE* 1366

INTRODUCTION

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

Ce volume est divisé en trois parties. La première contient le rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa quarante-deuxième session, tenue à Vienne du 29 juin au 17 juillet 2009, ainsi que les décisions y relatives de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) et de l'Assemblée générale.

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

La troisième partie contient des comptes rendus analytiques, une bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la Commission, une liste des documents dont la Commission était saisie à sa quarante-deuxième 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 ou cote du document*
I	1968-1970	F.71.V.1
II	1971	F.72.V.4
III	1972	F.73.V.6
III Suppl.	1972	F.73.V.9
IV	1973	F.74.V.3
V	1974	F.75.V.2
VI	1975	F.76.V.5
VII	1976	F.77.V.1
VIII	1977	F.78.V.7
IX	1978	F.80.V.8
X	1979	F.81.V.2
XI	1980	F.81.V.8
XII	1981	F.82.V.6
XIII	1982	F.84.V.5

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

Première partie

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

QUARANTE-DEUXIÈME SESSION (2009)

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-deuxième session (Vienne, 29 juin-17 juillet 2009) (A/64/17)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-2
II.	Organisation de la session	3-12
	A. Ouverture de la session	3
	B. Composition et participation	4-8
	C. Élection du Bureau	9
	D. Ordre du jour	10
	E. Constitution du Comité plénier	11
	F. Adoption du rapport	12
III.	Finalisation et adoption de l'aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale	13-24
IV.	Projet de loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics	25-285
	A. Introduction	25-27
	B. Rapport sur les progrès accomplis par le Groupe de travail I (Passation de marchés) dans l'exécution de son mandat	28-48
	C. Rapport du Comité plénier sur l'examen du projet de loi type révisée	49-282
	Article premier. Champ d'application	49-50
	Article 2. Définitions	51-74
	Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)]	75-78
	Articles 4 et 5	79
	Article 6. Informations sur les projets de marchés prévus	80-87
	Article 7. Règles concernant les méthodes, techniques et procédures de passation et le type de sollicitation	88-120
	Article 8. Communications dans la passation de marchés	121-143
	Article 11. Règles concernant la description de l'objet du marché, et les conditions du marché ou des accords-cadres	144-148

Article 12. Règles concernant les critères d'évaluation [l'évaluation des soumissions] 149-174
Article 14. Garantie de soumission 175-176
Article 15. Procédure de préqualification 177-178
Article 16. Rejet de toutes les soumissions 179-208
Article 17. Rejet d'une soumission anormalement basse 209-212
Article 18. Rejet d'une soumission au motif d'incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs ou d'un conflit d'intérêts 213-222
Article 19. Acceptation de la soumission et entrée en vigueur du marché . . . 223-247
Article 21. Confidentialité 248-266
Article 22. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés 267-280
Travaux futurs 281
Rapport sur les délibérations du Comité 282

D. Décisions de la Commission concernant le point 5 de l'ordre du jour 283-285

V. Arbitrage et conciliation: rapport d'activité du Groupe de travail II 286-300

VI. Droit de l'insolvabilité: rapport d'activité du Groupe de travail V 301-308

A. Rapport d'activité du Groupe de travail V 301-305

B. Huitième Colloque judiciaire multinational 306-307

C. Travaux futurs sur le droit de l'insolvabilité 308

VII. Sûretés: rapport d'activité du Groupe de travail VI 309-321

VIII. Travaux futurs possibles dans le domaine du droit des transports: commentaires sur la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer 322-334

A. Point de la situation concernant la Convention 322-327

B. Travaux futurs possibles concernant une note explicative 328-334

IX. Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique 335-344

X. Travaux futurs possibles dans le domaine de la fraude commerciale 345-355

XI. Approbation de textes d'autres organisations: Révision 2007 des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires publiées par la Chambre de commerce internationale 356-357

XII. Suivi de l'application de la Convention de New York 358-361

XIII. Assistance et coopération techniques 362-375

A. Activités de coopération et d'assistance techniques 362-367

B. Appui à l'interprétation uniforme des textes de la CNUDCI 368-373

C. Bibliothèque et ressources en ligne 374-375

XIV. État et promotion des textes de la CNUDCI 376-378

XV. Méthodes de travail de la CNUDCI 379-397

XVI.	Coordination et coopération	398-411
	A. Généralités	398-400
	B. Rapport d'autres organisations internationales	401-411
XVII.	Rôle de la CNUDCI dans la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international	412-420
XVIII.	Concours d'arbitrage commercial international	421-426
	A. Remarques générales	421-423
	B. Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis	424-425
	C. Concours d'arbitrage international de Madrid	426
XIX.	Résolutions pertinentes de l'Assemblée générale	427-430
XX.	Questions diverses	431-434
	A. Programme de stages	431
	B. Microfinance et développement économique international	432-433
	C. Évaluation du rôle du Secrétariat dans la facilitation du travail de la Commission	434
XXI.	Date et lieu des réunions futures	435-439
	A. Quarante-troisième session de la Commission	435
	B. Sessions des groupes de travail	436-439
Annexe		
	Liste des documents dont la Commission était saisie à sa quarante-deuxième session	

I. Introduction

1. Le présent rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) porte sur la quarante-deuxième session de la Commission, tenue à Vienne du 29 juin au 17 juillet 2009.

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

II. Organisation de la session

A. Ouverture de la session

3. La quarante-deuxième session de la Commission a été ouverte le 29 juin 2009.

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 17 novembre 2003 et le 22 mai 2007, sont les États ci-après, dont le mandat expire la veille de l'ouverture de la session annuelle de la Commission pour l'année indiquée[1]: Afrique du Sud (2013), Algérie (2010), Allemagne (2013), Arménie (2013), Australie (2010), Autriche (2010), Bahreïn (2013), Bélarus (2010), Bénin (2013), Bolivie (État plurinational de) (2013), Bulgarie (2013), Cameroun (2013), Canada (2013), Chili (2013), Chine (2013), Colombie (2010), Égypte (2013), El Salvador (2013), Équateur (2010), Espagne (2010), États-Unis d'Amérique (2010), Fédération de Russie (2013), Fidji (2010), France (2013), Gabon (2010), Grèce (2013), Guatemala (2010), Honduras (2013), Inde (2010), Iran (République islamique d') (2010), Israël (2010), Italie (2010), Japon (2013), Kenya (2010), Lettonie (2013), Liban (2010), Madagascar (2010), Malaisie (2013), Malte (2013), Maroc (2013), Mexique (2013), Mongolie (2010), Namibie (2013), Nigéria (2010), Norvège (2013), Ouganda (2010), Pakistan (2010), Paraguay (2010), Pologne (2010), République de Corée (2013), République tchèque (2010), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2013), Sénégal (2013), Serbie (2010), Singapour (2013), Sri Lanka (2013), Suisse (2010),

---

[1] En application de la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, les membres de la Commission sont élus pour un mandat de six ans. Parmi les membres actuels, 30 ont été élus par l'Assemblée à sa cinquante-huitième session, le 17 novembre 2003 (décision 58/407) et 30 par l'Assemblée à sa soixante et unième session, le 22 mai 2007 (décision 61/417). Par sa résolution 31/99, l'Assemblée a modifié les dates de commencement et d'expiration du mandat des membres en décidant que ceux-ci entreraient en fonction le premier jour de la session annuelle ordinaire de la Commission suivant leur élection et que leur mandat expirerait à la veille de l'ouverture de la septième session annuelle ordinaire suivant leur élection.

Thaïlande (2010), Venezuela (République bolivarienne du) (2010) et Zimbabwe (2010).

5. Tous les membres de la Commission étaient représentés à la session à l'exception des États suivants: Bénin, Équateur, Gabon, Grèce, Guatemala, Lettonie, Madagascar, Malte, Namibie, Ouganda, Pakistan, Paraguay et Zimbabwe.

6. Ont aussi assisté à la session des observateurs des États suivants: Angola, Argentine, Azerbaïdjan, Belgique, Brésil, Côte d'Ivoire, Croatie, Finlande, Indonésie, Jordanie, Kazakhstan, Koweït, Mali, Nicaragua, Nouvelle-Zélande, Panama, Pérou, Philippines, République dominicaine, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Suède, Tunisie, Turquie et Yémen.

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

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale et Organisation pour l'alimentation et l'agriculture;

b) *Organisations intergouvernementales*: Commission européenne, Communauté de l'Afrique de l'Est, Communauté des Caraïbes, Communauté économique eurasienne, Cour permanente d'arbitrage, Institut international pour l'unification du droit privé, International Association of Insolvency Regulators, Organisation de coopération et de développement économiques et Organisation mondiale du commerce (OMC);

c) *Organisations non gouvernementales invitées*: American Bar Association, Association européenne des juristes d'entreprise, Center for International Legal Studies, Chambre de commerce internationale, Comité maritime international, Conseil international pour l'arbitrage commercial, Fédération internationale des ingénieurs-conseils, International Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals (INSOL), International Swaps and Derivatives Association et Regional Centre for International Commercial Arbitration (Lagos, Nigéria).

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

C. Élection du Bureau

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

Présidence:	Soo-Geun OH (République de Corée)
Vice-Présidence:	Susan DOWNING (Australie) Jean-Marc MPAY (Cameroun) Maria SZYMANSKA (Pologne)
Rapporteur:	Ricardo SANDOVAL LÓPEZ (Chili)

D. Ordre du jour

10. L'ordre du jour de la session, tel qu'adopté par la Commission à sa 888e séance, le 29 juin 2009, était le suivant:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Finalisation et adoption de l'aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale.
5. Projet de loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.
6. Arbitrage et conciliation: rapport d'activité du Groupe de travail II.
7. Droit de l'insolvabilité: rapport d'activité du Groupe de travail V.
8. Sûretés: rapport d'activité du Groupe de travail VI.
9. Travaux futurs possibles dans le domaine du droit des transports: commentaires sur la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer.
10. Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique.
11. Travaux futurs possibles dans le domaine de la fraude commerciale.
12. Approbation de textes d'autres organisations: Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU 600) publiées par la Chambre de commerce internationale.
13. Suivi de l'application de la Convention de New York.
14. Assistance technique en matière de réforme du droit.
15. État et promotion des textes juridiques de la CNUDCI.
16. Méthodes de travail de la CNUDCI.
17. Coordination et coopération:
    a) Généralités;
    b) Rapports d'autres organisations internationales.
18. Rôle de la CNUDCI dans la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international.
19. Concours d'arbitrage commercial international:
    a) Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis;
    b) Concours d'arbitrage commercial de Madrid.
20. Résolutions pertinentes de l'Assemblée générale.
21. Questions diverses.

22. Date et lieu des réunions futures.

23. Adoption du rapport de la Commission.

E. Constitution du Comité plénier

11. La Commission a constitué le Comité plénier et l'a chargé d'examiner le point 5 de l'ordre du jour. Elle a élu Mireille-France Blanchard (Canada) à la présidence du Comité. Ce dernier s'est réuni du 2 au 10 juillet et a tenu 14 séances. À sa 892e séance, le 10 juillet, la Commission a examiné le rapport du Comité plénier et est convenue de l'inclure dans le présent rapport (voir par. 49 à 282 ci-dessous).

F. Adoption du rapport

12. À ses 899e et 900e séances, le 17 juillet 2009, la Commission a adopté le présent rapport par consensus.

III. Finalisation et adoption de l'aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale

13. La Commission a rappelé qu'à sa trente-neuvième session, en 2006, elle était convenue que des travaux initiaux de compilation des données d'expérience pratique en matière de négociation et d'utilisation des accords d'insolvabilité internationale devraient être facilités de manière informelle par le biais de consultations avec des juges et des praticiens de l'insolvabilité et qu'un rapport préliminaire sur l'avancement de ces travaux devrait lui être présenté pour qu'elle puisse étudier plus avant la question à sa quarantième session, en 2007[2]. Elle a également rappelé que, à la première partie de sa quarantième session, en 2007, elle avait examiné le rapport préliminaire en question (A/CN.9/629) et s'était déclarée satisfaite des progrès réalisés dans les travaux de compilation des données d'expérience pratique en matière de négociation et d'utilisation des protocoles d'insolvabilité internationale; elle avait réaffirmé que le Secrétariat devrait poursuivre ces travaux de manière informelle, en consultation avec des juges, des praticiens et d'autres experts[3].

14. La Commission a également rappelé que, à sa quarante et unième session, en 2008, elle était saisie d'une note du Secrétariat rendant compte des nouveaux progrès accomplis dans le cadre de ces travaux (A/CN.9/654). À cette session, elle avait noté que des consultations supplémentaires avaient été menées avec des juges et des praticiens de l'insolvabilité, et que le Secrétariat avait réalisé une compilation des données d'expérience pratique, organisée d'après le plan annexé au rapport qui lui avait été présenté précédemment (A/CN.9/629). En raison de problèmes de

---

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

[3] Ibid., *soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 191.

délais et de traduction, cette compilation n'avait pas pu lui être soumise à cette même session[4].

15. Il a été rappelé qu'à la quarante et unième session, la Commission s'était déclarée satisfaite de la progression des travaux et avait décidé que la compilation serait présentée sous la forme d'un document de travail au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-cinquième session (Vienne, 17-21 novembre 2008) pour un premier examen. Le Groupe de travail V pourrait ainsi décider de poursuivre son examen à sa trente-sixième session (New York, 18-22 mai 2009) et formuler des recommandations à la quarante-deuxième session de la Commission, en 2009, sans perdre de vue que la coordination et la coopération fondées sur des accords d'insolvabilité internationale revêtiraient probablement une importance considérable dans la recherche de solutions au traitement international des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité[5].

16. Il a été noté que le Groupe de travail avait examiné le projet d'aide-mémoire sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale (A/CN.9/WG.V/WP.83) à sa trente-cinquième session et qu'il était alors convenu que ce projet devait être communiqué aux gouvernements pour commentaire avant sa trente-sixième session (A/CN.9/666, par. 22). Cette version du projet d'aide-mémoire a été distribuée en novembre 2008.

17. Le projet d'aide-mémoire a été révisé en fonction des décisions prises par le Groupe de travail à sa trente-cinquième session, des commentaires reçus des gouvernements et des accords d'insolvabilité internationale supplémentaires conclus après l'établissement de la première version du projet.

18. À sa session en cours, la Commission était saisie de la version révisée du projet d'aide-mémoire (A/CN.9/WG.V/WP.86), des commentaires des États sur le projet (A/CN.9/WG.V/WP.86/Add.1 à 3) et du rapport sur la trente-sixième session du Groupe de travail, à laquelle ce dernier avait poursuivi l'examen du projet (A/CN.9/671, par. 12 à 15). Le projet a été présenté oralement à la Commission, qui a noté qu'il devrait être légèrement actualisé pour tenir compte d'importants accords d'insolvabilité internationale conclus depuis que le Groupe de travail l'avait examiné à sa trente-sixième session.

19. La Commission s'est félicitée du projet d'aide-mémoire, en soulignant son utilité pour les praticiens et les juges, ainsi que pour les créanciers et les autres parties prenantes à une procédure d'insolvabilité, surtout dans le contexte de la crise financière actuelle. À cet égard, il a été estimé que l'aide-mémoire arrivait à point nommé, s'appliquant dans un certain nombre de cas complexes et importants et constituant le premier document traitant des accords d'insolvabilité internationale à être élaboré par une organisation internationale. La Commission a également noté avec satisfaction que les propositions formulées par les gouvernements après la distribution du projet d'aide-mémoire (document A/CN.9/WG.V/WP.83; voir par. 16 et 17 ci-dessus) avaient été prises en compte. Elle est convenue que le document s'intitulerait "Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale".

---

[4] Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 320.

[5] Ibid., par. 321.

20. En ce qui concernait le terme “tribunal” employé dans le projet de guide pratique et défini au paragraphe 13 f) du document A/CN.9/WG.V/WP.86, il a été précisé que, conformément à la terminologie de la Loi type de la CNUDCI sur l’insolvabilité internationale[6] et du Guide législatif sur le droit de l’insolvabilité[7], ce terme englobait les autorités judiciaires ou autres, y compris les autorités administratives, compétentes pour contrôler ou surveiller une procédure d’insolvabilité. Afin d’éviter toute confusion quant à l’emploi de ce terme, la Commission est convenue de supprimer la deuxième phrase du paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.V/WP.86.

21. S’agissant du paragraphe 17 de la partie III. A du projet de guide pratique, la Commission est convenue de modifier la première phrase comme suit: “Lorsque les parties souhaitent faire approuver un accord par un tribunal, certains pays peuvent exiger dudit tribunal qu’il recherche dans la loi l’autorisation dont il a besoin pour une telle approbation, car celle-ci ne relève pas nécessairement de son pouvoir général de statuer en équité ou des pouvoirs généraux inhérents à ses fonctions.”

22. La Commission est convenue de modifier la deuxième phrase du paragraphe 18 de la partie III. A comme suit: “Comme indiqué ci-dessus à propos des représentants de l’insolvabilité, il convient de prendre en considération le fait que les juges, en étant obligés d’agir dans le cadre des pouvoirs que leur confère le droit, risquent d’être tenus personnellement responsables s’ils agissent en dehors de ce cadre.” Elle est également convenue, afin d’aligner les troisième et quatrième phrases sur la deuxième phrase et le paragraphe 17 révisés, de remplacer le verbe “conclure” dans la troisième phrase par “approuver formellement” et de supprimer les mots venant après “connaissance insuffisante des accords internationaux” dans la quatrième phrase. Elle est en outre convenue de supprimer les références aux pays de “droit civil” ou de “*common law*” dans les paragraphes 17 et 18 et de les remplacer par un libellé plus général, comme “quelques” ou “certains” pays.

23. Le terme “accord international” ayant été jugé trop général, la Commission est convenue d’employer le terme “accord d’insolvabilité internationale” et la forme abrégée “accord d’insolvabilité” ou “accord”.

24. À sa 890e séance, le 1er juillet 2009, la Commission a adopté la décision suivante:

> “*La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*,
>
> *Notant* que, du fait de l’expansion du commerce et des investissements, les activités commerciales revêtent de plus en plus souvent un caractère mondial et les entreprises et particuliers ont de plus en plus fréquemment des actifs et des intérêts dans plusieurs États,
>
> *Notant aussi* que, lorsque la procédure d’insolvabilité vise des débiteurs autonomes dont les actifs sont situés dans plusieurs États ou des membres d’un groupe d’entreprises ayant des activités commerciales et des actifs dans plusieurs États, il est généralement d’une nécessité impérieuse que la surveillance et l’administration des biens et des affaires de ces débiteurs ou de

---

[6] Publication des Nations Unies, numéro de vente F.99.V.3. Voir également par. 376 o) ci-dessous.

[7] Ibid., numéro de vente F.05.V.10.

ces membres, y compris, le cas échéant, les multiples procédures d'insolvabilité parallèles, fassent l'objet d'une coopération et d'une coordination au niveau international,

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

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

Convaincue que la fourniture d'informations sur les pratiques actuelles concernant la coopération et la coordination internationales, qui soient facilement accessibles et que les juges, les praticiens et les autres parties prenantes à une procédure d'insolvabilité puissent consulter et utiliser, est susceptible de faciliter et d'encourager cette coopération et cette coordination et d'éviter les retards et les frais inutiles,

Rappelant que la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale fournit un cadre législatif facilitant une coordination et une coopération internationales efficaces,

1. *Adopte* le Guide pratique sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale, tel qu'il figure dans le document de travail A/CN.9/WG.V/WP.86, et autorise le Secrétariat à y ajouter des informations complémentaires concernant les accords d'insolvabilité internationale récemment adoptés et à en éditer et finaliser le texte, compte tenu de ses délibérations;

2. *Prie* le Secrétaire général de publier, y compris sous forme électronique, le texte du Guide pratique et de le transmettre aux gouvernements en les priant de le communiquer aux autorités concernées, afin qu'il devienne largement connu et accessible;

3. *Recommande* que le Guide pratique soit dûment pris en considération, selon qu'il convient, par les juges, les praticiens de l'insolvabilité et les autres parties prenantes à une procédure d'insolvabilité internationale;

4. *Recommande* à tous les États de continuer à envisager d'appliquer la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale."

IV. Projet de loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

A. Introduction

25. La Commission a rappelé qu'à sa trente-septième session, en 2004, elle était convenue que la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de

travaux et de services[8] (la Loi type sur la passation de marchés de 1994) 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 législative[9]. Elle a également rappelé qu'à cette session, elle avait décidé de charger son Groupe de travail I (Passation de marchés) de rédiger des propositions de révision de la Loi type et lui avait donné un mandat souple consistant à identifier les questions à traiter lors de ses travaux[10].

26. La Commission a noté que le Groupe de travail avait commencé ses travaux à sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004) et que, depuis lors, il avait tenu 11 sessions d'une semaine afin d'examiner les modifications qui pourraient être apportées à la Loi type sur la passation de marchés de 1994[11]. Elle a rappelé que, de sa trente-huitième session, en 2005, à sa quarante et unième session, en 2008, elle avait réaffirmé son appui à la révision de la Loi type qui avait été entreprise, ainsi qu'à l'inclusion dans une loi type révisée de nouvelles pratiques relatives à la passation des marchés (la loi type révisée)[12]. Elle a également rappelé qu'à sa trente-neuvième session, elle avait recommandé que le Groupe de travail, en mettant à jour la Loi type et le Guide, tienne compte de la question des conflits d'intérêts et examine s'il serait justifié de prévoir dans la loi type révisée des dispositions spéciales à cet égard[13]. À sa quarantième session, elle avait recommandé au Groupe de travail d'adopter un ordre du jour concret pour ses sessions suivantes, afin d'accélérer ses travaux[14]. À sa quarante et unième session, elle l'avait invité à terminer le plus vite possible ce projet pour permettre la finalisation et l'adoption de la loi type révisée, ainsi que de son guide pour l'incorporation, dans un délai raisonnable[15].

27. À sa session en cours, la Commission était saisie a) d'un projet de loi type sur la passation des marchés publics, accompagné d'une note du Secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.68 et Add.1 et A/CN.9/WG.I/WP.69 et Add.1 à 5); b) des rapports des quatorzième (Vienne, 8-12 septembre 2008), quinzième (New York, 2-6 février 2009) et seizième[16] (New York, 26-29 mai 2009) sessions du Groupe de travail (A/CN.9/664, A/CN.9/668 et A/CN.9/672 respectivement); et c) de nouvelles propositions de révision de la Loi type.

---

8 Ibid., numéro de vente F.98.V.13.

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

10 Ibid., par. 82.

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

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

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

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

15 Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 307.

16 À la demande du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 277) et après consultation avec le Bureau de la Commission, la seizième session du Groupe de travail a été convoquée du 26 au 29 mai 2009, à une date initialement prévue pour la quarante-cinquième session du Groupe de travail IV (Commerce électronique).

B. Rapport sur les progrès accomplis par le Groupe de travail I (Passation de marchés) dans l'exécution de son mandat

28. La Commission a noté que, lors de ses premières sessions, le Groupe de travail avait principalement mis l'accent sur les sujets clefs suivants, pour lesquels il recommandait l'adoption de dispositions entièrement nouvelles ou des modifications substantielles: a) l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics; b) les enchères électroniques inversées; c) les soumissions anormalement basses; et d) les accords-cadres. Il a été indiqué que le Groupe de travail était convenu des principes sous-tendant la plupart de ces dispositions, mais que quelques problèmes rédactionnels subsistaient.

29. Il a été noté que les sessions suivantes avaient mis l'accent sur la passation des marchés de services, les autres méthodes de passation des marchés, la simplification et l'uniformisation de la Loi type sur la passation de marchés de 1994 et les conflits d'intérêts, et que le Groupe de travail envisageait de nouvelles dispositions et des modifications importantes dans ces domaines.

30. La Commission a entendu un rapport sur les progrès accomplis dans différents domaines d'activité.

31. En ce qui concernait les aspects généraux de la dématérialisation des marchés publics, il a été noté que les dispositions de la loi type révisée autoriseraient l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés, dans un nouvel article 8, qui traiterait à la fois des moyens de communication et de la forme des communications et remplacerait l'article 9 de la Loi type sur la passation de marchés de 1994 (qui traitait uniquement de la forme des communications). L'article 8 proposé: a) prévoirait l'équivalence fonctionnelle entre les communications fondées ou non sur support papier; b) prévoirait des mesures de protection de la confidentialité, de la traçabilité et de l'intégrité; c) empêcherait l'utilisation de toute forme ou de tout moyen de communication pour restreindre l'accès à la procédure de passation; et d) assurerait la transparence et la prévisibilité en demandant que l'entité adjudicatrice précise au début de la procédure toute exigence spécifique concernant la forme ou le moyen de communication.

32. S'agissant des enchères électroniques inversées, il a été expliqué que ce terme désignait une enchère en ligne en temps réel, au cours de laquelle les enchérisseurs soumettaient des offres qu'ils amélioraient au fur et à mesure. Le Groupe de travail, reconnaissant l'avantage de ces enchères (économies sur les prix), recommandait l'adoption de dispositions à ce sujet, mais pas pour les enchères non électroniques, en raison des risques de collusion qu'elles comportaient. Les dispositions relatives aux enchères électroniques inversées préciseraient a) les conditions d'utilisation de ces enchères et b) les règles de procédure pour deux types d'enchères électroniques inversées: celles qui constituaient une phase dans d'autres méthodes de passation, et celles qui étaient utilisées comme méthode à part entière. La loi type révisée contiendrait des dispositions relatives au type d'enchère pour lequel la meilleure offre selon les critères d'attribution était identifiée automatiquement à la fin du processus d'enchère. Ce type d'enchère électronique inversée, qui n'autorisait pas d'évaluation postérieure à l'enchère, supposait: a) une réévaluation automatique des offres à mesure qu'elles étaient révisées pendant l'enchère; et b) la divulgation à

tous les enchérisseurs, pendant toute la durée de l'enchère, d'informations suffisantes pour leur permettre de déterminer si leur offre l'emportait. Il a été noté que la question importante examinée par le Groupe de travail dans le contexte des enchères électroniques inversées était de savoir dans quelle mesure des facteurs autres que le prix seraient pris en compte. Le Groupe de travail a noté que certains craignaient que ces autres facteurs compliquent le processus, et que leur utilisation entraîne une moindre transparence.

33. Pour ce qui était des accords-cadres, il a été expliqué que ce terme désignait des passations en deux étapes: dans la première, un accord-cadre était conclu entre les fournisseurs et l'entité adjudicatrice, et dans la seconde, les marchés étaient attribués sous la forme de commandes. Il a été noté que ces accords-cadres n'étaient pas traités dans la Loi type sur la passation de marchés de 1994, en partie parce qu'ils étaient alors peu utilisés. Compte tenu de leur utilisation accrue et de leurs avantages (principalement la réduction des coûts administratifs et des coûts des opérations ainsi que des délais, et la sécurité de l'approvisionnement), le Groupe de travail couvrait ce sujet dans le projet de texte révisé. Trois types d'accord-cadre étaient envisagés. En premier lieu, un accord-cadre "fermé", c'est-à-dire conclu avec un ou plusieurs fournisseurs et dans lequel seraient fixées les spécifications et toutes les conditions du marché, de sorte que les fournisseurs ne seraient pas remis en concurrence lors de la deuxième étape de la passation. Le deuxième type d'accord-cadre était également "fermé" mais se distinguait par le fait qu'il serait toujours conclu avec plus d'un fournisseur, qu'il ne fixerait pas toutes les conditions, et que les fournisseurs seraient remis en concurrence pour l'attribution du marché lors de la deuxième étape. Le troisième type, un accord-cadre "ouvert", serait conclu avec plus d'un fournisseur, auquel pourraient ensuite s'en ajouter d'autres. La deuxième étape pour cet accord-cadre "ouvert" était la remise en concurrence, tout comme pour le deuxième type d'accord-cadre "fermé".

34. Il a été dit à la Commission que les dispositions incluraient à la fois des conditions générales d'utilisation des accords-cadres et des règles pour chaque type d'accord. La question des conditions d'utilisation et certains autres aspects restaient toutefois à régler. Des dispositions seraient en outre prévues pour prévenir et limiter certains risques posés par les accords-cadres dans la pratique, comme le risque d'empêcher une véritable concurrence sur le long terme, le risque de collusion entre fournisseurs et les difficultés à suivre l'application des accords. Aussi, par exemple, serait-il demandé aux États de fixer dans leurs lois une durée maximale pour les accords-cadres fermés (afin qu'ils ne servent pas à exclure durablement des fournisseurs de la mise en concurrence). La Commission a également noté que les dispositions mettaient l'accent sur le respect de la transparence dans l'application des accords-cadres en exigeant que soient publiés une série d'avis tout au long du processus.

35. En ce qui concernait les listes de fournisseurs, le Groupe de travail avait reconnu leur existence et utilisation, ainsi que la nécessité de soumettre cette utilisation dans la pratique à des règles minimales. À sa treizième session, il avait conclu que la question ne serait pas abordée dans la loi type révisée, car les dispositions souples sur les accords-cadres seraient suffisantes et permettraient d'éviter certains risques posés par les listes. Les raisons de cette conclusion seraient exposées dans le guide pour l'incorporation, qui traiterait aussi des problèmes posés par l'utilisation des listes, tels que le manque de transparence et les restrictions à

l'accès au marché, pouvant survenir même si cette utilisation était soumise à des conditions, comme la possibilité pour les fournisseurs de s'inscrire à tout moment de manière simple, et même lorsque les listes étaient facultatives.

36. En ce qui concernait les soumissions anormalement basses, qui pouvaient comporter un risque d'inexécution du marché, le Groupe de travail avait estimé que le risque pourrait survenir dans toute procédure de passation (même s'il avait initialement étudié la question dans le contexte des enchères électroniques inversées). Il recommandait donc que les dispositions de la loi type révisée imposent à l'entité adjudicatrice d'examiner de plus près une soumission qui pouvait être anormalement basse. L'entité n'aurait la faculté de rejeter la soumission qu'après un tel examen et après avoir conclu que celle-ci était anormalement basse et qu'il existait un risque d'inexécution. Il a été noté que la limitation de cette faculté était importante pour garantir aux fournisseurs un traitement juste et égal.

37. Le Groupe de travail avait réexaminé les dispositions traitant des marchés de services et des méthodes de passation autres que l'appel d'offres ainsi que leur incidence sur la simplification et l'uniformisation de la Loi type sur la passation de marchés de 1994. Il avait décidé dans un premier temps de conserver toutes les options pour la passation des marchés de services, en donnant davantage d'orientations sur leur utilisation. Au cours de ses travaux, il était toutefois devenu évident que les procédures de sélection pour les marchés de services contenues dans différents articles de la Loi type sur la passation de marchés de 1994 étaient fondamentalement les mêmes et qu'une seule procédure – la procédure de sélection avec négociations consécutives – était différente. Compte tenu de ce chevauchement important, le Groupe de travail avait réexaminé si toutes les méthodes devaient être conservées. Le réexamen de toutes les méthodes de passation était donc devenu un élément principal de la simplification et de l'uniformisation de la Loi type sur la passation de marchés de 1994.

38. Certaines délégations avaient formulé une proposition concernant une méthode négociée à utiliser pour tout type de passation – qui serait appelée "sollicitation de propositions avec dialogue compétitif" –, dont le résultat était présenté à la Commission en tant que nouvelle méthode de passation. La Commission a noté que les principaux enjeux de la question étaient les suivants: donner suffisamment de souplesse à la méthode (dont on considérait qu'elle permettait d'obtenir plus facilement le meilleur rapport qualité-prix) tout en prévoyant des dispositions pour éviter le risque d'abus du pouvoir discrétionnaire conféré; garantir une transparence suffisante sans supprimer toute souplesse; et spécifier des moyens pour l'entité adjudicatrice de limiter le nombre des fournisseurs avec lesquels elle négocierait (par exemple, par une présélection, une évaluation de la conformité ou l'exclusion de solutions). Il a aussi été dit à la Commission qu'il était important de définir les aspects du marché qui pourraient être négociés pendant la phase de dialogue.

39. La Commission a noté que d'autres méthodes prévues dans la Loi type sur la passation de marchés de 1994 (comme les négociations avec appel à la concurrence, l'appel d'offres en deux étapes et peut-être les négociations consécutives) pourraient être conservées pour des situations particulières (comme les négociations avec appel à la concurrence en cas de besoin urgent), et que la nécessité de ces méthodes serait appréciée en fonction de la mesure dans laquelle elles différaient de la nouvelle méthode de passation proposée et traitaient d'autres situations que cette dernière.

40. Le Groupe de travail avait également réexaminé les conditions d'utilisation des méthodes de passation autres que l'appel d'offres et recommandé d'exiger que la méthode la plus concurrentielle soit utilisée. Ainsi, l'entité devrait avoir recours à la sollicitation ouverte (internationale) par défaut à moins qu'un appel d'offres restreint ou national ne se justifie et les négociations avec appel à la concurrence, par exemple, devraient, chaque fois que cela était possible, être utilisées de préférence à la sollicitation d'une source unique dans les situations d'urgence. Il a été dit que les projets de textes révisés seraient finalisés une fois mené à bien l'examen des différentes méthodes de passation et de leurs utilisations. Il a été dit à la Commission que cet examen porterait également sur la question de savoir si le nombre de méthodes de passation retenues était optimal.

41. D'autres aspects du travail de simplification et d'uniformisation de la Loi type sur la passation de marchés de 1994 mené par le Groupe de travail ont été décrits. Tout d'abord, les marchés conclus dans les secteurs de la défense et de la sécurité nationales n'ayant pas tous été jugés sensibles ou confidentiels, leur exclusion générale du champ d'application de la Loi type de 1994 avait été réexaminée. L'objectif était de faire entrer ces secteurs, le cas échéant, dans le champ général de la loi type révisée afin de promouvoir un régime juridique de la passation harmonisé entre différents secteurs dans les États adoptants. Toutefois, des modifications appropriées seraient nécessaires, par exemple s'agissant des obligations de transparence, et étaient proposées dans le projet de texte révisé, inspiré des dispositions de la Loi type de 1994, afin de tenir compte des marchés sensibles ou confidentiels.

42. Il a été dit à la Commission que les dispositions générales du chapitre premier avaient été développées dans le projet de loi type révisée figurant dans les additifs au document A/CN.9/WG.I/WP.69 (le projet de loi type révisée) pour inclure les règles qui, dans la Loi type sur la passation de marchés de 1994, étaient uniquement applicables à la procédure d'appel d'offres mais qui, en réalité, étaient d'application générale. La Commission a noté que ces règles traitaient du choix de la méthode de passation et de la sollicitation ouverte ou directe, de la description du marché (spécifications et autres conditions), des critères d'évaluation, des garanties de soumission, de la procédure de préqualification, de la confidentialité, de l'acceptation de l'offre et de l'entrée en vigueur du marché. D'autres sujets, comme les demandes de manifestation d'intérêt et les règles générales sur la clarification et la modification du dossier de sollicitation pourraient également figurer dans le chapitre premier.

43. Il a été noté que la Loi type sur la passation de marchés de 1994 opérait une distinction entre, d'une part, les marchés de biens et de travaux et, d'autre part, les marchés de services. Il a été dit à la Commission que le projet de loi type révisé suivait une approche différente, en opérant une distinction entre marchés simples ou marchés plus complexes. Par exemple, l'un des facteurs déterminants dans le choix d'une méthode de passation appropriée serait de savoir si l'objet du marché pourrait facilement être identifié et évalué, qu'il s'agisse de biens, de travaux ou de services. La méthode par défaut, à savoir l'appel d'offres (dans laquelle les spécifications et les critères d'évaluation devaient être définis à l'avance), ne serait pas modifiée, mais en cas d'impossibilité de formuler des spécifications ou caractéristiques détaillées dès le début de la passation et d'évaluer les offres sur la base de critères quantifiables, l'entité pourrait recourir à un dialogue avec les fournisseurs ou

entrepreneurs ou à des négociations (par le biais d'un appel d'offres en deux étapes ou d'une sollicitation de propositions avec dialogue compétitif). La passation de marchés pour des articles de faible valeur, simples ou standardisés pourrait se faire par une procédure de sollicitation de prix ou une enchère électronique inversée. Il importait de noter qu'une disposition fondamentale de la Loi type sur la passation de marchés de 1994 selon laquelle seules des circonstances exceptionnelles pourraient justifier le recours à la sollicitation d'une source unique demeurait, et la Commission serait invitée à envisager de renforcer les garanties pour faire en sorte que ces circonstances soient évaluées de façon objective.

44. S'agissant de l'évaluation et de la comparaison des offres, le Groupe de travail avait formulé un ensemble unique de conditions en ce qui concernait les critères d'évaluation qui remplaceraient plusieurs dispositions incohérentes et incomplètes de la Loi type sur la passation de marchés de 1994. En substance, les dispositions prévoyaient que ces critères devraient: avoir un rapport avec l'objet du marché; dans la mesure du possible, être objectifs et quantifiables; et être dévoilés dès le début de la passation (en même temps que les coefficients de pondération dont ils étaient affectés, les seuils et les marges de préférence éventuelles, et des informations sur la manière dont ces critères, marges, coefficients et seuils seraient appliqués). Il a été fait observer que l'objectif était que les soumissions puissent être évaluées objectivement et comparées sur une base commune.

45. Le Groupe de travail avait examiné la manière dont l'utilisation de la passation de marchés pour promouvoir des politiques industrielles, sociales et environnementales (notamment pour protéger l'économie nationale) était abordée dans la Loi type sur la passation de marchés de 1994. Il a été noté que la Commission examinerait cette question en se référant aux documents pertinents dont elle était saisie à la session en cours, y compris la question de savoir si les facteurs socioéconomiques devraient être traités comme des critères d'évaluation auxquels toutes les règles de transparence et d'objectivité seraient alors applicables et/ou comme des critères de qualification (comme le faisaient certains États avec les programmes de marchés réservés).

46. S'agissant des voies de droit en matière de passation, le Groupe de travail avait décidé de renforcer les dispositions pertinentes pour faire en sorte qu'elles soient conformes à la Convention des Nations Unies contre la corruption[17], en prévoyant un système obligatoire de recours indépendant et en supprimant les exceptions aux recours figurant dans la Loi type sur la passation de marchés de 1994. Il avait aussi recommandé l'introduction d'un délai d'attente entre l'identification de la soumission à retenir et l'entrée en vigueur d'un marché pour garantir une procédure de recours efficace. Il a été noté que la question de l'étendue des réparations pouvant être accordées dans une procédure administrative n'était pas encore réglée.

47. S'agissant des autres questions qui devaient être examinées dans le cadre de la révision de la Loi type sur la passation de marchés de 1994, les remarques suivantes ont été faites:

a) En ce qui concernait la participation des usagers (ou participation communautaire) à la passation des marchés, la question sortait certes du champ

---

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

d'application de la Loi type sur la passation de marchés de 1994 car elle avait surtout trait aux phases de planification et d'exécution mais, face à son importance croissante et à l'éventuelle nécessité d'une législation l'autorisant, le Groupe de travail avait veillé à ce que la loi type révisée ne fasse pas obstacle à cette participation dans la passation de marché pour un projet, et était convenu que le guide fournirait des orientations supplémentaires;

b) Il a été rappelé que la Loi type sur la passation de marchés de 1994 permettait aux entités adjudicatrices de demander à tous les fournisseurs qu'ils authentifient les pièces produites, ce qui pouvait être long et coûteux pour eux. 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. Aussi le Groupe de travail avait-il recommandé de modifier les dispositions énoncées dans la Loi type sur la passation de marchés de 1994 pour permettre à l'entité adjudicatrice de demander l'authentification des pièces produites uniquement au fournisseur à retenir;

c) Étant donné que la Convention contre la corruption exigeait des systèmes de passation qu'ils traitent des conflits et des déclarations d'intérêt et que la Loi type sur la passation de marchés de 1994 n'abordait pas la question, le projet de loi type révisée avait été complété par des dispositions appropriées.

48. La Commission a fait sienne la proposition de constituer un comité plénier pour examiner le projet de loi type révisée à la session en cours. Elle a aussi décidé que le comité devrait aborder, dans le cadre de ses travaux, la question des marchés de la défense et examine les facteurs socioéconomiques dans la passation des marchés publics. Des déclarations ont été faites sur l'importance des orientations fournies par la CNUDCI, en particulier sur la manière de protéger les intérêts nationaux et de traiter les marchés sensibles sans compromettre les objectifs de la Loi type sur la passation de marchés de 1994.

C. Rapport du Comité plénier sur l'examen du projet de loi type révisée

Article premier. Champ d'application

49. Le Comité a noté que le projet d'article avait été révisé conformément à la décision du Groupe de travail de faire entrer la passation des marchés de la défense dans le champ d'application de la loi type révisée. Ce projet d'article n'a suscité aucun commentaire particulier. Il a toutefois été proposé de modifier plusieurs articles du projet de loi type révisée pour traiter des types de marchés qui soulevaient des questions sensibles.

50. Le Comité a décidé d'examiner la proposition en même temps que les articles pertinents (voir également par. 100 à 119, 123 à 137 et 253 à 266).

Article 2. Définitions

51. Il a été noté que l'article 2 avait pour objet de définir les termes récurrents et non de donner une liste exhaustive de tous les termes employés dans la loi type révisée. Il était entendu que l'article serait complété par un glossaire plus étoffé.

52. L'idée de présenter à l'article 2 les définitions par ordre alphabétique dans chaque langue a été appuyée.

53. On a déclaré qu'il fallait veiller à ne pas remplacer des termes bien connus et couramment employés dans de nombreux États par de nouveaux termes. Il a aussi été noté qu'il fallait se garder d'établir une liste excessivement longue de définitions.

Alinéa a)

54. On a noté qu'il importait d'assurer la cohérence entre le titre et la définition donnée à l'alinéa a). Pour ce faire, il a été proposé de remplacer le terme "passation de marché" par "passation des marchés publics" et d'employer ce dernier terme systématiquement dans l'ensemble du texte de la loi type révisée. Il a été expliqué, en réponse, que le terme "passation de marché" désignait seulement le processus de passation et qu'aucune distinction n'était de ce fait établie entre marchés publics et marchés privés dans ce contexte. Il a été noté également que cette distinction était opérée dans la définition du terme "entité adjudicatrice". Il a été proposé en conséquence de traiter la question dans un glossaire plutôt qu'à l'article 2. Le Comité a approuvé cette proposition.

Alinéa e): "[garantie] de soumission"

55. En ce qui concernait l'alinéa e), l'emploi du terme "submission security" (garantie de soumission) en lieu et place de "tender security" (garantie d'offre ou garantie de soumission) a suscité des inquiétudes. Il a été expliqué que le second terme était bien connu des milieux de la passation, tandis que le premier risquait de prêter à confusion et d'être dépourvu de sens. Selon un autre point de vue, il fallait conserver le terme "submission security" compte tenu de l'introduction à l'alinéa g) du nouveau terme "submission" (soumission) (voir par. 58 à 60 ci-dessous). On a souligné qu'il fallait veiller à employer une terminologie cohérente et uniforme dans l'ensemble de la loi type révisée. Pour une plus grande clarté et afin d'assurer un enchaînement logique des définitions, il a été proposé que la définition du terme "soumission" soit placée avant celle de "garantie de soumission".

56. Certains représentants ont dit préférer l'expression "tender or other security" (garantie d'offre ou autre) au terme "submission security" (garantie de soumission). Il a aussi été proposé d'employer l'expression "garantie d'exécution du marché". Une solution de compromis a été avancée, consistant à employer les termes "[submission] [tender or other] security" (garantie [d'offre ou autre] [de soumission]) et à laisser à l'État adoptant le soin de choisir le terme qui convenait dans son système juridique (voir par. 176 ci-dessous).

57. On a également exprimé la crainte que le libellé de l'alinéa e) lu en parallèle avec l'alinéa g) ne laisse entendre que plusieurs garanties seraient exigées dans une procédure de passation unique où plusieurs enchères, offres ou propositions étaient présentées. Il a été proposé que le guide précise que telle n'était pas l'intention des dispositions.

Alinéa g): "soumission(s)"

58. L'introduction d'un nouveau terme générique et collectif englobant à la fois les offres, les propositions, les prix et les enchères a été appuyée.

59. On s'est demandé s'il était souhaitable d'employer le terme "soumission" à cette fin. L'emploi et la traduction du nouveau terme proposé "submission" posaient – a-t-on souligné – des difficultés. Le terme à retenir pourrait être "tender" (offre ou soumission), qui était employé de manière générique et collective dans de nombreux États. Il a également été suggéré d'envisager l'emploi du terme "supply" (offre). Selon l'avis qui a prévalu, le texte ne serait pas modifié davantage.

60. Au cours des délibérations qui ont suivi, on a estimé que, compte tenu de la solution de compromis avancée, qui consistait à employer les termes "[submission] [tender or other] security" (garantie [d'offre ou autre] [de soumission]), au lieu de "garantie de soumission" (voir par. 56 ci-dessus), le terme "soumission(s)" devrait être remplacé par le terme "offre ou autre(s) soumission(s)". Certaines délégations ont toutefois exprimé des réserves au sujet de cette modification, car elles estimaient que l'emploi de cette définition proposée dans l'ensemble de la loi type révisée fausserait le sens de certaines dispositions.

Alinéa m): "sollicitation directe"

61. On a exprimé la crainte que la définition du terme "sollicitation directe" ne laisse entendre que l'entité adjudicatrice disposait d'un pouvoir d'appréciation illimité pour décider des fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels elle pourrait solliciter des soumissions. Il a été proposé, pour apaiser cette crainte, que la définition soit reformulée comme suit: "la sollicitation d'un (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) choisi(s) par l'entité adjudicatrice".

62. Une autre proposition, qui a bénéficié d'un fort soutien au sein du Comité, était de supprimer cette définition de l'article 2 pour éviter de mettre la sollicitation directe sur le même pied que la sollicitation ouverte au lieu de la traiter comme une procédure exceptionnelle.

63. Par la suite, toutefois, il a été décidé que la définition proposée pour le terme "sollicitation directe", telle qu'elle avait été modifiée (voir par. 61 ci-dessus), serait conservée à l'article 2 et ferait en outre référence à la nature exceptionnelle de cette procédure. Il a été déclaré qu'en regroupant l'ensemble des définitions dans un seul et même article, on respecterait la technique de rédaction habituelle et la compréhension des articles suivants où figurait ce terme, comme l'article 7-6, s'en trouverait facilitée.

Alinéas n) à s): définitions relatives aux accords-cadres

64. Le maintien des définitions relatives aux accords-cadres à l'article 2 a été appuyé car il serait ainsi possible aux utilisateurs de la loi type révisée de se familiariser d'emblée avec la terminologie employée dans cette nouvelle procédure.

65. Selon un autre avis, il fallait supprimer ces définitions de l'article 2 pour les insérer dans la partie du projet de loi type révisée consacrée aux accords-cadres. Une autre proposition encore était de ne conserver que la définition de l'alinéa n) dans l'article 2 et de placer les définitions o) à s) dans la partie traitant des accords-cadres. On a noté à cet égard que toutes les définitions étaient habituellement regroupées en un seul et même endroit au début d'un instrument juridique et non éparpillées dans l'ensemble du texte. Une autre solution proposée était que les alinéas o) à s) deviennent des sous-alinéas de l'alinéa n).

66. Le désir d'adopter une certaine souplesse à l'égard de toutes les propositions avancées a été exprimé. Il a été suggéré que le Comité, afin d'accélérer ses travaux, décide de renvoyer cette question et d'autres questions similaires n'ayant pas trait au fond à un groupe de rédaction qu'il pourrait constituer. On a rappelé la pratique de la CNUDCI concernant la création de groupes de rédaction et le mandat qui leur était habituellement confié. Il a été rappelé en particulier que les groupes de rédaction étaient chargés de régler des questions touchant uniquement à la forme, pour assurer avant tout la concordance entre les différentes versions linguistiques d'un instrument.

Alinéa t): "modification substantielle de la description de l'objet du marché ou de toutes les autres conditions de la passation de marché"

67. Le maintien de la définition dans la loi type révisée a été appuyé, de même que l'emploi du terme [entraînerait] plutôt que [pourrait entraîner]. Le verbe "entraînerait", a-t-on estimé, exprimait mieux l'idée selon laquelle il ne s'agissait pas ici de la possibilité théorique qu'une modification aboutisse au résultat mentionné dans la définition mais de la conséquence inévitable de cette modification.

68. Il a aussi été proposé d'employer le terme "modification fondamentale" au lieu de "modification substantielle". Le Comité a noté que le Groupe de travail avait examiné les différences entre les deux termes et qu'il avait opté pour "modification substantielle", qui, selon lui, offrait plus de souplesse comme le voulait le contexte envisagé.

69. Il a été noté qu'un concept analogue figurait dans le projet d'article 32-2 b), quoique dans un contexte différent. Il a donc été demandé s'il serait souhaitable de se référer, dans l'article 2, aux "modifications substantielles" uniquement dans le contexte des accords-cadres. Il a été répondu que la définition devrait être revue pour qu'elle s'applique généralement à toutes les situations où l'entité adjudicatrice était autorisée à modifier les conditions du marché. À cet égard, une discussion dans le contexte de la procédure de dialogue compétitif tout récemment introduite a été rappelée. On a jugé préférable de traiter la notion de "modification substantielle" au cas par cas selon le contexte où elle était employée, plutôt que d'essayer de la définir de manière générique à l'article 2.

70. En réponse à une autre question, il a été confirmé que les conséquences visées dans la définition étaient exclusives l'une de l'autre et non pas cumulatives et qu'il fallait faire ressortir cette idée dans toutes les versions linguistiques.

71. Le Comité a décidé de n'étudier cette définition que lorsqu'elle aurait été reformulée, au moment, a-t-il été proposé, où il examinerait la question de savoir si la définition de "modification substantielle" devait être conservée à l'article 2 ou s'il valait mieux la traiter dans d'autres dispositions.

Définitions supplémentaires

72. Selon un avis, il serait souhaitable d'ajouter à l'article 2 une définition de l'enchère électronique inversée et de tous autres termes récurrents employés en rapport avec cette nouvelle technique de passation.

73. En réponse à la proposition de définir à l'article 2 non seulement les enchères électroniques inversées mais aussi les enchères classiques, il a été rappelé au Comité que le Groupe de travail avait décidé de ne pas réglementer les enchères classiques en raison du risque élevé qu'elles posaient de collusion entre enchérisseurs (voir par. 32 ci-dessus).

74. Le Secrétariat a été prié de proposer une liste de termes supplémentaires qu'il serait souhaitable de définir à l'article 2 à la lumière des délibérations du Comité sur le projet de loi type révisée, étant entendu que ce dernier devrait lui-même décider de la teneur des définitions supplémentaires. On s'est dit opposé à l'ajout de nouvelles définitions si l'avancement des travaux du Comité sur le projet de loi type révisée devait s'en trouver compromis. Il était donc entendu qu'aucune nouvelle définition ne serait ajoutée à l'article 2 à moins qu'elle ne soit nécessaire et à condition de prendre en compte l'impact d'un tel ajout sur la réalisation de l'objectif souhaité, qui était d'achever le projet à la session en cours.

Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)]

75. On s'est interrogé sur les crochets qui figuraient dans le titre de l'article, comme dans la Loi type sur la passation de marchés de 1994. On a fait observer que le texte entre crochets dans le titre se rapportait aux dispositions de l'alinéa c) de l'article, qui elles ne figuraient pas entre crochets. On a noté qu'il fallait assurer la cohérence au sein des dispositions mêmes. Si l'intention était de les limiter aux obligations internationales, alors le texte entre crochets dans le titre et l'alinéa c) devaient être supprimés car ils traitaient tous deux de la question purement interne de l'État fédéral. Si l'intention était de traiter dans l'article à la fois des accords internationaux et des accords entre un État fédéral et ses subdivisions, l'alinéa c) et le texte correspondant entre crochets dans le titre devaient alors figurer entre crochets. Il a été noté que le guide pourrait expliquer que les dispositions entre crochets se rapportaient aux États fédéraux et leur étaient destinées.

76. La raison d'être de l'article tout entier a été mise en doute. Il a été déclaré que les questions abordées dans l'article étaient traitées dans la constitution des États adoptants, si bien qu'elles ne revêtaient pas un caractère législatif et n'avaient pas leur place dans la loi type révisée. Il a été répondu que ces questions avaient été débattues lors de l'élaboration de la Loi type sur la passation de marchés de 1994 et qu'il avait été décidé d'insérer quand même les dispositions dans la Loi type en raison de leur utilité pratique. Il a été rappelé qu'en autorisant la révision de la Loi type sur la passation de marchés de 1994, la Commission avait donné pour instruction de ne pas s'écarter de ses principes fondamentaux. On considérait que l'article 3 énonçait un tel principe. Il a été proposé que le guide ou une note de bas de page accompagnant l'article signale aux États adoptants qu'ils devraient peut-être adapter les dispositions de ce dernier à leurs règles constitutionnelles. S'agissant de l'alinéa b) en particulier, il a été noté qu'il se pouvait que les "accords conclus" doivent non seulement être signés, mais aussi ratifiés par le parlement, pour lier un État adoptant.

77. Plusieurs délégations ont appuyé cette proposition. D'autres, en revanche, ont estimé que cette dernière ne réglait pas le problème soulevé, en l'occurrence que l'article 3 dans sa rédaction actuelle n'avait pas sa place dans une loi sur la passation des marchés car il renvoyait à des questions constitutionnelles. On a

souligné qu'il était malvenu pour une loi type de réglementer la hiérarchie entre la loi sur la passation des marchés et les traités internationaux ou les obligations bilatérales.

78. Selon l'avis qui a prévalu, les dispositions devraient être conservées dans la Loi type, mais il faudrait que le guide appelle l'attention des États adoptants sur le fait qu'ils ne devraient pas incorporer cet article si ses dispositions entraient en conflit avec leur droit constitutionnel. Il a été convenu au sein du Comité que les crochets seraient maintenus dans le titre de l'article et que l'alinéa c) serait lui aussi placé entre crochets pour montrer que les dispositions concernaient seulement les États fédéraux.

Articles 4 et 5

79. Ces articles n'ont suscité aucun commentaire, ayant été considérés acceptables dans leur ensemble.

Article 6. Informations sur les projets de marchés prévus

80. La proposition de remplacer, dans la version anglaise, le verbe "obligate" par "oblige" (obliger) a été appuyée.

81. Le Comité était saisi de la proposition suivante de nouveau paragraphe susceptible d'être ajouté à l'article 6:

> "2. L'entité adjudicatrice peut publier une demande de manifestation d'intérêt avant d'engager une procédure de passation de marché en vertu de la présente Loi. [Cette demande est publiée dans ... (l'État adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel la demande est publiée). La demande est également publiée, dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un journal de grande diffusion internationale ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle appropriée de grande diffusion internationale [, sauf lorsque la participation à la procédure de passation de marché est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux en application de l'article [7-6 c) i) et ii)] de la présente Loi].] Ni la demande ni une réponse ne confèrent de droit aux fournisseurs ou entrepreneurs et, en particulier, ne les autorisent à exiger qu'une soumission soit évaluée; l'avis n'oblige pas non plus l'entité adjudicatrice à émettre une sollicitation."

82. On a demandé pourquoi les dispositions seraient insérées dans cet article plutôt que dans les articles régissant les procédures de sollicitation de propositions, procédures dont la demande de manifestation d'intérêt (notion qui apparaissait dans les articles 37 et 48 de la Loi type sur la passation de marchés de 1994) constituait une étape courante. Le Comité a été informé de la discussion que le Groupe de travail avait tenue sur le sujet à sa seizième session (New York, 26-29 mai 2009) et à l'issue de laquelle il avait été décidé que les demandes de manifestation d'intérêt pourraient s'appliquer à n'importe quelle autre méthode de passation, bien qu'elles soient plus fréquentes dans les procédures de sollicitation de propositions. Pour éviter toute confusion avec la terminologie déjà couramment employée dans le contexte de la sollicitation de propositions, il a été suggéré, suggestion qui a finalement été appuyée, d'envisager de remplacer, dans le paragraphe proposé, le terme "request for expression of interest" (demande de manifestation d'intérêt) par

“notice seeking interest” (avis d’appel à manifestation d’intérêt) ou par un terme analogue.

83. Selon un avis, le projet d’article 6 devait rester inchangé, sans qu’il y soit ajouté de nouvelles dispositions (qui en tout état de cause étaient facultatives et ne créaient aucune obligation juridique). On a insisté sur ce point de vue en faisant valoir que les mots “informations concernant les projets de marché prévus”, employés dans le projet d’article 6, pouvaient admettre une interprétation très large englobant l’idée exprimée au nouveau paragraphe 2 proposé. On a relevé des chevauchements importants entre les dispositions actuelles du projet d’article 6 et le nouveau paragraphe 2 proposé plus haut.

84. Selon une autre opinion, qui l’a finalement emporté, le nouveau paragraphe 2 proposé s’appliquait à des situations différentes et devait être ajouté au projet d’article 6, le guide devant préciser ensuite comment les paragraphes 1 et 2 de cet article s’appliqueraient dans la pratique. Il a été expliqué que, dans certains États, les mesures décrites dans les deux paragraphes pouvaient faire partie intégrante de la procédure de passation, pouvaient précéder immédiatement cette procédure ou pouvaient simplement constituer une étape de la planification à moyen ou long terme.

85. Le maintien du projet d’article 6 dans l’hypothèse où serait ajouté le paragraphe 2 proposé a suscité des réserves. Le caractère facultatif des deux paragraphes a été souligné. On a donc estimé qu’il conviendrait davantage de les insérer dans le guide, pour illustrer les meilleures pratiques en matière de planification de la passation et d’étude de marché. Une autre proposition encore était de placer les dispositions entre crochets pour les examiner plus avant. Cette dernière proposition a suscité des objections, car, a-t-on estimé, les dispositions avaient été dûment examinées à plusieurs reprises et reflétaient l’avis qui l’avait emporté au sein des délégations.

86. Selon l’avis qui a prévalu, les dispositions des deux paragraphes de l’article 6, telles qu’elles avaient été modifiées à la session en cours (voir par. 80 et 82 ci-dessus), seraient conservées dans le corps même de la loi type révisée. On a insisté sur l’utilité de ces dispositions dans la loi type révisée eu égard à la Convention des Nations Unies contre la corruption, car elles assuraient la transparence tout au long du processus et privaient de toute position avantageuse les fournisseurs ou entrepreneurs qui sans cela pourraient avoir accès aux phases de planification en toute opacité. Il a été convenu que ce point, de même que les motifs justifiant l’insertion au chapitre premier de ces dispositions en tant que règles généralement applicables à toutes les méthodes de passation, devrait être expliqué dans le guide.

87. On s’est inquiété de la charge que représenterait pour les entités adjudicatrices la publication du texte sur papier. Il a été proposé d’employer les mots “rendre ces informations accessibles” au lieu de préciser que les informations devraient être publiées dans un journal. Il a été répondu que, conformément à l’article 8, qui prévoyait l’équivalence fonctionnelle entre différents moyens de publication, le terme “journal” désignerait une publication sous forme papier ou autre. Enfin, il a été décidé de déplacer les deuxième et troisième phrases du paragraphe 2 proposé pour les insérer dans le guide.

Article 7. Règles concernant les méthodes, techniques et procédures de passation et le type de sollicitation

Paragraphe 3

88. Il a été rappelé que le Groupe de travail était convenu d'employer le terme "efficacité économique" dans le paragraphe 3 de l'article. Étant donné que l'un des objectifs de la loi type révisée exposé dans son préambule était d'"aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés", on a suggéré que le choix du terme à utiliser soit examiné à la lumière de cette disposition du préambule.

89. Certains représentants ont dit avoir du mal à comprendre le terme "efficacité économique" et estimé que les mots "économie et efficacité" ou "économie ou efficacité" étaient préférables. De l'avis d'une délégation, la référence à l'"économie" signifiait que l'utilisation d'une méthode de passation serait moins coûteuse, et le terme "efficacité" signifiait que l'utilisation d'une méthode de passation prendrait moins de temps. Il a été dit que la satisfaction de l'une de ces considérations suffirait pour justifier le recours aux autres méthodes de passation exposées au chapitre III du projet de loi type révisée. Bien que ce point de vue ait été partagé par une autre délégation, il a été suggéré d'utiliser le terme "efficacité économique" pour exprimer le rapport souhaitable entre les considérations de temps et de coût. On a proposé de donner des explications supplémentaires dans le guide.

90. Quel que soit le terme utilisé pour exprimer le sens souhaité, on a fait valoir qu'il devrait figurer soit dans l'article 7-3 uniquement, soit, en plus, dans tous les articles du chapitre III. Une préférence a été exprimée pour la première approche car, a-t-on dit, l'article 7-3 définissait les conditions générales justifiant le recours aux dispositions du chapitre III. Par conséquent, quels que soient leurs termes, ces conditions seraient applicables à toutes les méthodes de passation de ce chapitre.

91. De l'avis général, les conditions spécifiques d'utilisation des différentes méthodes de passation ne devraient pas figurer dans l'article 7, mais être énoncées dans les articles régissant chaque méthode de passation concernée. L'idée était que l'article 7 expose les conditions générales justifiant le recours: a) aux méthodes de passation du chapitre III au lieu de l'appel d'offres; et b) aux méthodes de passation du chapitre IV au lieu de l'appel d'offres et des méthodes de passation du chapitre III.

92. Certaines délégations ont considéré que l'efficacité économique était la principale condition pour avoir recours aux méthodes de passation du chapitre III au lieu de l'appel d'offres, alors que l'incapacité à définir des spécifications et/ou à définir des critères d'évaluation en termes quantifiables ou monétaires était la principale condition pour avoir recours aux méthodes de passation du chapitre IV.

93. Le Comité a examiné la proposition visant à ce que le principe suivant soit exprimé dans le paragraphe 3 révisé: "Lorsque l'entité adjudicatrice est tenue d'utiliser une procédure d'appel d'offres conformément au paragraphe 1 du présent article, mais qu'elle estime pour des raisons d'efficacité économique qu'il conviendrait d'utiliser une méthode spécifiée dans le chapitre III, elle peut le faire [si les conditions d'utilisation de la méthode de passation concernée du chapitre III sont remplies] [uniquement en accord avec les conditions spécifiées pour chacune

de ces méthodes de passation].” L’idée était que le guide donnerait des orientations quant à la relation entre le paragraphe 3 et les paragraphes 1 et 4.

94. Il a été demandé si le principe que l’on proposait d’énoncer au paragraphe 3 de l’article éliminerait la principale différence entre les conditions de recours aux méthodes de passation exposées dans le chapitre III et les conditions de recours aux méthodes de passation exposées dans le chapitre IV. Il a été jugé essentiel de conserver l’idée que l’appel d’offres et les autres méthodes de passation exposées dans le chapitre III étaient soumises au même critère, qu’il était possible de donner une description détaillée de l’objet du marché et de définir les critères d’évaluation en termes quantifiables ou monétaires, et que ce critère ne serait pas rempli dans le cas des méthodes de passation exposées dans le chapitre IV.

95. Certaines délégations ont exprimé l’avis que l’efficacité économique n’était pas la principale raison pour avoir recours à toutes les méthodes de passation exposées dans le chapitre III. Par exemple, le recours à l’appel d’offres à deux enveloppes se justifiait pour d’autres considérations et le recours à la sollicitation de prix se justifiait pour des considérations d’efficacité économique uniquement de façon indirecte. Aussi s’est-on demandé si le fait de spécifier dans l’article 7-3 que l’efficacité économique était une condition générale pour avoir recours à toutes les méthodes de passation du chapitre III serait approprié. Il a donc été proposé de supprimer le passage suivant du paragraphe: “mais lorsque l’utilisation d’une procédure d’appel d’offres ne conviendrait pas pour des raisons d’efficacité économique [d’économie et d’efficacité] [d’économie ou d’efficacité]”, de sorte que, dans sa totalité, ce dernier serait rédigé comme suit:

> “Lorsqu’il est possible de fournir une description détaillée de l’objet du marché et de définir les critères d’évaluation en termes quantifiables ou monétaires, une entité adjudicatrice peut avoir recours à une méthode de passation mentionnée au chapitre III de la présente Loi, sous réserve que les conditions d’utilisation de la méthode concernée, telles qu’elles sont spécifiées dans les dispositions pertinentes de ce chapitre, soient remplies.”

96. Compte tenu de l’influence réciproque entre les dispositions du paragraphe 3 et celles du chapitre III, il a été décidé d’examiner ce paragraphe ultérieurement, en même temps que les dispositions pertinentes du chapitre III.

Paragraphe 4

97. Compte tenu de l’influence réciproque entre les dispositions du paragraphe 4 et celles du chapitre IV, il a été décidé d’examiner ce paragraphe ultérieurement, en même temps que les dispositions pertinentes du chapitre IV.

Paragraphe 5

98. Il a été décidé de conserver les mots “à part entière” et de supprimer les mots “, le cas échéant,”.

Chapeau du paragraphe 6 a)

99. Selon l’avis qui a prévalu, il fallait supprimer du texte les mots “Sans préjudice de l’article 24”.

Paragraphe 6 a) ii)

100. Il a été reconnu que cet alinéa visait à permettre de passer des marchés sensibles intéressant généralement le secteur de la défense. Il a été proposé de supprimer toute ambiguïté liée à l'usage du terme "confidentialité" en remplaçant le texte par le libellé suivant: "La sollicitation directe ne soit nécessaire pour des raisons de sécurité nationale ou de défense nationale essentielles." Il a été noté que cette proposition s'appliquerait également au paragraphe 7 a) iv), qui reposait sur les mêmes considérations.

101. Dans ce contexte, il a été fait référence à l'article XXIII 1) de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC (AMP, 1994)[18] et à l'article III de l'Accord révisé sur les marchés publics de l'OMC de 2006[19]. Il a été dit que ces deux articles prévoyaient des exceptions à la transparence afin de protéger des intérêts essentiels de la sécurité d'une partie se rapportant aux marchés d'armes, de munitions ou de matériel de guerre, ou aux marchés indispensables à la sécurité nationale ou aux fins de la défense nationale. Il a été jugé important de tenir compte de ces dispositions.

102. Le Comité a toutefois fait observer que le libellé proposé ne serait peut-être pas assez large pour couvrir les marchés sensibles en dehors du secteur de la défense, comme dans le cas d'un vaccin en situation de pandémie. Il a été noté que les deux versions de l'Accord faisaient la distinction entre les mesures nécessaires à la sécurité nationale et à la défense nationale et les mesures qui s'imposaient, par exemple, aux fins de la sécurité ou de l'ordre publics. Selon un autre avis, le libellé pouvait être interprété de manière plus souple et le guide pourrait fournir des exemples de situations qui relevaient de la "sécurité nationale essentielle" (comme la passation de marchés en situation de pandémie ou dans le cas de biens sensibles destinés à des expériences ou tests médicaux).

103. Certains représentants étaient favorables à une approche souple concernant le maintien d'une référence à la "confidentialité" dans le texte, sous réserve que le guide précise qu'il ne fallait pas entendre par là la non-divulgation d'informations sensibles sur le plan commercial (comme les secrets professionnels) car, sur ce plan, toute passation de marché était jugée confidentielle. Il a par conséquent été proposé que le texte limite la portée du terme "confidentialité" aux secrets d'État liés à des considérations de sécurité ou de défense nationales.

104. Selon l'avis qui a prévalu, le texte devait être modifié selon la proposition formulée au paragraphe 100 ci-dessus.

Paragraphe 6 b)

105. Il a été proposé de supprimer cet alinéa compte tenu des changements qu'il avait été convenu d'apporter à l'alinéa 6 a) ii).

106. On s'est inquiété du fait que cette proposition reviendrait à supprimer des dérogations aux règles de transparence requises par la loi type révisée, dérogations qui pourraient se révéler essentielles compte tenu de la nature sensible de certains types de marchés.

---

[18] Consultable à l'adresse: http://www.wto.org/english/tratop_E/gproc_e/gp_gpa_e.htm.

[19] Consultable à l'adresse: http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm.

107. L'avis selon lequel cet alinéa devait être conservé, mais reformulé eu égard aux changements qu'il avait été convenu d'apporter à l'alinéa 6 a) ii) a bénéficié d'un soutien. Il a par exemple été suggéré de remplacer le début de l'alinéa par le libellé suivant: "si la sollicitation directe est utilisée dans des situations visées par l'alinéa 6 a) ii)."

108. Il a été noté que le libellé proposé pour le début de cet alinéa était beaucoup trop général, car il justifierait des dérogations aux règles de transparence pour tous les marchés ayant trait à des aspects essentiels de la sécurité nationale ou de la défense nationale. Il a par conséquent été suggéré d'en limiter la portée aux marchés visés par l'alinéa 6 a) ii) qui étaient jugés confidentiels par l'entité adjudicatrice.

109. Le texte ci-après a été proposé pour remplacer le début du paragraphe 6 b) (qui limiterait aux cas strictement justifiables les dérogations aux obligations d'information): "si la sollicitation directe est utilisée dans les situations visées au paragraphe 6 a) ii) et lorsque l'entité adjudicatrice estime, pour des raisons de confidentialité, que tout ou partie des dispositions de la présente Loi concernant l'information du public ne devrait pas s'appliquer, elle inclut..." Il a été noté que les mêmes considérations vaudraient pour l'article 7-7 c).

110. L'idée que cherchait à exprimer le texte proposé a bénéficié d'un certain soutien. Toutefois, selon l'avis qui l'a emporté, il fallait éviter d'employer le terme "confidentialité" dans tout texte révisé, car ce terme pourrait justifier des dérogations illimitées et donner lieu à des abus. Le libellé suivant a donc été suggéré: "si la sollicitation directe est utilisée dans les circonstances mentionnées au paragraphe 6 a) ii) et lorsque, en raison de ces circonstances, il est nécessaire de ne pas révéler les informations en question, l'entité adjudicatrice peut décider de ne pas appliquer les articles [...] de la présente Loi." Selon un autre point de vue, le texte initialement proposé pour le début de la disposition, à savoir "si la sollicitation directe est utilisée dans des situations visées par le paragraphe 6 a) ii)" (voir par. 107 ci-dessus), était suffisant et ne devrait pas être développé.

111. En raison des conséquences que les dispositions proposées comportaient pour les États adoptants, l'avis a été fermement exprimé que les dispositions prévoyant des dérogations aux obligations de transparence posées par la loi type révisée devraient avoir une portée très claire et limiter toute subjectivité de la part de l'entité adjudicatrice au strict nécessaire.

112. On s'est demandé si tous les renvois figurant dans le texte, qui prévoyaient des dérogations aux règles de transparence énoncées dans la loi type révisée étaient appropriés. Il a été noté que le Comité devrait exprimer son point de vue sur chacune de ces dérogations. Celui-ci a par conséquent été invité à examiner lesquelles des dérogations ci-après il convenait de conserver ou d'ajouter: a) dérogation à la sollicitation ouverte [articles 24 et 15-2 (portant sur la notification de la procédure de préqualification)]; b) dérogation à la notification des fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés (article 15-9); c) dérogation à la publication de l'avis d'attribution du marché (article 20); et d) dérogation à la communication de la partie pertinente du procès-verbal de la procédure de passation (article 22-2).

113. On s'est demandé s'il fallait maintenir les renvois à l'article 15-2 et 9 (préqualification), car on considérait que la sollicitation directe, selon la définition proposée à l'article 2 (voir par. 61 et 63 ci-dessus), supposait la sollicitation auprès de fournisseurs choisis plutôt qu'une préqualification. Une autre

opinion exprimée était qu'il serait souhaitable de préserver une certaine souplesse sur ce point et qu'il fallait par conséquent conserver les renvois à ces dispositions.

114. Selon d'autres délégations, il ne serait pas nécessaire de prévoir de dérogations particulières dans le paragraphe 6 b), car ces dérogations étaient déjà implicites à la lecture conjointe de la définition du terme "sollicitation directe" et du paragraphe 6 a) ii). De l'avis d'autres délégations encore, les dérogations devraient être énoncées de manière toutefois à trouver un compromis entre, d'un côté, l'intérêt qu'avait l'entité adjudicatrice à ne pas appliquer l'obligation d'information du public à certaines informations sensibles pour des motifs justifiés et, de l'autre, la nécessité de fournir au public un minimum d'information pour qu'il puisse exercer un contrôle et engager des recours même dans le cas de marchés sensibles.

115. Il a été demandé si l'entité adjudicatrice devrait être autorisée à choisir parmi les dérogations prévues celles qu'elle pourrait invoquer dans un cas particulier. Selon un avis, le texte proposé au paragraphe 109 ci-dessus, qui parlait de "tout ou partie des dispositions de la présente Loi concernant l'information du public", donnait toute latitude à l'entité adjudicatrice pour décider si elle souhaitait invoquer toutes les exceptions aux obligations d'information du public ou certaines d'entre elles.

116. Il a été souligné qu'il était important de conserver dans le texte des dispositions visant à prévenir le recours abusif aux dérogations, notamment l'obligation pour l'entité adjudicatrice d'inclure dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché un exposé des motifs et circonstances sur lesquels elle s'était fondée pour justifier sa décision. Il a également été suggéré que le guide explique en détail les dispositions, en particulier l'importance des dérogations, et souligne qu'il revenait à l'entité adjudicatrice de déterminer s'il existait des motifs suffisants pour traiter une procédure comme confidentielle.

117. Il a été généralement estimé qu'il faudrait reformuler les dispositions pour envisager toutes les alternatives appropriées à la sollicitation ouverte. Selon un avis, il valait mieux se garder d'employer le terme "sollicitation directe" dans tout texte révisé.

118. Au cours des délibérations qui ont suivi, un soutien a été exprimé en faveur du libellé ci-après pour remplacer le paragraphe 6 b): "Si la sollicitation se déroule conformément à l'article 7-6 a) ii), l'entité adjudicatrice détermine lesquelles des dispositions de la présente Loi sur l'information du public ne doivent pas s'appliquer et inclut dans le procès-verbal exigé en vertu de l'article 22 un exposé des [motifs et circonstances] [raisons] qui justifient sa décision."

Paragraphe 7

119. Il a été proposé que le Secrétariat revoit l'alinéa a) iv) et la référence à l'"intérêt national" à l'alinéa c) à la lumière des délibérations du Comité sur la passation des marchés dans le secteur de la défense (voir les paragraphes 100 à 104).

Paragraphe 8

120. Il a été proposé que les mots "ou à la sollicitation directe" soient supprimés. L'autre proposition, qui a bénéficié d'un soutien, consistait à remanier le paragraphe

pour faire en sorte que toute décision prise par l'entité adjudicatrice de recourir à une méthode de passation autre que l'appel d'offres, et toute décision de ne pas recourir à la sollicitation ouverte dans d'autres méthodes de passation soient mentionnées et justifiées dans le procès-verbal. Le Comité a décidé d'examiner ultérieurement ce paragraphe et les paragraphes restants de l'article 7.

Article 8. Communications dans la passation de marchés

Paragraphe 2

121. Le Comité était saisi du texte proposé ci-après modifiant le paragraphe 2:

> "2) La communication d'informations entre les fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice visée aux articles [14-1 d), 15-6 et 15-9, 19-4, 30-2 a), 32-1, ..., et dans le cas de sollicitation directe conformément à l'article 7-6 a),] peut se faire par un moyen n'attestant pas leur teneur à condition que, immédiatement après, confirmation de la communication soit donnée au destinataire sous une forme qui atteste la teneur des informations et qui soit accessible pour être consultée ultérieurement."

122. S'agissant d'une question qui avait été posée dans la note de bas de page 61 du document A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.1, l'avis qui l'a emporté était qu'il fallait supprimer le renvoi à l'article 19-4. Le Secrétariat a été chargé de s'assurer de l'exactitude des autres renvois dans ces dispositions.

Nouveau paragraphe 3

123. Le Comité était saisi de la proposition ci-après d'un nouveau paragraphe 3:

> "Lorsque le marché met en jeu, nécessite et/ou contient des informations classifiées intéressant la défense ou la sécurité nationales, l'entité adjudicatrice spécifie dans le dossier de sollicitation les mesures et conditions nécessaires pour garantir la sécurité de ces informations au niveau requis."

124. Les auteurs de cette proposition ont expliqué que des dispositions supplémentaires seraient nécessaires pour tenir compte des questions spécifiques découlant de l'inclusion des marchés de la défense dans le champ d'application de la loi type révisée. En réponse à la question de savoir si les préoccupations relatives à la sécurité n'étaient pas déjà traitées au paragraphe 5, les auteurs ont souligné que le champ d'application du nouveau texte proposé et celui du paragraphe 5 ne se recoupaient pas.

125. Il a été expliqué que les exigences ou mesures visées dans le texte proposé concernaient des exigences techniques auxquelles les fournisseurs ou entrepreneurs devaient se conformer pour assurer l'intégrité des informations, telles que les exigences de codage, et permettraient à l'entité adjudicatrice de préciser, par exemple, le niveau de l'administrateur chargé de recevoir les informations en question. De son côté, le paragraphe 5 traitait des exigences internes que l'entité adjudicatrice devait observer.

126. Plusieurs représentants ont soutenu avec vigueur l'inclusion de ces dispositions dans la loi type révisée, faisant valoir qu'en leur absence, cette loi type ne pourrait pas être utilisée dans les secteurs de la sécurité et de la défense nationales.

127. L'inclusion de ces dispositions dans la loi type révisée a aussi suscité une certaine opposition. On a estimé qu'elles rendraient plus complexe le chapitre premier, censé énoncer des dispositions générales applicables aux marchés publics. Ces dispositions étaient également jugées inutiles parce qu'il était possible que les États adoptants disposent déjà de réglementations spécifiques relatives aux informations classifiées dans les secteurs de la défense et de la sécurité nationales. Il a été répondu que le texte proposé avait été rédigé en termes généraux, pour éviter tout détail qui risquerait d'être incompatible avec d'autres réglementations, et qu'il était entendu, pour les auteurs de la proposition, que le guide préciserait que les dispositions seraient soumises aux réglementations applicables dans chaque État adoptant.

128. Une proposition tendant à inclure un article ou chapitre traitant spécifiquement des marchés dans les secteurs de la défense et de la sécurité n'a pas été appuyée. Il a été expliqué que les marchés de la défense et de la sécurité nationale, parmi d'autres types de marché sensibles, seraient exemptés de certains principes généraux de la loi type révisée. Pour certaines délégations, en les traitant séparément dans la loi type révisée, on s'écartait du principe de base qui sous-tendait le projet de loi type révisée, à savoir la complexité du marché en question plutôt que l'objet ou le secteur sur lequel il portait. Parallèlement, on a appuyé l'avis selon lequel un examen général de la loi type révisée s'imposait pour couvrir les marchés sensibles, le cas échéant, par le biais d'exceptions aux règles générales (voir par. 253 à 266 ci-après).

129. On s'est accordé à dire que l'article 8 était l'emplacement qui convenait à la proposition, puisque celle-ci traitait des communications, mais on a estimé qu'il faudrait faire preuve d'une certaine souplesse quant à la question de savoir quel paragraphe de cet article était le plus adéquat. La proposition tendant à fusionner le texte proposé avec le paragraphe 5 n'a pas été appuyée en raison de leur champ d'application sensiblement distinct (voir par. 124 et 125 ci-dessus). La proposition tendant à insérer le texte proposé sous la forme d'un nouvel alinéa b) au paragraphe 3 a bénéficié d'un large soutien.

130. Des craintes ont été exprimées à propos de cette proposition car le fait d'insérer ces dispositions dans le paragraphe 3 pouvait sous-entendre que leur application était générale et non exceptionnelle. On s'est inquiété de ce que l'extension de l'application de mesures justifiables dans les secteurs de la défense et de la sécurité nationales à d'autres secteurs ne donne lieu à des pratiques discriminatoires. Aussi, une préférence a-t-elle été exprimée en faveur de dispositions distinctes sur ce sujet, en remplaçant le mot "spécifie" par les mots "a le droit de spécifier".

131. La proposition traitant essentiellement des informations que l'entité adjudicatrice devait spécifier dans le dossier de sollicitation, l'avis qui a prévalu était que le texte suivant inspiré de la proposition devrait être inséré non séparément mais comme nouvel alinéa b) au paragraphe 3:

> "Lorsque le marché met en jeu, nécessite et/ou contient des informations classifiées intéressant la défense ou la sécurité nationales, les mesures et conditions nécessaires pour garantir la sécurité de ces informations au niveau requis;"

132. En rapport avec ce texte, il a été demandé si seules les informations classifiées ou assimilées intéressant la défense ou d'autres secteurs de la sécurité nationale devraient bénéficier d'une protection. Une suggestion visant à élargir la portée de la proposition a été appuyée. Les suggestions suivantes ont été examinées à cette fin:

a) Remplacer informations "classifiées" par informations "protégées" ou "sensibles";

b) Élargir la portée des informations classifiées en ajoutant les mots "ou tout autre domaine" après "la défense ou la sécurité nationales";

c) Ou bien, faire référence aux "informations classifiées intéressant la défense ou la sécurité nationales, ou toute autre information devant être protégée";

d) Ou encore, faire référence aux "informations classifiées [comme celles] intéressant la défense ou la sécurité nationales";

e) Remplacer les mots "la défense ou la sécurité nationales" par les mots "la défense nationale ou l'intérêt national".

133. Lors de l'examen des différentes formulations ci-dessus, l'avis a été exprimé que la référence aux informations "classifiées" risquait d'être trop restrictive et qu'un autre terme tel que "sensibles" ou "protégées" serait peut-être mieux à même de décrire le type d'information visé. D'autre part, on a fait observer que le mot "classifiées" était un terme consacré couramment utilisé dans les milieux concernés. On a toutefois mis en garde contre une extension trop large du concept d'"informations classifiées". L'inclusion dans le texte des mots "ou toute autre information devant être protégée", comme proposé dans le paragraphe 132 c) ci-dessus, a été appuyée au motif qu'il s'agissait d'un bon moyen de régler la question.

134. Il a été rappelé à cet égard que, compte tenu des délibérations précédentes du Comité sur l'article 7-6 a) ii) (voir par. 100 à 104 ci-dessus), les références à la "sécurité nationale" avaient vocation à être interprétées dans un sens large, de sorte que la protection de la santé publique en cas (par exemple) de pandémie relèverait de ces dispositions. On a dit craindre, nonobstant le consensus réalisé, qu'une référence à "la défense ou la sécurité nationales", même interprétée très largement, ne suffise pas à protéger les informations classifiées ou assimilées qui n'entraient pas dans le domaine de la défense ou de la sécurité nationales, comme celles qui avaient trait à la santé publique. D'autre part, on s'est inquiété de ce que l'emploi des mots "ou tout autre domaine" ne confère un blanc-seing qui pourrait donner lieu à des abus. Il a été répondu que cette disposition traitait uniquement de la protection des informations classifiées ou assimilées, et non de la question plus large de l'utilisation de la sollicitation directe ou d'autres mesures de transparence.

135. D'autres vues exprimées étaient que le guide devrait expliciter le champ d'application des dispositions et préciser qu'elles étaient liées à la portée de l'article 7-6 a) ii). On a aussi insisté sur le fait que les dispositions devraient indiquer clairement que la protection était accordée aux informations classifiées ou assimilées et non aux informations que l'entité adjudicatrice pouvait simplement vouloir protéger.

136. Il a été demandé quelle serait l'incidence de la protection sur l'obligation de l'entité adjudicatrice de conserver un procès-verbal détaillé de la passation et d'en mettre certaines parties à la disposition du public.

137. Le Comité a décidé que l'examen futur des nouvelles dispositions de l'article 8 devrait être fondé sur le libellé suivant, qui serait étudié en même temps que les dispositions pertinentes de l'article 7 dont l'examen avait été reporté (voir par. 100 à 120 ci-dessus):

> "3. b) Lorsque le marché met en jeu, nécessite et/ou contient des informations [sensibles] [classifiées] [comme celles] [intéressant] la défense ou la sécurité nationales [ou l'intérêt national] [ou d'autres informations devant être protégées], et si l'entité adjudicatrice le juge indispensable, les mesures et conditions nécessaires pour garantir la sécurité de ces informations au niveau requis;"

Paragraphe 3, nouvel alinéa c), ancien alinéa b)

138. Le Comité était saisi de la proposition suivante de nouvel alinéa c) pour le paragraphe 3:

> "c) Les moyens à utiliser pour la communication des informations par l'entité adjudicatrice ou en son nom à un fournisseur, à un entrepreneur ou au public, ou par un fournisseur ou un entrepreneur à l'entité adjudicatrice ou à une autre entité agissant en son nom."

139. Il n'y a pas eu d'objection à cette proposition, qui a été jugée acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 4

140. Le Comité était saisi de la proposition suivante pour le paragraphe 4:

> "4. L'entité adjudicatrice utilise des moyens de communication qui sont couramment utilisés par les fournisseurs ou entrepreneurs dans le contexte considéré. En outre, l'entité adjudicatrice tient une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs en utilisant des moyens permettant à ceux-ci de participer pleinement et en direct à la réunion."

141. Il a été proposé que le membre de phrase "une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs" soit remplacé par les mots "une réunion avec les fournisseurs ou entrepreneurs". Cette suggestion de même que le reste de la proposition n'ont pas soulevé d'objections. La proposition ainsi modifiée a été jugée acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 5

142. Le Comité était saisi de la proposition suivante pour le paragraphe 5:

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

143. Il n'y a pas eu d'objection à cette proposition, qui a été jugée acceptable dans l'ensemble.

Article 11. Règles concernant la description de l'objet du marché, et les conditions du marché ou des accords-cadres

144. Le Comité était saisi de la proposition suivante pour le paragraphe 1 de cet article:

> "1. L'entité adjudicatrice fait figurer dans le dossier de sollicitation la description de l'objet du marché qu'elle utilisera pour examiner les offres ou autres soumissions. Lorsque l'entité adjudicatrice fixe des seuils pour identifier les soumissions non conformes, elle les fait également figurer dans le dossier de sollicitation en précisant la manière de les appliquer dans l'examen."

145. On s'est inquiété de l'emploi du terme "seuils", à moins qu'il ne soit défini à l'article 2 ou dans le guide dans le contexte particulier de l'article 11 comme renvoyant à des exigences techniques minimales. On a fait valoir que ce terme avait différentes connotations dans de nombreux pays et dans certains textes internationaux, comme l'Accord sur les marchés publics de l'OMC ou les Directives de l'Union européenne relatives à la passation de marchés[20], lesquels faisaient en général référence à des seuils monétaires qui pouvaient imposer l'application de méthodes de passation particulières. Il a été pris note du sens technique attribué à ce terme dans le cadre de divers articles du projet de loi type révisée.

146. Pour mettre en évidence le sens précis qu'il était prévu de donner à cet article, d'autres termes ont été proposés pour remplacer le mot "seuils", notamment: "conditions", "exigences minimales", "niveau minimal" ou "critères minimaux". On a fait valoir que, quel que soit le terme utilisé dans le cadre de ces dispositions, il pourrait être nécessaire de le définir à l'article 2 de manière à éliminer toute ambiguïté concernant le sens qui lui était attribué.

147. Un consensus s'est dégagé en faveur de la proposition tendant à remplacer le terme "seuils" par un autre terme. L'emploi du terme "exigences minimales" a été appuyé. Des réserves ont été exprimées quant à l'utilisation d'un autre terme proposé, à savoir "critères minimaux", car cela pourrait créer une confusion inutile puisque le mot "critères" était également employé dans le contexte de l'évaluation des qualifications ou de l'évaluation des offres.

148. Le Secrétariat a été chargé de trouver le terme approprié pour remplacer le mot "seuils". Il a été rappelé qu'un glossaire serait établi et il a été jugé plus judicieux d'expliquer le terme qui serait utilisé dans le cadre de l'article 11 dans ce glossaire plutôt qu'à l'article 2.

Article 12. Règles concernant les critères d'évaluation [l'évaluation des soumissions]

Structure et questions générales

---

[20] 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, 30 avril 2004, p. 114 et 1 respectivement. Toutes deux consultables à l'adresse http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/legislation_fr.htm).

149. On s'est inquiété de la structure de l'article. Il a été proposé de modifier celle-ci pour organiser l'article autour des trois éléments suivants: premièrement, les principes applicables aux critères d'évaluation; deuxièmement, l'obligation de publier ces critères et les informations s'y rapportant dans le dossier de sollicitation; et, troisièmement, les modalités d'application, durant le processus d'évaluation, desdits critères et d'autres aspects de l'évaluation. Cette proposition a été appuyée.

150. D'autres changements structurels, par exemple l'interversion des paragraphes 2 et 3, ont été proposés. Selon un autre point de vue, l'article, dans sa rédaction actuelle, était cohérent et ne devrait faire l'objet d'aucune modification structurelle.

151. On a dit préférer que le terme "critères d'évaluation" plutôt que "critères" soit employé dans tout l'article et dans d'autres dispositions de la loi type révisée en fonction du contexte, étant entendu également que le texte devrait être modifié compte tenu de la définition proposée pour les termes "offre ou autre(s) soumission(s)" (voir par. 60 ci-dessus).

Paragraphe 1, chapeau

152. Le Comité était saisi de la proposition suivante concernant le titre et le chapeau du paragraphe 1:

> **"Article 12. Règles concernant les critères d'évaluation**
>
> 1. Pour examiner, évaluer et comparer les offres ou autres soumissions et déterminer la soumission à retenir (la procédure d'évaluation), l'entité adjudicatrice:"

153. On a dit préférer que le texte proposé pour le chapeau soit remplacé par le libellé suivant: "Afin de déterminer la soumission à retenir, l'entité adjudicatrice:"

Paragraphe 1, alinéas a) à c)

154. On s'est inquiété de ce qu'un principe fondamental, selon lequel les critères d'évaluation devaient être liés à l'objet du marché, n'était énoncé qu'au paragraphe 1 a). Il a été noté que ce paragraphe portait sur l'étape de l'évaluation et de la comparaison des soumissions, pour laquelle l'entité adjudicatrice devrait appliquer les critères spécifiés dans le dossier de sollicitation. On a jugé essentiel que toutes les règles régissant les critères d'évaluation, y compris le principe en question, soient posées très tôt dans le processus de passation et énoncées dans le dossier de sollicitation. Il a donc été proposé que le principe ne soit rattaché à aucune étape particulière de la procédure de passation mais soit exprimé sous la forme d'une règle d'application générale, par exemple au paragraphe 3. Dans le même ordre d'idée, il a été proposé que toutes ces règles soient placées au début de l'article.

155. Il a été suggéré de regrouper les dispositions des alinéas a) à c) du paragraphe 1 avec le chapeau afin d'éviter les répétitions et de poser les principes essentiels applicables aux critères d'évaluation, à savoir que les critères d'évaluation et tous les autres renseignements ayant trait au processus d'évaluation devaient être consignés dans le dossier de sollicitation et que les critères d'évaluation devaient se rapporter à l'objet du marché. Il a aussi été proposé

d'ajouter le principe selon lequel les critères d'évaluation devraient correspondre à la situation du marché.

156. Le Comité est convenu que le texte suivant servirait de base pour la suite de l'examen du paragraphe 1:

> "[Afin de déterminer l'offre ou autre soumission à retenir] [Pour évaluer et comparer les offres ou autres soumissions et déterminer l'offre ou autre soumission à retenir], l'entité adjudicatrice utilise uniquement les critères d'évaluation qui ont été énoncés dans le dossier de sollicitation [et qui sont liés à l'objet du marché] et les applique de la manière prévue dans ce dossier."

Paragraphe 2

157. Le Comité était saisi de la proposition suivante pour le paragraphe 2:

> "2. Tout critère d'évaluation autre que le prix est, dans la mesure où cela est faisable, objectif et quantifiable. Tous les critères d'évaluation sont affectés d'un coefficient de pondération dans la procédure d'évaluation et, lorsque cela est faisable, sont exprimés en termes pécuniaires."

158. Il n'y a pas eu d'objection à cette proposition, qui a été approuvée.

Paragraphe 3

159. Le Comité était saisi de la proposition suivante pour le paragraphe 3:

> "3. a) Les critères d'évaluation doivent être liés à l'objet du marché.
>
> b) Les critères d'évaluation ne peuvent [porter que sur] [prendre en considération que]:
>
> i) Le prix, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa b) du paragraphe 4 du présent article;
>
> ii) Le coût de l'utilisation, de l'entretien et de la réparation des biens ou des travaux, le délai de livraison des biens, d'achèvement des travaux ou de fourniture des services, les caractéristiques fonctionnelles des biens ou des travaux, les conditions de paiement et les conditions de garantie de l'objet du marché, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa b) du paragraphe 4 du présent article;
>
> iii) Lorsque la passation de marché est menée en conformité avec l'article ... [appel d'offres à deux enveloppes] ou le chapitre IV, et lorsque cela est pertinent, les qualifications, l'expérience, la réputation, la fiabilité et les compétences professionnelles et en matière de gestion du fournisseur ou entrepreneur et du personnel de celui-ci devant participer à la fourniture des services, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa b) du paragraphe 4 du présent article."

160. Il a été proposé de modifier comme suit le nouveau texte proposé pour le paragraphe 3. L'avis selon lequel ce paragraphe devrait précéder le paragraphe 2 a été réitéré (voir par. 150 ci-dessus):

a) À l'alinéa b), supprimer les mots "prendre en considération" et "ne que". La suppression des mots "prendre en considération" n'a suscité aucune objection. On a expliqué, à l'appui de la proposition de supprimer les mots "ne que", qu'il ne serait peut-être pas possible de spécifier de manière exhaustive tous les critères d'évaluation possibles. Cette suppression a été appuyée à condition que tous les critères soient publiés dans le dossier de sollicitation aux fins de transparence et soient liés à l'objet du marché. À l'encontre de la suppression, on a fait valoir que les mots "ne que" avaient été employés pour empêcher l'introduction de critères subjectifs. Il a été ajouté que le paragraphe suivait une approche structurée, clairement définie, d'où il ressortait de manière évidente que l'objectif visé était un ensemble exhaustif de critères. Il a donc été proposé soit de conserver les mots "ne que" soit de les placer entre crochets et d'expliquer alors les considérations de principe dans le guide. En raison du désaccord sur ce point, il a été proposé que les mots soient maintenus entre crochets dans les dispositions afin que les États adoptants choisissent s'ils souhaitaient les supprimer ou les conserver. Cette solution a été préférée à une autre proposition consistant à remplacer "ne que" par "en particulier". Le Comité a décidé de garder les mots "ne que" entre crochets en attendant la suite des délibérations;

b) Au sous-alinéa i) de l'alinéa b), mentionner les facteurs socioéconomiques après les marges de préférence et remplacer le renvoi à l'alinéa b) du paragraphe 4 par un renvoi au paragraphe 4. On a souligné qu'il importait d'étendre le champ du paragraphe 3 aux facteurs socioéconomiques afin de préciser comment ces facteurs étaient supposés entrer en ligne de compte de manière transparente et objective dans l'évaluation et la comparaison des soumissions. La proposition a suscité à la fois des avis favorables et des avis défavorables. Il a été noté que les dispositions se fondaient sur les dispositions correspondantes de la Loi type sur la passation de marchés de 1994 et que l'intention était d'exiger que le prix soit ajusté de manière objective et transparente en fonction d'une marge de préférence qui serait spécifiée et communiquée aux fournisseurs et entrepreneurs avant la passation. On a estimé qu'une référence aux facteurs socioéconomiques dans ce contexte risquait de rendre les dispositions subjectives et non transparentes. Il a été suggéré d'examiner la proposition ultérieurement en même temps que tous les autres projets de dispositions concernant la prise en considération des facteurs socioéconomiques dans l'évaluation et la comparaison des soumissions;

c) Au sous-alinéa iii) de l'alinéa b), supprimer les mots "les qualifications, l'expérience, la réputation". Il a été noté que les dispositions se fondaient sur l'article 39 de la Loi type sur la passation de marchés de 1994, relatif à la passation des marchés de services. L'idée de faire de ces dispositions des critères d'évaluation applicables à tous les types de passation a suscité des craintes. La subjectivité inhérente à la notion de "réputation" a particulièrement préoccupé certaines délégations et la suppression de ce mot a été fortement appuyée. Le Comité a accepté la proposition de remplacer "réputation" par le mot "références", jugé plus objectif. Il est aussi convenu de supprimer le mot "qualifications", les dispositions dont la suppression avait initialement été proposée se lisant alors comme suit: "l'expérience, les références";

d) Toujours au sous-alinéa iii) de l'alinéa b), remplacer le mot "services" par "objet du marché", conformément à la décision de ne pas établir de distinction,

dans la loi type révisée, entre les passations selon qu'il s'agissait de marchés de biens, de travaux ou de services;

e) Ajouter un nouveau sous-alinéa sur les "performances en matière de protection de l'environnement". Cette proposition a été appuyée et il a été finalement convenu d'ajouter une référence aux considérations écologiques.

Paragraphe 4

161. Il a été proposé de remplacer l'alinéa a) par les mots "Prendre en compte des facteurs socioéconomiques" et d'énumérer, dans le guide, les exemples de tels facteurs provenant de la Loi type sur la passation de marchés de 1994. Cette approche a été appuyée, car elle offrirait une flexibilité plus grande dans un domaine qui évoluait constamment et touchait à des questions sensibles sur le plan politique.

162. On s'est fermement opposé à ce que ces dispositions de la Loi type sur la passation de marchés de 1994 soient modifiées. À cet égard, on s'est référé au texte du guide accompagnant les dispositions, dont on estimait qu'il concordait de manière générale avec l'Accord sur les marchés publics de l'OMC, en expliquant la nature exceptionnelle des dispositions et en indiquant qu'elles devaient uniquement s'adresser aux pays en développement. On a exprimé la crainte qu'une modification du texte ne rompe l'équilibre réalisé en 1994, n'ouvre la voie au protectionnisme dans divers pays et ne s'écarte des tendances de la réglementation internationale en matière de passation des marchés. Le maintien des dispositions telles qu'elles figuraient dans la Loi type sur la passation de marchés de 1994 et du libellé appelant à la prudence dans le guide accompagnant les dispositions, a par conséquent été fermement appuyé.

163. L'autre proposition tendait à modifier l'alinéa a) de la manière suivante: "Prendre en compte des facteurs socioéconomiques tels que", étant entendu qu'une liste illustrative de ces facteurs pourrait être fournie dans la loi type révisée ou être omise, auquel cas il reviendrait à chaque État adoptant de préciser les facteurs pertinents en fonction des circonstances locales. Selon l'avis qui a prévalu, il serait utile de fournir dans la loi type révisée une liste illustrative de facteurs socioéconomiques, qui pourrait se fonder sur les dispositions de la Loi type sur la passation de marchés de 1994, actualisées si nécessaire.

164. Il a été proposé qu'une liste illustrative actualisée mentionne des facteurs socioéconomiques tels que: "le développement d'un secteur industriel particulier, le développement des petites et moyennes entreprises, des entreprises dirigées par des minorités, des petites organisations sociales, des groupes défavorisés, des personnes handicapées, le développement régional et local, l'amélioration de l'environnement, l'amélioration des droits des femmes, des jeunes et des personnes âgées, des personnes appartenant à des groupes autochtones et traditionnels, ainsi que des facteurs économiques tels que l'état de la balance des paiements et les réserves en devises." La proposition tendant à inclure cette liste dans la loi type révisée a été appuyée.

165. Face à l'inquiétude que suscitait le respect de la transparence et de l'objectivité lors de la prise en compte de facteurs socioéconomiques dans l'évaluation et la comparaison des soumissions, il a été généralement convenu de conserver les règles de la Loi type sur la passation de marchés de 1994 qui

exigeaient que ces facteurs et la façon dont ils seraient appliqués soient précisés dans les règlements en matière de passation des marchés. Il a en outre été suggéré que le paragraphe 4 a) exige expressément que les facteurs socioéconomiques soient appliqués de manière objective et transparente, le guide expliquant comment cette transparence et cette objectivité pouvaient être assurées dans la pratique. À cet égard, on a souligné qu'il importait de tenir un procès-verbal complet de la procédure.

166. Il a été suggéré: que l'alinéa a) commence par les mots "Lorsqu'elle établit des critères autres que le prix"; que l'alinéa b) commence par les mots "Lorsqu'elle établit des critères de prix"; et que l'alinéa c) soit supprimé. Cette suggestion n'a suscité aucune objection.

167. Il a été décidé d'examiner le paragraphe à une date ultérieure, avec toutes les modifications qu'il était proposé d'y apporter.

Paragraphe 5

168. Aucun commentaire n'a été fait concernant le paragraphe.

Paragraphe 6

169. Le maintien du terme "offre la plus basse selon l'évaluation" dans la Loi type révisée a été appuyé.

170. À l'inverse, certaines délégations n'ont pas trouvé l'historique du terme (A/CN.9/WG.I/WP.68, par. 21 à 27) convaincant au point de justifier son maintien. On a de nouveau exprimé la crainte que le terme ne sous-entende que le fournisseur recevant la note la plus basse à l'issue du processus d'évaluation serait celui à retenir. Il a été fait observer en réponse que, du point de vue des praticiens, le terme ne posait pas de difficultés. Il a été fait référence à cet égard aux dispositions du paragraphe 2 de l'article, qui aidaient à comprendre le sens que le concept d'"offre la plus basse selon l'évaluation" était censé avoir.

171. On a proposé d'envisager d'autres termes, comme "soumission la plus avantageuse" utilisés dans l'Accord sur les marchés publics de l'OMC, "offre la plus économique" ou "meilleure offre selon l'évaluation". Une autre solution proposée était de conserver le terme "offre la plus basse selon l'évaluation" en expliquant, dans le guide, l'origine du terme et en reprenant son historique tel qu'il était exposé dans le document A/CN.9/WG.I/WP.68.

172. Une autre suggestion, qui, a-t-on noté, pourrait aussi permettre de résoudre les problèmes de terminologie, était de supprimer les alinéas a) à e). On a estimé qu'il était plus approprié d'inclure ces dispositions dans les articles traitant des méthodes de passation visées.

173. Le Comité a décidé de supprimer les alinéas a) à e) et de conserver dans le paragraphe 6 le texte suivant: "La procédure d'évaluation est conduite en appliquant les critères d'évaluation de la façon prévue dans le dossier de sollicitation, afin de déterminer [l'offre à retenir ou autre soumission à retenir] [l'offre la plus avantageuse ou autre soumission à retenir]".

174. D'une manière générale, il a été fait remarquer que l'historique de la rédaction de la Loi type sur la passation de marchés de 1994 risquait à de nombreux égards de

présenter peu d'intérêt car la philosophie de la loi type révisée toute entière devrait refléter les changements intervenus en matière de passation de marchés depuis 1994. La loi type révisée serait perçue comme un document plus complexe, qui ne traitait pas seulement de la question de l'ouverture des marchés, principal souci de la version de 1994. Il a été souligné en particulier que l'hypothèse dont partait la Loi type sur la passation de marchés de 1994, selon laquelle certains États n'étaient pas mûrs pour certaines méthodes ou techniques de passation complexes, devrait être abandonnée, car de nombreux États avaient accomplis des progrès considérables en matière d'administration de la passation des marchés, et on pouvait dire que les mêmes principes et problèmes préoccupaient les pays développés et les pays en développement. La manière d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix a été citée comme un exemple de question qui demeurait valable pour tous les pays.

Article 14. Garanties de soumission

175. Il était entendu, que, pour tenir compte de la proposition visant à modifier la définition du terme "garantie [de soumission]" pour parler de: "garantie [de soumission] [d'offre ou autre]" à l'article 2 (voir par. 56 ci-dessus), il serait nécessaire de modifier en conséquence les autres dispositions de la loi type révisée dans le contexte considéré, y compris dans l'article 14.

176. On s'est en particulier inquiété des changements qu'il était proposé d'apporter à la définition de "garantie [de soumission]" dans le contexte spécifique de l'article 14, où, a-t-on dit, l'utilisation du nouveau terme suggéré "garantie d'offre ou autre" risquait de dénaturer le contenu de l'article. D'autres craintes ont été exprimées concernant ce nouveau terme, en particulier quant à sa portée exacte et au fait qu'il ne faisait pas référence aux "autres garanties de soumission", conformément à la nouvelle définition proposée pour le terme "offre ou autre(s) soumission(s)" (voir par. 56 à 60 ci-dessus).

Article 15. Procédure de préqualification

177. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait décidé de ne pas prévoir de "présélection" dans cet article. On a donc dit que le terme décrivant la procédure prévue à l'article 15 dans les différentes langues ne devait pas involontairement évoquer la notion de "présélection".

178. On a proposé que le paragraphe 7 se termine par les mots suivants: "l'invitation à présenter une demande de préqualification" pour tenir compte du contenu du paragraphe 3 de l'article. Cette suggestion n'a pas suscité d'objection.

Article 16. Rejet de toutes les soumissions

179. Il a été noté que, en dépit des changements qui seraient apportés aux dispositions afin de tenir compte de la définition proposée pour le terme "offre ou autre(s) soumission(s)" (voir par. 60 ci-dessus), l'utilisation de cette définition continuait de poser certaines difficultés. Les dispositions contenant les changements prévus, a-t-on dit, seraient inutilement compliquées et difficiles à comprendre.

180. Le Comité a été informé de l'historique de l'article précédant l'adoption de la Loi type sur la passation de marchés de 1994 et des délibérations sur l'article au sein du Groupe de travail, dont il était rendu compte dans le document A/CN.9/WG.I/WP.68/Add.1 (par. 25 à 36). Il a noté que l'examen de l'article devrait

tenir compte des décisions prises par le Groupe de travail lors de la révision de la Loi type, notamment celle de renforcer les règles sur le recours, qui avaient une incidence sur certaines dispositions de l'article. On a rappelé que, dans la Loi type sur la passation de marchés de 1994, de nombreuses décisions de l'entité adjudicatrice, dont celle de rejeter toutes les soumissions, étaient insusceptibles de recours et qu'il était proposé de supprimer une telle exception (article 52-2 d)), entre autres, de la loi type révisée.

181. Le Comité était saisi des propositions suivantes:

a) Supprimer, dans le paragraphe 1, les mots entre crochets: "annuler la passation de marché" et "mais elle n'est pas tenue de justifier ces motifs". Il a été expliqué que la suppression de ce deuxième passage était proposée compte tenu des dispositions du paragraphe 2 de l'article. Il a également été proposé de conserver les autres dispositions placées entre crochets, tout en supprimant ces derniers;

b) Supprimer, dans le paragraphe 2, les mots "envers les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions";

c) Remplacer les paragraphes 1 et 3 de l'article par le texte suivant: "Si l'entité adjudicatrice abandonne la passation avant l'acceptation de la soumission à retenir, l'abandon de la procédure et ses motifs devraient être promptement notifiés à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions." Cette proposition, avec une légère modification (voir par. 186 ci-dessous), a bénéficié d'un certain appui;

d) Remplacer l'article par un texte prévoyant: i) le droit d'abandonner la passation à tout stade de la procédure, ii) la notification de l'abandon de la procédure suivant les mêmes modalités que la sollicitation initiale, iii) l'envoi d'une notification supplémentaire indiquant les motifs de l'abandon aux fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions, et iv) l'exclusion de toute responsabilité de la part de l'entité adjudicatrice.

182. Compte tenu de ces propositions, le Comité a ensuite axé son attention sur les questions suivantes: a) Le terme "rejet de toutes les soumissions" rendait-il exactement le sens de l'article? b) L'entité adjudicatrice devrait-elle avoir le droit d'abandonner la passation, et à quel stade de la procédure? c) Sur quelle période était censé s'appliquer l'article? d) Un avis d'abandon de la passation devrait-il toujours être communiqué, et de quelle manière? e) Les motifs et justifications de l'abandon de la passation devraient-ils toujours être fournis et, dans l'affirmative, devraient-ils l'être de la même manière qu'un avis d'abandon ou uniquement aux fournisseurs ou entrepreneurs participants? et f) Quelles pourraient être les mesures de protection contre une utilisation abusive du droit accordé à l'entité adjudicatrice par cet article?

Le terme "rejet de toutes les soumissions" rendait-il exactement le sens de l'article?

183. Un soutien a été apporté à l'avis selon lequel la formule "rejet de toutes les soumissions" était problématique et devrait être remplacée par "annulation de la procédure de passation" ("annulment of the procurement proceedings"), "abandon de la procédure de passation" ("cancellation of the procurement proceedings") ou "fin de la procédure de passation" ("termination of the procurement proceedings"). On a estimé que le terme "rejet" était trop étroitement lié à l'examen, à l'évaluation

et à la comparaison des soumissions et au rejet, par exemple, des soumissions non conformes. L'emploi du terme "annulation" ("annulment") a suscité des craintes et, d'une manière générale, les termes "abandon" ("cancellation") ou "fin" ("termination") lui ont été préférés. D'autres délégations étaient d'avis que la formule "rejet de toutes les soumissions" devrait être conservée.

184. Le Comité a décidé que le Secrétariat devrait trouver un terme approprié qui exprime plus exactement le sens que l'on voulait donner à l'article 16 et évite les confusions avec d'autres dispositions de la loi type révisée autorisant le rejet de telle ou telle soumission pour divers motifs (par exemple en raison d'incitations ou de conflits d'intérêts, pour non-conformité ou du fait que la soumission n'avait pas atteint le seuil requis).

185. Lors de la suite des délibérations, il a été convenu d'employer le terme "abandon de la passation" et de modifier l'article en conséquence.

L'entité adjudicatrice devrait-elle avoir le droit d'abandonner la passation et à quel stade de la procédure?

186. Un soutien a été apporté à l'avis selon lequel l'entité adjudicatrice devrait avoir un droit inconditionnel d'abandonner la passation à tout stade de la procédure. Aussi a-t-il été suggéré de remplacer le début de la proposition reproduite dans le paragraphe 181 c) ci-dessus par l'énoncé suivant: "l'entité adjudicatrice a le droit d'abandonner la passation à tout stade de la procédure."

Sur quelle période était censé s'appliquer l'article?

187. Les avis ont différé s'agissant de savoir sur quelle période devrait s'appliquer l'article 16. À cet égard, une incohérence a été relevée entre les première et deuxième phrases du paragraphe 1 de l'article 16 proposé, qui figuraient également dans la Loi type sur la passation de marchés de 1994. Selon un point de vue, les dispositions devraient autoriser l'entité adjudicatrice à abandonner la procédure de passation jusqu'à la date limite de présentation des soumissions. Deux autres principales options ont été examinées, à savoir autoriser l'abandon de la passation a) jusqu'à l'acceptation de la soumission à retenir ou b) jusqu'au stade de la conclusion ou de l'entrée en vigueur du marché.

188. Pour expliquer la première option, il a été dit que l'article avait pour objet de protéger les fournisseurs ou entrepreneurs qui présentaient des soumissions. En conséquence, la période qui précédait la présentation des soumissions et celle qui suivait l'acceptation de la soumission à retenir n'entreraient pas en ligne de compte. L'acceptation de la soumission à retenir constituerait la limite appropriée compte tenu de l'article 19, qui prévoyait des mesures suffisantes pour protéger les fournisseurs ou entrepreneurs dont la soumission avait été acceptée mais qui voyaient ensuite la passation abandonnée. Il a été expliqué que, dans pareil cas, les dispositions qui s'appliqueraient seraient celles de l'article 19 et non celles de l'article 16.

189. Une solution de compromis s'est dégagée, selon laquelle les dispositions devraient concerner l'intégralité du processus de passation régi par la loi type révisée, qui allait jusqu'à la conclusion du marché, après quoi les dispositions générales du droit des contrats étaient applicables.

L'abandon de la passation devrait-il toujours être notifié et de quelle manière?

190. Un soutien a été apporté à l'avis selon lequel l'abandon de la passation devrait toujours être notifié. Les vues ont différé sur la question de savoir si l'abandon devrait être notifié uniquement à chaque fournisseur ou entrepreneur participant ou si la décision d'abandonner la passation devrait être publiée de la même manière et sur le même support que l'avis initial de marché.

191. Selon l'opinion qui a prévalu, si la passation était abandonnée avant que les soumissions soient présentées ou après qu'elles avaient été présentées sans toutefois avoir été ouvertes, la décision d'abandonner la passation devait être publiée de la même manière et sur le même support que l'avis initial du marché et les soumissions non ouvertes seraient renvoyées en l'état aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés. La publication de la décision était jugée essentielle pour permettre au public d'exercer un contrôle. Il a été expliqué aussi que si les soumissions avaient été ouvertes, l'abandon de la passation devrait en outre être notifié à chaque fournisseur ou entrepreneur ayant présenté une soumission.

192. Il a été redit que, comme il était expliqué au paragraphe 188 ci-dessus, l'étape précédant la présentation des soumissions n'entrerait pas en ligne de compte et ne devrait donc pas être régie par l'article.

Les motifs et justifications de l'abandon de la passation devaient-ils être toujours fournis et, dans l'affirmative, devraient-ils l'être de la même manière qu'un avis d'abandon ou uniquement aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés?

193. Un soutien a été apporté à l'avis selon lequel, si elle abandonnait la passation avant que les soumissions soient présentées ou après qu'elles avaient été présentées sans toutefois avoir été ouvertes, l'entité adjudicatrice ne devait pas être tenue de fournir des motifs ou des justifications. Si, en revanche, l'abandon intervenait lors des étapes suivantes de la procédure de passation, les motifs devraient être indiqués dans la notification adressée à chaque fournisseur ou entrepreneur concerné pour l'informer de l'abandon de la passation.

194. Il a été redit que, comme il était expliqué au paragraphe 188 ci-dessus, l'étape précédant la présentation des soumissions n'entrerait pas en ligne de compte et ne devrait donc pas être régie par l'article.

195. Certaines délégations ont estimé que l'entité adjudicatrice ne devrait pas être tenue de notifier automatiquement les motifs de l'abandon de la passation mais qu'elle devrait l'être si les fournisseurs ou entrepreneurs concernés le lui demandaient. Une telle limite était jugée importante pour ne pas accroître les lourdeurs administratives. Il a aussi été proposé, dans le même ordre d'idée, de souligner dans le guide que les motifs fournis pouvaient être brefs mais qu'ils devaient être compréhensibles.

196. D'autres délégations ne partageaient pas cet avis. Elles considéraient que l'imposition de cette obligation à l'entité adjudicatrice serait le seul moyen de garantir la transparence et de permettre des recours efficaces. Elles ont donc proposé que les mots "qui en fait la demande" soient supprimés du paragraphe 1 de l'article proposé. Il a également été noté que, dans certains États, le droit obligerait en tout état de cause l'entité à communiquer les motifs à tous les fournisseurs ou entrepreneurs affectés par la décision de rejeter l'ensemble des soumissions. Il a été

répondu que les prescriptions du droit interne d'un pays ne devraient pas devenir un facteur déterminant pour la révision de la Loi type sur la passation de marchés de 1994.

197. Il a été estimé que l'entité adjudicatrice ne devrait pas être tenue de fournir des justifications, car une telle obligation serait incompatible avec le paragraphe 2 de l'article (aux termes duquel l'entité n'encourait aucune responsabilité du simple fait qu'elle invoquait le paragraphe 1 de l'article). Il a été généralement estimé, toutefois, que l'entité adjudicatrice pourrait décider de fournir des justifications.

198. À la lumière des discussions, il a été proposé de supprimer la distinction entre "motifs" et "justifications" dans les dispositions pour ne parler que des "raisons".

Quelles pourraient être les mesures de protection contre une utilisation abusive du droit accordé à l'entité adjudicatrice par l'article?

199. L'entité adjudicatrice ayant le droit inconditionnel d'abandonner la passation, il a été jugé essentiel de prévoir des mesures visant à prévenir tout abus de ce droit. Il a été noté sur ce point que les dispositions pouvaient être utilisées à des fins de corruption.

200. Le Comité a rappelé à cet égard que le Groupe de travail avait décidé de supprimer l'exception prévue à l'article 52-2 d) de la Loi type sur la passation de marchés de 1994, selon laquelle une décision d'abandonner la passation ne serait pas susceptible de recours. Les dispositions relatives au procès-verbal de la procédure de passation qui exigeraient que soient consignés dans ce dernier la décision d'abandon et ses motifs en vertu de l'article 16 ont également été notées. Il a aussi été fait mention de l'obligation qu'avait l'entité adjudicatrice de communiquer aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés les raisons de sa décision en tant que mesure de protection importante. Il a enfin été rappelé que les dispositions sur le recours dans la loi type révisée permettraient aux fournisseurs lésés de demander le remboursement des frais de préparation et de présentation des soumissions.

201. Il a été proposé de prévoir des mesures de protection supplémentaires dans la loi type révisée ou le guide, par exemple en énumérant les cas exceptionnels qui justifieraient l'abandon de la passation (par exemple, des considérations budgétaires). Il a été proposé de spécifier dans la loi type révisée toute condition à laquelle serait soumis l'exercice du droit d'abandon de la passation prévu à l'article 16. Cette proposition a suscité des objections au motif que ces conditions ne pourraient pas être exhaustives. Il a été jugé suffisant d'énumérer plutôt dans le guide les cas possibles qui justifieraient l'exercice de ce droit. Ces cas, a-t-on souligné, relèveraient essentiellement de considérations d'intérêt général, comme l'indiquait déjà le Guide de 1994. Un observateur a fait savoir à la Commission qu'il arrivait souvent dans la pratique que la passation soit abandonnée après examen, évaluation et comparaison des soumissions au motif que toutes les soumissions s'étaient révélées non conformes, qu'il n'y avait pas de concurrence véritable, ou encore que les prix proposés dépassaient largement le budget disponible.

202. D'autres mesures de protection éventuelles ont été mentionnées, consistant à soumettre l'exercice du droit prévu à l'article 16 à l'approbation d'une autorité supérieure et à exiger que l'entité indique dans le dossier de sollicitation qu'elle se

réservait le droit d'abandonner la passation. En réponse à une demande concernant le point de savoir pourquoi les dispositions prévues à cet effet dans la Loi type sur la passation de marchés de 1994 avaient été supprimées de l'article proposé, on a rappelé les décisions du Groupe de travail sur la question. En particulier, il avait été fermement estimé au sein du Groupe de travail que ces dispositions créaient des lourdeurs administratives inutiles (s'agissant de l'approbation par une autorité supérieure) ou étaient superflues (s'agissant de se réserver le droit d'abandonner la passation dans le dossier de sollicitation), compte tenu notamment des dispositions du droit administratif qui autorisaient l'entité à abandonner la passation en tout état de cause (A/CN.9/668, par. 112 et 113).

203. Certaines délégations ont noté, parmi d'autres mesures de protection possibles, que leur droit interne exigeait que les motifs possibles d'abandon de la passation soient spécifiés dans le dossier de sollicitation. Une autre mesure proposée consistait à interdire à l'entité adjudicatrice qui avait abandonné la passation de recourir ensuite à la sollicitation directe ou à la sollicitation d'une source unique sur le même objet.

204. Il a été demandé si l'entité adjudicatrice devrait encourir une responsabilité du fait qu'elle avait décidé d'abandonner la passation. À cet égard et compte tenu de la décision du Groupe de travail de supprimer l'exception qui rendait la décision d'abandon insusceptible de recours, on s'est interrogé sur la nécessité des dispositions du paragraphe 2. Des avis différents ont été exprimés.

205. Il a été généralement estimé que les dispositions du paragraphe 2 traitaient de questions différentes du droit d'engager un recours contre la décision d'abandonner la procédure de passation. Il a été déclaré que ce droit existerait et pourrait être exercé mais que la question de savoir si l'entité engagerait ou non sa responsabilité dépendrait des circonstances de chaque espèce (en particulier, de la mesure dans laquelle l'entité avait respecté les procédures applicables, comme l'obligation de notifier rapidement l'abandon de la passation et les raisons de cet abandon).

206. Une préférence a été exprimée pour le maintien du paragraphe 2. Il a été expliqué que ce paragraphe était important en ce qu'il protégeait l'entité adjudicatrice contre des contestations infondées mais aussi les fournisseurs ou entrepreneurs contre l'abandon sans motifs de la procédure de passation.

207. Selon un autre point de vue, le paragraphe 2 était superflu et pourrait être supprimé sous réserve de fournir des explications appropriées dans le guide. Selon un autre avis encore, le paragraphe 2 devrait être supprimé, pour permettre les recours contre la décision. Il a été expliqué que la question de la responsabilité était liée au droit de recours et au droit de demander réparation du préjudice causé, par exemple le remboursement des frais exposés pour préparer et présenter une soumission (comme le prévoyait, par exemple, l'Accord sur les marchés publics de l'OMC).

208. Selon un autre avis, la question de la responsabilité devrait être traitée différemment en fonction du moment où la décision d'abandonner la procédure de passation était prise: si elle intervenait avant la présentation et l'ouverture des soumissions, la question de la responsabilité ne devrait pas se poser, la responsabilité devrait en revanche être envisagée dans les autres cas. À cet égard, on s'est référé au libellé des dispositions, qui permettait une interprétation restrictive,

car il limitait la question de la responsabilité aux seuls fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions.

Article 17. Rejet d'une soumission anormalement basse

209. Le Comité a noté que des modifications seraient apportées au titre et au texte de cet article pour tenir compte de la proposition de définition "offre ou autre(s) soumission(s)" (voir par. 60 ci-dessus).

210. Il a été proposé que les mots "et/ou" apparaissant entre crochets dans le paragraphe 1 soient supprimés.

211. À la question de savoir ce que signifiait l'expression les "éléments de la soumission", il a été répondu que cette expression visait les aspects d'une offre ou autre soumission autres que le prix, notamment la qualité de l'objet du marché. Une autre question portait sur le point de savoir si une soumission anormalement basse pouvait être définie par référence au prix uniquement, par référence à tous les éléments de la soumission en dehors du prix, ou par référence au prix en relation avec les autres éléments de la soumission. Il a été proposé que le membre de phrase "le prix indiqué avec les éléments de la soumission" soit remplacé par les mots "le prix indiqué et/ou les éléments de la soumission" s'il était prévu de tenir compte des trois possibilités. Selon un autre avis, le prix devait toujours être analysé dans le contexte des autres éléments de la soumission concernée. Ce dernier avis a prévalu et la proposition tendant à supprimer dans le paragraphe 1 les mots entre crochets "et/ou" a été acceptée. Le paragraphe ainsi modifié a été généralement approuvé. Il a également été proposé que le guide donne des explications pertinentes.

212. S'agissant de l'emploi du mot "raisonnables" dans le paragraphe 1 b), on a fait valoir qu'il faudrait utiliser à la place le membre de phrase figurant dans la note 23 du document A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.2 qui était une formulation plus objective. Cet avis a été accepté et il a été noté que les modifications d'ordre rédactionnel qui en découlaient seraient apportées en temps utile pour éviter les répétitions.

Article 18. Rejet d'une soumission au motif d'incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs ou d'un conflit d'intérêts

213. Le Comité a noté que des modifications seraient apportées au titre et au texte de cet article pour tenir compte de la proposition de définition "offre ou autre(s) soumission(s)" (voir par. 60 ci-dessus).

214. S'agissant du nouvel alinéa b), on s'est interrogé sur le lien existant entre un conflit d'intérêts et un avantage compétitif injuste. Il a été indiqué que ces deux notions pouvaient se manifester indépendamment l'une de l'autre et un soutien a été exprimé en faveur de la proposition tendant à les séparer comme suit dans la disposition:

> "b) Le fournisseur ou l'entrepreneur a [acquis] un avantage compétitif injuste [créé par des conflits d'intérêts ou d'une autre manière] ou a un conflit d'intérêts, en violation des normes applicables."

215. Même si l'on pouvait s'attendre à ce qu'un avantage compétitif injuste découle d'un conflit d'intérêts, on a fait valoir que cela n'était pas nécessairement le cas (par exemple, lorsque le même avocat représentait les deux parties dans l'affaire). Parallèlement, il a été expliqué qu'un avantage compétitif injuste pouvait être

obtenu dans des circonstances complètement différentes (comme une fusion d'entreprises ou une relation commerciale antérieure).

216. On s'est demandé si les notions d'"avantage compétitif injuste" ou de "conflit d'intérêts" formulées dans le texte devraient être qualifiées par le mot "substantiel" ou par un autre mot indiquant que le conflit ou l'avantage pourrait être atténué. Il a été souligné que certains conflits ne pouvaient pas être atténués, par exemple les conflits qui pouvaient surgir lorsqu'un consultant qui avait participé à la formulation des conditions du marché présentait par la suite une soumission. Bien qu'il ait été ajouté que certains autres conflits ou avantages pouvaient être atténués moyennant la communication d'informations aux autres fournisseurs, la proposition tendant à qualifier l'une ou l'autre de ces deux notions n'a pas été appuyée.

217. Différents avis ont été exprimés sur le point de savoir s'il convenait de conserver le mot "acquis" dans cette disposition. Selon un avis, cela créerait un élément supplémentaire qui risquait d'être superflu. Selon un avis contraire, il était nécessaire de conserver ce mot pour indiquer comment un avantage compétitif injuste avait été constitué. Selon l'avis qui a prévalu, il convenait de supprimer ce mot.

218. On s'est demandé si les deux références aux conflits d'intérêts dans la proposition étaient nécessaires. À l'issue d'un débat, il a été décidé que les conflits d'intérêts ne seraient mentionnés qu'une seule fois, et selon l'avis qui l'a emporté, il fallait supprimer le membre de phrase "créé par des conflits d'intérêts ou d'une autre manière" dans la disposition, étant entendu que cette notion serait expliquée dans le guide. Il a par ailleurs été convenu que le terme "avantage compétitif injuste" serait également expliqué dans le guide.

219. Il a été décidé de remplacer le paragraphe 1 b) par les deux alinéas suivants:

> "b) Le fournisseur ou l'entrepreneur a un avantage compétitif injuste en violation des normes applicables;
>
> c) Le fournisseur ou l'entrepreneur a un conflit d'intérêts en violation des normes applicables."

220. Il était entendu que les références aux normes dans ces deux alinéas seraient expliquées dans le guide qui préciserait qu'elles pourraient évoluer au fil du temps. Il était également entendu qu'il faudrait apporter des modifications au titre de cet article pour tenir compte des notions distinctes de conflit d'intérêts et d'avantage compétitif injuste.

221. De l'avis d'une délégation, il était souhaitable d'incorporer des procédures et des garanties contre tout rejet injustifiable dans les cas mentionnés dans les alinéas b) et c) nouvellement proposés, en se fondant sur les dispositions de l'article 17-1. Il a été répondu qu'il serait peut-être suffisant que le guide encourage un dialogue entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre n'avait pas été acceptée.

222. L'article ainsi modifié a été jugé acceptable dans l'ensemble.

Article 19. Acceptation de la soumission et entrée en vigueur du marché

223. Le Comité a noté que des modifications seraient apportées au titre et au texte de cet article pour tenir compte de la proposition de définition “offre ou autre(s) soumission(s)” (voir par. 60 ci-dessus).

Paragraphe 2

224. Le Comité était saisi de la proposition suivante pour le paragraphe 2:

> “2. L’entité adjudicatrice notifie promptement à tous les fournisseurs ou entrepreneurs dont l’offre ou autre soumission a été évaluée son intention d’accepter l’offre ou la soumission à retenir. L’avis doit contenir, au minimum, les informations suivantes:
>
> a) Le nom et l’adresse du fournisseur ou de l’entrepreneur qui a présenté l’offre ou la soumission à retenir;
>
> b) Le prix du marché ou, le cas échéant, un résumé des autres caractéristiques et avantages de l’offre ou de la soumission à retenir, sous réserve que l’entité adjudicatrice ne divulgue aucune information dont la divulgation serait contraire à la loi, en compromettrait l’application, ne serait pas dans l’intérêt général, porterait atteinte aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou des entrepreneurs ou entraverait le libre jeu de la concurrence;
>
> c) Le délai qui précède l’entrée en vigueur du marché, et pendant lequel les fournisseurs ou les entrepreneurs concernés peuvent introduire un recours contre les décisions prises par l’entité adjudicatrice pour déterminer l’offre ou la soumission à retenir (le délai d’attente est [...] (à déterminer par l’État adoptant)).”

225. Il a été expliqué que l’alinéa b) devait être développé pour tenir compte des considérations de défense et de sécurité nationales et refléter les dispositions qui seraient incluses à l’article 7-6 a) ii). On a mis l’accent sur la nécessité d’assurer la cohérence entre toute nouvelle disposition et le projet d’article 21.

226. Il a également été expliqué que l’alinéa c) proposé ne contenait pas le libellé suivant, qui figurait dans le projet d’article 19-2 c) du document A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.2: “Ce délai est suffisamment long, pour permettre aux fournisseurs ou aux entrepreneurs concernés d’introduire, le cas échéant, un recours efficace conformément au chapitre VII de la présente Loi, et il court à partir de la date d’expédition de l’avis à tous les fournisseurs ou entrepreneurs concernés conformément au présent paragraphe.” Il a été suggéré de transférer cette phrase dans le guide. Il a été dit que le nouveau libellé proposé permettrait à un État adoptant de préciser la durée du délai d’attente afin qu’il soit possible d’introduire un recours efficace en fonction des circonstances locales. Il a été confirmé que l’intention était de prévoir le même délai d’attente dans le contexte des accords-cadres.

227. Une préférence a été exprimée en faveur du rétablissement des mots suivants à la fin de l’alinéa c) proposé: “et il court à partir de la date d’expédition de l’avis à tous les fournisseurs ou entrepreneurs concernés conformément au présent paragraphe”. Selon l’autre avis qui a été exprimé, les mots qu’il était proposé de rétablir avaient davantage leur place dans le guide car les dispositions en question

étaient étroitement liées au système de recours administratif de chaque État adoptant, lequel déterminerait le moment à partir duquel le délai d'attente devrait courir.

228. On s'est demandé si le délai d'attente pourrait avoir un autre point de départ logique. On a estimé que, conformément à la meilleure pratique de passation, il ne pouvait y avoir de meilleur point de départ que le moment auquel tous les fournisseurs ou entrepreneurs concernés étaient dûment avisés de l'issue du processus d'évaluation. Si certaines délégations se sont dites favorables à une approche souple concernant l'emplacement de ce membre de phrase, d'autres ont fait valoir qu'il était suffisamment important pour être énoncé dans la loi type révisée proprement dite.

229. On a fait observer qu'il était indispensable que les fournisseurs et entrepreneurs, d'une part, et l'entité adjudicatrice, d'autre part, connaissent avec certitude le début et la fin du délai d'attente, pour faire en sorte que les fournisseurs et entrepreneurs puissent prendre les mesures qui étaient justifiées et que l'entité adjudicatrice puisse attribuer le contrat sans risquer de créer des problèmes. Pour cette raison, il a été dit que la date d'expédition créerait le plus haut degré de certitude et devrait être retenue comme point de départ du délai d'attente. On a rappelé les discussions qui avaient eu lieu en 1994 sur la question de la prise d'effet de l'avis. Il ressortait de ces discussions, qui étaient évoquées dans le Guide de 1994, que la date d'expédition était la date qui offrait la plus grande certitude. Selon un autre avis, la date de réception devait être la date pertinente, car le délai d'attente devait tenir compte du temps dont disposait le destinataire pour déterminer s'il comptait former un recours; certains systèmes reposaient sur ce principe. Selon un autre avis encore, la question de savoir si le délai d'attente devait commencer à la date d'expédition ou à la date de réception de l'avis pertinent devait être laissée à l'appréciation des États adoptants. On a également mentionné que l'on pourrait faire référence d'une manière générale à la "prise d'effet de l'avis" pour remplacer la référence à la date d'expédition ou de réception. On s'est toutefois inquiété de ce que cette notion risquait de ne pas être reconnue dans certains États.

230. Un consensus s'est dégagé en faveur de la réinsertion des mots suivants à la fin de l'alinéa c) proposé: "et il court à partir de la date d'expédition de l'avis à tous les fournisseurs ou entrepreneurs concernés conformément au présent paragraphe".

231. On a souligné qu'il était important d'adresser un avis à chaque fournisseur ou entrepreneur concerné. Il a été jugé insuffisant de publier un avis sur le site Web.

232. On s'est inquiété de la suppression, dans l'alinéa c) proposé, des dispositions exigeant que le délai d'attente soit suffisamment long pour permettre aux fournisseurs ou aux entrepreneurs d'introduire un recours efficace. On s'est déclaré favorable à ce que cette idée soit réintégrée.

233. Selon l'autre avis qui a été exprimé, l'alinéa c) tel que proposé au paragraphe 224 ci-dessus était suffisant à cet égard. On a fait observer que la notion de "délai d'attente" s'était révélée être une question difficile en raison des différences entre les dispositions régissant le recours dans les États adoptants. On a rappelé que les États qui étaient dotés d'un système de recours administratif efficace n'étaient guère disposés à introduire un délai d'attente susceptible d'être une source de retard dans le processus, sans avantage correspondant. On a estimé que le nouvel alinéa c) proposé était un bon compromis qui prenait en compte les besoins des

États ayant différents systèmes de recours administratif, en ce sens qu'il était loisible aux États adoptants de déterminer la durée du délai d'attente en fonction des exigences locales.

234. Il a été proposé que la loi type révisée laisse aux États adoptants la possibilité de préciser dans leur loi relative à la passation des marchés une période minimale, plutôt qu'une durée fixe, pour le délai d'attente. De cette manière, l'entité adjudicatrice bénéficierait d'une certaine souplesse pour déterminer la durée exacte du délai d'attente convenant à chaque marché, sous réserve de respecter la période minimale réglementaire. Dans ce contexte, on a rappelé les dispositions du nouvel article 8 qui laissaient à l'entité adjudicatrice la liberté de choisir les moyens de communication dans la procédure de passation. Il a été noté que la durée appropriée du délai d'attente serait subordonnée dans une très large mesure aux principaux moyens de communication utilisés et au point de savoir si le marché avait un caractère national ou international.

235. Il a été noté que la latitude accordée à l'entité adjudicatrice pour déterminer la durée précise du délai d'attente compte tenu des facteurs spécifiques liés au marché en question (dans les limites du minimum prescrit) devait être assortie de l'obligation de divulguer la durée précise de ce délai dans le dossier de sollicitation. Il a été souligné qu'il était important de divulguer cette information dès le début de la procédure compte tenu des conséquences qu'elle avait pour les fournisseurs ou les entrepreneurs.

236. Selon un autre avis, il était plus important de garantir la certitude, ce qui, a-t-on dit, était uniquement possible en indiquant un délai défini dans le texte. En outre, on s'est demandé ce qui se passerait si le délai d'attente était très long, car les objectifs généraux de la loi type révisée étaient notamment la certitude, la transparence et l'efficacité. À cet égard, il a été estimé que les États adoptants auraient besoin de souplesse pour fixer le délai proprement dit.

237. Le Comité a chargé le Secrétariat de modifier les dispositions de la partie concernée, en les libellant à peu près comme suit: "Ce délai est au moins de (...) [nombre précis de jours à déterminer par l'État adoptant] jours", étant entendu que l'article 27 mentionnerait que le délai d'attente précis applicable à chaque marché doit être indiqué dans le dossier de sollicitation. Il a été noté que la mention, dans le texte, de l'expression "au moins" était compatible avec le libellé de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC et de la directive de l'Union européenne sur les recours[21].

238. Il a été estimé que le guide devait expliquer l'impact de la durée du délai d'attente sur les objectifs généraux de la loi type révisée, en termes de transparence, de responsabilité, d'efficacité et de traitement équitable des fournisseurs ou entrepreneurs. Il a par ailleurs été convenu que le guide expliquerait l'impact d'un long délai d'attente sur les coûts qui seraient envisagés et inclus par les fournisseurs ou les entrepreneurs dans leur soumission, et sur leur décision de participer ou non à la procédure.

---

[21] Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, accessible à l'adresse http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/remedies/remedies_fr.htm.

239. La question a été posée de savoir quelles orientations il fallait donner aux États adoptants quant à la durée du délai d'attente. En réponse, il a été expliqué que l'objectif de ce délai était de laisser suffisamment de temps aux fournisseurs ou aux entrepreneurs pour décider s'ils souhaitaient protester contre l'intention de l'entité adjudicatrice d'accepter la soumission à retenir. Le délai devait par conséquent être relativement court. Il a également été expliqué qu'une fois la contestation connue, les dispositions relatives aux procédures de recours traiteraient de la suspension de la procédure de passation. La réglementation locale et régionale relative à la durée du délai a été évoquée. Ainsi, il a été noté que, dans le contexte européen, on estimait qu'un délai d'une dizaine de jours devait être accordé aux fournisseurs pour décider s'ils souhaitaient engager une procédure de recours. Les réglementations locales prévoyaient par conséquent un délai de 10 jours calendaires lorsque l'avis était envoyé par voie électronique, et de 15 jours dans les autres cas. Cette différence, a-t-on dit, visait à assurer l'égalité de traitement, et prenait en compte le délai supplémentaire nécessaire pour envoyer un avis par courrier normal à des fournisseurs situés à l'étranger. Il a été suggéré de tenir compte de ces considérations dans le guide.

240. On s'est demandé si les dispositions devaient exiger expressément que l'entité adjudicatrice fasse savoir aux fournisseurs ou entrepreneurs que leur soumission n'avait pas été retenue et précise les motifs du rejet. En réponse, on a fait observer qu'il pourrait être contraignant de devoir fournir un exposé détaillé des motifs à chaque fournisseur ou entrepreneur. Dans ce contexte, le Comité a été informé que certains pays avaient une expérience positive du retour d'informations, et il a été indiqué qu'un tel retour constituerait une pratique optimale. Parallèlement, on a souligné qu'il serait difficile de prévoir un régime réglementaire obligatoire applicable au retour d'informations, compte tenu surtout de la teneur de ces informations, qui variaient considérablement d'un marché à l'autre. Il a par conséquent été estimé qu'il serait utile d'aborder la question du retour d'informations uniquement dans le guide.

241. Afin d'éliminer une éventuelle ambiguïté dans les dispositions liée à l'emploi de l'expression "fournisseurs ou entrepreneurs concernés", il a été suggéré de toujours se référer, à l'alinéa c), soit aux "fournisseurs ou entrepreneurs qui n'ont pas remporté le marché", soit aux "fournisseurs ou entrepreneurs dont la soumission a été évaluée". La deuxième variante a été préférée, car elle était compatible avec les dispositions du chapeau du paragraphe 2 (alors que, a-t-on dit, la première exclurait du groupe des destinataires de l'avis le fournisseur à retenir, ce qui était contraire à l'intention des dispositions).

Paragraphe 3

242. On s'est déclaré favorable au maintien du libellé du paragraphe 3 tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.2. Il a été estimé que, au cours de l'examen du paragraphe 11 et des dispositions connexes de l'article 55-3 e), le Comité pourrait envisager de faire référence, dans le paragraphe 3, aux accords-cadres ouverts et de supprimer le paragraphe 11.

243. Le Comité a remis à plus tard l'examen du paragraphe 3.

244. Le Comité est passé à l'examen des paragraphes 8 et 11 de l'article, en notant que les autres dispositions de l'article ne posaient pas de problèmes particuliers.

Paragraphe 8

245. Il a été suggéré de supprimer les mots suivants du texte proposé: "[en vigueur] [valides]", et que le guide explique que, dans ces circonstances, le marché était attribué à la soumission suivante la plus basse ou la soumission suivante la plus basse résultant de l'évaluation. Il a été estimé qu'il fallait reformuler les dispositions pour les rendre plus claires.

246. Ces propositions n'ont soulevé aucune objection.

Paragraphe 11

247. Après avoir pris note de la relation entre le paragraphe 11 et le projet d'article 55-3 e) et de la déclaration d'une délégation concernant le paragraphe 3 (voir par. 242 ci-dessus), le Comité a remis à plus tard l'examen de ce paragraphe.

Article 21. Confidentialité

248. Il a été proposé: dans le paragraphe 1, de supprimer le mot entre crochets "inappropriée"; dans le paragraphe 2, d'insérer les mots "sous réserve des dispositions du chapitre IV" et de supprimer les mots "conformément aux articles du chapitre IV de la présente Loi"; et d'ajouter un nouveau paragraphe 3, rédigé de la façon suivante: "l'entité adjudicatrice peut imposer aux fournisseurs ou entrepreneurs des exigences visant à protéger les informations classifiées intéressant la défense nationale ou la sécurité nationale qu'ils communiqueront tout au long de la procédure d'appel d'offres et d'adjudication. Elle peut également demander à ces fournisseurs ou entrepreneurs de veiller à ce que leurs sous-traitants respectent ces exigences."

Paragraphe 1

249. La suppression du mot "inappropriée" a bénéficié d'un appui général.

Paragraphe 2

250. Certaines délégations ont déclaré que les propositions faites concernant le paragraphe 2 (voir par. 248 ci-dessus) étaient inacceptables car elles excluaient les dispositions du chapitre IV du champ d'application de l'article. Il a été noté que le projet d'article 21 se fondait sur des dispositions répétitives de la Loi type sur la passation de marchés de 1994 régissant les méthodes de passation reposant sur des négociations. On a fait valoir que les dispositions du paragraphe 2 étaient particulièrement valables dans le contexte du chapitre IV, qui traitait de ces méthodes de passation.

251. L'utilité de cet article pour toutes les méthodes de passation a été soulignée. On a estimé que l'objet même de l'article était de préserver l'avantage comparatif qu'un fournisseur pouvait avoir sur un autre (comme l'excellence technique), avantage qui ne devait pas être compromis pendant le processus et qui était particulièrement menacé en cas de négociations.

252. Certaines améliorations rédactionnelles ont été suggérées afin que les dispositions soient reformulées de manière à: a) être cohérentes avec les dispositions de l'article 19-2 b) (la formulation plus générale de l'article 19-2 b) étant jugée préférable par certaines délégations, bien qu'on se soit également

interrogé sur l'opportunité de répéter toutes les références de cet article dans l'article 21); b) à tenir compte de l'introduction d'une nouvelle méthode de passation – la sollicitation de propositions avec dialogue compétitif – en faisant référence au dialogue, selon qu'il conviendrait; c) à exprimer l'idée que l'obligation de confidentialité s'appliquerait également aux informations échangées au cours des négociations ou du dialogue; et d) à employer les mots du début du paragraphe 2 avec une référence supplémentaire au "dialogue" dans tout l'article, selon qu'il conviendrait.

Nouveau paragraphe 3

253. L'inclusion du nouveau paragraphe 3 proposé au paragraphe 248 ci-dessus a été appuyée. Toutefois, certaines délégations se sont opposées à l'inclusion des dispositions en question dans l'article 21, tandis que d'autres ont exprimé des doutes sur la nécessité d'un tel paragraphe dans ledit article compte tenu des changements que l'on proposait d'apporter à l'article 8. On a aussi fait valoir que le libellé proposé pour le nouveau paragraphe 3 avait un caractère facilitatif et non impératif et risquait donc de ne pas convenir pour la loi type révisée.

254. Une préférence a été exprimée en faveur de l'insertion des dispositions proposées à l'article 7-6 ou 8. Il a été estimé que l'article 21 avait un champ d'application large, qu'il était applicable à tous les marchés, quel que soit le secteur, et qu'il avait pour but de protéger les parties à la procédure de passation et non l'objet du marché (qui lui était traité dans le paragraphe 3). Un autre avis était que les dispositions avaient leur place dans l'article 21.

255. Si la question de l'emplacement des dispositions pouvait être traitée avec souplesse, leur insertion, a-t-on souligné, était en revanche nécessaire en raison de la décision du Groupe de travail d'élargir la portée de la Loi type sur la passation de marchés de 1994 aux marchés intéressant les secteurs de la défense et de la sécurité nationales. On a estimé que ce champ d'application élargi devrait être reconsidéré si les caractéristiques particulières de ces secteurs n'étaient pas prises en compte.

256. On a estimé que cette question de principe avait plusieurs solutions possibles. La première serait d'exclure, comme le faisait la Loi type de 1994, la passation des marchés de la défense. Cette solution avait été rejetée par le Comité et, avant lui, par le Groupe de travail. Elle n'était pas acceptée par certaines délégations au motif que leur État attendait des orientations de la CNUDCI sur la passation des marchés dans le secteur de la défense.

257. Il ne faisait aucun doute que la décision du Groupe de travail d'étendre le champ d'application de la Loi type sur la passation de marchés de 1994 au secteur de la défense et de la sécurité nationales revêtait une importance considérable. La nécessité de prévoir un traitement spécial en raison des caractéristiques particulières de la passation des marchés dans ce secteur n'était pas contestée non plus. On se demandait toutefois s'il était souhaitable d'insérer des dispositions à l'article 21 et plus généralement comment prendre en compte les particularités de ce secteur dans la loi type révisée (question qui exigeait une étude approfondie et une prise en compte des différentes entités qui passeraient ce type de marchés).

258. Au lieu d'exclure purement et simplement la passation dans ce secteur, a-t-on dit, celle-ci pourrait être traitée suivant l'une des méthodes ci-après. La première consisterait à inclure la passation des marchés de la défense dans la Loi type en

prévoyant des exceptions au coup par coup lorsqu'elles étaient nécessaires, ce qui était l'approche actuellement retenue. Il a été noté que l'expérience de la session en cours montrait que cette méthode de travail prendrait du temps et ne serait peut-être pas productive en définitive.

259. La deuxième méthode serait d'introduire des dispositions dans un chapitre séparé ou une nouvelle loi type sur la passation des marchés de la défense, solution qui avait été retenue dans l'Union européenne et dans au moins un de ses États membres. Il s'agissait là, a-t-on noté, d'une entreprise considérable qui avait exigé plusieurs années de travail. Cette approche présupposait aussi une réglementation détaillée d'un domaine dont on considérait traditionnellement qu'il devait être réglementé par les États adoptants, en toute souveraineté et indépendance, en fonction de leur propre politique de défense nationale. Il a été noté enfin qu'un tel chapitre aurait une portée limitée car il ne prendrait pas en considération la passation des marchés sensibles en dehors du secteur de la défense.

260. Une autre solution serait de prévoir une exclusion générale ou une exclusion partielle dans l'article premier de la loi type révisée, en réduisant la portée de l'exclusion prévue dans la Loi type sur la passation de marchés de 1994 pour qu'elle traite strictement des marchés de la défense et ne puisse faire l'objet d'abus. D'autres propositions étaient de traiter les questions relatives à la confidentialité et aux marchés de la défense en un seul et même endroit plutôt que d'insérer des références répétitives à la passation des marchés de la défense et de la sécurité nationales. On a dit préférer que cette disposition figure à l'article 7 ou que les dispositions pertinentes de l'article 8 soient insérées à l'article 21.

261. Après débat, un consensus s'est dégagé sur les deux points suivants: des dispositions sur la confidentialité dans la passation des marchés de la défense étaient vitales et il s'agissait d'un aspect s'inscrivant dans un débat plus large sur la manière de tenir compte du caractère spécial de la passation de ces marchés.

262. Certaines délégations ont estimé que le Secrétariat devrait être chargé de rédiger des dispositions appropriées sur la passation des marchés sensibles, essentiellement dans le secteur de la défense. D'autres délégations en revanche ont estimé qu'il n'était pas possible pour le Secrétariat de réaliser cette tâche sans orientations claires du Comité sur la manière dont les marchés de la défense et d'autres marchés sensibles devraient être traités dans la loi type révisée.

263. On a fait observer qu'un examen général du sujet était inévitable et qu'il serait préférable d'y procéder sans se référer à chaque disposition du projet de loi type révisée. Les questions suivantes pourraient être étudiées dans le cadre d'un examen général de la passation des marchés de la défense: a) les besoins particuliers de ce secteur, comme le traitement des informations classifiées; et b) les façons de répondre à ces besoins. Il a été noté à cet égard que les besoins particuliers pourraient découler soit du caractère sensible de l'objet du marché soit du traitement des informations classifiées même si l'objet du marché n'était pas sensible (par exemple, lorsqu'il fallait assurer la confidentialité des informations concernant les délais de livraison ou le lieu de livraison) ou encore des deux.

264. L'autre proposition était que le Comité, au lieu d'examiner le sujet globalement et séparément, poursuive la lecture des dispositions du projet de loi type révisée et étudie les questions relevant de la passation des marchés de la défense dans le cadre des articles pertinents du projet de loi type révisée. Cette

solution, a-t-on dit, aiderait les délégations à se faire une idée générale des exceptions qu'il faudrait prévoir dans la loi type révisée afin de tenir compte des marchés sensibles. Il a été redit qu'un tel examen ne devrait pas se limiter au secteur de la défense mais devrait porter sur la passation des marchés sensibles en général.

265. Selon l'avis qui a prévalu, la décision du Groupe de travail d'inclure les marchés intéressant le secteur de la défense dans le champ d'application de la loi type révisée, sur la base des avis exprimés en son sein pour justifier cette inclusion, devrait être avalisée, et le Secrétariat être chargé d'élaborer des propositions rédactionnelles tenant compte des objectifs suivants, afin que le Groupe de travail les examine ultérieurement: a) permettre, dans ce secteur, le recours à la sollicitation directe et à d'autres méthodes de passation que l'appel d'offres; b) envisager des mesures spéciales pour la protection des informations classifiées; c) prendre en considération les spécificités de la passation des marchés intéressant ce secteur dans les dispositions régissant le contenu du procès-verbal de la procédure de passation et l'accès à ce dernier; et d) éviter les répétitions lors de la rédaction des dispositions sur la passation des marchés dans le secteur de la défense.

266. Il était également entendu que les dispositions de la loi type révisée relatives à la passation de marchés dans le secteur de la défense seraient accompagnées de dispositions dans le guide expliquant les raisons pour lesquelles des mesures spéciales pourraient être prises par l'entité adjudicatrice pour protéger les informations classifiées, y compris dans la chaîne logistique.

Article 22. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés

Paragraphe 1

267. Il a été proposé:

a) De réviser les alinéas b) et e) pour prévoir la possibilité que plusieurs marchés soient conclus à l'issue de la procédure de passation;

b) De faire également référence, dans l'alinéa f), aux facteurs socioéconomiques et à la manière de les prendre en considération dans le processus d'évaluation;

c) De refléter, dans l'alinéa g), la décision du Comité d'employer le terme "abandon de la passation" (voir par. 185 ci-dessus);

d) De supprimer, dans l'alinéa k), les mots "et [toute autre information que le Groupe de travail décide d'ajouter]";

e) De supprimer, dans l'alinéa l), les mots "de services" et "sur lesquels l'entité adjudicatrice s'est fondée pour justifier la procédure de sélection utilisée", et de conserver l'alinéa entre crochets en attendant l'examen du chapitre IV.

Paragraphe 2

268. On a proposé de réviser le paragraphe pour prévoir la possibilité que plusieurs marchés soient conclus à l'issue de la procédure de passation.

Paragraphe 4

269. Il a été proposé de développer le début de paragraphe comme suit: “sauf injonction d’un tribunal compétent ou d’une autorité compétente”. Il a aussi été proposé que les mots “autorité compétente”, dont on proposait l’ajout, soient expliqués dans le guide (en particulier le fait qu’il pourrait s’agir du parlement ou du vérificateur général des comptes et qu’une telle autorité pourrait varier d’un État adoptant à l’autre). Selon un autre avis, il faudrait rédiger le début du paragraphe comme suit: “sauf injonction d’une autorité compétente”, en expliquant dans le guide que le terme “autorité compétente” désignait tant le tribunal que les autorités administratives compétentes, comme les organes de contrôle.

270. On s’est fermement prononcé en faveur du maintien des dispositions en l’état. Il a été souligné que les dispositions visaient des circonstances exceptionnelles où la divulgation devrait être autorisée (par exemple lorsqu’une telle divulgation serait “contraire à la loi”). On a précisé que, dans ces circonstances exceptionnelles, toute autorité compétente pourrait demander la divulgation, mais que la décision finale sur la question de savoir si les informations devaient ou non être divulguées devrait être de nature judiciaire. L’impartialité de l’autorité judiciaire et le risque que les autres branches ne soient pas indépendantes ont été soulignés à cet égard.

271. Une autre suggestion était de conserver le texte tel quel en expliquant dans le guide que d’autres autorités compétentes pourraient être autorisées par la réglementation locale applicable à ordonner la divulgation des informations dans les cas spécifiés aux alinéas a) et b). On s’est opposé à cette suggestion. Il a été estimé que la loi type révisée elle-même devrait prévoir les conditions minimales essentielles.

272. Il a été proposé de libeller le début du paragraphe comme suit: “Sauf injonction d’un tribunal compétent ou d’une instance administrative mentionnée à l’article 58 de la présente Loi”. Cette proposition a été appuyée. Il a été expliqué que ce libellé limitait le nombre d’autorités administratives qui seraient autorisées à ordonner la divulgation d’informations dans les cas exceptionnels visés par le paragraphe.

273. Une autre proposition encore était d’insérer les mots “et/ou d’une autorité compétente ou d’une administration” entre crochets afin que l’État adoptant puisse choisir la formulation appropriée en fonction de la situation interne.

274. Aucun consensus ne s’est dégagé autour des dispositions. Il a été décidé d’inclure les diverses propositions entre crochets pour examen ultérieur. Il a également été noté que le texte retenu à l’alinéa a) du paragraphe 4 pourrait avoir une incidence sur les dispositions similaires du paragraphe 3 et qu’il faudrait par conséquent assurer la cohérence du texte pour les cas similaires.

275. Il a également été proposé de modifier comme suit le début de l’alinéa a) du paragraphe 4: “information figurant sur le procès-verbal de la procédure de passation de marché”. Il a aussi été proposé de reformuler le chapeau et l’alinéa a) à la forme affirmative afin de clarifier le texte actuel qui, a-t-on estimé, pourrait se prêter à différentes interprétations.

Paragraphe 5

276. On s'est demandé si le libellé du paragraphe 5 pouvait laisser entendre qu'aucune obligation de tenir le procès-verbal ne s'imposait, contrairement à ce qu'indiquaient les dispositions du paragraphe 1. Il a été proposé d'insérer au début du paragraphe les mots "sans préjudice du chapitre VII" pour éviter une telle interprétation.

277. Une autre proposition était de supprimer le paragraphe 5 en raison du chapitre VII, et en particulier de l'article 56, du projet de loi type révisée. Il a été souligné que les fournisseurs ou entrepreneurs pourraient, en vertu de ces dispositions sur le recours, demander réparation à l'entité adjudicatrice pour ne pas avoir tenu le procès-verbal comme l'exigeait l'article 22. Il a été noté, à cet égard, que le fournisseur ou l'entrepreneur serait obligé de démontrer qu'il avait subi un préjudice pour étayer une telle demande. Le fait que le procès-verbal soit insuffisant, a-t-on déclaré, ne pouvait à lui seul constituer un motif pour demander réparation.

278. Selon un autre point de vue, il fallait conserver les dispositions pour les mêmes raisons que celles invoquées à propos du paragraphe 2 de l'article 16 (voir par. 205 et 206 ci-dessus), en particulier du fait qu'elles indiquaient clairement que l'entité adjudicatrice n'encourait pas une responsabilité automatique pour ne pas avoir tenu le procès-verbal comme le prévoyait l'article 22. Il ressortait des dispositions, a-t-on également expliqué, qu'il incombait au fournisseur ou à l'entrepreneur de prouver la responsabilité. On a estimé que les dispositions étaient utiles à l'entité adjudicatrice pour se protéger contre des contestations infondées.

279. Selon le consensus qui s'est dégagé, les dispositions devraient être supprimées. Il a été proposé d'expliquer dans le guide que les conséquences de la non-tenue du procès-verbal pourraient être régies par d'autres règles applicables dans les États adoptants.

Durée de la conservation du procès-verbal

280. Il a été proposé de fixer une durée minimum ou maximum de conservation du procès-verbal pour tenir compte (par exemple) des délais de prescription contractuelle. Cette proposition n'a pas été appuyée, car il ne serait pas possible de trouver une durée universellement acceptable. Cette question, a-t-on considéré, devrait être réglée par les États adoptants eux-mêmes.

Travaux futurs

281. Il a été convenu au sein du Comité que le Secrétariat serait prié d'élaborer un nouveau projet de dispositions de la loi type révisée pour tenir compte des délibérations qui avaient eu lieu au cours de la session. L'idée d'organiser des consultations informelles intersessions a été appuyée. On a souligné qu'il importait d'assurer une représentation géographique et une participation aussi larges que possible à ces consultations. Le Secrétariat a été prié de tout mettre en œuvre, dans la limite des ressources disponibles, pour assurer la diffusion des documents pertinents dans les six langues officielles de l'Organisation.

Rapport sur les délibérations du Comité

282. Le Comité a examiné le projet de rapport sur ses délibérations et a proposé d'y apporter certaines modifications. Il est convenu de recommander à la Commission d'adopter ce rapport tel que modifié.

D. Décisions de la Commission concernant le point 5 de l'ordre du jour

283. La Commission a pris acte du rapport du Comité plénier. Elle a noté en particulier que le Comité avait conclu que la loi type révisée n'était pas prête pour qu'elle puisse l'adopter à la session en cours. Elle a également noté que le Comité n'avait pu examiner que le chapitre premier du projet de loi type révisée et que, si quelques questions restaient encore à régler dans ce chapitre, la plupart des dispositions avaient été approuvées. Elle a en outre noté que le Comité avait demandé que le Secrétariat soit chargé d'élaborer des propositions d'ordre rédactionnel concernant les questions en suspens pour que le Groupe de travail I (Passation de marchés) puisse les examiner. Enfin, elle a noté que le Comité avait recommandé l'adoption du rapport.

284. La Commission a adopté le rapport du Comité plénier tel que recommandé. Elle a également pris note des rapports du Groupe de travail I sur les travaux de ses quatorzième à seizième sessions (A/CN.9/664, A/CN.9/668 et A/CN.9/672) et prié le Groupe de poursuivre ses travaux sur l'examen de la Loi type sur la passation de marchés de 1994.

285. On a souligné qu'il importait d'achever le texte de la loi type révisée dès qu'il serait raisonnablement possible de le faire. On a fait valoir que la loi type révisée aurait une très forte incidence sur la réforme du droit des marchés actuellement en cours à l'échelle locale et régionale. Les orientations de la CNUDCI dans le domaine de la passation des marchés étaient recherchées en particulier en ce qui concernait des questions telles que les enchères électroniques inversées, les accords-cadres, les approvisionnements en ligne en général, le dialogue compétitif et la passation de marchés dans le secteur de la défense. L'importance des activités d'information de la CNUDCI a également été soulignée et le secrétariat de la Commission a été encouragé à accroître ses efforts de promotion pour assurer un usage plus généralisé de ses règles de droit uniforme dans le domaine de la passation des marchés et dans d'autres domaines. (Pour les deux prochaines sessions du Groupe de travail, voir par. 437 a) ci-dessous.)

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

286. La Commission a rappelé que, à sa trente-neuvième session, en 2006, elle était convenue que le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) entreprendrait une

révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI[22] (le "Règlement d'arbitrage" ou "Règlement")[23].

287. Il a également été rappelé qu'à cette session, la Commission avait noté que le Règlement, qui était l'un des premiers instruments qu'elle avait élaborés dans le domaine de l'arbitrage, était considéré par beaucoup comme un texte très réussi, ayant été adopté par de nombreux centres d'arbitrage et utilisé dans de nombreuses affaires, par exemple dans des litiges entre investisseurs et États. Compte tenu du succès et du prestige dont il jouissait, elle avait généralement estimé qu'une éventuelle révision ne devrait pas en modifier la structure, l'esprit ni le style, et qu'elle devrait en respecter la souplesse et non le compliquer. Il avait été proposé que le Groupe de travail définisse soigneusement la liste des thèmes qu'il faudrait peut-être aborder dans une version révisée du Règlement[24].

288. Il a aussi été rappelé qu'à sa quarantième session, en 2007, la Commission avait noté que le Règlement d'arbitrage n'avait pas été modifié depuis son adoption en 1976 et que la révision devrait viser à le moderniser et à promouvoir une plus grande efficacité dans la procédure arbitrale. D'une manière générale, elle était convenue que le mandat du Groupe de travail, qui était de conserver la structure et l'esprit initiaux du Règlement, avait guidé utilement jusqu'ici ses délibérations et devrait continuer à orienter ses travaux[25].

289. La Commission a aussi rappelé qu'à sa quarante et unième session, en 2008, elle avait noté que le Groupe de travail avait décidé, à sa quarante-huitième session, de poursuivre la révision du Règlement d'arbitrage sous sa forme générique et de lui demander si, une fois cette tâche terminée, il devrait examiner plus avant la spécificité de l'arbitrage fondé sur des traités et, dans l'affirmative, quelle forme devraient prendre ces travaux (A/CN.9/646, par. 69)[26].

290. Il a en outre été rappelé qu'à l'issue de la discussion, à cette session, la Commission était convenue qu'il ne serait pas souhaitable d'inclure des dispositions concernant l'arbitrage fondé sur des traités dans le corps du Règlement lui-même, et que tout examen des litiges entre investisseurs et États que le Groupe serait éventuellement amené à réaliser dans l'avenir ne devrait pas retarder la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous sa forme générique. Pour ce qui est du déroulement des travaux, elle était convenue que la question de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités méritait d'être examinée dans l'avenir et devrait être traitée en priorité, immédiatement après l'achèvement de la révision du Règlement d'arbitrage. Quant à la portée de ces travaux futurs, la Commission était convenue par consensus qu'il importait d'assurer la transparence dans la résolution des litiges entre investisseurs et États. Une délégation avait présenté des observations écrites à ce sujet (A/CN.9/662) et une déclaration avait également été faite au nom du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises. La Commission avait estimé que, comme le Groupe de travail l'avait

---

22 Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.V.6.

23 *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 187.

24 Ibid., par. 184.

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

26 Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 313.

noté à sa quarante-huitième session (A/CN.9/646, par. 57), la question de la transparence devrait être examinée dans le cadre de travaux futurs car il s'agissait d'un objectif souhaitable dans un arbitrage entre investisseurs et États. En ce qui concerne la forme que tout produit de ces travaux futurs pourrait prendre, la Commission avait noté que différentes possibilités avaient été envisagées par le Groupe de travail (ibid., par. 69) dans le domaine de l'arbitrage fondé sur des traités, y compris l'élaboration d'instruments comme des clauses types, des règles ou des principes directeurs sur des points précis, une annexe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous sa forme générique, un règlement d'arbitrage séparé ou des clauses facultatives à insérer dans des traités. La Commission avait décidé qu'il était trop tôt pour arrêter la forme de cet instrument futur et que le Groupe de travail devrait jouir d'une grande liberté à cet égard. Afin d'aider le Groupe à examiner la question de la transparence dans l'arbitrage fondé sur des traités à une session future, la Commission avait demandé au Secrétariat, si les ressources le permettaient, d'effectuer des recherches préliminaires et de rassembler des informations sur les pratiques actuelles. Elle avait exhorté les États membres à fournir de nombreuses informations au Secrétariat sur leur pratique en matière de transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États. On avait insisté sur le fait que, lors de la constitution des délégations qui assisteraient aux sessions du Groupe de travail consacrées à ce projet, les États membres et les observateurs devraient s'assurer qu'elles possédaient un très haut niveau de compétence en matière de droit des traités et d'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités[27].

291. À sa session en cours, la Commission était saisie des rapports de la quarante-neuvième (Vienne, 15-19 septembre 2008) et cinquantième (New York, 9-13 février 2009) sessions du Groupe de travail (A/CN.9/665 et A/CN.9/669 respectivement). Elle a félicité ce dernier pour les progrès accomplis dans la révision du Règlement d'arbitrage et le Secrétariat pour la qualité de la documentation établie à l'intention du Groupe de travail.

292. La Commission a noté que, à sa quarante-neuvième session, le Groupe de travail avait examiné une proposition visant à étendre le rôle du Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye dans le Règlement d'arbitrage (A/CN.9/665, par. 47 à 50). La version de 1976 du Règlement prévoyait un mécanisme par lequel le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage devait, si une partie lui en faisait la demande, désigner une autorité de nomination qui fournirait certains services à l'appui de la procédure arbitrale. L'autorité nommait les membres du tribunal arbitral conformément aux articles 6 et 7 du Règlement et pouvait également, conformément à l'article 12, être amenée à se prononcer sur la récusation d'arbitres. Selon les articles 39 et 41 (respectivement) du Règlement, elle pouvait aussi aider les parties à fixer les honoraires des arbitres et le tribunal arbitral à fixer les sommes devant être consignées. Le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage, bien que cette dernière n'appartienne pas au système des Nations Unies, ni n'ait été créée pour régler les litiges commerciaux non gouvernementaux, acceptait d'agir en qualité d'autorité de désignation dans le cadre du Règlement et de jouer par conséquent un rôle clairement plus limité que celui joué par une autorité de nomination et qualitativement différent. Il avait été proposé, au sein du Groupe de travail, de remplacer le mécanisme existant par une

---

[27] Ibid., par. 314.

disposition prévoyant que, faute pour les parties de pouvoir convenir d'une autorité de nomination, le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage devrait directement agir en cette qualité, sauf si les parties lui demandaient de désigner une autre autorité de nomination et sauf s'il jugeait plus approprié de désigner une autre autorité. La Commission a noté que cette proposition avait été faite initialement à la quarante-sixième session du Groupe de travail (A/CN.9/619, par. 71 à 74). À cette session, il avait été estimé qu'elle s'écartait de manière importante et inutile du Règlement d'arbitrage actuel et il avait été décidé que le mécanisme sur les autorités de désignation et de nomination prévu dans la version de 1976 du Règlement serait conservé (A/CN.9/619, par. 74 et A/CN.9/665, par. 49). La Commission a également noté que, à la quarante-neuvième session du Groupe de travail, des opinions divergentes avaient été exprimées sur le point de savoir si ce dernier devrait débattre à nouveau de cette question. L'avis avait alors été émis que, indépendamment du fait qu'il puisse ou non parvenir à un consensus au sujet d'une éventuelle règle supplétive, la question était de nature politique et ne pouvait être tranchée que par la Commission (A/CN.9/665, par. 49 et 50). À sa session en cours, la Commission était saisie d'une note sur les autorités de désignation et de nomination prévues dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (A/CN.9/677).

293. À l'issue de la discussion, la Commission est convenue que le mécanisme des autorités de désignation et de nomination existant, tel qu'il était prévu dans la version de 1976 du Règlement, ne serait pas modifié. Il a été rappelé que le Groupe de travail, lorsqu'il avait défini les questions sur lesquelles devrait porter la révision du Règlement à sa quarante-cinquième session, n'avait pas jugé ledit mécanisme problématique. Il ne semblait pas, dans l'ensemble, que ce mécanisme ait été source de retards pour les parties ou de difficultés dans l'application du Règlement. Il a également été dit que, comme la disposition sur les autorités de désignation et de nomination prévue dans le texte de 1976 ne posait pas de grosses difficultés et présentait des avantages, il était inutile de modifier la structure du Règlement à cet égard. Au cours de cette discussion, la Commission a reconnu les compétences et le sens des responsabilités dont faisait preuve la Cour permanente d'arbitrage, ainsi que la qualité des services qu'elle rendait dans le cadre du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

294. On a dit que le processus en deux étapes défini dans la version de 1976 du Règlement offrait une souplesse (en permettant la désignation d'une grande diversité d'autorités de nomination pour répondre aux besoins de chaque cas d'espèce) qui serait impossible avec une autorité de nomination par défaut. On a fait observer que le Règlement pourrait être facilement adapté pour être appliqué à un large éventail de litiges dans des circonstances très différentes et que son succès, pour ce qui est de s'appliquer largement et de répondre aux besoins des parties dans une grande diversité de cultures juridiques et de types de litige, se mesurait au grand nombre d'institutions arbitrales indépendantes qui s'étaient déclarées disposées à administrer (et qui administraient en fait) des arbitrages conformément au Règlement, en plus des procédures qu'elles administraient suivant leur propre règlement. On a également dit que, si elle était adoptée, la proposition visant à étendre le rôle de la Cour permanente d'arbitrage dans le cadre du Règlement constituerait non pas une simple modification technique, mais bien une modification de la nature du Règlement et irait à l'encontre des principes directeurs établis par la Commission, selon lesquels la révision du Règlement ne devait pas modifier la

structure, l'esprit ni le style du texte et devait en respecter la souplesse sans le rendre plus complexe.

295. Il a également été dit que la Cour permanente d'arbitrage avait été établie par la Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux[28] pour régler les différends entre États et non pour connaître des litiges survenant dans le contexte de relations commerciales entre parties privées, dont s'occupait principalement le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. En étendant le rôle de la Cour permanente d'arbitrage, a-t-il été estimé, on donnerait l'impression de favoriser cette dernière par rapport à d'autres organisations arbitrales, en dépit de l'expérience limitée qu'elle possédait dans le domaine des litiges commerciaux privés comparativement aux autres organisations d'arbitrage qui avaient compétence sur ces affaires.

296. La Commission a été d'avis que, pour établir une autorité administrative centrale dans le cadre du Règlement, il faudrait indiquer (dans le Règlement ou dans un document l'accompagnant) les conditions dans lesquelles une telle autorité s'acquitterait de ses fonctions. Elle est convenue que la révision du Règlement ne devrait pas être retardée par des travaux supplémentaires qu'il faudrait mener sur ce point si on devait donner suite à la proposition d'extension du rôle de la Cour permanente d'arbitrage.

297. À la lumière de ces principes généraux, on a souligné que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ne devrait pas prévoir une règle supplétive selon laquelle une institution donnée serait l'autorité de nomination par défaut et serait considérée dans le Règlement comme prestataire d'assistance directe aux parties.

298. La Commission a noté que le Groupe de travail, à sa cinquantième session, était convenu de lui demander de lui accorder suffisamment de temps pour achever ses travaux sur le Règlement d'arbitrage afin que le projet de texte révisé atteigne le degré de maturité et de qualité requis (A/CN.9/669, par. 120). Elle est convenue qu'il fallait prendre le temps nécessaire pour satisfaire au niveau de qualité élevé exigé pour les textes de la CNUDCI, compte tenu de l'impact international du Règlement, et exprimé l'espoir que le Groupe de travail achèverait ses travaux sur la révision du Règlement d'arbitrage sous sa forme générique, de sorte que l'examen final et l'adoption du texte aient lieu à sa quarante-troisième session en 2010. On a proposé que le Groupe de travail examine dans quelle mesure une référence aux arbitres intervenant en tant que conciliateurs devrait être incluse dans une version révisée du Règlement.

299. En ce qui concerne les travaux futurs à mener dans le domaine du règlement des litiges commerciaux, la Commission a rappelé qu'elle avait décidé précédemment, à sa quarante et unième session, que la question de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités serait traitée en priorité, immédiatement après l'achèvement de l'actuelle révision du Règlement (voir par. 290 ci-dessus). On a rappelé que, lors de la constitution des délégations qui assisteraient aux sessions du Groupe de travail consacrées à ce projet, les États membres et les observateurs devraient s'assurer qu'elles possédaient un très haut niveau de compétence en matière de droit des traités et d'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. La Commission a également rappelé que,

---

[28] Voir Dotation Carnegie pour la paix internationale, *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907* (New York, Oxford University Press, 1915).

comme elle l'avait décidé à sa trente-neuvième session, le Groupe de travail devrait maintenir la question de l'arbitrabilité et du règlement des conflits en ligne à son programme de travail[29].

300. La Commission a entendu un rapport oral sur l'état d'avancement de l'élaboration d'un guide pour l'incorporation et l'utilisation en relation avec l'ensemble de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international telle que modifiée en 2006[30]. Il a été rappelé qu'à sa trente-neuvième session la Commission était convenue qu'il serait utile d'élaborer un tel guide[31]. Il a également été rappelé que ce guide serait un précieux instrument pour les législateurs nationaux et d'autres utilisateurs d'une norme majeure de la CNUDCI et favoriserait en outre le processus d'harmonisation des lois. La Commission a demandé au Secrétariat de poursuivre ses travaux d'élaboration du guide. Il a été convenu qu'une présentation plus détaillée sur les progrès accomplis en la matière devrait être faite à une session future de la Commission. (Pour les deux sessions suivantes du Groupe de travail, voir par. 437 b) ci-dessous.)

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

A. Rapport d'activité du Groupe de travail V

301. La Commission a rappelé qu'à sa trente-neuvième session, en 2006, elle était notamment convenue: a) que la question du traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité était suffisamment avancée pour être présentée au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) afin qu'il l'examine en 2006 et qu'il faudrait laisser à ce dernier toute latitude pour lui présenter des recommandations appropriées concernant la portée de ses travaux futurs et la forme qu'ils devraient prendre, en fonction du contenu des solutions proposées aux problèmes qu'il mettrait en évidence sur le sujet; et b) que la question du financement postérieur à l'ouverture de la procédure devrait, dans un premier temps, être considérée comme un volet des travaux à entreprendre dans le domaine de l'insolvabilité des groupes de sociétés et que le Groupe de travail devrait disposer d'une marge de manœuvre suffisante pour examiner toutes propositions de travaux sur d'autres aspects de la question[32]. Le terme "groupes de sociétés" a par la suite été remplacé par le terme "groupes d'entreprises" (voir A/CN.9/622, par. 77 à 84, et A/CN.9/643).

302. À sa session en cours, la Commission s'est déclarée satisfaite des progrès considérables que le Groupe de travail avait accomplis dans son examen de la question du traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, progrès dont il était rendu compte dans les rapports sur ses trente-cinquième (Vienne, 17-21 novembre 2008) et trente-sixième (New York, 18-22 mai 2009) sessions (A/CN.9/666 et A/CN.9/671, respectivement). Elle a également félicité le

---

[29] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 187.

[30] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.08.V.4. Voir également par. 376 k) ci-dessous.

[31] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 176.

[32] Ibid., par. 209.

Secrétariat pour les documents de travail et les rapports qu'il avait établis pour ces sessions.

303. La Commission a noté que le Groupe de travail avait adopté quant au fond plusieurs recommandations sur le traitement interne des groupes d'entreprises et qu'il était convenu de l'approche à suivre pour le traitement international de ces groupes, qui faisait l'objet des 15 recommandations examinées à sa trente-sixième session, dont certaines avaient été adoptées sur le fond. La Commission a noté que les travaux sur le traitement international des groupes d'entreprises présentaient un lien étroit tant avec la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité qu'avec le Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (voir par. 24 ci-dessus) et a insisté sur la nécessité d'assurer la cohérence entre ces travaux et les deux textes précités.

304. La Commission a également noté que le Groupe de travail était convenu que le texte issu des travaux sur les groupes d'entreprises devrait constituer la troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité[33] et en suivre la même structure, à savoir qu'il serait présenté sous la forme d'un commentaire et de recommandations. À cette fin, le commentaire devant accompagner les recommandations sur les questions internes et internationales serait élaboré de sorte que le Groupe de travail l'examine à sa trente-septième session en 2009 et, si nécessaire, à sa trente-huitième session en 2010.

305. La Commission s'est par ailleurs félicitée de la coopération entre les groupes de travail V et VI en ce qui concernait le traitement de la propriété intellectuelle en cas d'insolvabilité. Elle a noté que le Groupe de travail V avait examiné les questions soulevées par le Groupe de travail VI et y avait répondu à sa trente-sixième session (A/CN.9/671, par. 127) et que ces informations avaient été incorporées dans les travaux de ce dernier (voir par. 312 ci-dessous).

B. Huitième Colloque judiciaire multinational

306. Il a été brièvement rendu compte à la Commission du huitième Colloque judiciaire multinational, tenu à Vancouver (Canada) les 20 et 21 juin 2009. Ce colloque, organisé par la CNUDCI, l'Association internationale des praticiens de l'insolvabilité et la Banque mondiale, avait réuni quelque 80 juges d'une quarantaine d'États afin qu'ils puissent examiner des questions de coordination et de coopération dans les procédures d'insolvabilité internationale, y compris la communication entre juges. Le Colloque avait été favorablement accueilli par les juges, qui se réjouissaient de l'occasion qui leur était donnée de mieux comprendre ces questions et de se retrouver pour en aborder les différents aspects. Nombre des questions examinées lors du Colloque l'étaient aussi dans le Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (voir par. 24 ci-dessus), dont l'élaboration était largement appuyée par les juges qui le considéraient comme une source d'information précieuse sur les questions et pratiques actuelles. La Commission a noté qu'un bref rapport du Colloque serait établi et placé sur le site Web de chacune des trois organisations.

---

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

307. La Commission a félicité le Secrétariat pour l'organisation du Colloque et l'a prié de continuer à coopérer activement avec l'Association internationale des praticiens de l'insolvabilité et la Banque mondiale afin d'organiser d'autres colloques dans l'avenir, si ses ressources le lui permettaient.

C. Travaux futurs sur le droit de l'insolvabilité

308. La question des travaux que le Groupe de travail V pourrait entreprendre après avoir terminé ceux qu'il menait actuellement sur les groupes d'entreprises a été soulevée. La Commission a pris note de plusieurs propositions préliminaires dont: a) l'élaboration d'une loi type à partir des recommandations du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité; b) la réalisation d'une étude des différents instruments financiers actuellement utilisés et de leur traitement en cas d'insolvabilité; et c) compte tenu de la crise financière actuelle, l'examen de l'insolvabilité des banques et d'autres institutions financières. Il a été convenu que ces thèmes ainsi que d'autres sujets possibles continueraient d'être examinés et développés afin de déterminer s'ils pourraient faire l'objet de travaux futurs, afin que la Commission étudie éventuellement la question à sa quarante-troisième session en 2010. (Pour les deux sessions suivantes du Groupe de travail, voir par. 437 d) ci-dessous.)

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

309. La Commission a rappelé qu'à la première partie de sa quarantième session (Vienne, 25 juin-12 juillet 2007), elle avait décidé de charger le Groupe de travail VI (Sûretés) d'établir une annexe pour le projet de guide sur les opérations garanties spécialement consacrée aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle. À cette session, elle avait insisté sur la nécessité de faire aboutir ces travaux dans un délai raisonnable[34].

310. La Commission a aussi rappelé que, à la reprise de sa quarantième session (Vienne, 10-14 décembre 2007), elle avait finalisé et adopté le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (le Guide législatif), étant entendu que l'annexe au Guide législatif serait ensuite élaborée le plus rapidement possible afin que des orientations complètes et cohérentes soient fournies aux États en temps utile[35].

311. À sa session en cours, la Commission était saisie des rapports du Groupe de travail VI sur ses quatorzième (Vienne, 20-24 octobre 2008) et quinzième (New York, 27 avril-1er mai 2009) sessions, publiés respectivement sous les cotes A/CN.9/667 et A/CN.9/670. Elle a noté avec satisfaction que le Groupe de travail avait achevé la lecture de deux versions de l'annexe au Guide législatif (A/CN.9/WG.VI/WP.35 et Add.1 et A/CN.9/WG.VI/WP.37 et Add.1 à 4) et avait beaucoup progressé dans ses travaux (A/CN.9/667, par. 15, et A/CN.9/670, par. 16).

---

[34] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 157 et 162.

[35] Ibid., Part II, par. 99 et 100.

312. La Commission a également noté avec satisfaction que le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), à sa trente-sixième session (New York, 18-22 mai 2009), avait examiné, en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4 et A/CN.9/WG.V/WP.87, certaines questions relatives à l'insolvabilité soumises par le Groupe de travail VI et qu'il avait approuvé le texte que le Groupe de travail VI lui avait présenté dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4, par. 22 à 40, pour insertion dans l'annexe au projet de Guide législatif (A/CN.9/671, par. 125 à 127).

313. La Commission a en outre noté qu'à sa quatorzième session, le Groupe de travail VI avait examiné les travaux qu'il pourrait entreprendre et était convenu qu'il devrait être en mesure d'achever ses travaux sur le projet de supplément afin qu'il puisse être soumis à la Commission pour approbation et adoption définitives à sa quarante-troisième session, en 2010 (A/CN.9/667, par. 143). Elle a aussi noté qu'à ses quatorzième et quinzième sessions, le Groupe de travail VI avait procédé à un examen préliminaire de son programme de travaux futurs (A/CN.9/667, par. 141 à 143, et A/CN.9/670, par. 123 à 126).

314. On a noté, à cet égard, qu'à la quinzième session du Groupe de travail VI, il avait été proposé d'inscrire à ce programme les thèmes suivants: un texte relatif aux sûretés portant sur des valeurs mobilières qui n'étaient pas couvertes par le projet de convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés, préparé actuellement par l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit); un guide législatif sur l'inscription des sûretés réelles mobilières; un guide contractuel sur les accords de financement garanti; un guide contractuel sur l'octroi de licences de propriété intellectuelle; une loi type sur les opérations garanties incorporant les recommandations du Guide législatif; et un texte sur les accords de franchisage (A/CN.9/670, par. 124).

315. En ce qui concernait le Guide législatif, la Commission a prié le Secrétariat d'en accélérer la publication intégrale et partielle (la terminologie et les recommandations devant faire l'objet d'une publication séparée). Elle l'a également prié de redoubler d'efforts pour mieux faire connaître le Guide législatif aux États et à d'autres parties intéressées et pour promouvoir l'application de ses recommandations par les États de diverses manières, notamment en tenant des séminaires, en organisant des missions d'information, en préparant des articles à publier et en rédigeant ou en revoyant des projets de lois, de même qu'en coopérant avec d'autres organisations œuvrant dans le domaine de la réforme du droit des opérations garanties.

316. Pour ce qui était de l'annexe au Guide législatif (dénommée ultérieurement "supplément"), la Commission a remercié le Groupe de travail VI et le Secrétariat des progrès réalisés jusque-là et a souligné l'importance de ce texte. Il a été déclaré que le développement économique reposait sur l'innovation, qui était liée aux biens de propriété intellectuelle. Il a aussi été souligné que le patrimoine de nombreuses petites ou moyennes entreprises était constitué pour l'essentiel d'actifs de propriété intellectuelle. Il importait donc pour le développement économique, a-t-on observé, de faciliter les opérations garanties dans lesquelles étaient grevés des biens de propriété intellectuelle.

317. Après discussion, la Commission, compte tenu de l'intérêt manifesté par les milieux de la propriété intellectuelle à l'échelle internationale, a prié le Groupe de travail VI d'accélérer ses travaux de manière à achever l'élaboration du supplément

au Guide législatif en une ou deux sessions et à le lui présenter pour finalisation et adoption à sa quarante-troisième session en 2010, afin qu'il puisse être proposé aux États pour adoption le plus rapidement possible. La Commission est convenue que, si deux sessions n'étaient pas suffisantes pour établir un texte généralement acceptable et équilibré, le Groupe de travail devrait se voir allouer le temps nécessaire pour parvenir à ce résultat, même si cela signifiait que le supplément lui serait soumis à sa quarante-quatrième session en 2011.

318. La Commission a procédé à un examen préliminaire du programme de travaux futurs du Groupe de travail VI. Différents avis ont été exprimés sur les sujets qui pourraient être inscrits à ce programme. À propos des sûretés portant sur des valeurs mobilières qui n'étaient pas couvertes par le projet de convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés, la Commission a noté que, à sa quarantième session en 2007, elle avait décidé que des travaux seraient entrepris en vue d'établir un supplément au Guide sur certains types de valeurs mobilières, en tenant compte des activités d'autres organisations, en particulier d'Unidroit[36]. Il a été généralement convenu à cet égard qu'aucune décision ne pourrait être prise avant qu'Unidroit n'ait achevé ses travaux sur le projet de convention (voir par. 314 ci-dessus), probablement à l'automne 2009. En ce qui concernait l'élaboration d'un guide législatif sur l'inscription des sûretés réelles mobilières dans des registres généraux de sûretés, il a été déclaré que cette tâche pourrait utilement compléter les travaux réalisés par la Commission sur le Guide. S'agissant de l'établissement d'un guide contractuel sur l'octroi de licences de propriété intellectuelle, il a été dit que ces travaux, s'ils étaient entrepris, devraient l'être en étroite coopération avec l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. Enfin, pour ce qui était d'un texte sur le franchisage, on s'est demandé si celui-ci trouverait vraiment sa place dans les travaux de la Commission sur les opérations garanties.

319. En ce qui concernait les modalités d'établissement d'un programme de travaux futurs pour le Groupe de travail VI, la Commission est convenue qu'il serait possible d'avancer dans cette tâche si le Groupe de travail, en fonction du temps disponible, abordait la question à sa seizième session. Il a également été convenu que le Secrétariat pourrait organiser au début de 2010 un colloque international en assurant une large participation d'experts représentant des États, des organisations internationales et le secteur privé. La Commission a aussi laissé au Secrétariat le soin d'organiser, si cela était nécessaire, une réunion d'experts, pour recueillir leurs avis en vue de l'élaboration d'un document examinant les divers thèmes de travail et formulant des suggestions. Il a été généralement convenu que, avec ce document, la Commission serait mieux à même d'examiner et d'arrêter le programme de travaux futurs du Groupe de travail VI à sa quarante-troisième session en 2010.

320. En réponse à une question, il a été noté que, si le Groupe de travail VI achevait ses travaux à sa seizième session à l'automne 2009, il aurait la possibilité d'examiner son programme de travaux futurs à sa dix-septième session, au printemps 2010. On a noté à cet égard qu'en examinant ses travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés à une session future, la Commission pourrait s'appuyer sur les propositions détaillées que formulerait le Groupe de travail et sur un document qui serait établi par le Secrétariat à l'issue d'un colloque et d'une réunion d'experts, si nécessaire.

---

[36] Ibid., Part I, par. 160.

321. À l'issue de ses délibérations sur les sûretés, la Commission a rappelé le mandat qu'elle avait confié au Secrétariat en vue de la publication du commentaire relatif à la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international[37]. Il a été proposé à cet égard que le Secrétariat tienne une réunion d'experts à laquelle seraient invités des experts ayant participé à l'élaboration de la Convention. La Commission a également rappelé son mandat concernant la publication d'un document examinant les liens entre divers textes sur les sûretés établis par elle, Unidroit et la Conférence de La Haye de droit international privé[38]. (Pour les deux sessions suivantes du Groupe de travail, voir par. 437 e) ci-dessous.)

VIII. Travaux futurs possibles dans le domaine du droit des transports: commentaires sur la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer

A. Point de la situation concernant la Convention

322. La Commission a noté que la Convention, après avoir été approuvée en tant que projet de convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer à sa quarante et unième session en 2008[39], avait été adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 63/122 du 11 décembre 2008. Dans cette résolution, l'Assemblée avait également autorisé la tenue d'une cérémonie d'ouverture à la signature de la Convention le 23 septembre 2009 à Rotterdam (Pays-Bas) et invité tous les gouvernements à envisager de devenir partie à la Convention. Elle avait en outre recommandé que les règles fixées dans la Convention soient connues sous le nom de "Règles de Rotterdam".

323. La Commission a été informée des préparatifs entrepris en vue de la cérémonie de signature, en particulier de la distribution par la Section des traités de l'ONU d'une copie certifiée conforme de la Convention aux missions permanentes à New York, accompagnée d'instructions indiquant aux États la marche à suivre s'ils souhaitaient signer la Convention. Elle a également noté que son Secrétariat avait envoyé aux missions permanentes une note verbale pour rappeler aux États que la cérémonie de signature se tiendrait le 23 septembre 2009. Il a été noté en outre que la note verbale informait les États de la tenue, à l'occasion de la cérémonie, d'un colloque sous les auspices de la CNUDCI et du Comité maritime international (CMI). Lors de ce colloque, qui aurait lieu le 21 septembre 2009, divers aspects de la Convention seraient présentés par d'éminents spécialistes de la question venus de différents pays. D'autres manifestations étaient prévues autour du colloque et de la cérémonie de signature. Les délégations ont été invitées à consulter la page Web à l'adresse http://www.rotterdamrules2009.com, où elles trouveraient de plus amples

---

[37] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), par. 195. Pour le texte de la Convention, voir la résolution 56/81 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001, annexe. Pour plus d'informations sur la Convention, se référer au par. 376 h) ci-dessous.

[38] Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 384.

[39] Ibid., par. 298.

renseignements sur toutes les manifestations et pourraient obtenir copie des informations diffusées par la Section des traités sur les formalités de signature de la Convention. Il a été souligné que tous les États, qu'ils aient ou non l'intention de signer la Convention, étaient invités à participer à la fois au colloque et à la cérémonie de signature. Comme l'indiquait la note verbale, les États qui désiraient participer étaient priés d'en informer le Secrétariat et d'indiquer le nom des personnes qui composeraient leur délégation, en précisant quel membre de la délégation signerait, le cas échéant, la Convention.

324. La Commission a noté par ailleurs que les organisations intergouvernementales et les organisations non gouvernementales dont les activités avaient trait aux matières régies par la Convention avaient été invitées par le Secrétariat à participer au colloque et aux manifestations connexes, ainsi qu'à assister à la cérémonie de signature en qualité d'observateur. Les organisations qui souhaitaient participer étaient priées d'en informer le Secrétariat et d'indiquer le nom des personnes qui composeraient leur délégation.

325. Il a été rappelé que le Secrétariat tenait à jour une page Web pour chacun de ses instruments une fois ceux-ci approuvés ou adoptés. La Commission a noté que, face à l'augmentation rapide du volume d'informations et d'opinions publiées sur la Convention, la page de son site Web consacrée aux Règles de Rotterdam avait été étoffée pour proposer une sélection de documents, de liens vers d'autres pages Web sur le sujet et d'un fichier balado informatif (podcast) sur la Convention.

326. La Commission a pris note des efforts déployés par le Secrétariat pour promouvoir la Convention. Outre qu'il prenait part aux préparatifs du colloque et de la cérémonie de signature, le Secrétariat apportait une aide aux États qui envisageaient la possibilité de signer la Convention, en leur fournissant les informations et l'appui nécessaires pour prendre leur décision. Le Secrétariat avait également rédigé divers documents sur la Convention pour publication dans des revues juridiques ainsi que sur des sites Web et sur d'autres supports accessibles au public.

327. La Commission a également noté que, après sa quarante et unième session, le Secrétariat avait participé à plusieurs manifestations pour donner des informations sur la Convention et la promouvoir. En octobre 2008, il avait participé à la trente-neuvième Conférence du CMI tenue à Athènes. La Commission a noté avec intérêt que, à cette conférence, le CMI avait très largement avalisé la Convention, en déclarant que celle-ci établissait généralement un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu dans le secteur des transports maritimes et en reconnaissant qu'elle offrait une occasion exceptionnelle d'unifier et d'actualiser le droit et la pratique maritimes au niveau mondial. En avril 2009, le Secrétariat avait également, en collaboration avec l'Arab Society for Commercial and Maritime Law, le CMI et d'autres organisations, pris part à l'organisation de la troisième Conférence arabe pour le droit commercial et maritime tenue à Alexandrie (Égypte) et y avait participé. Cette conférence de deux jours avait pour thème "Les Règles de Rotterdam 2009: uniformité ou diversité du droit du transport des marchandises par mer, une perspective euro-arabe". Elle avait permis d'examiner les différents aspects de la Convention et la question de savoir si elle pouvait répondre aux besoins dont faisaient état les pays arabes.

B. Travaux futurs possibles concernant une note explicative

328. S'agissant de la Convention, la Commission a ensuite envisagé des travaux futurs possibles concernant l'éventuelle rédaction d'une note explicative pour accompagner la publication du texte. Il a été rappelé que pendant ses délibérations sur la Convention, de 2002 à 2008, le Groupe de travail III (Droit des transports) s'était demandé si certains aspects du texte devraient être développés dans un commentaire ou dans une note explicative qui pourrait accompagner la Convention au moment de sa publication. Par exemple, dans le dernier projet de texte de la Convention qui avait été publié avec des notes de bas de page (A/CN.9/WG.III/WP.101), la note 6 relative à l'article 3 "Conditions de forme" faisait mention d'une note explicative indiquant que tous les avis envisagés dans la Convention qui n'étaient pas inclus dans l'article 3 pouvaient être adressés par tout moyen, y compris verbalement, ou par un échange de messages de données qui ne satisfaisaient pas à la définition de "communication électronique". Aucune décision n'avait été prise par le Groupe de travail ou la Commission sur le point de savoir s'il convenait de formuler des renseignements complémentaires pour accompagner la publication de la Convention et, le cas échéant, quelle forme ces renseignements devraient prendre.

329. Pour l'aider à débattre de cette question, la Commission était saisie d'une note du Secrétariat (A/CN.9/679) proposant d'éventuels modèles de commentaire ou de note qui devrait, le cas échéant, accompagner la publication de la Convention. La note du Secrétariat renvoyait à trois modèles différents de notes explicatives qui avaient déjà été publiées dans le cadre de conventions de la CNUDCI. On a fait observer qu'aucune de ces notes ne constituait un commentaire officiel sur la convention à laquelle elle se rattachait et que la publication d'un commentaire officiel sur un instrument était extrêmement rare dans l'histoire de la CNUDCI. Il a été dit que le seul exemple d'un texte officiel de ce type concernait le texte original de la Convention non modifiée sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises[40]. Toutefois, la Commission a fait observer que des notes explicatives accompagnaient régulièrement la publication de conventions de la CNUDCI et qu'elles étaient souvent assorties d'un avertissement libellé à peu près comme suit: "La présente note a été établie par le Secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international pour information; il ne s'agit pas d'un commentaire officiel sur la Convention."

330. On a estimé que, lors de l'examen du type de note qui, le cas échéant, devrait être publiée parallèlement à la Convention, certaines caractéristiques des Règles de Rotterdam pourraient être pertinentes, notamment la longueur et la portée de la Convention, son objectif, à savoir harmoniser pour le transport maritime un régime mondial très disparate, l'ampleur des travaux préparatoires et la publication, prévue dans les mois à venir, de plusieurs commentaires théoriques sur la Convention.

331. De l'avis général, le texte de la Convention de même que la résolution de l'Assemblée générale concernant son adoption devaient être publiés par le Secrétariat dans un document distinct. En outre, on a largement appuyé la

---

[40] *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. Voir également par. 376 a) ci-dessous.

proposition tendant à ce que le Secrétariat élabore un index consacré aux longs travaux préparatoires, qui aiderait le lecteur à suivre la genèse du texte, article par article. En outre, un certain soutien a été apporté à l'idée d'élaborer une documentation qui indiquerait au lecteur des renvois à d'autres dispositions pertinentes de la Convention.

332. De vives réserves ont été exprimées quant à l'opportunité de rédiger une note explicative sur la Convention. On a fait observer que, malgré leur longueur, les Règles de Rotterdam constituaient un texte équilibré et mesuré qui était le fruit de négociations complexes menées au fil de plusieurs années. Il a été dit que ce texte représentait un compromis soigneusement élaboré que les États avaient expressément approuvé lorsque l'Assemblée générale avait adopté le document en décembre 2008. On a exprimé la crainte qu'il pourrait être plus difficile de se faire une idée précise de l'accord particulièrement complexe qui avait conduit à l'adoption du texte si celui-ci était accompagné d'un commentaire détaillé, lequel pourrait involontairement rouvrir le débat concernant certaines questions sur lesquelles il avait été très difficile de s'entendre. On a également estimé que le risque serait encore plus grand s'il s'agissait d'un commentaire officiel sur lequel les États seraient invités à donner leur avis, par exemple dans le contexte d'un groupe de travail. En outre, on s'est demandé si l'élaboration d'un commentaire détaillé, qu'il soit ou non examiné par un groupe de travail, ne risquerait pas involontairement de retarder le processus de ratification, étant entendu que les États attendraient le résultat des discussions. Par ailleurs, il a été dit que, suite à l'adoption de la Convention, son interprétation devrait être laissée à l'appréciation des États et ne devrait pas être influencée par d'autres acteurs. À la lumière des préoccupations exprimées, il a été instamment demandé qu'aucun commentaire, quel qu'il soit, ne soit publié avec le texte. Cet avis a bénéficié d'un soutien.

333. On a fait observer que, si un commentaire officiel détaillé sur le texte n'était peut-être pas opportun, l'élaboration par le Secrétariat d'une note explicative plus générale, sans incidence sur l'interprétation du texte, pourrait contribuer à l'application uniforme de la Convention. En outre, on a estimé qu'une telle note pourrait aider les États, d'une part, à formuler des recommandations à leurs législateurs sur le point de savoir s'il convenait ou non de devenir partie à la Convention et, d'autre part, à appliquer cette dernière. Cet avis a bénéficié d'un soutien.

334. À l'issue du débat, la Commission est convenue que le Secrétariat devrait élaborer une brève note liminaire qui décrirait en termes généraux la genèse de la Convention, sans toutefois aborder les questions de fond ni procéder à une évaluation juridique; cette note pourrait peut-être reprendre dans les grandes lignes le modèle de la note publiée parallèlement à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises ("Convention des Nations Unies sur les ventes")[41]. Selon un avis, il serait souhaitable que le Secrétariat présente un projet de note liminaire pour que la Commission puisse l'examiner dès sa quarante-troisième session, sous réserve que les ressources pertinentes soient disponibles. Toutefois, compte tenu du fait que cette note avait uniquement pour objet de décrire les dispositions de la Convention et non d'en donner une

---

[41] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.12. Pour de plus amples informations sur la Convention, voir par. 376 d) ci-dessous.

interprétation, la Commission a décidé qu'il faudrait la publier, sans qu'elle ait besoin de l'examiner, sous forme d'introduction à l'index de l'historique du texte (voir par. 331 ci-dessus) et non sous la forme d'une pièce jointe au texte de la Convention proprement dit.

IX. Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique

335. Il a été rappelé qu'en 2004, ayant achevé ses travaux relatifs à un projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, le Groupe de travail IV (Commerce électronique) avait prié le Secrétariat de continuer à suivre diverses questions liées au commerce électronique, notamment les questions liées à la reconnaissance internationale des signatures électroniques, 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 (A/CN.9/571, par. 12).

336. Il a également été rappelé qu'à sa quarantième session, en 2007, la Commission avait prié le Secrétariat de continuer à suivre de près les développements juridiques dans les domaines pertinents afin de faire des suggestions appropriées en temps utile[42]. À sa quarante et unième session, en 2008, elle l'avait en outre prié de s'employer activement, en coopération avec l'Organisation mondiale des douanes (OMD) et avec la participation d'experts, à étudier les aspects juridiques de la mise en place d'un guichet unique international afin d'élaborer un document de référence général, de portée internationale, sur les aspects juridiques de la création et de la gestion d'un guichet unique pour traiter les opérations internationales. Elle avait noté que l'un des avantages de sa participation à un tel projet serait une meilleure coordination des activités entre elle-même, l'OMD et le Centre des Nations Unies pour la facilitation du commerce et les transactions électroniques. Elle avait par ailleurs demandé au Secrétariat de lui faire rapport sur les progrès accomplis à cet égard à sa session suivante[43].

337. À la session en cours, la Commission était saisie d'une note du Secrétariat (A/CN.9/678) rendant compte de l'avancement des travaux relatifs aux considérations d'ordre pratique et aux aspects juridiques de la création et du fonctionnement des guichets uniques. La note présentait en particulier les activités de l'Équipe juridique spéciale conjointe OMD-CNUDCI sur la gestion coordonnée des frontières incorporant le guichet unique international (l'Équipe juridique spéciale conjointe), ainsi que d'autres initiatives régionales dans ce domaine. Elle mentionnait également une proposition concernant l'élaboration d'un document de référence général visant à faciliter la tâche des législateurs et des responsables politiques, en particulier dans les pays en développement, lorsqu'ils traitaient de questions relatives au commerce électronique.

338. La Commission avait reçu des États d'autres propositions relatives aux travaux futurs dans le domaine du commerce électronique. L'une d'entre elles prévoyait

---

[42] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 195.

[43] Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 336 et 338.

l'élaboration de normes juridiques sur la transférabilité électronique des droits sur des marchandises en transit ainsi que sur les documents électroniques pour les connaissements, les lettres de crédit, l'assurance et autres échanges et transport de marchandises (A/CN.9/681 et Add.1). Une proposition également formulée dans ce domaine préconisait l'élaboration de règles uniformes pour le transfert ou la négociation électronique de droits ou de documents afin de favoriser la migration des opérations internationales de ce type vers l'environnement électronique; l'approche proposée reposait sur le rôle des registres électroniques et des tiers de confiance dans ces processus (A/CN.9/682). Une troisième proposition visait l'élaboration d'une étude sur les travaux futurs qui pourraient être entrepris sur le sujet du règlement des conflits en ligne dans les opérations de commerce électronique internationales (A/CN.9/681/Add.2).

339. La Commission a entendu une déclaration d'un représentant de l'OMD sur les travaux de l'Équipe juridique spéciale conjointe (voir par. 411 ci-dessous). Elle a également entendu une déclaration de l'Assemblée interparlementaire de la Communauté économique eurasienne sur la structure de cet organisme et ses activités dans le domaine de la législation sur le commerce électronique et des guichets uniques (voir par. 407 à 409 ci-dessous).

340. La Commission a souligné l'importance des travaux menés par l'Équipe juridique spéciale conjointe et, de manière plus générale, des aspects juridiques des guichets uniques pour la facilitation du commerce. On a également noté qu'il était souhaitable que ces travaux visent des résultats pratiques, notamment en impliquant des organismes chargés de les appliquer tels que l'OMD. Après discussion, la Commission a prié le Secrétariat de continuer à participer à l'Équipe juridique spéciale conjointe, de faire régulièrement rapport sur les progrès réalisés et d'organiser une session de Groupe de travail si l'avancement des travaux le justifiait (voir par. 437 c) ci-dessous).

341. La Commission a reconnu l'importance des propositions relatives aux travaux futurs sur les documents transférables électroniques et le règlement des conflits en ligne en vue de promouvoir le commerce électronique, pour les raisons indiquées dans les propositions qui lui avaient été soumises. S'agissant des documents transférables électroniques, on a rappelé, comme il avait déjà été noté à la quarante et unième session, que, les différents documents et droits transférés présentant peu de points communs entre eux, il ne serait pas judicieux que le Groupe de travail entreprenne des travaux dans l'immédiat[44]. Il a été indiqué que des informations supplémentaires étaient par conséquent nécessaires pour évaluer pleinement la portée et le mandat des travaux futurs possibles du Groupe de travail IV sur ces questions.

342. Concernant la proposition relative au règlement des conflits en ligne, il a été proposé que des études plus poussées identifient les différents groupes intéressés par d'éventuelles normes futures, y compris les consommateurs. Il a été noté à cet égard que la diversité des règles de protection des consommateurs rendait l'harmonisation dans ce domaine particulièrement difficile. Des vues divergentes ont été exprimées sur l'opportunité d'examiner la question de l'exécution des sentences prononcées dans le cadre d'une procédure arbitrale en ligne. Il a été

---

[44] Ibid., par. 337.

expliqué que des difficultés pratiques surgissaient du fait que les litiges réglés grâce à ces sentences portaient généralement sur de petits montants, en particulier dans les litiges impliquant des consommateurs, et également en raison du coût de l'exécution des sentences au niveau international en vertu des instruments existants.

343. La Commission a prié le Secrétariat d'élaborer des études à partir des propositions formulées dans les documents A/CN.9/681, Add.1 et Add.2 et A/CN.9/682, en vue de réexaminer la question à une session ultérieure. Elle l'a également prié d'organiser des colloques sur ces mêmes questions, si ses ressources le lui permettaient.

344. La Commission a reconnu qu'il était important de fournir l'assistance adéquate aux pays en développement pour combler le fossé numérique et de promouvoir l'adoption d'une législation moderne sur le commerce électronique. Toutefois, elle a considéré qu'elle ne disposait pas d'informations suffisantes pour appuyer la proposition d'élaboration d'un document de référence général visant à faciliter la tâche des législateurs et des responsables politiques. À cet égard, il a été noté que, même si de nombreuses informations avaient déjà été mises à la disposition du public, notamment sur le site Web de la CNUDCI, les études déjà demandées par la Commission au Secrétariat mobilisaient toutes ses capacités dans le futur proche. Il a donc été suggéré que la proposition soit réexaminée ultérieurement, sous réserve de ressources disponibles et à condition de définir plus précisément les questions qui seraient traitées dans ce document.

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

345. On a rappelé que la Commission avait examiné le sujet de la fraude commerciale de ses trente-cinquième à quarante et unième sessions, de 2002 à 2008, respectivement[45]. On a également rappelé que, à sa trente-septième session, en 2004, elle était convenue qu'il serait utile d'examiner, le cas échéant, 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. En 2004, elle était convenue également qu'il pourrait être utile d'élaborer des listes de caractéristiques communes aux pratiques frauduleuses classiques (les "indicateurs de fraude commerciale") 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[46].

346. La Commission a également rappelé que, à sa trente-huitième session, en 2005, son attention avait été appelée sur la résolution 2004/26 du Conseil

---

[45] 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. 231 à 241; ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 108 à 112; ibid., *soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 216 à 220; ibid., *soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 211 à 217; ibid., *soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 196 à 203; et ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 339 à 347.

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

économique et social en date du 21 juillet 2004, en application de laquelle l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC) avait entamé ses travaux sur la criminalité économique et l'usurpation d'identité. Dans cette même résolution, le Conseil avait recommandé au Secrétaire général de charger l'ONUDC d'assurer le secrétariat d'un groupe intergouvernemental d'experts qui aurait pour tâche de réaliser une étude sur la fraude et l'abus et la falsification d'identité à des fins criminelles et d'élaborer, à partir de l'étude, des pratiques, principes directeurs et autres éléments utiles, en consultation avec le secrétariat de la CNUDCI[47].

347. Il a été rappelé qu'à sa quarante et unième session, en 2008, le Secrétariat avait fait rapport sur ses travaux relatifs aux indicateurs de fraude commerciale[48] et sur les commentaires reçus des États après que les indicateurs leur eurent été communiqués. Il a également été rappelé qu'à cette session, la Commission avait prié le Secrétariat de procéder aux modifications et aux ajouts souhaitables en vue d'améliorer les documents, puis de publier ces derniers dans une note d'information du Secrétariat[49]. La Commission a en outre rappelé qu'à cette même session, il lui avait été rendu compte de la collaboration que le Secrétariat avait engagée avec l'ONUDC dans le cadre des travaux menés par ce dernier sur la fraude économique et l'usurpation d'identité et qu'elle avait de nouveau prié le Secrétariat de continuer d'apporter à l'ONUDC coopération et assistance dans ses travaux relatifs à la fraude et à la criminalité économique, et de lui rendre compte de tout fait nouveau dans ce domaine[50].

348. À la session en cours de la Commission, le Secrétariat a indiqué que plusieurs exemples de pratiques frauduleuses qui avaient été mis au jour depuis le début de la crise économique mondiale étaient actuellement ajoutés aux indicateurs, lesquels étaient en train d'être actualisés et préparés en vue de leur publication et diffusion. La Commission a dit qu'elle approuvait et qu'elle continuait de soutenir la publication et la diffusion des indicateurs de fraude commerciale.

349. Le Secrétariat a en outre indiqué qu'il avait participé à toutes les réunions du groupe restreint d'experts sur la criminalité liée à l'identité de l'ONUDC, qui avait été créé pour examiner les questions de fraude économique et d'usurpation d'identité. Ce groupe avait tenu trois réunions en novembre 2007, juin 2008 et janvier 2009, dont les conclusions avaient été examinées par la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale à sa dix-huitième session (18 avril 2008 et 16 au 24 avril 2009), au titre du point de l'ordre du jour intitulé "La fraude économique et la criminalité liée à l'identité"[51].

350. La Commission a été informée que, à sa dix-huitième session, la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale avait examiné un certain nombre de textes ayant trait à la question de la fraude économique, dont: les rapports des trois premières réunions du groupe restreint d'experts (E/CN.15/2009/CRP.10, E/CN.15/2009/CRP.11 et E/CN.15/2009/CRP.12); un rapport du Secrétaire général sur la coopération internationale pour prévenir, poursuivre et réprimer la fraude

---

47 Ibid., *soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 217.

48 Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 339 à 342.

49 Ibid., par. 343 et 344.

50 Ibid., par. 345 à 347.

51 Pour le rapport de la session, voir *Documents officiels du Conseil économique et social, 2009, Supplément n° 10* (E/2009/30-E/CN.15/2009/20).

économique et la criminalité liée à l'identité et mener des enquêtes sur ces infractions (E/CN.15/2009/2 et Corr.1); une note du Secrétariat dont la section II portait sur la fraude économique et la criminalité liée à l'identité (E/CN.15/2009/15); un document de séance sur les éléments essentiels du droit pénal pour lutter contre la criminalité liée à l'identité (E/CN.15/2009/CRP.9); un document de séance sur les approches juridiques de l'incrimination de l'usurpation d'identité (E/CN.15/2009/CRP.13); et un document de travail sur les questions relatives aux victimes d'infractions liées à l'identité (E/CN.15/2009/CRP.14)[52].

351. La Commission a été informée qu'à sa dix-huitième session, la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale avait abordé deux thèmes susceptibles de présenter un intérêt particulier pour elle: d'une part, la prévention de la criminalité économique et de la criminalité liée à l'identité et la coopération avec le secteur privé dans ce domaine et, d'autre part, la coopération internationale dans la prévention de la fraude économique et de la criminalité liée à l'identité, notamment la sensibilisation au problème et la fourniture d'une assistance technique. Il a été dit à la Commission que les conclusions suivantes, auxquelles était parvenue la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale à l'issue de ses discussions thématiques sur la criminalité économique et la criminalité liée à l'identité, pourraient l'intéresser:

a) On était généralement convenu que, face au caractère de plus en plus transnational de la fraude économique et de la criminalité liée à l'identité, il était indispensable de renforcer les mécanismes de coopération internationale;

b) On avait insisté, entre autres choses, sur la nécessité d'accorder une attention particulière à la protection des victimes de la fraude économique et de la criminalité liée à l'identité, au moyen notamment de programmes de sensibilisation et d'information;

c) La sensibilisation et l'information des victimes potentielles de la fraude et de la criminalité liée à l'identité avaient été considérées comme des éléments déterminants des stratégies de prévention du crime; et

d) Il avait été reconnu que la coopération entre les secteurs public et privé était essentielle pour se faire une idée précise et complète des problèmes que posaient la fraude économique et la criminalité liée à l'identité ainsi que pour adopter et mettre en œuvre des mesures à la fois préventives et répressives face à ces infractions.

352. À sa dix-huitième session, la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale avait recommandé au Conseil économique et social d'adopter[53] un projet de résolution dans lequel le Conseil saluait les efforts déployés par l'ONUDC pour constituer, en consultation avec la CNUDCI, un groupe restreint d'experts sur la criminalité liée à l'identité et réunir de manière régulière des représentants des gouvernements, des entités du secteur privé, des organisations internationales et régionales et des milieux universitaires pour mettre en commun des données d'expérience, élaborer des stratégies, faciliter la poursuite des travaux de recherche et convenir de mesures pratiques pour lutter contre la criminalité liée à l'identité. Dans ce projet de résolution, la Commission recommandait également que le

---

[52] Ibid., chap. II.

[53] Ibid., chap. I, B, projet de résolution I.

Conseil prie l'ONUDC de collecter, d'élaborer et de diffuser divers documents et supports, dont on a dit que les plus intéressants pour la CNUDCI étaient les suivants: du matériel de formation technique afin d'améliorer les connaissances techniques et les moyens pour prévenir et combattre la fraude économique et la criminalité liée à l'identité; un recueil de pratiques et de lignes directrices utiles destiné à déterminer l'impact de ces infractions sur les victimes; et un recueil de pratiques exemplaires sur les partenariats public-privé tendant à prévenir la fraude économique et la criminalité liée à l'identité. Enfin, dans ce même projet de résolution, l'ONUDC était prié de poursuivre ses efforts, en consultation avec la CNUDCI, en vue de promouvoir une compréhension mutuelle et un échange de vues entre les entités des secteurs public et privé sur les questions se rapportant à la fraude économique et à la criminalité liée à l'identité, afin de faciliter la coopération, par la poursuite des travaux du groupe restreint d'experts, et de faire régulièrement rapport à la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale sur les résultats de ses travaux.

353. La Commission a noté que certaines tâches que la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale avait confiées à l'ONUDC dans son projet de résolution permettraient dans une large mesure d'intégrer les travaux de la CNUDCI sur les indicateurs de fraude commerciale, en tant qu'outil important de prévention et d'information et en tant qu'élément pouvant s'inscrire dans toute action plus large menée par l'ONUDC dans ce domaine. En réponse à une question sur la possibilité que la CNUDCI entreprenne des travaux dans ce domaine, par exemple l'élaboration d'un code de conduite, il a été dit à la Commission que, après approbation du projet de résolution par le Conseil économique et social, le Secrétariat consulterait le secrétariat de l'ONUDC sur les possibilités de travaux et de collaboration futurs et ferait rapport à la CNUDCI sur ce point à une session prochaine.

354. La Commission a remercié le Secrétariat pour ses travaux dans le domaine de la fraude commerciale et exprimé le souhait qu'il poursuive ses efforts de coopération et de collaboration avec le secrétariat de l'ONUDC dans les travaux que réalisait ce dernier sur la fraude économique et la criminalité liée à l'identité, et qu'il continue à la tenir informée de la situation à ses sessions futures.

355. Une délégation a proposé que les travaux de la Commission dans le domaine de la fraude commerciale soient étendus au domaine de la fraude financière, compte tenu de la situation actuelle et des faits récents observés sur les marchés financiers, qui avaient des incidences transfrontières et internationales. Il a été proposé qu'à l'avenir les travaux consacrés à la fraude financière soient axés sur l'élaboration de nouveaux indicateurs de ce type d'infraction et sur le recensement de mesures de prévention. Il a aussi été proposé que ces travaux comprennent également une étude de mesures permettant de remédier aux conséquences de la fraude financière, l'objectif étant de préserver l'intégrité du marché financier mondial. Parmi les mesures qui pourraient être envisagées à cet égard, on a mentionné la création d'un organe d'arbitrage institutionnel. La Commission a pris note de ces propositions.

XI. Approbation de textes d'autres organisations: Révision 2007 des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires publiées par la Chambre de commerce internationale

356. La Chambre de commerce internationale (CCI) a demandé à la Commission d'envisager de recommander l'utilisation, dans le commerce international, de la révision 2007 des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires de la CCI (RUU 600), comme elle l'avait fait pour les versions des RUU de 1962, 1974, 1983 et 1993.

357. La Commission a reconnu que les RUU 600, qui visaient à assurer l'uniformité de la pratique du crédit documentaire, étaient des règles contractuelles internationales propres à régir avec efficacité ce type de crédit. Compte tenu des importantes modifications apportées à la précédente version des RUU, la Commission est convenue de recommander l'utilisation des RUU 600 et d'adopter à cette fin la décision suivante:

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

Remerciant la Chambre de commerce internationale de lui avoir communiqué le texte révisé des "Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires", qui ont été approuvées par la Commission de technique et pratiques bancaires de la Chambre de commerce internationale le 25 octobre 2006, avec effet au 1er juillet 2007,

Félicitant la Chambre de commerce international d'avoir apporté une nouvelle contribution à la facilitation du commerce international en mettant à jour ses règles sur la pratique du crédit documentaire pour tenir compte des évolutions survenues dans le système bancaire, les transports et le secteur de l'assurance, ainsi que des nouvelles applications technologiques,

Notant que les "Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires" représentent une précieuse contribution à la facilitation du commerce international,

Recommande l'utilisation de la révision 2007, selon qu'il conviendra, dans les opérations impliquant l'établissement d'un crédit documentaire."

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

358. La Commission a rappelé qu'à sa vingt-huitième session, en 1995, elle avait approuvé un projet, entrepris conjointement avec le Comité D (aujourd'hui appelé "Comité sur l'arbitrage") de l'Association internationale du barreau, qui visait à suivre dans la législation l'application de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères[54] (la Convention de New York) et à examiner les mécanismes procéduraux que les États avaient adoptés pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales en vertu de cette

[54] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, nº 4739. Voir également par. 376 j) ci-dessous.

convention[55]. Un questionnaire avait été distribué aux États afin de déterminer comment la Convention avait été incorporée dans les systèmes juridiques nationaux et comment elle était interprétée et appliquée. L'une des principales questions à examiner dans ce projet était de savoir si les États parties soumettaient la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales à des conditions supplémentaires qui n'étaient pas prévues dans la Convention de New York. Il a aussi été rappelé à la Commission que le Secrétariat lui avait présenté, à sa trente-huitième session, en 2005, un rapport préliminaire qui exposait les questions soulevées par les réponses reçues au questionnaire précité (A/CN.9/585)[56].

359. À sa session en cours, la Commission a rappelé qu'à sa quarante et unième session, en 2008, elle avait examiné un rapport écrit sur ce projet, qui avait été élaboré à partir des réponses envoyées par 108 États parties à la Convention (A/CN.9/656 et Add.1) et qui couvrait la mise en œuvre de la Convention de New York par les États, son interprétation et son application, ainsi que les conditions et les procédures prévues par les États pour l'exécution des sentences en vertu de la Convention. La Commission avait accueilli favorablement les recommandations et les conclusions du rapport, notant qu'elles mettaient en évidence les domaines où des travaux supplémentaires pourraient s'avérer nécessaires pour renforcer l'interprétation uniforme et l'application effective de la Convention de New York. D'une manière générale, elle avait été d'avis que ce projet devrait aboutir à l'élaboration d'un guide pour l'incorporation de la Convention de New York afin de promouvoir une interprétation et une application uniformes du texte de façon à éviter les incertitudes de sa mise en œuvre imparfaite ou partielle et à réduire le risque de voir la pratique des États s'écarter de l'esprit de la Convention. Elle avait demandé au Secrétariat d'étudier la possibilité d'élaborer un tel guide. Elle lui avait également demandé de publier les informations recueillies au cours du projet sur le site Web de la CNUDCI, dans la langue dans laquelle elles avaient été reçues. Elle était en outre convenue que, si les ressources le permettaient, les activités du Secrétariat dans le contexte de son programme d'assistance technique pourraient, à toutes fins utiles, comprendre la diffusion d'informations sur l'interprétation judiciaire de la Convention de New York, ce qui pourrait utilement compléter d'autres activités en faveur de la Convention[57].

360. À sa session en cours, la Commission a entendu un rapport oral sur ce projet. Elle a noté qu'il était prévu d'élaborer la version préliminaire d'un guide pour l'incorporation de la Convention de New York et que les informations recueillies au cours du projet, sous réserve que l'exactitude en soit confirmée, seraient publiées sur son site Web. Elle a instamment prié les États de communiquer au Secrétariat des renseignements sur la manière dont ils mettaient en œuvre la Convention pour faire en sorte que les informations publiées sur le site soient actualisées. Elle a noté que les commentaires reçus des États concernant l'impact sur leur droit de la recommandation qu'elle avait adoptée à sa trente-neuvième session, en 2006, au sujet de l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention[58] seraient également publiés dans le cadre du projet.

---

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

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

[57] Ibid., *soixantième-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 353 à 360.

[58] Ibid., *soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), annexe II.

On a constaté que, dans l'ensemble, les États étaient favorables à la recommandation comme moyen de promouvoir une interprétation uniforme et souple, dans différents pays, de l'exigence de l'écrit pour les conventions d'arbitrage énoncée au paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York. La Commission a fait observer que les activités d'assistance technique seraient conçues et exécutées en coordination avec d'autres organisations internationales pour prendre en compte les questions spécifiques recensées au cours de l'exécution du projet. Elle est convenue qu'un exposé plus concret sur les progrès accomplis dans le cadre du projet concernant la mise en œuvre de la Convention devrait être présenté lors d'une future session.

361. La Commission a rappelé que la Commission d'arbitrage de la CCI avait créé une équipe spéciale chargée d'examiner, dans chaque pays, les règles de procédure nationales pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Elle a remercié la Commission d'arbitrage et félicité le Secrétariat d'avoir maintenu une collaboration étroite entre les deux institutions. Il a été noté que l'Association internationale du barreau, à sa réunion annuelle de 2008, avait invité un représentant de la CNUDCI et un représentant de la Commission d'arbitrage de la CCI à exposer leurs projets respectifs. Compte tenu des caractéristiques communes aux travaux de la Commission et de la CCI en matière de promotion de la Convention de New York, la Commission a exprimé le souhait que d'autres occasions de travail conjoint soient trouvées dans le futur. Le Secrétariat a été encouragé à développer de nouvelles initiatives à cet égard.

XIII. Assistance et coopération techniques

A. Activités de coopération et d'assistance techniques

362. La Commission était saisie d'une note du Secrétariat (A/CN.9/675 et Add.1) décrivant les activités de coopération et d'assistance techniques entreprises après la date de la note sur ce sujet qui lui avait été soumise à sa quarante et unième session, en 2008 (A/CN.9/652). Elle a souligné l'importance de cette coopération technique et exprimé sa satisfaction quant aux activités du Secrétariat qui étaient mentionnées dans le document A/CN.9/675, aux paragraphes 8 à 31. Il a été souligné que l'assistance technique dans le domaine législatif, en particulier à l'intention des pays en développement, était une activité qui n'avait pas moins d'importance que l'élaboration de règles uniformes. Pour cette raison, le Secrétariat a été encouragé à continuer de fournir une telle assistance dans la mesure la plus large possible et à améliorer l'ouverture vers les pays en développement en particulier.

363. L'organisation d'activités d'assistance et de coopération techniques sur une base régionale a été appuyée comme étant particulièrement utile. La Commission a prié le Secrétariat d'explorer la possibilité d'établir une présence dans des régions ou des pays déterminés, par exemple en ayant du personnel spécialisé dans les bureaux extérieurs des Nations Unies, en collaborant avec les bureaux extérieurs existants ou en créant des bureaux de pays de la CNUDCI. Outre l'assistance technique concernant l'utilisation et l'adoption des textes de la CNUDCI, il a également été souligné que de nombreux pays avaient des difficultés à maintenir une présence durable au sein de la Commission et de ses groupes de travail et qu'ils pourraient avoir besoin d'une assistance pour se préparer et participer aux travaux

de ces organes, en particulier lorsque les questions examinées étaient hautement techniques, l'objectif étant qu'ils puissent acquérir les moyens de participer efficacement aux activités pertinentes. On a dit qu'il pourrait aussi être utile de mettre en place des canaux d'information pour faciliter le suivi en continu des travaux qui étaient effectués.

364. La Commission a noté qu'elle ne pourrait continuer à participer aux activités de coopération et d'assistance techniques pour répondre aux demandes des États et des organisations régionales que si elle disposait de fonds pour couvrir les dépenses y afférentes. Elle a fait observer en particulier que, malgré les efforts déployés par le Secrétariat pour obtenir de nouveaux dons, les ressources financières disponibles dans le Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI étaient très limitées. Les demandes d'activités d'assistance technique devaient donc être examinées très soigneusement et le nombre de ces activités limité. La Commission a prié le Secrétariat d'explorer les possibilités d'utiliser les ressources extrabudgétaires d'une manière similaire à celle adoptée par l'ONUDC en matière d'assistance technique, et noté qu'elle devrait avoir à sa disposition les moyens nécessaires pour mener des activités de coopération et d'assistance techniques.

365. La Commission a appelé tous les États à aider le Secrétariat à identifier les sources de financement disponibles, à l'échelle nationale ou au sein de leurs organisations, qui pourraient être des partenaires de la CNUDCI pour appuyer les activités de coopération et d'assistance techniques destinées à promouvoir l'utilisation et l'adoption des textes de cette dernière, ainsi qu'une plus grande participation à leur élaboration.

366. La Commission a également appelé de nouveau tous les États, les organisations internationales et les autres organismes intéressés à envisager de verser des contributions au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI, si possible sous la forme de contributions pluriannuelles ou de contributions à des fins spéciales, afin de faciliter la planification et de permettre au Secrétariat de répondre à la demande croissante d'activités de coopération et d'assistance techniques émanant de pays en développement et de pays à économie en transition. Elle a remercié le Cameroun, le Mexique et Singapour d'avoir contribué au Fonds depuis la quarante et unième session et les organisations qui avaient contribué à son programme en fournissant des fonds ou en accueillant des séminaires. Elle a également remercié la France, qui avait financé le détachement d'un administrateur auxiliaire auprès du Secrétariat.

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

B. Appui à l'interprétation uniforme des textes de la CNUDCI

368. La Commission a noté avec satisfaction le travail continu dans le cadre du système établi pour la collecte et la diffusion de la jurisprudence concernant les

textes de la CNUDCI (CLOUT). À la date du 8 avril 2009, 83 numéros du Recueil de jurisprudence, rendant compte de 851 affaires, liées principalement à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, et comprenant quelques affaires sur la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, avaient été préparés en vue de publication.

369. Il a été largement convenu que le Recueil de jurisprudence continuait d'être un outil important pour la promotion d'une plus large utilisation et d'une meilleure compréhension des normes juridiques élaborées par la CNUDCI. Il a été estimé aussi que l'amélioration du Recueil pour la diffusion de la jurisprudence et d'autres documents juridiques dans les six langues officielles de l'ONU était fondamentale pour une interprétation et une application plus uniformes des textes de la CNUDCI et qu'elle devrait avoir un caractère prioritaire, parallèlement à l'assistance technique pour la réforme du droit entreprise par la CNUDCI.

370. La Commission a exprimé sa reconnaissance aux correspondants nationaux et aux autres collaborateurs pour avoir contribué au développement du Recueil de jurisprudence. Elle a également noté la nécessité d'un système de collecte qui soit durable et capable de s'adapter à l'évolution des circonstances. Elle est convenue que les États qui avaient désigné des correspondants nationaux devraient être priés de reconfirmer cette désignation tous les cinq ans, pour permettre aux correspondants qui le souhaitaient de rester activement impliqués dans la poursuite de leurs travaux et donner l'occasion à de nouveaux correspondants de rejoindre le réseau. Afin de faciliter l'application de cette disposition, le mandat des correspondants nationaux actuels viendrait à expiration en 2012 et il serait demandé aux États de reconfirmer la désignation de leurs correspondants nationaux cette année-là, puis tous les cinq ans. Le Secrétariat a été prié de mettre à jour le guide de l'utilisateur (voir A/CN.9/SER.C/GUIDE/1/Rev.1) pour tenir compte de ces changements.

371. La Commission a noté la nécessité d'améliorer le degré de complétude de la collection de jurisprudence tant des pays qui participaient déjà au Recueil de jurisprudence que des pays qui étaient actuellement sous-représentés. Elle a demandé au Secrétariat d'utiliser toutes les sources d'information disponibles, propres à compléter les informations fournies par les correspondants nationaux. Le Secrétariat a été prié de mener cette tâche en collaboration avec les correspondants nationaux là où ils étaient désignés.

372. La Commission a noté que le Recueil de jurisprudence ne pourrait continuer à fournir des informations significatives que si le système était tenu à jour et développé régulièrement. Elle a noté aussi que ces activités consommaient beaucoup de ressources et que le Secrétariat utilisait au maximum celles dont il disposait pour assurer la coordination du système. Elle a appelé tous les États à aider le Secrétariat à chercher des fonds disponibles au niveau national pour assurer la coordination et le développement du Recueil de jurisprudence.

373. La Commission a noté que le Recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes avait été publié et que la préparation d'une édition révisée pour publication éventuelle en 2010 avait commencé. Il a également été noté qu'un bulletin trimestriel et une brochure d'information avaient

été mis au point pour faciliter la diffusion d'informations sur le Recueil de jurisprudence.

C. Bibliothèque et ressources en ligne

374. La Commission a également pris note des derniers développements concernant son site Web (www.uncitral.org); elle a souligné son importance en tant qu'élément du programme d'activités d'information et d'assistance technique, s'est félicitée qu'il soit accessible dans les six langues officielles de l'ONU et a encouragé le Secrétariat à continuer de le tenir à jour et de l'améliorer conformément aux directives en vigueur. On a noté avec une satisfaction particulière que, depuis la tenue de la quarante et unième session de la Commission, le site Web avait reçu plus d'un million de visites. On s'est félicité du suivi des nouvelles et informations traitant des activités de la CNUDCI et de leur disponibilité sur le site Web.

375. La Commission a pris note avec satisfaction des faits nouveaux concernant sa Bibliothèque de droit, notamment ceux qui avaient trait au développement des ressources en ligne et des matériaux audiovisuels. Elle a également pris note des éléments récents concernant ses publications, dont la note du Secrétariat contenant la bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI (A/CN.9/673) et la disponibilité de mises à jour en ligne du document annuel.

XIV. État et promotion des textes de la CNUDCI

376. 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.9/674) et sur des informations actualisées disponibles sur son site Web. Elle a pris acte avec satisfaction des informations communiquées depuis sa quarante et unième session sur les instruments déposés et les législations adoptées concernant les textes ci-après:

a) Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, 1974 (New York)[59] [non modifiée] (dépôt d'un instrument par la Belgique; nombre d'États parties: 28);

b) Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, telle que modifiée, 1980 (New York)[60] (dépôt d'un instrument par la Belgique; nombre d'États parties: 20);

c) Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Hambourg)[61] (nombre d'États parties: 34);

d) Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, 1980 (Vienne)[62] (dépôt d'un instrument par l'Albanie, l'Arménie, le Japon et le Liban; nombre d'États parties: 74);

---

[59] *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.

[60] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.13.

[61] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.14.

e) Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, 1988 (New York)[63] (La Convention compte 5 dépôts d'instrument; 10 dépôts sont requis pour qu'elle entre en vigueur.);

f) Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international, 1991 (Vienne)[64] (La Convention compte quatre dépôts d'instrument; cinq dépôts sont requis pour qu'elle entre en vigueur.);

g) Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, 1995 (New York)[65] (nombre d'États parties: 8);

h) Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, 2001 (New York)[66] (La Convention compte un dépôt d'instrument; cinq dépôts sont requis pour qu'elle entre en vigueur.);

i) Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, 2005 (New York)[67] (Trois dépôts d'instrument sont requis pour qu'elle entre en vigueur.);

j) Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 1958 (New York)[68] (dépôt d'un instrument par les îles Cook et le Rwanda; nombre d'États parties: 144);

k) Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985, modifiée en 2006)[69] [adoption de nouvelles lois fondées sur la Loi type: ex-République yougoslave de Macédoine (2006), Honduras (2000), République dominicaine (2008) et Serbie (2006); adoption de nouvelles lois fondées sur la Loi type modifiée en 2006: Maurice (2008), Nouvelle-Zélande (2007), Pérou (2008) et Slovénie (2008)];

l) Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (1992)[70];

m) Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994)[71] (adoption de nouvelles lois fondées sur la Loi type: Bangladesh, Ghana, Guyana, Madagascar, Népal, Rwanda et Zambie);

n) Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)[72] [adoption de nouvelles lois fondées sur la Loi type: Brunéi Darussalam (2000), Cap-Vert (2003) et Guatemala (2008)];

---

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

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

64 *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.

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

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

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

68 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, nº 4739.

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

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

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

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

o) Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997)[73] [adoption de nouvelles lois fondées sur la Loi type: Maurice (2009) et Slovénie (2008)];

p) Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001)[74] [adoption de nouvelles lois fondées sur la Loi type: Cap-Vert (2003) et Guatemala (2008); adoption d'une loi s'inspirant des principes sur lesquels est fondée la Loi type: Costa Rica (2005)];

q) Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale (2002)[75] (adoption d'une loi s'inspirant de la Loi type et des principes sur lesquels elle repose par les États des États-Unis d'Amérique suivants: Dakota du Sud, Idaho, Utah et Vermont ainsi que District de Columbia).

377. S'agissant des lois types et des guides législatifs, la Commission a noté que l'utilisation qui en était faite dans les travaux législatifs des États et des organisations intergouvernementales et l'influence qu'ils exerçaient sur ces travaux étaient sensiblement plus importantes que ne le laissaient entendre les informations limitées communiquées au Secrétariat et reproduites dans la note susmentionnée.

378. La Commission a été informée et a noté avec satisfaction qu'un certain nombre d'États avaient adopté des lois qui leur permettraient de devenir parties à la Convention des Nations Unies sur les ventes et à la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux[76], et que les instruments exprimant leur consentement à être liés seraient déposés auprès du Secrétaire général en temps voulu.

XV. Méthodes de travail de la CNUDCI

379. La Commission a rappelé que, à la première partie de sa quarantième session (Vienne, 25 juin-12 juillet 2007), elle était saisie d'un document renfermant les observations et propositions du Gouvernement français sur ses méthodes de travail (A/CN.9/635) et avait procédé à un échange de vues préliminaire sur ces observations et propositions. Elle était convenue, à cette session, que la question des méthodes de travail ferait l'objet d'un point spécifique de son ordre du jour à la reprise de sa quarantième session (Vienne, 10-14 décembre 2007). Pour faciliter les consultations informelles entre tous les États intéressés, le Secrétariat avait été prié de préparer une compilation des règles de procédure et des pratiques établies par la CNUDCI elle-même ou par l'Assemblée générale dans ses résolutions concernant les travaux de la Commission. Le Secrétariat avait également été prié de faire le nécessaire, en fonction des ressources disponibles, pour que les représentants de tous les États intéressés se réunissent la veille de l'ouverture de la reprise de la quarantième session de la Commission et, si possible, pendant la reprise de la session[77].

---

[73] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.3.
[74] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8.
[75] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.4.
[76] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.02.
[77] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 234 à 241.

380. La Commission a également rappelé que, à la reprise de sa quarantième session, elle avait examiné la question des méthodes de travail en se fondant sur les observations et les propositions du Gouvernement français (A/CN.9/635), les observations des États-Unis (A/CN.9/639) et la note que le Secrétariat avait été prié de rédiger sur le Règlement intérieur et les méthodes de travail de la CNUDCI (A/CN.9/638 et Add.1 à 6). La Commission avait été informée que, le 7 décembre 2007, les représentants de tous les États intéressés avaient tenu des consultations informelles sur son Règlement intérieur et ses méthodes de travail. À cette session, la Commission était convenue que tout examen futur devrait être fondé sur les délibérations antérieures sur le sujet au sein de la Commission, les observations de la France et des États-Unis (A/CN.9/635 et A/CN.9/639) et la note du Secrétariat (A/CN.9/638 et Add.1 à 6), dont on considérait qu'elle donnait un aperçu historique particulièrement important de l'établissement et de l'évolution du Règlement intérieur et des méthodes de travail de la CNUDCI. La Commission était également convenue que le Secrétariat devrait être chargé de préparer, à partir des informations pertinentes présentées dans sa précédente note (A/CN.9/638 et Add.1 à 6), un document de travail décrivant les pratiques actuelles de la Commission s'agissant de l'application du Règlement intérieur et des méthodes de travail, en particulier en ce qui concernait la prise de décisions et la participation d'entités non étatiques à ses travaux. Ce document de travail servirait de base aux futures délibérations sur la question au sein de la Commission, dans un cadre formel ou informel. Il était entendu que le Secrétariat indiquerait au besoin ses observations sur le Règlement intérieur et les méthodes de travail pour examen par la Commission. Celle-ci était en outre convenue que le Secrétariat devrait distribuer le document de travail à tous les États pour commentaires et regrouper ensuite tous les commentaires qu'il pourrait recevoir, que des consultations informelles entre tous les États intéressés pourraient se tenir, si possible, avant sa quarante et unième session et que le document de travail pourrait être examiné dès sa quarante et unième session, si elle en avait le temps[78].

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

---

[78] Ibid., Part II, par. 101 à 107.

interprétation dans les six langues officielles de l'ONU, pour examiner le projet de document de référence[79].

382. À sa session en cours, la Commission était saisie d'une note du Secrétariat contenant un premier projet de document de référence (A/CN.9/676). Il lui a été fait savoir que, comme elle l'avait demandé à sa quarante et unième session, ce document avait été distribué aux États et aux organisations internationales intéressées pour commentaires, et que les commentaires reçus par le Secrétariat avaient été regroupés dans le document A/CN.9/676/Add.1 à 9. La Commission était également saisie d'une proposition de la France (A/CN.9/680) visant à modifier le document de référence (A/CN.9/676). Comme elle l'avait également demandé à sa quarante et unième session, la Commission a consacré les deux premiers jours de sa session aux consultations informelles sur la question des méthodes de travail.

383. La Commission s'est félicitée des documents et elle est convenue, d'une manière générale, qu'ils constituaient une base solide pour formuler un ensemble de principes directeurs qui serviraient de référence aux présidents, aux représentants et à son secrétariat. La discussion qui a suivi était fondée sur le document A/CN.9/676.

384. La Commission a noté que les paragraphes 1 à 14 et 37 à 43 du document A/CN.9/676 avaient été examinés lors des consultations informelles. À l'issue de ces consultations, des modifications susceptibles d'être apportées aux paragraphes 11, 12 et 14 avaient été communiquées à la Commission pour examen.

385. Il avait été proposé que le paragraphe 11 soit révisé comme suit:

> "11. Le consensus n'a pas de définition établie aux Nations Unies. Dans la pratique toutefois, il s'entend généralement de l'adoption d'une décision sans objection formelle et sans vote, ce qui implique l'absence d'opposition formelle à ce qu'il en soit pris acte mais n'exclut pas la possibilité de réserves de la part de certaines délégations sur le fond ou sur certains aspects de la question en jeu. La constatation d'un consensus n'implique pas nécessairement qu'il y a unanimité, c'est-à-dire accord complet sur le fond et, par voie de conséquence, absence de réserves[12]. Le 'consensus' devrait donc être distingué de l'unanimité, qui renvoie à une décision prise par vote, sans aucun vote négatif mais tenant compte des abstentions. Il arrive souvent, dans la pratique des Nations Unies, que les États fassent des déclarations ou formulent des réserves sur la question en jeu mais ils ne s'opposent pas pour autant à ce qu'il soit pris acte de l'existence d'un consensus[13], qui comprend une décision prise 'sans vote'.

---

[12] Voir l'avis juridique dans l'Annuaire juridique des Nations Unies, 1987 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.96.V.6), p. 221 et 222, sous le point 5.

[13] Ibid. L'avis juridique de 1987 est reproduit dans une note du Secrétariat publiée sous la cote A/CN.9/638/Add.4, par. 22. Les paragraphes 16 à 24 de la note précisent le sens de la notion de 'consensus' dans la pratique de l'Organisation des Nations Unies. Certains organes distinguent entre 'consensus' et 'décision sans vote'. Le terme 'consensus' est employé simplement pour décrire une situation où les délégations en désaccord avec une décision n'ont pas insisté sur ce désaccord au point d'empêcher toute 'décision par

---

[79] Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 373 à 381.

consensus'. Dans ce cas, ces délégations auraient pu, bien entendu, exprimer leur désaccord et, si elles le souhaitaient, faire consigner leurs vues dans le procès-verbal. Lorsque des délégations ne souhaitent pas être étroitement associées à la décision, elles demandent parfois qu'il soit consigné que la décision a été prise 'sans vote'. Une telle décision aurait une apparence moins catégorique et, pourrait-on dire, ne représente pas un 'consensus' dans sa forme la plus authentique. D'autres organes emploient indifféremment les termes 'par consensus', 'sans vote' ou 'par assentiment général'. En tout état de cause, ainsi qu'il est noté dans l'avis juridique de 1987, 'le poids juridique d'une décision ne dépend pas des conditions de son adoption. Une décision a, de par son adoption, le poids d'une décision régulièrement adoptée'."

386. Il a été généralement admis que la révision proposée tenait pleinement compte des débats qui s'étaient déroulés pendant la consultation informelle. Toutefois, on s'est inquiété du point de savoir si un tel paragraphe, qui décrivait la pratique du consensus à l'échelle de l'Organisation des Nations Unies dans son ensemble et qui donc intéressait des organismes des Nations Unies autres que la Commission, pourrait former partie intégrante d'un document établi par cette dernière. La Commission a pris note de ces réserves. Après un débat, elle a estimé que le paragraphe 11 tel que reproduit au paragraphe 385 du présent rapport était dans l'ensemble acceptable.

387. La Commission a jugé que le texte ci-après du paragraphe 12, qui avait été révisé par souci de cohérence avec le libellé du paragraphe 11, était dans l'ensemble acceptable:

> "12. Au sein de la Commission, le consensus peut refléter un accord complet sur le fond et, par voie de conséquence, l'absence de réserves. Il peut aussi être fondé sur l''avis l'emportant largement', notion souple qui ne renvoie pas à un mode prédéfini de calcul et se caractérise par une forte majorité d'opinions et l'absence d'objection formelle et de vote. Les délégations peuvent demander qu'il soit consigné que la décision a été prise sans vote."

388. Bien qu'un certain soutien ait été apporté à la proposition tendant à supprimer la dernière phrase ou à la transférer à la section 3 sur le vote, il a été décidé qu'il fallait la conserver dans le paragraphe 12.

389. La Commission a souligné que le rôle de la présidence consistait notamment à faire avancer les négociations, à faciliter le consensus et à déterminer l'existence et la nature exacte de celui-ci. À l'issue d'un débat, elle a estimé qu'un texte pour le chapeau du paragraphe 14 libellé comme suit serait dans l'ensemble acceptable, sous réserve d'une éventuelle amélioration d'ordre rédactionnel dont le Secrétariat a été chargé en vue d'un examen lors d'une prochaine session (la teneur de la note de bas de page n'a pas été examinée):

> "14. La présidence joue un rôle important pour ce qui est de favoriser un consensus et d'en déterminer l'existence et la nature exacte[15]. Elle devrait s'attacher à faire avancer les négociations afin qu'il soit possible de parvenir à une solution largement acceptable. Dans la pratique, lorsque la présidence annonce qu'elle croit comprendre que la Commission souhaite adopter une décision par consensus, les scénarios suivants sont possibles:

[15] Il convient de noter que la présidence, dans l'exercice de ses fonctions, demeure sous l'autorité de la Commission (article 107 du Règlement intérieur de l'Assemblée générale), qui peut rejeter ses décisions à la majorité des membres présents et votants (article 125 du Règlement intérieur précité). Il est donc recommandé, en règle générale, que la présidence s'enquière du point de vue des États membres de la Commission avant d'annoncer ses décisions."

390. On a estimé qu'une délégation qui formulait une objection devait être tenue de présenter de nouvelles solutions. Cette proposition n'a pas été appuyée.

391. La Commission a estimé que le texte ci-après du paragraphe 14 a) était dans l'ensemble acceptable:

> "a) Si cette annonce est accueillie par le silence, ou par un appui implicite ou explicite, la présidence peut déclarer que la décision est adoptée par consensus;"

392. La Commission n'a pas eu le temps de mener à terme ses délibérations sur le paragraphe 14 b). Le texte ci-après, qui n'avait pas fait l'objet d'un consensus au sein de la Commission, a été proposé aux fins d'un examen ultérieur:

> "b) Si un État membre de la Commission s'oppose à ce qu'il soit consigné que la décision a été adoptée par consensus, la présidence invite la délégation qui formule l'objection à motiver celle-ci. Elle se doit généralement de trouver un moyen consensuel de sortir d'une situation de blocage. Si après avoir déployé tous les efforts possibles une solution ne peut être trouvée, la présidence peut vouloir, à ce stade, expliquer [à cette délégation] que l'objection formelle d'une délégation à l'adoption d'une décision par consensus [n'a pas d'effet semblable à un veto mais doit être traitée comme une demande implicite de vote formel] [peut donner lieu à un vote]. Elle peut alors souhaiter demander à la délégation concernée de confirmer son intention. Si l'objection formelle est maintenue, elle peut procéder au vote formel (voir la section 3 ci-dessous)."

393. S'agissant de la première phrase, on a estimé que le droit de s'opposer à ce qu'il soit consigné qu'une décision avait été adoptée par consensus devait aussi pouvoir être exercé par les États non membres. Il a été rappelé que la principale différence entre les États membres et les États non membres de la Commission résidait dans le droit de vote. On a émis l'avis que, hormis le droit de vote, les États observateurs devaient jouir de tous les droits dont les États membres bénéficiaient, conformément à la pratique établie au fil des ans depuis la création de la Commission et aux objectifs de cette dernière qui étaient d'assurer l'agrément universel de ses normes et la plus large participation possible d'États. Selon un avis divergent, seuls les États membres de la Commission devaient avoir le droit d'opposer une objection formelle à un consensus.

394. S'agissant de la troisième phrase de l'alinéa b), on s'est inquiété de l'emploi du mot "veto" dans la première variante entre crochets. Le Secrétariat a été prié de chercher une autre formule pour rendre compte de l'impossibilité d'adopter une décision lorsqu'un État maintenait une objection formelle. On a estimé qu'une objection formelle et une demande de vote étaient des initiatives indépendantes et

que la première ne devait pas être traitée comme une demande implicite de vote. C'était pour cette raison que la deuxième variante entre crochets était proposée.

395. Il a été suggéré que le texte précise les différentes intentions que pourrait avoir la délégation qui formulait une objection, à savoir notamment demander que la décision soit consignée comme une décision prise sans vote ou demander un vote. Cependant, on a fait observer que le guide devrait aider la présidence à traiter de la question du processus décisionnel dans la situation bien précise où une délégation formulant une objection essayait de maintenir celle-ci après une longue phase de négociations sans demander un vote, et cherchait par là même à prolonger indéfiniment les négociations. Il a été noté que la dernière phrase avait pour but de remédier à une telle difficulté. La Commission n'a pas arrêté sa décision sur ce point et les débats ont été ajournés.

396. On a estimé, à la lumière de l'examen de la version révisée des paragraphes 12 et 14 b) ci-dessus, que le paragraphe 13 du document A/CN.9/676 devrait également être remanié.

397. Les versions révisées des alinéas c) à e) du paragraphe 14 et des paragraphes 37, 39, 41 et 43, qui avaient été établies par le Secrétariat mais que la Commission n'a pu examiner faute de temps, se lisaient comme suit:

"14. c) Si une délégation annonce qu'elle ne participe pas au processus décisionnel mais ne s'oppose pas à ce que la présidence déclare la décision adoptée par consensus, cette dernière peut faire une déclaration à cet effet et tout se passe en fait comme si la délégation en question avait été absente au moment où la décision a été prise[16];

d) Les délégations qui n'indiquent pas *expressis verbis* qu'elles ne participent pas au consensus doivent être considérées comme s'y étant associées[17];

e) Les États non membres de la Commission et les organisations dotées du statut d'observateur peuvent participer à l'effort collectif pour parvenir à un texte généralement acceptable[18]. Ils ne sont toutefois pas autorisés à soulever d'objection formelle à ce qu'une décision soit consignée comme ayant été adoptée par consensus.

37. Le secrétariat est libre de déterminer ses méthodes de travail[40].

39. Le secrétariat peut avoir recours à l'aide d'experts extérieurs de différentes traditions juridiques et de différents milieux, tels que fonctionnaires, universitaires, avocats en exercice, juges, banquiers, arbitres ou autres experts de la question et membres de diverses organisations internationales, régionales et professionnelles[42].

41. Lorsque le secrétariat décide de convoquer une réunion d'experts, les informations sur cette réunion (les dates et le format de la réunion, la ou les questions devant y être examinées et les participants invités) sont communiquées aux États dans la mesure où cela est compatible avec les articles 100 et 101 de la Charte des Nations Unies. Les conférences et les colloques organisés font l'objet d'une large publicité, notamment par la publication d'informations les concernant sur le site Web de la CNUDCI.

43. Comme l'a démontré la pratique jusqu'à présent, l'utilisation d'une seule langue de travail lors des réunions d'experts convoquées par le secrétariat de la CNUDCI n'a pas gêné, mais plutôt facilité le processus de consultation pendant ces réunions. Néanmoins, le secrétariat de la CNUDCI est résolu de s'efforcer, si ses ressources le lui permettent, de fournir à ces réunions des services de traduction et d'interprétation dans l'autre langue de travail du Secrétariat, en fonction de ses besoins et des besoins des participants. En outre ou alternativement, selon les cas, le Secrétariat peut juger nécessaire, dans certaines circonstances, que des services de traduction et/ou d'interprétation soient proposés à ces réunions dans une autre langue officielle de l'Organisation des Nations Unies (par exemple, lorsqu'il est nécessaire de faire appel à des experts de certains pays ou régions, qui ne sont ni anglophones ni francophones mais qui peuvent s'exprimer dans une autre langue officielle de l'ONU). Lorsqu'il demande que les réunions d'experts bénéficient de services de traduction et d'interprétation, le secrétariat doit tenir compte du fait qu'ils ne peuvent être fournis qu'en fonction des disponibilités, attendu que les réunions intergouvernementales, formelles ou informelles, en bénéficient en priorité.

———————

[16] Tiré du libellé de l'avis juridique dans l'Annuaire juridique des Nations Unies, 1987 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.96.V.6), p. 221 et 222, sous le point 5.

[17] Ibid.

[18] Ibid.

[40] Il est rappelé qu'aux termes de l'article 100 de la Charte des Nations Unies le personnel du Secrétariat, dans l'accomplissement de ses devoirs, ne sollicite ni n'accepte d'instructions d'aucun gouvernement ni d'aucune autorité extérieure à l'Organisation. Chaque Membre de l'Organisation s'engage à respecter le caractère exclusivement international des fonctions du personnel du Secrétariat et à ne pas chercher à l'influencer dans l'exécution de sa tâche. Il est aussi rappelé qu'aux termes de l'article 101-3 de la Charte la considération dominante dans le recrutement du personnel est la nécessité d'assurer les services de personnes possédant les plus hautes qualités de travail, de compétence et d'intégrité.

[42] Dès les premières années, la Commission envisageait déjà que son secrétariat tiendrait des consultations avec les organes et organisations concernés selon qu'il conviendrait aux différentes phases des travaux. En particulier, elle envisageait que des études et d'autres documents préparatoires seraient rédigés par le secrétariat avec l'aide d'experts si nécessaire, dans les limites budgétaires autorisées. La Commission est convenue que le budget et les estimations prévisionnelles établis par le secrétariat pour les années suivantes devraient tenir compte de la nécessité d'obtenir les services de consultants ou d'organisations ayant des compétences spéciales dans les matières traitées par elle pour lui permettre d'exécuter ses tâches. Voir par exemple A/8017, par. 219 à 221."

XVI. Coordination et coopération

A. Généralités

398. Le secrétariat a présenté à la Commission un rapport oral rendant brièvement compte des travaux des organisations internationales dans le domaine de l'harmonisation du droit commercial international. La Commission a rappelé qu'à sa

quarante et unième session, en 2008, le Secrétariat avait proposé que son rapport annuel général sur les activités en cours des organisations internationales en matière d'harmonisation et d'unification du droit commercial international ainsi que sa série de rapports spécialisés sur des thèmes particuliers ne soient pas, à l'avenir, nécessairement publiés avant sa session annuelle[80]. Elle a noté que le Secrétariat publierait au quatrième trimestre 2009 son rapport annuel de 2009 sur les activités d'autres organisations internationales. Elle a aussi noté que, compte tenu de l'intérêt croissant suscité par les questions d'insolvabilité dans le contexte de la crise économique mondiale actuelle, le Secrétariat publierait une étude plus détaillée sur les activités relatives à l'insolvabilité.

399. Il a été rappelé qu'à sa trente-septième session, en 2004, la Commission était convenue d'adopter une attitude plus proactive, par l'intermédiaire de son secrétariat, pour s'acquitter de son mandat en matière de coordination[81]. Rappelant la résolution 63/120 de l'Assemblée générale en date du 11 décembre 2008 (voir par. 428 et 429 ci-dessous), dans laquelle l'Assemblée approuvait les efforts déployés et les initiatives prises par la CNUDCI en vue de coordonner les activités des organisations internationales dans le domaine du droit commercial international, la Commission a noté avec satisfaction que le secrétariat prenait des mesures pour engager un dialogue, sur les activités d'assistance législative et d'assistance technique, avec un certain nombre d'organisations, comme la Conférence de La Haye de droit international privé, Unidroit, la Banque mondiale, l'Organisation de coopération et de développement économiques, l'Organisation des États américains, l'OMC, l'OMD, et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. Elle a noté que ce travail impliquait souvent de se rendre aux réunions de ces organisations et d'utiliser les fonds alloués aux voyages officiels. Elle a rappelé l'importance du travail de coordination qu'elle effectuait en tant que principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international et a approuvé l'utilisation à cette fin des fonds alloués aux voyages.

400. La Commission a cité comme exemples d'activités de coordination en cours celles mentionnées aux paragraphes 32 à 35 du document A/CN.9/675 et en particulier les réunions avec le secrétariat de la Conférence de La Haye de droit international privé et Unidroit.

B. Rapports d'autres organisations internationales

401. La Commission a pris note des déclarations faites au nom des organisations internationales et régionales ci-après.

Banque européenne pour la reconstruction et le développement

402. La Commission a été informée que le secrétariat avait reçu du conseiller juridique de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) une déclaration confirmant que la BERD était disposée à répondre à l'invitation que l'Assemblée générale avait adressée aux banques régionales de développement dans sa résolution 63/120 (par. 7 d)) (voir par. 428 et 429

---

[80] Ibid., par. 382.

[81] Ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 114.

ci-dessous) pour qu'elles coopèrent et coordonnent leur action avec la CNUDCI et appuient le programme d'assistance technique de cette dernière. Le conseiller juridique de la BERD a cité comme exemple réussi de coopération et de collaboration la conférence sur le thème "Les opérations garanties et l'insolvabilité: les réformes à un tournant" que la CNUDCI, la BERD et la Banque mondiale avaient organisée conjointement à Washington, les 5 et 6 mai 2008 (A/CN.9/675, par. 25 a)).

Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture

403. La Commission a entendu une déclaration concernant le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture[82], qui définissait un "système multilatéral d'accès et de partage des avantages" concernant les 64 plantes cultivées les plus importantes pour la sécurité alimentaire mondiale, dont la mise en œuvre était assurée par un contrat type, appelé accord type de transfert de matériel, régissant le transfert des ressources phytogénétiques et le partage des avantages qui en résultaient.

404. Il a été noté que le secrétariat de la CNUDCI avait participé à des consultations d'experts sur divers aspects des technologies de l'information actuellement en cours de développement pour faciliter le transfert de ressources génétiques et le partage des avantages découlant de l'utilisation de ces ressources et qu'il avait également fourni des services d'experts pour l'élaboration de mécanismes de règlement des litiges. La Commission a été informée que l'importance de sa contribution à la mise en œuvre du Traité avait été reconnue par les 122 Parties contractantes dont l'Organe directeur avait tenu sa troisième session du 1er au 5 juin 2009 à Tunis. La contribution de la CNUDCI était particulièrement appréciée par les pays en développement qui avaient besoin qu'on leur conseille des solutions pratiques, efficaces et économiques pour mettre en œuvre le système multilatéral d'accès et de partage des avantages.

405. À sa troisième session, l'Organe directeur, de même que les Parties contractantes, avaient approuvé les procédures concernant les tiers bénéficiaires et, à cette occasion, avaient remercié la CNUDCI pour les conseils excellents qu'elle avait fournis au secrétariat (résolution 5/2009 de l'Organe directeur). Les Parties contractantes s'étaient également prononcées pour une extension de la collaboration en invitant le secrétariat du Traité à encourager la coopération avec d'autres organisations et à renforcer les accords de coopération existants en vue de développer les synergies et de réduire les facteurs d'inefficacité (résolution 8/2009 de l'Organe directeur).

406. Il a été noté que la poursuite de la collaboration avec la CNUDCI contribuerait à la mise en œuvre du Traité et serait profitable tant à l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture qu'à la Commission.

Assemblée interparlementaire de la Communauté économique eurasienne

407. La Commission a entendu une déclaration concernant l'Assemblée interparlementaire de la Communauté économique eurasienne et, plus

---

[82] Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, *Rapport de la Conférence de la FAO, trente et unième session, Rome, 2-13 novembre 2001* (C 2001/REP), appendice D.

particulièrement, sa structure et ses projets en rapport avec les travaux de la CNUDCI. Il a été noté que l'Assemblée participait à la mise en place d'une union douanière aux frontières des États membres de la Communauté économique eurasienne (Bélarus, Fédération de Russie, Kazakhstan, Kirghizistan, Ouzbékistan et Tadjikistan) et à l'unification des politiques économiques étrangères, tarifs douaniers, prix et autres éléments en vue de l'instauration d'un marché commun opérationnel. Il a également été noté que l'Assemblée, en tant qu'organe de coopération parlementaire entre les États membres de la Communauté économique eurasienne, examinait des questions liées à l'harmonisation des législations nationales avec les accords conclus dans le cadre de l'Assemblée afin de réaliser les objectifs de la Communauté.

408. Il a été expliqué que l'Assemblée interparlementaire travaillait notamment sur des projets visant à élaborer des instruments juridiques normatifs, comme des projets de législation type et des recommandations sur l'harmonisation des lois nationales. L'une des activités signalées consistait à établir un cadre juridique pour le commerce électronique, dans l'optique de la facilitation du commerce et de la création d'un guichet unique.

409. Il a été dit à la Commission que des principes fondamentaux types pour le commerce électronique, inspirés notamment de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[83], avaient été élaborés pour servir de référence aux législations nationales, afin d'améliorer les lois dans ce domaine et favoriser le développement du commerce électronique dans les États membres. Il a en outre été indiqué que l'Assemblée interparlementaire avait tiré parti de l'expertise et de l'expérience du secrétariat de la CNUDCI, et avait notamment reçu des suggestions sur des projets de recommandations devant être présentés à la réunion du Comité permanent de l'Assemblée sur les politiques commerciales et la coopération internationale, prévue en novembre 2009 à Minsk.

Institut international pour l'unification du droit privé

410. Une déclaration a été faite au nom d'Unidroit, qui s'est félicité de la coordination et de la coopération actuelles avec la CNUDCI et a réaffirmé sa ferme volonté de travailler en étroite collaboration avec cette dernière de manière à assurer la cohérence des travaux menés par les deux organismes, éviter les chevauchements et garantir ainsi une utilisation optimale des ressources allouées par leurs États membres respectifs. Unidroit a communiqué les informations suivantes:

a) À la soixante-troisième session de l'Assemblée générale d'Unidroit, tenue à Rome le 11 décembre 2008, les membres du Conseil de direction de l'Institut avaient été élus pour les cinq années suivantes. L'Assemblée générale d'Unidroit avait également approuvé les recommandations formulées par le Conseil de direction sur le programme de travail de l'Institut pour 2009-2011, en accordant la priorité absolue à la finalisation du projet de convention sur les titres intermédiés, à la finalisation des chapitres supplémentaires des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, et à la réalisation des travaux consacrés à un protocole portant sur les questions spécifiques aux biens spatiaux à la Convention

---

[83] Voir par. 376 n) ci-dessous.

relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Convention du Cap);

b) La première session de la conférence diplomatique pour l'adoption d'une convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés avait eu lieu à Genève du 1er au 12 septembre 2008. La session finale, à laquelle seraient finalisés les travaux sur le projet de convention, se tiendrait du 5 au 9 octobre 2009 à Genève. Un comité pilote avait été constitué pour rédiger un commentaire officiel sur la convention. La version anglaise du projet de commentaire avait été affichée sur le site Web d'Unidroit et la version française serait disponible sous peu;

c) Une Loi type sur le leasing avait été achevée en 2008. Elle servait de référence à des lois déjà élaborées sur la question en Jordanie, en Tanzanie (République-Unie de) et au Yémen ou en cours d'élaboration, par exemple, en Afghanistan. Le secrétariat d'Unidroit rédigeait actuellement un commentaire officiel sur la loi type, en étroite coopération avec un groupe d'experts, et devait l'achever dans le courant de 2009;

d) Le groupe de travail chargé d'élaborer une troisième édition des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international avait tenu sa troisième session à Rome du 26 au 29 mai 2008 et sa quatrième session également à Rome du 25 au 29 mai 2009. Il avait examiné un projet de chapitre sur l'enrichissement sans cause ou la restitution, un projet de chapitre sur l'illicéité, un projet de chapitre sur la pluralité de débiteurs et/ou de créanciers, un projet de chapitre sur les conditions et une note d'information contenant des projets de dispositions relatives à la résolution des contrats à long terme "for cause". Le groupe de travail avait décidé de laisser temporairement de côté les travaux sur la résolution des contrats à long terme "for cause" de manière à se concentrer uniquement sur les quatre autres chapitres afin de les soumettre au Conseil de direction pour approbation en 2010;

e) Une autre activité menée dans le cadre général de la Convention du Cap était l'élaboration d'un projet de protocole portant sur les questions spécifiques aux biens spatiaux. Un comité pilote avait été constitué en 2007 pour rédiger le projet et, compte tenu de l'avancement de ses travaux, une conférence diplomatique chargée d'adopter un projet de protocole pourrait se tenir en 2010. Une commission préparatoire avait été établie en application d'une résolution de la conférence diplomatique de Luxembourg afin d'élaborer le registre international dans le cadre du Protocole de Luxembourg portant sur les questions spécifiques au matériel roulant ferroviaire. Elle avait tenu, à l'invitation d'Unidroit et de l'Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires (OTIF), une réunion à Rome en avril 2008. Une autre réunion était prévue les 1er et 2 octobre 2009;

f) Unidroit envisageait des travaux dans les domaines suivants notamment: i) protocole à la Convention du Cap portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement agricole, de construction et minier; ii) étude sur la responsabilité civile pour les services satellitaires; iii) proposition d'élaboration d'une loi type sur la protection des biens culturels; iv) convention sur la compensation globale d'instruments financiers; et v) travaux futurs éventuels en matière de droit privé et de développement, s'agissant en particulier de la sécurité alimentaire et de l'agriculture.

Organisation mondiale des douanes

411. L'OMD a fait part à la Commission de son souhait de continuer à collaborer avec elle par l'intermédiaire de l'Équipe juridique spéciale conjointe (voir par. 337 ci-dessus), en tant que moyen de fournir une feuille de route que pourraient suivre les utilisateurs potentiels du guichet unique pour créer un environnement juridique permettant une telle utilisation. L'OMD a exprimé son intention de continuer à tout mettre en œuvre pour que ses membres participent activement à l'analyse des cadres théoriques, opérationnels et procéduraux des guichets uniques et à la fourniture d'orientations stratégiques aux utilisateurs potentiels de ces guichets. Les six régions du monde couvertes par l'OMD, soit au total 174 administrations de douanes, devraient en principe être représentées dans le cadre de cette participation. L'OMD s'est déclarée convaincue que, à ce stade, le processus pouvait être géré de manière satisfaisante par l'organisation de réunions entre personnes à son siège de Bruxelles et par les divers autres moyens décrits dans le mandat initial de l'Équipe juridique spéciale conjointe, comme l'espace partagé sur Internet.

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

412. La Commission a rappelé que, à la reprise de sa quarantième session (Vienne, 10-14 décembre 2007), elle avait décidé d'inscrire la question intitulée "Rôle de la CNUDCI dans la promotion de l'état de droit" à l'ordre du jour de sa quarante et unième session et avait invité tous ses États membres ainsi que les observateurs à procéder au cours de ladite session à un échange de vues sur cette question. Elle a également rappelé que cette décision avait été prise en application de la résolution 62/70 de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international, dans laquelle l'Assemblée, au paragraphe 3, invitait la Commission à rendre compte dans les rapports qu'elle lui soumettait de ce qu'elle faisait actuellement pour promouvoir l'état de droit[84]. La Commission a en outre rappelé qu'elle avait fait un compte rendu, comme demandé, à l'Assemblée générale dans son rapport annuel sur les travaux de sa quarante et unième session, en 2008[85].

413. À sa session en cours, la Commission a pris note de la résolution 63/128 de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international. Elle a relevé en particulier qu'au paragraphe 4 de cette résolution l'Assemblée générale appelait le système des Nations Unies à aborder systématiquement les aspects de ses activités relevant de l'état de droit et qu'au paragraphe 6 elle engageait le Secrétaire général et le système des Nations Unies à accorder un rang de priorité élevé aux activités relatives à l'état de droit. Elle a également noté qu'au paragraphe 7 de cette résolution, l'Assemblée l'invitait à continuer de lui rendre compte, dans les rapports qu'elle lui soumettait, de ce qu'elle faisait actuellement pour promouvoir l'état de droit.

414. La Commission a noté qu'au paragraphe 10 de sa résolution 63/128, l'Assemblée générale avait décidé qu'à sa soixante-quatrième session, en 2009, les

---

[84] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part II, par. 111 à 113.

[85] Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 386.

débats de la Sixième Commission sur le point de l'ordre du jour consacré à l'état de droit porteraient sur le sous-thème suivant: "La promotion de l'état de droit au niveau international", sans préjudice de l'examen de la question dans son ensemble. Aussi, la Commission a-t-elle décidé qu'à sa session en cours elle rendrait compte à l'Assemblée générale de ce qu'elle faisait actuellement pour promouvoir l'état de droit au niveau international.

415. La Commission a rappelé le mandat que lui avait confié l'Assemblée générale dans sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966 portant création de la CNUDCI en tant que seul organe du système des Nations Unies spécialisé dans le domaine du droit commercial international. On a souligné que, conformément à ce mandat, la Commission contribuait au développement et à l'harmonisation progressifs du droit commercial international en formulant des règles et normes internationales modernes pour favoriser le commerce international et en veillant à ce que ces règles et normes soient acceptables pour les États ayant des systèmes juridiques, sociaux et économiques différents ainsi que pour les autres acteurs internationaux, comme les donateurs multilatéraux, qui utilisaient ces règles et normes. La Commission s'employait également à mieux faire connaître et à mieux faire comprendre ces règles, par des activités de formation et d'assistance technique, le CLOUT, son site Web et des publications, et en diffusant des informations sur le droit commercial international par d'autres moyens.

416. Il a également été noté que la Commission attachait toujours une grande importance à un autre aspect de son mandat, à savoir la coopération et la coordination qui s'exerçaient avec les organisations internationales, y compris les organisations non gouvernementales, qui s'employaient à formuler, interpréter et/ou appliquer des normes du droit commercial international. La coopération et la coordination étaient perçues comme le moyen d'éviter les règles contraires ou les interprétations et confusions quant aux sources de droit, et par là même d'assurer l'ordre, la clarté, l'efficacité et la cohérence dans la réglementation internationale du commerce. À cet égard, la Commission a mentionné une nouvelle fois les nombreux appels appuyés par l'Assemblée générale, tout récemment dans la résolution 63/120 (voir par. 428 ci-dessous), qu'elle avait adressés aux organisations internationales et régionales compétentes pour qu'elles coordonnent leurs activités de normalisation et/ou d'assistance technique avec les siennes. Ayant noté que la coordination et la coopération souhaitées restaient encore à mettre en place, elle s'est félicitée du fait que l'Assemblée générale examinerait à sa soixante-cinquième session, en 2010, les différents moyens de renforcer et d'améliorer la coordination et la cohérence dans le cadre des activités menées à l'appui de l'état de droit (voir par. 420 ci-dessous).

417. La Commission encourageait également le règlement pacifique et indépendant des litiges dans le cadre du commerce et des investissements, y compris entre les États, le respect des engagements contraignants, la confiance dans l'état de droit et le traitement équitable, moyennant le renforcement de mécanismes non judiciaires tels que l'arbitrage et la conciliation. À cet égard, elle a rappelé son projet en cours sur la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (voir par. 286 à 298 ci-dessus), qui était largement utilisé dans de nombreuses et différentes instances, notamment pour résoudre des litiges impliquant des États et des organisations internationales, ainsi que ses projets en cours et nouveaux concernant la Convention de New York qui visaient à obtenir la reconnaissance et l'exécution universelles des

sentences arbitrales étrangères (voir par. 358 à 361 ci-dessus). Elle a également rappelé ses projets de travaux futurs dans le domaine du règlement des litiges en matière d'investissements, qui touchaient des questions de droit international telles que la responsabilité des États, la transparence et les droits de l'homme.

418. La Commission œuvrait également à l'interface critique entre l'état de droit international et l'état de droit national en aidant les États à mettre en œuvre sur le plan interne des règles et normes internationales et à les interpréter de manière uniforme. Ayant noté que les lois et pratiques des États Membres en matière d'application du droit international feraient l'objet d'un examen distinct de l'Assemblée générale à sa soixante-cinquième session (voir par. 420 ci dessous), la Commission voulait, à ce stade, simplement rappeler sa préoccupation devant l'insuffisance de ressources qui compromettait l'efficacité de la poursuite de son programme d'assistance technique dans le domaine de la réforme du droit interne. À cet égard, elle a réitéré la demande formulée lors de précédentes sessions, que l'Assemblée générale avait appuyée et qu'elle avait renouvelée à la session en cours (voir par. 364 à 366 ci-dessus et par. 428 ci-dessous), en vue d'obtenir des ressources supplémentaires pour satisfaire les besoins croissants en assistance technique des pays en développement et des pays à économie en transition aux fins de l'application du droit commercial international.

419. La Commission a estimé qu'une plus grande sensibilisation au droit commercial international ainsi qu'une meilleure compréhension et une plus large application de ce droit étaient aussi importantes pour le commerce moderne et le développement économique durable que pour une bonne gouvernance, une justice efficace et l'autonomisation juridique. Aussi, a-t-elle rappelé sa conviction que la promotion de l'état de droit dans les relations commerciales devait faire partie intégrante du programme plus large de l'ONU visant à favoriser l'état de droit aux niveaux national et international, notamment par le biais du Groupe de coordination et de conseil sur l'état de droit, qui était appuyé par le Groupe de l'état de droit du Cabinet du Secrétaire général. La Commission se réjouissait à la perspective de jouer un rôle dans le renforcement et la coordination des activités menées par l'Organisation en faveur de l'état de droit.

420. La Commission a appelé l'attention de ses États membres et des observateurs sur les sous-thèmes ci-après du point de l'ordre du jour sur l'état de droit aux niveaux national et international, qui devaient être examinés par l'Assemblée générale à ses soixante-cinquième et soixante-sixième sessions en 2010 et 2011, à savoir: "Les lois et les pratiques des États Membres en matière d'application du droit international" et "L'état de droit et la justice transitionnelle dans les situations de conflit et d'après conflit"[86]. Compte tenu de la pertinence de ses activités pour les questions recensées dans ces sous-thèmes, la Commission a invité ses États

---

[86] La Sixième Commission est convenue que les observations relatives au premier sous-thème devraient porter, notamment, sur les lois et les pratiques dans l'application et l'interprétation du droit international à l'échelle nationale, le renforcement et l'amélioration de la coordination et de l'harmonisation de l'assistance technique et le renforcement des capacités dans ce domaine, les mécanismes et critères permettant d'évaluer l'efficacité de cette assistance, les moyens d'améliorer la cohérence entre les donateurs et les perspectives des États bénéficiaires. Les observations relatives à l'autre sous-thème devraient porter, notamment, sur le rôle et l'avenir de la justice nationale et internationale en période de transition et des mécanismes de contrôle et les systèmes de justice informels (A/63/443, par. 7).

membres et les observateurs à soumettre des commentaires par écrit ou oralement sur le rôle qu'elle jouait dans le contexte considéré afin qu'elle puisse en rendre compte dans les rapports qu'elle adresserait à l'Assemblée générale au cours des années correspondantes.

XVIII. Concours d'arbitrage commercial international

A. Remarques générales

421. La Commission a rappelé que, conformément aux propositions faites au Congrès de la CNUDCI en 1992[87] et suite aux délibérations qu'elle avait eues à sa vingt-sixième session en 1993[88], le premier Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis avait été organisé à Vienne par l'Institut de droit commercial international de la Pace University (New York). Ce concours d'arbitrage avait été conçu dans un but éducatif pour mieux faire connaître et comprendre les textes juridiques de la CNUDCI[89], en particulier la Convention des Nations Unies sur les ventes[90] et les travaux de la Commission dans le domaine de l'arbitrage commercial international.

422. À sa session en cours, la Commission a noté avec satisfaction que le Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis, qui réunissait des participants venus du monde entier, était une initiative éducative très concluante qui avait contribué à la fois à la diffusion d'informations sur les instruments de la CNUDCI et à l'élaboration de programmes d'enseignement universitaire sur l'arbitrage commercial international. Elle a été informée que des concours d'arbitrage inspirés du Concours Willem C. Vis étaient organisés en Argentine, en Chine (Hong Kong) (voir par. 425 ci-dessous) et en Espagne (voir par. 426 ci-dessous).

423. La Commission a exprimé sa gratitude aux organisateurs et aux parrains du Concours Willem C. Vis, en particulier à l'Association pour l'organisation et la promotion du Concours et aux institutions qui en étaient membres (la Faculté de droit de la Pace University, États-Unis; la Queen Mary University, Royaume-Uni; l'Université de Stockholm, Suède; l'Université de Vienne, l'Association autrichienne d'arbitrage et la Chambre fédérale de commerce, Autriche), pour les efforts qu'ils avaient déployés afin d'assurer le succès du Concours et elle a formulé l'espoir que la portée internationale et l'impact positif de celui-ci continueraient à se développer. Elle a remercié en particulier Eric E. Bergsten, ancien Secrétaire de la Commission, d'avoir développé et orienté le Concours depuis sa création en 1993-1994. Elle a aussi félicité Rafael Illescas Ortiz et Pilar Perales Viscasillas d'avoir pris l'initiative de créer le Concours d'arbitrage commercial de Madrid.

---

87 "Le droit commercial uniforme au XXIe siècle", *Actes du Congrès de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New York, 18-22 mai 1992* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.14).

88 *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17* (A/48/17), par. 312.

89 Ibid.

90 Voir la note 47 ci-dessus.

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

424. Il a été noté que l'Association pour l'organisation et la promotion du Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis avait organisé le seizième Concours à Vienne, du 2 au 9 avril 2009. Comme les précédentes années, le Concours avait été coparrainé par la Commission. Il a été noté que les questions juridiques soumises aux équipes d'étudiants qui participaient au Concours avaient porté sur la Convention des Nations Unies sur les ventes[91], le règlement d'arbitrage de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm[92] et la Loi type sur l'arbitrage[93]. Au total, 228 équipes représentant des facultés de droit de 57 pays avaient participé au Concours. L'équipe qui avait le mieux plaidé était celle de la Victoria University de Wellington. Le dix-septième Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis était prévu à Vienne du 26 mars au 1er avril 2010.

425. Il a aussi été noté que le sixième Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis (Est), organisé par la section pour l'Asie de l'Est du Chartered Institute of Arbitrators et coparrainé par la Commission, avait eu lieu en Chine (Hong Kong) du 23 au 29 mars 2009. Un total de 64 équipes représentant 17 pays y avaient participé. L'équipe qui avait le mieux plaidé était celle de la Loyola Law School de Los Angeles (États-Unis). Le septième Concours (Est) était prévu à Hong Kong (Chine) du 15 au 21 mars 2010.

C. Concours d'arbitrage international de Madrid

426. Il a été noté que l'Université Carlos III de Madrid, Universia et PromoMadrid avaient organisé du 22 au 26 juin 2009 le premier concours d'arbitrage commercial international à Madrid, également avec le coparrainage de la Commission. Les questions juridiques soumises aux participants au Concours avaient porté sur la Loi type sur l'arbitrage[94], la Loi type sur la conciliation commerciale internationale[95], le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI[96], la Convention des Nations Unies sur les ventes[97] et la Convention de New York[98]. Au total, neuf équipes de facultés de droit ou de programmes de maîtrise de cinq pays avaient participé au Concours de Madrid, en langue espagnole. L'équipe qui avait le mieux plaidé était celle de l'Université de Versailles, Saint-Quentin-en-Yvelines (France). Le deuxième Concours de Madrid était prévu dans cette ville du 28 juin au 2 juillet 2010.

---

91 Ibid.
92 Consultable à la date du présent rapport à l'adresse: http://www.sccinstitute.com/?id=23719.
93 Voir la note 31 ci-dessus.
94 Ibid.
95 Voir la note 84 ci-dessus.
96 Voir la note 22 ci-dessus.
97 Voir la note 47 ci-dessus.
98 Voir la note 60 ci-dessus.

XIX. Résolutions pertinentes de l'Assemblée générale

427. La Commission a pris note avec satisfaction des résolutions liées à ses travaux que l'Assemblée générale avait adoptées à sa soixante-troisième session sur recommandation de la Sixième Commission: la résolution de l'Assemblée 63/120 concernant les rapports de la CNUDCI sur les travaux de la reprise de sa quarantième session et de sa quarante et unième session et la résolution de l'Assemblée 63/121 du 11 décembre 2008 concernant le Guide législatif de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les opérations garanties.

428. La Commission a noté que, dans sa résolution 63/120, l'Assemblée générale l'avait notamment félicitée d'avoir achevé le Guide législatif sur les opérations garanties et le projet de Convention sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer et avait salué l'élaboration de recueils analytiques de jurisprudence et les efforts que continuait de déployer la Commission pour tenir à jour et améliorer son site Web. L'Assemblée générale s'était par ailleurs félicitée que la Commission ait commencé à procéder à l'examen général de ses méthodes de travail et qu'elle examine le rôle qu'elle jouait dans la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international. Elle avait approuvé les efforts déployés et les initiatives prises par la Commission en vue de développer son programme d'assistance et de coopération techniques. Elle avait engagé les organisations compétentes à coordonner leurs activités juridiques avec celles de la Commission et lancé un appel à contributions aux fonds d'affectation spéciale de celle-ci.

429. La Commission a noté que, dans sa résolution 63/121, l'Assemblée générale avait prié le Secrétaire général de diffuser largement le texte du Guide législatif sur les opérations garanties en le transmettant aux gouvernements et aux organismes intéressés comme les institutions financières et chambres de commerce nationales et internationales. L'Assemblée avait recommandé à tous les États de tenir compte du Guide législatif lorsqu'ils modifieraient leur législation sur les opérations garanties ou en adopteraient une, et invité ceux qui l'auraient utilisé à en informer la Commission.

430. La Commission a noté en outre que, lors de l'examen du point 9 de l'ordre du jour, elle avait pris acte de la résolution 63/122 de l'Assemblée en date du 11 décembre 2008 concernant la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (voir par. 322 ci-dessus).

XX. Questions diverses

A. Programme de stages

431. Un rapport oral a été présenté sur le programme de stages au secrétariat de la Commission. Si on s'est généralement félicité de ce programme, qui visait 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, il a été fait observer que seule une faible proportion des stagiaires

étaient ressortissants de pays en développement. Il a été proposé d'envisager la mise en place de moyens financiers pour permettre une plus large participation de jeunes juristes de ces pays. Cette proposition a été appuyée.

B. Microfinance et développement économique international

432. On a indiqué à la Commission qu'il pourrait être opportun qu'elle procède à une étude sur la microfinance et le développement économique international, en coordination étroite avec les principales organisations opérant déjà dans ce domaine. Le but d'une telle étude serait de déterminer s'il fallait établir un cadre réglementaire et juridique pour protéger et développer le secteur de la microfinance et permettre ainsi son expansion continue, conformément à son objectif qui était de mettre en place des services financiers ouverts à tous en faveur du développement.

433. À l'issue du débat, la Commission a prié le Secrétariat, sous réserve que des ressources soient disponibles, d'établir une étude détaillée qui comprendrait une analyse des questions juridiques et réglementaires qui se posaient dans le domaine de la microfinance ainsi que des propositions concernant la forme et la nature d'un document de référence sur les divers éléments requis pour créer un cadre juridique favorable à la microfinance, qu'elle pourrait envisager d'élaborer dans l'avenir afin d'aider les législateurs et les responsables politiques du monde entier. Il a été dit que les pays en développement et les pays à économie en transition examinaient la question de savoir s'il fallait réglementer la microfinance, et de quelle manière; ainsi, la création d'instruments juridiques consensuels pourrait s'avérer très utile pour les pays à ce stade du développement du secteur de la microfinance. La Commission a prié le Secrétariat de travailler en collaboration avec des experts et de solliciter la coopération éventuelle d'autres organisations intéressées pour établir une telle étude, le cas échéant.

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

434. Il a été rappelé que, comme il avait été indiqué à la Commission à sa quarantième session[99], dans le budget-programme pour l'exercice biennal 2008-2009, la facilitation des travaux de la CNUDCI figurait parmi les "réalisations escomptées du Secrétariat", l'indicateur de succès correspondant étant le degré de "satisfaction de la CNUDCI quant aux services fournis", mesuré sur une échelle de 1 à 5 (5 étant la meilleure note)[100]. La Commission est convenue de faire part de son appréciation au Secrétariat. On a rappelé qu'une question similaire concernant le degré de satisfaction de la CNUDCI quant aux services fournis par le Secrétariat avait été posée à la fin de la quarante et unième session de la Commission, en

---

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

100 Projet de budget-programme pour l'exercice biennal 2008-2009, Titre III, Justice internationale et droit international, Chapitre 8, Affaires juridiques [Programme 6 (Plan-programme biennal et priorités pour la période 2008-2009)], Sous-programme 5, Harmonisation, modernisation et unification progressives du droit commercial international (A/62/6 (Sect. 8), tableau 8.19 d)).

2008[101]. À cette session, les sept délégations qui avaient répondu avaient donné une note moyenne de 4,5.

XXI. Date et lieu des réunions futures

A. Quarante-troisième session de la Commission

435. La Commission a approuvé la tenue de sa quarante-troisième session à New York, du 21 juin au 9 juillet 2010.

B. Sessions des groupes de travail

436. À sa trente-sixième session, en 2003, la Commission était convenue que: a) les groupes de travail devraient normalement se réunir pour une session d'une semaine deux fois par an; b) du temps supplémentaire pourrait être accordé, si nécessaire, à l'un des groupes de travail si un autre n'utilisait pas entièrement le sien, à condition de ne pas dépasser le nombre total de 12 semaines par an de services de conférence allouées actuellement à l'ensemble de ses six groupes de travail; et c) si une demande d'allongement du temps alloué présentée par un groupe de travail entraînait un tel dépassement, elle devrait l'examiner en priant ce groupe de travail de justifier la nécessité d'un tel changement[102].

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

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

a) Le Groupe de travail I (Passation de marchés) tiendrait sa dix-septième session à Vienne du 7 au 11 décembre 2009 et sa dix-huitième session à New York du 12 au 16 avril 2010;

b) Le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) tiendrait sa cinquante et unième session à Vienne du 14 au 18 septembre 2009 et sa cinquante-deuxième session à New York du 1er au 5 février 2010;

c) Le Groupe de travail IV (Commerce électronique) serait autorisé à tenir sa quarante-cinquième session à New York du 17 au 21 mai 2010, si l'avancement des travaux effectués en coopération avec l'OMD le justifiait (voir par. 340 ci-dessus);

d) Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) tiendrait sa trente-septième session à Vienne du 9 au 13 novembre 2009 et sa trente-huitième session à New York du 19 au 23 avril 2010;

---

101 *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 392.

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

e) Le Groupe de travail VI (Sûretés) tiendrait sa seizième session à Vienne du 2 au 6 novembre 2009 et sa dix-septième session à New York du 8 au 12 février 2010.

Temps supplémentaire

438. Il était prévu provisoirement d'organiser une session de quatre jours à Vienne, du 27 au 30 octobre 2009 (le 26 octobre étant un jour férié en Autriche), et une session d'une semaine à New York, du 24 au 28 mai 2010. Ce temps pourrait être utilisé en cas de nécessité par l'un des groupes de travail, en fonction de leurs besoins et après consultation des États.

2. Sessions des groupes de travail en 2010 après la quarante-troisième session de la Commission

439. La Commission a noté qu'un calendrier provisoire avait été établi pour les sessions que ses groupes de travail tiendraient en 2010 après sa quarante-troisième session (ce calendrier était subordonné à son approbation à cette session):

a) Le Groupe de travail I (Passation de marchés) tiendrait sa dix-neuvième session à Vienne du 11 au 15 octobre 2010;

b) Le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) tiendrait sa cinquante-troisième session à Vienne du 4 au 8 octobre 2010;

c) Le Groupe de travail III (Droit des transports) tiendrait sa vingt-deuxième session à Vienne du 13 au 17 décembre 2010;

d) Le Groupe de travail IV (Commerce électronique) tiendrait sa quarante-sixième session à Vienne du 6 au 10 décembre 2010;

e) Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) tiendrait sa trente-neuvième session à Vienne du 1er au 5 novembre 2010;

f) Le Groupe de travail VI (Sûretés) tiendrait sa dix-huitième session à Vienne du 8 au 12 novembre 2010.

Annexe

Liste des documents dont la Commission était saisie à sa quarante-deuxième session

Cote	*Titre ou description*
A/CN.9/663	Ordre du jour provisoire annoté et calendrier de la quarante-deuxième session
A/CN.9/664	Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa quatorzième session (Vienne, 8-12 septembre 2008)
A/CN.9/665	Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa quarante-neuvième session (Vienne, 15-19 septembre 2008)
A/CN.9/666	Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-cinquième session (Vienne, 17-21 novembre 2008)
A/CN.9/667	Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa quatorzième session (Vienne, 20-24 octobre 2008)
A/CN.9/668	Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa quinzième session (New York, 2-6 février 2009)
A/CN.9/669	Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquantième session (New York, 9-13 février 2009)
A/CN.9/670	Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa quinzième session (New York, 27 avril-1er mai 2009)
A/CN.9/671	Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-sixième session (New York, 18-22 mai 2009)
A/CN.9/672	Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa seizième session (New York, 26-29 mai 2009)
A/CN.9/673	Bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI
A/CN.9/674	État des conventions et des lois types
A/CN.9/675 et Add.1	Coopération et assistance techniques
A/CN.9/676	Règlement intérieur et méthodes de travail de la CNUDCI
A/CN.9/676/Add.1 à Add.9	Règlement intérieur et méthodes de travail de la CNUDCI – Commentaires reçus d'États Membres et d'organisations internationales intéressées
A/CN.9/677	Règlement des litiges commerciaux – Règlement d'arbitrage de la CNUDCI: Autorités de désignation et de nomination prévues dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI
A/CN.9/678	Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique
A/CN.9/679	Travaux futurs possibles dans le domaine du droit des transports: commentaire ou notes explicatives sur la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer ("Règles de Rotterdam")

Cote	*Titre ou description*
A/CN.9/680	Règlement intérieur et méthodes de travail de la CNUDCI – Proposition de la France
A/CN.9/681	Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique – Recommandations concernant les travaux futurs du Groupe de travail IV (Commerce électronique) soumises par les États-Unis d'Amérique
A/CN.9/681/Add.1	Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique – Proposition des États-Unis d'Amérique sur les documents transférables électroniques
A/CN.9/681/Add.2	Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique – Proposition des États-Unis d'Amérique sur le règlement des conflits en ligne
A/CN.9/682	Proposition de l'Espagne concernant les travaux futurs du Groupe de travail IV

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-sixième session

(TD/B/56/11)

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

À sa 1039e séance plénière, le 25 septembre 2009, le Conseil a pris note du rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa quarante-deuxième session (A/64/17).

C. Assemblée générale: rapport de la Sixième Commission sur le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-deuxième session (A/64/447)

[Original: anglais]

Rapporteur: M. Jean-Cédric **Janssens de Bisthoven** (Belgique)

I. Introduction

1. À sa 2e séance plénière, le 18 septembre 2009, l'Assemblée générale a décidé, sur la recommandation du Bureau, d'inscrire à l'ordre du jour de sa soixante-quatrième session la question intitulée "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-deuxième session" et de la renvoyer à la Sixième Commission.

2. La Sixième Commission a examiné la question à ses 6e, 22e et 25e séances, le 12 octobre et les 2 et 12 novembre 2009. Les vues des représentants qui ont pris la parole lors des débats sur cette question sont consignées dans les comptes rendus analytiques correspondants (A/C.6/64/SR.6, 22 et 25).

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

4. À la 6e séance, le 12 octobre, le Président de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a présenté le rapport sur les travaux de la Commission à sa quarante-deuxième session.

II. Examen de propositions

A. Projet de résolution A/C.6/64/L.10

5. À la 22e séance, le 2 novembre, le représentant de l'Autriche a présenté un projet de résolution intitulé "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-deuxième session" (A/C.6/64/L.10) au nom des pays suivants: Afrique du Sud, Albanie, Algérie, Allemagne, Argentine, Arménie, Australie, Autriche, Bangladesh, Bélarus, Brésil, Bulgarie, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Congo, Croatie, Chypre, Danemark, Égypte, Espagne, Estonie, ex-République yougoslave de Macédoine, Fédération de Russie, Fidji, Finlande, Gabon, Ghana, Grèce, Guatemala, Hongrie, Irlande, Israël, Italie, Japon, Jordanie, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Madagascar, Malte, Maroc, Mexique, Nigéria, Norvège, Nouvelle-Zélande, Ouganda, Paraguay, Pays-Bas, Philippines, Pologne, Portugal, République de Corée, République démocratique du Congo, République dominicaine, République tchèque, Roumanie,

---

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

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Serbie, Singapour, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse, Thaïlande, Trinité-et-Tobago, Tunisie, Turquie, Ukraine et Venezuela (République bolivarienne du). Par la suite, les pays ci-après se sont joints aux auteurs du projet: Afghanistan, Bénin, Inde, Iran (République islamique de), Jamaïque, Lettonie, Malaisie et République de Moldova.

6. À sa 25e séance, le 12 novembre, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/64/L.10 sans procéder à un vote (voir par. 9, projet de résolution I).

B. Projet de résolution A/C.6/64/L.11

7. À la 22e séance, le 2 novembre, le représentant de l'Autriche a présenté, au nom du bureau de la Sixième Commission, un projet de résolution intitulé "Guide pratique de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale" (A/C.6/64/L.11).

8. À sa 25e séance, le 12 novembre, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/64/L.11 sans procéder à un vote (voir par. 9, projet de résolution II).

III. Recommandations de la Sixième Commission

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

Projet de résolution I
Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-deuxième 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, de la communauté d'intérêts et du respect de l'état de droit, ainsi que l'élimination de la discrimination dans le commerce international et, partant, la paix, la stabilité et le bien-être de tous les peuples,

Ayant examiné le rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-deuxième session[2],

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

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

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

2. *Félicite* la Commission d'avoir achevé et adopté son guide pratique sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale[3];

3. *Se réjouit* des progrès qu'a accomplis la Commission dans la révision de sa loi type sur la passation des marchés publics de biens, de travaux et de services[4] avec l'examen du chapitre premier du projet de loi type révisée[5], et l'encourage à achever ses travaux sur la loi type révisée dès que possible;

4. *Se réjouit également* des progrès accomplis par la Commission dans la révision de son Règlement d'arbitrage[6], l'élaboration d'un projet de guide législatif sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité et l'élaboration d'un supplément à son guide législatif sur les opérations garanties[7] consacré aux sûretés en matière de propriété intellectuelle, et approuve la décision de la Commission de poursuivre ses travaux dans les domaines de l'arbitrage, du commerce électronique, du droit des transports et de la fraude commerciale, et d'examiner, à sa quarante-troisième session, les propositions concernant les travaux futurs sur l'insolvabilité et les sûretés, qui sont exposées dans son rapport;

---

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

[3] Ibid., par. 24.

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

[5] Ibid., *soixante-quatrième session, Supplément n° 17,* (A/64/17), par. 283.

[6] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.V.6.

[7] Adopté par la Commission à la reprise de sa quarantième session. Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part II, par. 100.

5. *Se réjouit en outre* de la décision de la Commission de demander au Secrétariat d'organiser, si les ressources le permettent, un colloque international sur le commerce électronique et un autre colloque international sur les sûretés[8];

6. *Prend note avec satisfaction* de la décision de la Commission concernant la publication du Guide législatif sur les opérations garanties, d'un commentaire sur la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international[9] ainsi que d'un document examinant les liens entre divers textes sur les sûretés établis par elle, par l'Institut international pour l'unification du droit privé et par la Conférence de La Haye de droit international privé[10];

7. *Prend également note avec satisfaction* de la décision de la Commission de recommander l'utilisation, selon qu'il conviendra, de la version révisée de 2007 des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, publiée par la Chambre de commerce internationale, dans les opérations impliquant l'établissement d'un crédit documentaire[11];

8. *Se félicite* de l'avancement du projet de la Commission sur le suivi de l'application de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères faite à New York le 10 juin 1958[12] et de l'élaboration de la version préliminaire d'un guide pour l'incorporation de la Convention en vue d'en promouvoir l'interprétation et l'application uniformes[13];

9. *Approuve* les efforts déployés et les initiatives prises par la Commission, principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, pour mieux coordonner les activités juridiques des organisations internationales et régionales qui s'occupent de droit commercial international et renforcer la coopération entre elles, ainsi que pour promouvoir l'état de droit aux échelons national et international dans ce domaine, et à cet égard, demande aux organisations internationales et régionales compétentes de coordonner leurs activités juridiques avec celles de la Commission afin d'éviter les doubles emplois et de favoriser l'efficacité, l'homogénéité et la cohérence de l'effort de modernisation et d'harmonisation du droit commercial international;

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

a) Se félicite des initiatives qu'a prises la Commission pour développer, par l'entremise de son secrétariat, son programme d'assistance technique et de coopération, et invite le Secrétaire général à rechercher des partenaires parmi les

---

[8] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 319 et 343.

[9] Résolution 56/81, annexe.

[10] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 315 et 321.

[11] Ibid., par. 357.

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

[13] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 360.

États et les acteurs non étatiques pour faire mieux connaître les travaux de la Commission et favoriser le respect effectif des normes juridiques qui en sont issues;

b) Remercie la Commission d'avoir mené des activités d'assistance technique et de coopération, y compris aux niveaux national, sous-régional et régional, et d'avoir aidé à l'élaboration de textes de droit commercial international, et appelle l'attention du Secrétaire général sur les ressources limitées qui sont mises à disposition dans ce domaine;

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

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

e) Note que la Commission a demandé que le Secrétariat étudie la possibilité d'établir une présence dans les régions ou dans certains pays, par exemple en ayant du personnel spécialisé dans les bureaux extérieurs des Nations Unies, en collaborant avec les bureaux extérieurs existants ou en créant des bureaux de pays de la Commission en vue de faciliter l'apport d'une assistance technique visant l'utilisation et l'adoption des textes de la Commission[14];

11. *Remercie* le gouvernement dont la contribution 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[15], a permis d'accorder à nouveau cette aide et demande aux gouvernements, aux organismes compétents des Nations Unies et aux organisations, institutions et personnes privées intéressées de verser des contributions volontaires à ce fonds afin que les experts des pays en développement soient plus nombreux à participer aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail, de façon à accroître les connaissances spécialisées et les capacités en matière de droit commercial international de ces pays et ainsi favoriser le développement du commerce international et promouvoir l'investissement étranger;

---

[14] Ibid., par. 363.

[15] Voir résolution 48/32, par. 5.

12. *Décide*, pour que tous les États Membres participent pleinement aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail, de poursuivre, à sa soixante-quatrième 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;

13. *Se félicite*, étant donné notamment l'augmentation récente du nombre de ses membres et du nombre de sujets qu'elle traite, que la Commission ait entrepris, à sa quarantième session, l'examen général de ses méthodes de travail qu'elle poursuivra à ses prochaines sessions pour garantir la qualité de ses travaux et l'acceptation internationale des textes qu'elle élabore[16], et rappelle à ce propos les résolutions qu'elle a déjà prises elle-même sur la question;

14. *Se félicite également* que la Commission examine le rôle qu'elle joue dans la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international, en particulier, qu'elle se dise convaincue que l'application et l'utilisation effective de normes modernes de droit privé dans le commerce international sont indispensables à la bonne gouvernance, au développement économique durable et à l'élimination de la pauvreté et de la faim, et que la promotion de l'état de droit dans les relations commerciales devrait faire partie intégrante des activités plus larges de l'Organisation des Nations Unies visant à promouvoir l'état de droit aux niveaux national et international, notamment par le biais du Groupe de coordination et de conseil sur l'état de droit, lui-même appuyé par le Groupe de l'état de droit du Cabinet du Secrétaire général, qu'elle se réjouisse à l'idée de jouer un rôle dans le renforcement et la coordination des activités de l'Organisation et qu'elle considère que sa tâche consiste en particulier à fournir une aide aux États qui cherchent à promouvoir l'état de droit dans les domaines du commerce et de l'investissement aux niveaux national et international[17];

15. *Se félicite en outre* que la Commission examine le projet de plan stratégique pour la période 2010-2011 et le plan-programme biennal proposé pour l'harmonisation, la modernisation et l'unification progressives du droit commercial international (sous-programme 5), et relève que la Commission a noté avec satisfaction que les objectifs et les réalisations escomptées du Secrétariat et la stratégie globale pour le sous-programme 5 étaient conformes à sa politique générale mais qu'elle s'est inquiétée de ce que les ressources allouées au Secrétariat au titre du sous-programme 5 étaient insuffisantes pour lui permettre, en particulier, de répondre à la demande accrue d'assistance technique émanant des pays en développement et des pays en transition de façon à satisfaire leur besoin urgent de réforme dans le domaine du droit commercial, et qu'elle a exhorté le Secrétaire général à prendre des mesures pour faire en sorte que le montant relativement faible de ressources supplémentaires nécessaires pour satisfaire une demande aussi cruciale pour le développement soit mis rapidement à disposition[18];

---

[16] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/63/17 et Corr.1), par. 373 à 381.

[17] Ibid., par. 386.

[18] Ibid., par. 391.

16. *Rappelle* ses résolutions sur les partenariats entre l'Organisation des Nations Unies et des acteurs non étatiques, en particulier le secteur privé[19], et les résolutions dans lesquelles elle a encouragé la Commission à continuer d'explorer les différentes manières de mettre à profit les partenariats avec des acteurs non étatiques dans l'exécution de son mandat, en particulier dans le domaine de l'assistance technique, conformément aux principes et aux directives applicables et en coopération et coordination avec les autres services compétents du Secrétariat, notamment le Bureau du Pacte mondial[20];

17. *Prie à nouveau* le Secrétaire général, en conformité avec ses résolutions sur les questions liées à la documentation[21] où elle a en particulier insisté sur le fait que l'abrègement des documents ne devait pas nuire à la qualité de leur présentation ou de leur contenu, de prendre en considération la singularité du mandat et des travaux de la Commission lorsqu'il s'agit d'appliquer à la documentation de celle-ci des règles limitant le nombre de pages;

18. *Prie* le Secrétaire général de continuer à faire établir des comptes rendus analytiques des séances que la Commission ou les comités pléniers qu'elle met en place pour la durée de sa session annuelle consacrent à l'élaboration de textes normatifs;

19. *Rappelle* la résolution par laquelle elle a approuvé la publication de l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, qui fera connaître plus largement et rendra plus aisément accessibles les travaux de la Commission[22], se déclare préoccupée par le fait que l'*Annuaire* ne paraît pas régulièrement et demande au Secrétaire général de rechercher les moyens de faire paraître l'*Annuaire* à temps;

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

21. *Se félicite* de l'élaboration de recueils analytiques de jurisprudence concernant les textes de la Commission, dont celui ayant trait à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises[23] et un autre consacré à la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'arbitrage commercial international[24], dans le but de contribuer à la diffusion d'informations sur ces textes et d'en promouvoir l'utilisation, l'intégration en droit interne et l'interprétation uniforme.

---

[19] Résolutions 55/215, 56/76, 58/129 et 60/215.
[20] Résolutions 59/39, 60/20 et 61/32.
[21] Résolutions 52/214, sect. B, 57/283 B, sect. III, et 58/250, sect. III.
[22] Résolution 2502 (XXIV), par. 7.
[23] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, n° 25567.
[24] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), annexe I.

Projet de résolution II
Guide pratique de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale

L'Assemblée générale,

Notant que, du fait de l'expansion du commerce et des investissements, les activités commerciales ayant un caractère mondial sont de plus en plus fréquentes et les entreprises et les particuliers ont de plus en plus souvent des actifs et des intérêts dans plusieurs États,

Notant également que lorsque la procédure d'insolvabilité vise des débiteurs dont les actifs sont situés dans plusieurs États ou qui sont membres d'un groupe d'entreprises ayant des activités commerciales et des actifs dans plusieurs États, il est généralement nécessaire et urgent que la surveillance et l'administration des biens et des affaires de ces débiteurs fassent l'objet d'une coopération et d'une coordination au niveau international,

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

Reconnaissant que la coopération et la coordination internationales et les moyens de leur mise en œuvre ne sont pas largement connus, et que le fait de disposer d'informations facilement accessibles sur les pratiques actuelles en la matière, est susceptible de faciliter et d'encourager cette coopération et cette coordination et d'éviter les retards et les frais inutiles,

Notant avec satisfaction que le Guide pratique sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale a été achevé et adopté le 1er juillet 2009 par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international à sa quarante-deuxième session[25],

Notant que l'élaboration du Guide pratique a donné lieu à des débats et à des consultations avec des gouvernements, des magistrats et d'autres praticiens travaillant dans le domaine de l'insolvabilité internationale,

1. *Remercie* la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir achevé et adopté son guide pratique sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale[25];

2. *Prie* le Secrétaire général de publier, sous forme électronique notamment, le texte du Guide pratique et de le transmettre aux gouvernements en les priant de le communiquer aux services compétents de leurs autorités, afin qu'il devienne largement connu et accessible;

3. *Recommande* que le Guide pratique soit dûment pris en considération selon qu'il convient par les juges, les praticiens de l'insolvabilité et les parties engagés dans une procédure d'insolvabilité internationale;

---

[25] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), chap. III.

4. *Recommande également* à tous les États de continuer à envisager d'appliquer la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale[26].

---

[26] Résolution 52/158, annexe.

D. Résolutions 64/111, 64/112 et 64/116 de l'Assemblée générale Résolutions adoptées par l'Assemblée générale sur la base du rapport de la Sixième Commission (A/64/447)

64/111. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-deuxième 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, de la communauté d'intérêts et du respect de l'état de droit, ainsi que l'élimination de la discrimination dans le commerce international et, partant, la paix, la stabilité et le bien-être de tous les peuples,

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

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

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

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

---

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

2. *Félicite* la Commission d'avoir achevé et adopté son guide pratique sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale[2];

3. *Se réjouit* des progrès qu'a accomplis la Commission dans la révision de sa loi type sur la passation des marchés publics de biens, de travaux et de services[3] avec l'examen du chapitre premier du projet de loi type révisée[4], et l'encourage à achever ses travaux sur la loi type révisée dès que possible;

4. *Se réjouit également* des progrès accomplis par la Commission dans la révision de son Règlement d'arbitrage[5], l'élaboration d'un projet de guide législatif sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité et l'élaboration d'un supplément à son guide législatif sur les opérations garanties[6] consacré aux sûretés en matière de propriété intellectuelle, et approuve la décision de la Commission de poursuivre ses travaux dans les domaines de l'arbitrage, du commerce électronique, du droit des transports et de la fraude commerciale, et d'examiner, à sa quarante-troisième session, les propositions concernant les travaux futurs sur l'insolvabilité et les sûretés, qui sont exposées dans son rapport;

5. *Se réjouit en outre* de la décision de la Commission de demander au Secrétariat d'organiser, si les ressources le permettent, un colloque international sur le commerce électronique et un autre colloque international sur les sûretés[7];

6. *Prend note avec satisfaction* de la décision de la Commission concernant la publication du Guide législatif sur les opérations garanties, d'un commentaire sur la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international[8] ainsi que d'un document examinant les liens entre divers textes sur les sûretés établis par elle, par l'Institut international pour l'unification du droit privé et par la Conférence de La Haye de droit international privé[9];

7. *Prend également note avec satisfaction* de la décision de la Commission de recommander l'utilisation, selon qu'il conviendra, de la version révisée de 2007 des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, publiée par la Chambre de commerce internationale, dans les opérations impliquant l'établissement d'un crédit documentaire[10];

---

[2] Ibid., par. 24.
[3] Ibid., *quarante-neuvième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/49/17 et Corr.1), annexe I.
[4] Ibid., *soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 283.
[5] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.V.6.
[6] Adopté par la Commission à la reprise de sa quarantième session. Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part II, par. 100.
[7] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 319 et 343.
[8] Résolution 56/81, annexe.
[9] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 315 et 321.
[10] Ibid., par. 357.

8. *Se félicite* de l'avancement du projet de la Commission sur le suivi de l'application de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères faite à New York le 10 juin 1958[11] et de l'élaboration de la version préliminaire d'un guide pour l'incorporation de la Convention en vue d'en promouvoir l'interprétation et l'application uniformes[12];

9. *Approuve* les efforts déployés et les initiatives prises par la Commission, principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, pour mieux coordonner les activités juridiques des organisations internationales et régionales qui s'occupent de droit commercial international et renforcer la coopération entre elles, ainsi que pour promouvoir l'état de droit aux échelons national et international dans ce domaine, et à cet égard, demande aux organisations internationales et régionales compétentes de coordonner leurs activités juridiques avec celles de la Commission afin d'éviter les doubles emplois et de favoriser l'efficacité, l'homogénéité et la cohérence de l'effort de modernisation et d'harmonisation du droit commercial international;

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

a) Se félicite des initiatives qu'a prises la Commission pour développer, par l'entremise de son secrétariat, son programme d'assistance technique et de coopération, et invite le Secrétaire général à rechercher des partenaires parmi les États et les acteurs non étatiques pour faire mieux connaître les travaux de la Commission et favoriser le respect effectif des normes juridiques qui en sont issues;

b) Remercie la Commission d'avoir mené des activités d'assistance technique et de coopération, y compris aux niveaux national, sous-régional et régional, et d'avoir aidé à l'élaboration de textes de droit commercial international, et appelle l'attention du Secrétaire général sur les ressources limitées qui sont mises à disposition dans ce domaine;

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

---

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

[12] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 360.

celle-ci et à coordonner leurs activités avec les siennes, étant donné l'utilité et l'importance des travaux et des programmes de la Commission pour la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international, et pour la mise en œuvre du programme de développement de l'Organisation des Nations Unies, notamment la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement;

e) Note que la Commission a demandé que le Secrétariat étudie la possibilité d'établir une présence dans les régions ou dans certains pays, par exemple en ayant du personnel spécialisé dans les bureaux extérieurs des Nations Unies, en collaborant avec les bureaux extérieurs existants ou en créant des bureaux de pays de la Commission en vue de faciliter l'apport d'une assistance technique visant l'utilisation et l'adoption des textes de la Commission[13];

11. *Remercie* le gouvernement dont la contribution 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[14], a permis d'accorder à nouveau cette aide et demande aux gouvernements, aux organismes compétents des Nations Unies et aux organisations, institutions et personnes privées intéressées de verser des contributions volontaires à ce fonds afin que les experts des pays en développement soient plus nombreux à participer aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail, de façon à accroître les connaissances spécialisées et les capacités en matière de droit commercial international de ces pays et ainsi favoriser le développement du commerce international et promouvoir l'investissement étranger;

12. *Décide*, pour que tous les États Membres participent pleinement aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail, de poursuivre, à sa soixante-quatrième 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;

13. *Se félicite*, étant donné notamment l'augmentation récente du nombre de ses membres et du nombre de sujets qu'elle traite, que la Commission ait entrepris, à sa quarantième session, l'examen général de ses méthodes de travail qu'elle poursuivra à ses prochaines sessions pour garantir la qualité de ses travaux et l'acceptation internationale des textes qu'elle élabore[15], et rappelle à ce propos les résolutions qu'elle a déjà prises elle-même sur la question;

14. *Se félicite également* que la Commission examine le rôle qu'elle joue dans la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international, en particulier, qu'elle se dise convaincue que l'application et l'utilisation effective de normes modernes de droit privé dans le commerce international sont indispensables à la bonne gouvernance, au développement économique durable et à l'élimination de la pauvreté et de la faim, et que la promotion de l'état de droit dans les relations commerciales devrait faire partie intégrante des activités plus larges de l'Organisation des Nations Unies visant à promouvoir l'état de droit aux niveaux

---

[13] Ibid., par. 363.

[14] Voir résolution 48/32, par. 5.

[15] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/63/17 et Corr.1), par. 373 à 381.

national et international, notamment par le biais du Groupe de coordination et de conseil sur l'état de droit, lui-même appuyé par le Groupe de l'état de droit du Cabinet du Secrétaire général, qu'elle se réjouisse à l'idée de jouer un rôle dans le renforcement et la coordination des activités de l'Organisation et qu'elle considère que sa tâche consiste en particulier à fournir une aide aux États qui cherchent à promouvoir l'état de droit dans les domaines du commerce et de l'investissement aux niveaux national et international[16];

15. *Se félicite en outre* que la Commission examine le projet de plan stratégique pour la période 2010-2011 et le plan-programme biennal proposé pour l'harmonisation, la modernisation et l'unification progressives du droit commercial international (sous-programme 5), et relève que la Commission a noté avec satisfaction que les objectifs et les réalisations escomptées du Secrétariat et la stratégie globale pour le sous-programme 5 étaient conformes à sa politique générale mais qu'elle s'est inquiétée de ce que les ressources allouées au Secrétariat au titre du sous-programme 5 étaient insuffisantes pour lui permettre, en particulier, de répondre à la demande accrue d'assistance technique émanant des pays en développement et des pays en transition de façon à satisfaire leur besoin urgent de réforme dans le domaine du droit commercial, et qu'elle a exhorté le Secrétaire général à prendre des mesures pour faire en sorte que le montant relativement faible de ressources supplémentaires nécessaires pour satisfaire une demande aussi cruciale pour le développement soit mis rapidement à disposition[17];

16. *Rappelle* ses résolutions sur les partenariats entre l'Organisation des Nations Unies et des acteurs non étatiques, en particulier le secteur privé[18], et les résolutions dans lesquelles elle a encouragé la Commission à continuer d'explorer les différentes manières de mettre à profit les partenariats avec des acteurs non étatiques dans l'exécution de son mandat, en particulier dans le domaine de l'assistance technique, conformément aux principes et aux directives applicables et en coopération et coordination avec les autres services compétents du Secrétariat, notamment le Bureau du Pacte mondial[19];

17. *Prie à nouveau* le Secrétaire général, en conformité avec ses résolutions sur les questions liées à la documentation[20] où elle a en particulier insisté sur le fait que l'abrègement des documents ne devait pas nuire à la qualité de leur présentation ou de leur contenu, de prendre en considération la singularité du mandat et des travaux de la Commission lorsqu'il s'agit d'appliquer à la documentation de celle-ci des règles limitant le nombre de pages;

18. *Prie* le Secrétaire général de continuer à faire établir des comptes rendus analytiques des séances que la Commission ou les comités pléniers qu'elle met en place pour la durée de sa session annuelle consacrent à l'élaboration de textes normatifs;

19. *Rappelle* la résolution par laquelle elle a approuvé la publication de l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial*

---

16 Ibid., par. 386.
17 Ibid., par. 391.
18 Résolutions 55/215, 56/76, 58/129 et 60/215.
19 Résolutions 59/39, 60/20 et 61/32.
20 Résolutions 52/214, sect. B, 57/283 B, sect. III, et 58/250, sect. III.

international, qui fera connaître plus largement et rendra plus aisément accessibles les travaux de la Commission[21], se déclare préoccupée par le fait que l'*Annuaire* ne paraît pas régulièrement et demande au Secrétaire général de rechercher les moyens de faire paraître l'*Annuair*e à temps;

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

21. *Se félicite* de l'élaboration de recueils analytiques de jurisprudence concernant les textes de la Commission, dont celui ayant trait à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises[22] et un autre consacré à la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'arbitrage commercial international[23], dans le but de contribuer à la diffusion d'informations sur ces textes et d'en promouvoir l'utilisation, l'intégration en droit interne et l'interprétation uniforme.

64e séance plénière
16 décembre 2009

---

[21] Résolution 2502 (XXIV), par. 7.

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

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

64/112. Guide pratique de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale

L'Assemblée générale,

Notant que, du fait de l'expansion du commerce et des investissements, les activités commerciales ayant un caractère mondial sont de plus en plus fréquentes et les entreprises et les particuliers ont de plus en plus souvent des actifs et des intérêts dans plusieurs États,

Notant également que lorsque la procédure d'insolvabilité vise des débiteurs dont les actifs sont situés dans plusieurs États ou qui sont membres d'un groupe d'entreprises ayant des activités commerciales et des actifs dans plusieurs États, il est généralement nécessaire et urgent que la surveillance et l'administration des biens et des affaires de ces débiteurs fassent l'objet d'une coopération et d'une coordination au niveau international,

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

Reconnaissant que la coopération et la coordination internationales et les moyens de leur mise en œuvre ne sont pas largement connus, et que le fait de disposer d'informations facilement accessibles sur les pratiques actuelles en la matière, est susceptible de faciliter et d'encourager cette coopération et cette coordination et d'éviter les retards et les frais inutiles,

Notant avec satisfaction que le Guide pratique sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale a été achevé et adopté le 1er juillet 2009 par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international à sa quarante-deuxième session[1],

Notant que l'élaboration du Guide pratique a donné lieu à des débats et à des consultations avec des gouvernements, des magistrats et d'autres praticiens travaillant dans le domaine de l'insolvabilité internationale,

1. *Remercie* la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir achevé et adopté son guide pratique sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale[1];

2. *Prie* le Secrétaire général de publier, sous forme électronique notamment, le texte du Guide pratique et de le transmettre aux gouvernements en les priant de le communiquer aux services compétents de leurs autorités, afin qu'il devienne largement connu et accessible;

3. *Recommande* que le Guide pratique soit dûment pris en considération selon qu'il convient par les juges, les praticiens de l'insolvabilité et les parties engagés dans une procédure d'insolvabilité internationale;

---

[1] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), chap. III.

4. *Recommande également* à tous les États de continuer à envisager d'appliquer la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale[2].

64e séance plénière
16 décembre 2009

---

[2] Résolution 52/158, annexe.

64/116. L'état de droit aux niveaux national et international

L'Assemblée générale,

Rappelant sa résolution 63/128 du 11 décembre 2008,

Réaffirmant son attachement aux buts et principes consacrés dans la Charte des Nations Unies et au droit international, fondements essentiels d'un monde plus pacifique, plus prospère et plus juste, et se déclarant de nouveau résolue à les faire strictement respecter et à instaurer une paix juste et durable dans le monde entier,

Réaffirmant que les droits de l'homme, l'état de droit et la démocratie sont interdépendants, se renforcent mutuellement et font partie des valeurs et des principes fondamentaux, universels et indissociables de l'Organisation des Nations Unies,

Réaffirmant également la nécessité de faire universellement instaurer et respecter l'état de droit aux niveaux national et international, et son engagement solennel en faveur d'un ordre international fondé sur l'état de droit et le droit international, ce qui, avec les principes de la justice, est essentiel à la coexistence pacifique et à la coopération entre les États,

Convaincue que la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international est indispensable à une croissance économique soutenue, au développement durable, à l'élimination de la pauvreté et de la faim et à la protection de tous les droits de l'homme et des libertés fondamentales, et sachant que la sécurité collective appelle une coopération efficace, dans le respect de la Charte et du droit international, contre les menaces transnationales,

Réaffirmant que tous les États doivent s'abstenir de recourir dans leurs relations internationales à la menace ou à l'emploi de la force d'une façon incompatible avec les buts et principes des Nations Unies et qu'ils doivent régler leurs différends internationaux par des voies pacifiques de manière à ne pas mettre en péril la paix et la sécurité internationales et la justice, conformément au Chapitre VI de la Charte, et demandant aux États qui ne l'ont pas encore fait d'envisager de reconnaître la compétence de la Cour internationale de Justice, conformément au statut de celle-ci,

Convaincue que la promotion et le respect de l'état de droit aux niveaux national et international ainsi que la justice et la bonne gouvernance doivent être les principes qui inspirent l'action de l'Organisation des Nations Unies et de ses États Membres,

Rappelant l'alinéa e) du paragraphe 134 du Document final du Sommet mondial de 2005[1],

1. *Prend acte* du rapport annuel du Secrétaire général sur le renforcement et la coordination de l'action des Nations Unies dans le domaine de l'état de droit[2];

2. *Réaffirme* le rôle que joue l'Assemblée générale s'agissant d'encourager le développement progressif du droit international et sa codification, et réaffirme en

---

[1] Voir résolution 60/1.

[2] A/64/298.

outre que les États doivent respecter toutes les obligations qui leur incombent en vertu du droit international;

3. *Souligne* qu'il importe de respecter l'état de droit au niveau national et qu'il faut aider davantage les États Membres qui en font la demande à appliquer, sur le plan national, les obligations internationales auxquelles ils ont souscrit, moyennant un développement de l'assistance technique et un renforcement des capacités et sur la base d'une coordination et d'une harmonisation accrues au sein du système des Nations Unies et entre les donateurs, et appelle à mieux évaluer l'efficacité de ces activités;

4. *Appelle* le système des Nations Unies à aborder systématiquement, selon qu'il conviendra, les aspects de l'état de droit relevant de ses activités, sachant que l'état de droit est important dans la quasi-totalité de ses domaines d'intervention;

5. *Exprime son plein appui* au rôle de coordination et d'harmonisation que joue dans le système des Nations Unies, dans les limites de ses attributions actuelles, le Groupe de coordination et de conseil sur l'état de droit, appuyé par le Groupe de l'état de droit du Cabinet du Secrétaire général, sous la direction de la Vice-Secrétaire générale;

6. *Prie* le Secrétaire général de lui présenter son prochain rapport annuel sur l'action des Nations Unies dans le domaine de l'état de droit, conformément au paragraphe 5 de la résolution 63/128, en tenant compte du paragraphe 97 du rapport[2];

7. *Se félicite* du dialogue que le Groupe de coordination et de conseil sur l'état de droit et le Groupe de l'état de droit ont entamé avec les États Membres sur le thème intitulé "La promotion de l'état de droit au niveau international" et leur demande de poursuivre ce dialogue afin de favoriser l'état de droit au niveau international;

8. *Engage* le Secrétaire général et le système des Nations Unies à accorder un rang de priorité élevé aux activités relatives à l'état de droit;

9. *Invite* la Cour internationale de Justice, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et la Commission du droit international à continuer de lui rendre compte, dans les rapports qu'elles lui soumettent, de ce qu'elles font actuellement pour promouvoir l'état de droit;

10. *Invite* le Groupe de coordination et de conseil sur l'état de droit et le Groupe de l'état de droit à continuer de s'entretenir périodiquement avec les États Membres, notamment dans le cadre d'échanges non formels;

11. *Souligne* qu'il importe de mettre à la disposition du Groupe de l'état de droit les ressources financières et humaines qui lui sont nécessaires pour s'acquitter effectivement et durablement de ses fonctions, et prie instamment le Secrétaire général et les États Membres de continuer d'assurer le fonctionnement du Groupe;

12. *Décide* d'inscrire à l'ordre du jour provisoire de sa soixante-cinquième session la question intitulée "L'état de droit aux niveaux national et international", invite les États Membres à axer les observations qu'ils formuleront dans le débat à venir de la Sixième Commission, sans préjudice de l'examen de la question dans

son ensemble, sur le sous-thème intitulé “Les lois et les pratiques des États Membres dans l’application du droit international”[3] et invite le Secrétaire général à fournir, dans son rapport, des informations sur ce sous-thème, après avoir pris l’avis des États Membres.

64e séance plénière
16 décembre 2009

---

[3] Voir la note du Président de la Sixième Commission (A/C.6/63/L.23). Voir également le paragraphe 10 de la résolution 63/128, dans lequel le sous-thème “L’état de droit et la justice transitionnelle dans les situations de conflit et d’après conflit” avait été identifié comme un sous-thème pour la soixante-sixième session.

Deuxième partie

ÉTUDES ET RAPPORTS SUR DES SUJETS ÉTUDIÉS PAR LA COMMISSION

I. PASSATION DE MARCHÉS

A. Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa quatorzième session (Vienne, 8-12 septembre 2008)

(A/CN.9/664) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction . . . 1-6

II. Organisation de la session . . . 7-11

III. Délibérations et décisions . . . 12-17

IV. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services . . . 18-116

A. Recours – dispositions de la Loi type sur le recours, chapitre VI (A/CN.9/WG.I/WP.64, par. 5 à 9) . . . 18-74

1. Introduction . . . 18-19

2. Article 52 (Droit de recours) . . . 20-25

3. Exception concernant le choix de la méthode de passation des marchés mentionnée à l'article 52-2 a) . . . 26-27

4. Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle) (article 53) . . . 28-33

5. Recours administratif (article 54) . . . 34-58

6. Certaines règles applicables aux procédures de recours (article 55) . . . 59-60

7. Suspension de la procédure de passation du marché (article 56) . . . 61-73

8. Autres questions relatives au chapitre VI . . . 74

B. Projets de dispositions visant à permettre l'utilisation des accords-cadres pour la passation des marchés publics en vertu de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.62, par. 3 à 12 et A/CN.9/WG.I/WP.63, par. 3 à 35) . . . 75-110

1. Terminologie . . . 75

2. Types de procédures d'accords-cadres et conditions d'utilisation de ces procédures . . . 76

3. Procédures d'utilisation des accords-cadres . . . 77-109

4. Autres questions posées par l'utilisation des procédures d'accords-cadres . . . 110

C. Projets de dispositions pour le texte du Guide sur les dispositions régissant les accords-cadres dans les passations de marchés publics en vertu de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.63) . . . 111-112

D. Discussion relative à la finalisation et à l'adoption de la Loi type révisée et du Guide 113-115

E. Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – Conflits d'intérêts (A/CN.9/WG.I/WP.64, par. 10 à 33) 116

I. Introduction

1. À sa trente-septième session, en 2004, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (la "Commission") a chargé son Groupe de travail I (Passation de marchés) d'élaborer des propositions en vue de réviser la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994) (la "Loi type", A/49/17 et Corr.1, annexe I). Elle lui a donné une certaine latitude pour déterminer les sujets à aborder lors de ses travaux, y compris les nouvelles pratiques dans la passation des marchés publics, en particulier celles résultant du recours aux communications électroniques (A/59/17, par. 82). Le Groupe de travail a entamé l'élaboration de propositions en vue de la révision de la Loi type à sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004) (A/CN.9/568). À cette session, il a décidé de continuer à ses prochaines sessions d'examiner en détail, les uns après les autres, les thèmes abordés dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.31 et 32 (A/CN.9/568, par. 10).

2. De ses septième à treizième sessions (qui se sont tenues respectivement du 4 au 8 avril 2005 à New York, du 7 au 11 novembre 2005 à Vienne, du 24 au 28 avril 2006 à New York, du 25 au 29 septembre 2006 à Vienne, du 21 au 25 mai 2007 à New York, du 3 au 7 septembre 2007 à Vienne, et du 7 au 11 avril 2008 à New York) (A/CN.9/575, A/CN.9/590, A/CN.9/595, A/CN.9/615, A/CN.9/623, A/CN.9/640 et A/CN.9/648), le Groupe de travail a examiné des thèmes liés à l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la passation des marchés, à savoir: a) l'utilisation des moyens de communication électroniques dans la passation, y compris l'échange de communications par voie électronique, la soumission électronique des offres, l'ouverture des offres, la tenue des réunions et la conservation des informations, ainsi que les conditions de leur utilisation; b) les aspects de la publication d'informations relatives à la passation, y compris la possibilité d'étendre la portée actuelle de l'article 5 et de faire référence à la publication des possibilités de marchés à venir; et c) les enchères électroniques inversées, y compris la question de savoir si elles devraient être traitées comme une phase optionnelle dans d'autres méthodes de passation ou comme une méthode à part entière, les critères de leur utilisation, les types de passations à couvrir et leurs aspects procéduraux.

3. À ses septième, huitième, dixième, onzième et douzième sessions, le Groupe de travail a examiné en outre la question des offres anormalement basses, y compris leur détection à un stade précoce du processus de passation et la prévention des conséquences négatives de ces offres. À sa treizième session, le Groupe de travail a examiné les projets de textes sur l'utilisation des communications électroniques

dans la passation des marchés publics, la publication d'informations relatives à la passation des marchés et les offres anormalement basses, et l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics, qui figurent dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.58 et A/CN.9/WG.I/WP.59, respectivement, et a proposé des modifications de ces textes.

4. À cette même session, le Groupe de travail a examiné dans le détail la question des accords-cadres sur la base des projets de textes figurant dans les notes du Secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.52 et Add.1, ainsi que A/CN.9/WG.I/WP.56) et est convenu de combiner les deux approches proposées dans ce document, de sorte que, selon le cas, la Loi type traite ensemble des caractéristiques communes à tous les types d'accords-cadres, afin d'éviter notamment les redondances inutiles, et séparément les caractéristiques propres à chaque type d'accord.

5. Toujours à cette session, le Groupe de travail a également examiné la question des listes de fournisseurs, en se fondant sur un résumé de ses délibérations antérieures sur le sujet (A/CN.9/568, par. 55 à 68, A/CN.9/WG.I/WP.45 et A/CN.9/WG.I/WP.45/Add.1) et décidé que le sujet ne serait pas traité dans la Loi type, pour des raisons qui seraient exposées dans le Guide pour l'incorporation (le "Guide").

6. À ses trente-huitième, trente-neuvième, quarantième et quarante et unième sessions, qui se sont tenues en 2005, 2006, 2007 et 2008 respectivement, la Commission a félicité le Groupe de travail pour les progrès qu'il avait réalisés dans ses travaux et a réaffirmé son appui à la révision de la Loi type qu'il avait entreprise, ainsi qu'à la prise en compte dans cette loi de nouvelles pratiques relatives à la passation de marchés (A/60/17, par. 172, A/61/17, par. 192, A/62/17 (première partie) par. 170 et A/63/17, par. 299). À sa trente-neuvième session, la Commission a recommandé que le Groupe de travail, en mettant à jour la Loi type et le Guide, tienne compte de la question des conflits d'intérêts et examine s'il serait justifié de prévoir dans la Loi type des dispositions spéciales à cet égard (A/61/17, par. 192). À sa quarantième session, la Commission a recommandé au Groupe de travail d'adopter un ordre du jour concret pour ses prochaines sessions, afin d'accélérer ses travaux (A/62/17 (première partie), par. 170). Conformément à cette recommandation, le Groupe de travail a adopté le calendrier de ses délibérations à ses douzième et treizième sessions (A/CN.9/648, annexe), et est convenu de porter régulièrement à l'attention de la Commission un calendrier actualisé. À sa quarante et unième session, la Commission a invité le Groupe de travail à terminer le plus vite possible ce projet pour permettre la finalisation et l'adoption de la Loi type révisée, ainsi que de son Guide pour l'incorporation, dans un délai raisonnable.

II. Organisation de la session

7. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quatorzième session à Vienne du 8 au 12 septembre 2008. Ont assisté à cette session des représentants des États membres ci-après: Algérie, Allemagne, Bélarus, Bolivie, Canada, Chili, Chine, Colombie, Égypte, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Iran (République islamique d'), Kenya, Lettonie, Liban, Maroc, Mexique, Nigéria, Paraguay, Pologne, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de

Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal, Singapour, Thaïlande, Tunisie et Venezuela (République bolivarienne du).

8. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Argentine, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Croatie, Émirats arabes unis, Haïti, Indonésie, Iraq, Irlande, Lituanie, Nicaragua, Philippines, Portugal, République démocratique du Congo, République dominicaine, République-Unie de Tanzanie, Roumanie, Slovaquie, Suède, Swaziland et Turquie.

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

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale et Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI);

b) *Organisations intergouvernementales*: Commission européenne (CE), 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 le Groupe de travail*: American Bar Association (ABA), Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association internationale du barreau (IBA), Forum for International Conciliation and Abitration (FICA) et International Swaps and Derivates Association (ISDA).

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

Président: M. Tore WIWEN-NILSSON (Suède)[1]

Rapporteuse: Mme Ligia GONZÁLEZ LOZANO (Mexique)

10. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après:

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.I/WP.60);

b) Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – projets de textes sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, la publication d'informations relatives à la passation des marchés, les enchères électroniques inversées et les offres anormalement basses (A/CN.9/WG.I/WP.61);

c) Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – projets de textes sur l'utilisation des accords-cadres dans la passation de marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.62);

d) Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte du Guide pour l'incorporation sur l'utilisation des accords-cadres dans la passation de marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.63); et

[1] Élu à titre personnel.

e) Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – recours, conflits d'intérêts et passation de marchés de services dans la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.64).

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

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Examen de propositions 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

12. À sa quatorzième 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 10 ci-dessus.

13. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de revoir les projets de textes figurant dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.62, A/CN.9/WG.I/WP.63 et A/CN.9/WG.I/WP.64, en tenant compte de ses délibérations à sa quatorzième session, pour qu'il puisse les examiner à sa session suivante.

14. Le Groupe de travail a examiné les dispositions sur le recours du chapitre VI de la Loi type et confirmé la décision qu'il avait prise à sa sixième session de supprimer la liste des exceptions à la procédure de recours. Il est par conséquent convenu que la décision de sélectionner le fournisseur ou l'entrepreneur à retenir à l'aide de telle ou telle méthode de passation, ou d'un instrument au sein d'une telle méthode (enchères électroniques inversées, procédure d'accord-cadre) serait susceptible de recours. Il est aussi convenu de réviser les dispositions et les procédures contenues aux articles 53 à 56 de la Loi type (par. 28 à 73 ci-dessous).

15. Le Groupe de travail a aussi décidé d'introduire, dans l'article 36, un délai d'attente entre l'identification du fournisseur retenu et l'entrée en vigueur du marché, et de prévoir l'annulation d'un marché comme conséquence de certaines procédures de recours dans certaines circonstances (voir par. 45 à 55 ci-dessous).

16. Le Groupe de travail a examiné les projets de textes relatifs aux procédures d'accords-cadres contenus dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.62 et A/CN.9/WG.I/WP.63 et proposé de les modifier compte tenu de sa décision de séparer, dans la Loi type, les dispositions traitant des accords-cadres ouverts de celles traitant des accords-cadres fermés.

17. Le Groupe de travail a aussi examiné la question des conflits d'intérêts en se fondant sur une note du Secrétariat sur le sujet (A/CN.9/WG.I/WP.64), et il est convenu d'élargir la portée des articles 4, 15 et 54 de la Loi type pour remplir les exigences posées par la Convention des Nations Unies contre la corruption en la

matière et d'expliquer les différentes approches adoptées dans différents pays dans le Guide pour l'incorporation.

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. Recours – dispositions de la Loi type sur le recours, chapitre VI (A/CN.9/WG.I/WP.64, par. 5 à 9)

1. Introduction

18. Le Groupe de travail a rappelé les décisions qu'il avait prises à sa sixième session concernant les dispositions sur le recours (A/CN.9/568, par. 112) et décidé de poursuivre ses délibérations en examinant chaque article du chapitre VI de la Loi type.

19. Lors de l'examen du texte de la note accompagnant l'intitulé du chapitre VI de la Loi type, qui expliquait que pour des raisons d'ordre constitutionnel ou autres les États adoptants pourraient faire le choix de n'incorporer que certaines des dispositions sur le recours, voire de n'en incorporer aucune, il a été convenu de supprimer la note dans son intégralité. On a fait observer que, ce faisant, on appliquait la décision du Groupe de travail selon laquelle la Loi type devrait être conforme aux dispositions impératives de l'article 9-1 e) de la Convention des Nations Unies contre la corruption, exigeant que les procédures de passation de marchés prévoient un système de recours et d'appel efficace. Il a été décidé que des indications supplémentaires seraient fournies à cet égard dans le Guide pour l'incorporation.

2. Article 52 (Droit de recours)

20. On a noté, à propos de l'article 52, qu'il y avait trois questions principales à examiner: qui étaient les "fournisseurs ou entrepreneurs" pouvant introduire un recours, sur la base de quelles erreurs ou omissions ce recours pouvait être formé, et si les recours devraient être exclus pour certaines étapes du processus de passation.

21. S'agissant de la première question, on a noté que les mots "fournisseur ou entrepreneur" étaient définis à l'article 2 f) de la Loi type et désignaient, selon le contexte, "tout cocontractant potentiel" de l'entité adjudicatrice. On a observé qu'une interprétation générale de cette définition empêcherait, par exemple, les entités n'ayant pas été autorisées à participer aux méthodes de passation non ouvertes, ou celles qui en ont été exclues, de contester cette décision.

22. On a fait observer que les objectifs généraux du système de recours feraient partie du "contexte" aux fins de l'article 2 f) et du recours. On s'est demandé en particulier s'il s'agissait de permettre à l'entité adjudicatrice de corriger des erreurs qu'elle pourrait avoir commises, de protéger les intérêts des fournisseurs ou des entrepreneurs, d'offrir un cadre général de réclamation dans les passations de marchés publics ou bien s'il pouvait s'agir d'une combinaison de ces objectifs.

23. On a déclaré que le titre de l'article 52 ("Droit de recours") indiquait que l'objectif était de protéger les intérêts des fournisseurs ou des entrepreneurs, mais on a aussi fait observer que l'article 53 ("Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle)"), qui était une première étape obligatoire de toute procédure de recours en vertu du chapitre VI, indiquait qu'un autre objectif était de permettre à l'entité adjudicatrice de corriger ses propres décisions. On a reconnu que la Loi type ne prévoyait pas de droit plus général pour quiconque de se plaindre qu'une autorité publique n'avait pas agi au mieux des intérêts de l'État ou de ses citoyens, du fait que l'article 52-1 exigeait que le fournisseur ou l'entrepreneur auteur de la réclamation ait subi une perte ou un dommage. On a toutefois noté que d'autres parties de la législation d'un État adoptant pourraient autoriser un tel recours, et que le Guide pour l'incorporation devrait mentionner cette possibilité.

24. On a estimé que les dispositions devraient permettre à ceux qui étaient touchés par les décisions prises au cours du processus de passation et qui pouvaient démontrer qu'ils avaient subi un préjudice en conséquence de contester ces décisions. Ces personnes pourraient être qualifiées par exemple de "parties prenantes" ou décrites comme étant celles susceptibles de prouver qu'elles avaient été lésées par les décisions de l'entité adjudicatrice. En outre, et en rappelant que le Groupe de travail était convenu provisoirement que le choix de la méthode de passation devrait faire l'objet d'un recours, on a fait observer que les entités qui avaient été exclues de façon irrégulière de la procédure de passation par l'entité adjudicatrice devraient pouvoir contester cette décision. On a déclaré que la définition actuelle contenue à l'article 2 f) risquait donc d'être trop étroite puisque d'une certaine façon seuls ceux qui participaient à l'intégralité du processus de passation pourraient introduire un recours. En conséquence, on a déclaré que la définition actuelle contenue à l'article 2 f) devrait être élargie de manière à faire référence à une partie potentielle à la "procédure" de passation plutôt qu'au "marché". On a estimé qu'avec l'exigence posée à l'article 52-1, à savoir démontrer une perte ou un dommage réel ou potentiel, cette formulation éviterait aussi que le champ d'application ne soit excessivement élargi, par exemple aux sous-traitants ou au grand public, et empêcherait les applications fantaisistes. On a ajouté que le Guide pour l'incorporation devrait expliquer de façon un peu plus détaillée la portée de la formulation.

25. La deuxième question examinée portait sur le fondement du recours. On a fait observer que le terme "violation d'une obligation", qui pourrait être interprété de différentes manières, devrait être remplacé par une formulation suivant de plus près la référence faite dans la Convention des Nations Unies contre la corruption au non-respect des règles et des procédures applicables. En conséquence, le membre de phrase "la violation d'une obligation imposée à l'entité adjudicatrice par la présente Loi" dans l'article 52-1 serait remplacé par "le non-respect des dispositions de la présente Loi".

3. Exception concernant le choix de la méthode de passation des marchés mentionnée à l'article 52-2 a)

26. En ce qui concerne la troisième question, il a été convenu, compte tenu des modifications apportées à l'article 52-1 ci-dessus et de la décision prise par le Groupe de travail à sa sixième session, que la liste des exceptions à la procédure de recours, dont certaines avaient trait à des étapes obligatoires du processus de

passation et d'autres à des décisions discrétionnaires prises pendant ce processus, devrait être supprimée. On a fait remarquer qu'une décision de sélectionner le fournisseur ou l'entrepreneur à retenir au moyen d'une enchère électronique inversée serait ainsi susceptible de recours (comme le serait le choix de la procédure de sélection dans le cadre de la méthode principale pour la passation des marchés de services).

27. Il a également été noté que la suppression de l'alinéa f) exigerait de modifier en conséquence les articles 27 t) et 38 s). Il a été convenu que le Guide pour l'incorporation devrait expliquer le fondement des exclusions, de même que les conséquences, y compris les questions concernant les règles de preuve et l'étendue de la compétence conférée.

4. Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle) (article 53)

28. Certains des inconvénients mis en évidence dans le mécanisme obligatoire "d'examen par les pairs" prévu à l'article 53 ont été notés, en particulier le fait que l'inaction de l'entité adjudicatrice pendant le délai fixé rendrait inévitable le recours administratif ou judiciaire et inutile le mécanisme d'examen par les pairs. On a donc proposé que ce mécanisme soit facultatif et non obligatoire. Cette solution, a-t-on ajouté, serait également conforme à l'approche suivie dans l'Accord sur les marchés publics ("AMP") de l'Organisation mondiale du commerce. Il a été déclaré par ailleurs que la présentation d'une réclamation devant l'entité adjudicatrice, et non à son responsable, devrait être autorisée et que les coûts et avantages du mécanisme devraient être examinés dans le Guide.

29. Il a également été proposé de déplacer le texte figurant entre parenthèses au paragraphe 1, qui faisait référence à une autorité de tutelle, pour l'insérer dans le Guide et d'ajouter à la fin de la première phrase de l'article 53-1 les mots "ou l'autorité de tutelle".

30. Il a été convenu en outre que l'article 53-3 devrait être supprimé, car il ne faisait que répéter l'exigence posée au début du paragraphe 1, à savoir que toute réclamation fondée sur l'article 53 devrait être formée avant que le marché n'entre en vigueur.

31. En ce qui concerne le paragraphe 4 b), il a été convenu de remplacer dans la version anglaise le verbe "indicate" par "state" (énonce), pour imposer à l'entité adjudicatrice d'énoncer dans sa décision les mesures correctives qui seraient prises, et de remplacer en conséquence les mots "qui doivent être prises" par "qui seront prises".

32. Il a été convenu de supprimer le paragraphe 6, étant donné que l'entité adjudicatrice pourrait en tout état de cause présenter la réclamation initiale devant un organe administratif ou judiciaire. Il a été convenu que le Guide pour l'incorporation pourrait aborder des questions pratiques, telles que le cas où l'examen par les pairs donnait gain de cause à un fournisseur sur certains éléments seulement de sa réclamation, de sorte que la portée de toute réclamation ultérieure devant un organe administratif ou judiciaire pourrait être limitée.

33. Il a été convenu enfin que le Secrétariat devrait revoir l'article 53, après avoir apporté les modifications ci-dessus, pour s'assurer qu'elles étaient cohérentes et compatibles avec le reste du chapitre VI.

5. Recours administratif (article 54)

34. On s'est demandé si la note de bas de page accompagnant l'intitulé de l'article 54 (et selon laquelle, lorsque le système concerné ne prévoyait pas traditionnellement de recours administratif, l'État adoptant pouvait envisager de ne pas incorporer cette disposition) devrait être supprimée. On a fait observer que certains systèmes avaient entrepris de mettre en place des mécanismes de recours administratif et que des indications pourraient à la fois être utiles et encourager l'adoption de tels mécanismes, considérés d'une manière générale comme une amélioration des recours ad hoc.

35. Il a été rappelé que la Convention des Nations Unies contre la corruption exigeait un mécanisme de recours indépendant et qu'il faudrait par conséquent traiter dans le Guide de la nécessité de disposer de systèmes de recours devant un organe administratif ou judiciaire indépendant. Il a donc été convenu de supprimer la note de bas de page et d'étoffer les indications fournies dans le Guide concernant la notion d'indépendance. Par exemple, un organe de recours ne serait pas considéré comme indépendant s'il devait répondre devant un ministre ou un autre responsable dont relevait également l'entité adjudicatrice. Les questions de désignation, de même que les modalités de révocation des membres, mériteraient également d'être prises en considération. Il a en outre été proposé de modifier le titre de l'article comme suit "Recours devant un organe administratif indépendant".

36. Il a par ailleurs été convenu de la nécessité de modifier le paragraphe 1 a) pour tenir compte de la nature facultative de l'article 53, suite aux modifications exposées ci-dessus.

37. Il a été demandé si la computation du délai de 20 jours prévu au paragraphe 1 a) devrait être modifiée, afin que le délai commence à courir à compter du moment où le fournisseur auteur de la réclamation aurait dû "raisonnablement" avoir connaissance des circonstances qui la motivent. On a fait observer que la notion de "caractère raisonnable" ne serait pas comprise de la même manière dans tous les systèmes et serait en tout état de cause implicite dans nombre d'entre eux. Il a été convenu par conséquent de ne pas faire référence au "caractère raisonnable".

38. Il a été noté également que le système administratif d'un État adoptant devrait aussi traiter le risque de collusion et de fraude dans la conclusion d'un marché et que, à cet égard, les délais fixés à l'article 43 ne conviendraient peut-être pas. On a fait observer que ces questions étaient très importantes mais que leurs solutions (par exemple l'annulation d'un marché) figuraient peut-être dans des branches du droit autres que la législation des marchés de l'État adoptant concerné. Les dispositions relatives aux recours, a-t-on déclaré, touchaient des questions soulevées par d'éventuelles violations des règles et procédures prévues dans la Loi type, où des délais seraient appropriés et nécessaires. Les actes de fraude et autres abus, qui pourraient conduire en fin de compte à l'annulation d'un marché, ne devraient pas nécessairement être soumis aux mêmes délais.

39. Notant que, conformément aux décisions du Groupe de travail (par. 28 ci-dessus), l'article 53 deviendrait facultatif, il a été convenu que, pour promouvoir

le règlement amiable des différends, la présentation en temps voulu d'une réclamation en application de l'article 53 suspendrait le délai pour former un recours administratif en vertu de l'article 54. Il a été convenu aussi que l'article 54 serait modifié d'une manière générale afin de tenir compte du caractère facultatif de l'article 53 révisé.

40. En ce qui concerne les délais pour l'introduction d'un recours au titre des articles 53 et 54, il a été rappelé que, conformément aux dispositions de ces deux articles, une réclamation devrait être présentée dans un délai de 20 jours à compter du moment où le fournisseur a pris connaissance (ou aurait dû avoir connaissance) des faits ou des circonstances qui la motivent. Ces délais tranchent avec les dispositions de l'article 28 selon lesquelles le fournisseur ou l'entrepreneur pouvait, à tout moment, demander des éclaircissements sur le dossier de sollicitation, sachant que l'entité adjudicatrice n'était tenue de répondre que s'il restait un laps de temps "raisonnable" entre la réception de la demande et la date limite de soumission des offres.

41. S'agissant de l'article 54-1, on a demandé si le délai pour contester les conditions de la sollicitation devrait être aligné sur les dispositions de l'article 28, c'est-à-dire s'il devait courir jusqu'à la date limite de soumission des offres (ou expirer juste avant), ce qui pourrait aussi contribuer à un maximum de clarté dans les dossiers de sollicitation. Les autres réclamations, comme celles relatives aux résultats de la procédure de présélection ou au choix de la méthode de passation, devraient être présentées dans le délai actuel de 20 jours.

42. On a répondu que l'admission d'une demande d'éclaircissement en vertu de l'article 28 et le fait de permettre des réclamations en vertu des articles 53 et 54 étaient des aspects entièrement différents du processus de passation de marché et qu'il n'était donc pas nécessaire d'aligner les dispositions de ces articles concernant les délais.

43. Il a été rappelé qu'à l'expiration du délai de soumission des offres, l'entité adjudicatrice pourrait uniquement rejeter toutes les offres en vertu de l'article 12 de la Loi type, mais que si une réclamation aboutissait, elle pourrait aussi donner lieu à des sanctions telles que l'arrêt de la procédure. On a fait observer que les réclamations postérieures à la soumission des offres risquaient de compromettre la procédure de passation elle-même si cette dernière était ultérieurement arrêtée, car à cette étape, les prix et les détails des offres des fournisseurs auront été rendus publics. On a donc estimé qu'aucune contestation des conditions de la sollicitation ne devrait être admise une fois le délai de soumission écoulé.

44. À l'issue du débat, il a été décidé que le délai pour contester les conditions de la sollicitation ne courrait que jusqu'à la date limite de soumission, et que l'article 54-1 serait modifié en conséquence. Le délai de 20 jours resterait inchangé pour les autres réclamations.

45. En ce qui concerne l'article 54-3, on a demandé si les réparations que l'instance administrative pourrait accorder ou recommander devraient comprendre l'annulation d'un marché qui avait été attribué. On a fait observer que certains systèmes interdisaient une telle annulation (de même que l'article 54 de la Loi type), mais que dans d'autres, elle était possible. L'attention du Groupe de travail a été attirée sur la récente directive européenne sur les recours en matière de marchés publics qui prévoyait l'annulation des marchés en cas de non-respect majeur des

procédures de passation applicables (comme l'absence injustifiée d'avis de passation), mais uniquement avant la publication de l'avis d'attribution du marché. On a également évoqué les répercussions d'une telle annulation en termes de coût et de temps.

46. On a fait observer qu'un marché qui avait été régulièrement conclu, c'est-à-dire dans le respect des procédures applicables, y compris, le cas échéant, les procédures de recours, ne devrait pas être annulé. Un délai d'attente, à l'intérieur duquel le marché n'entrerait pas en vigueur, pourrait cependant être prévu entre la sélection du fournisseur et l'attribution du marché pour permettre de s'assurer que les procédures ont été respectées. On a noté qu'un tel délai permettrait peut-être d'éviter la nécessité d'une annulation, étant donné qu'il serait possible de remédier aux erreurs avant la conclusion du marché, et aussi d'éviter les problèmes liés à l'annulation d'un marché exécuté. On a toutefois rappelé qu'il n'existait pas de disposition équivalente dans la Loi type.

47. Le Groupe de travail a été informé que le système envisagé par les directives européennes relatives à la passation des marchés prévoyait un délai d'attente obligatoire de 10 jours entre le choix de l'adjudicataire et l'attribution du marché (appelé dans les milieux européens délai d'attente "Alcatel" à la suite d'un arrêt de la Cour européenne de justice), à l'intérieur duquel une réclamation pouvait être faite. (En outre, on a aussi la possibilité de contester la procédure de passation pendant un délai maximum de deux mois après l'attribution du marché et de le faire également avant l'attribution.)

48. On a fait observer d'un autre côté qu'un tel délai d'attente serait inopportun car il aurait des incidences financières sur la procédure de passation et pour l'adjudicataire ainsi que les autres fournisseurs, et retarderait l'entrée en vigueur du marché. On a ajouté que ce délai, en outre, introduirait dans le processus de passation un degré d'incertitude qui n'existait pas à l'heure actuelle dans le secteur privé. Il a été répondu à cela qu'il était peu probable que ces questions jouent un rôle important dans le cas d'un délai de 10 jours. Le Groupe de travail est convenu d'inclure des dispositions sur la transparence inspirées des dispositions des directives européennes.

49. Le Groupe de travail a donc examiné deux questions interdépendantes, celles de savoir, premièrement, si la Loi type devait prévoir un délai d'attente et, deuxièmement, si elle devait envisager l'annulation d'un marché attribué.

50. On a fait observer que le texte actuel de la Loi type n'était pas complet à cet égard parce qu'il ne prévoyait pas une telle annulation ni un tel délai d'attente. On a ajouté que le Guide pourrait exposer les avantages d'un délai d'attente "Alcatel", qui, pour des raisons de coût et d'efficacité, ne devrait pas dépasser 10 jours, comme le prévoyait le système européen.

51. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait décidé de se conformer aux dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption imposant un système de recours efficace et qu'un délai d'attente "Alcatel" pouvait être considéré comme un élément essentiel d'un tel système. On a souligné que ce délai serait très utile pour lutter contre la corruption dans la mesure où il contribuerait à la mise en place d'un système crédible et efficace en permettant la formation de recours avant l'entrée en vigueur du marché.

52. Il a également été dit que les différences importantes observées d'un État à l'autre montraient qu'il n'existait peut-être pas de solution optimale et qu'une certaine souplesse devrait être accordée aux États adoptants. Certains représentants ont dit que l'introduction d'un droit illimité d'annuler les marchés pourrait accroître les risques de corruption. On a donc estimé qu'une telle annulation ne devrait être possible que dans des circonstances exceptionnelles. D'un autre côté, on a souligné les difficultés qu'il y aurait à définir ce qui constituerait de telles circonstances.

53. Dans ce contexte, on a aussi noté avec préoccupation que dans certains systèmes juridiques, seul un organe judiciaire avait le droit d'annuler un marché, et que le fait de permettre une telle annulation uniquement dans le cadre d'un long processus judiciaire pouvait entraîner des retards risquant de donner lieu à des fraudes. En outre, on a dit que si l'on fondait l'annulation sur les dispositions du droit pénal ou d'autres branches du droit, on n'obtiendrait peut-être pas un système suffisamment solide. Par conséquent, il a été proposé de modifier l'article 54-3 afin de permettre l'annulation d'un marché dans le cadre de procédures administratives de recours, sans définir les circonstances dans lesquelles une telle annulation serait possible.

54. Il a été dit en outre que si un délai d'attente effectif de type Alcatel était instauré, la possibilité d'annulation constituerait un complément nécessaire pour éviter que les entités adjudicatrices puissent laisser expirer ce délai sans prendre d'autres mesures.

55. Il a donc été convenu de prévoir à l'article 36 un délai d'attente "Alcatel" entre la sélection de l'adjudicataire et l'entrée en vigueur du marché. En outre, on donnerait dans l'article 54, sans l'assortir d'aucune restriction, la possibilité d'annuler le marché (en supprimant les mots "à l'exception de tout acte ou décision entraînant l'entrée en vigueur du marché" aux alinéas d) et e) du paragraphe 3). Des indications appropriées concernant ces dispositions seraient fournies dans le Guide.

56. Il a également été convenu que les changements susmentionnés rendraient nécessaires la suppression du mot "recommander" dans le chapeau du paragraphe 3 de l'article 54 ainsi que de la note l'accompagnant, de telle sorte que le texte préciserait que l'instance administrative indépendante devant laquelle le recours avait été formé pouvait "accorder" et pas simplement "recommander" la réparation en question. Le Guide expliquerait comment ces dispositions pourraient être adaptées aux systèmes dans lesquels une décision prise par une autorité publique ne pouvait pas être rapportée par cette autorité mais seulement par un juge. Des indications supplémentaires pourraient être fournies à l'intention de l'instance administrative de recours en ce qui concerne les réparations appropriées, y compris l'incidence de toute réparation sur la procédure de passation considérée et la concurrence future, l'intégrité réelle ou supposée de cette procédure et les coûts qui pourraient en résulter pour toutes les parties, ainsi que pour encourager d'une manière générale une approche aussi prudente que possible (étant donné que l'ampleur totale de ces coûts peut ne pas être évidente).

57. On a fait observer que l'annulation pourrait viser la décision de l'entité adjudicatrice de choisir le vainqueur ou le marché s'il était exécuté, et que les lois des différents États pourraient restreindre la capacité de l'instance administrative d'annuler un marché. On a aussi noté que cette annulation pourrait donner lieu à des demandes de réparation (alors qu'en vertu de l'article 12, l'entité adjudicatrice

n'encourrait aucune responsabilité). On laisserait le soin à l'État adoptant de régler la question du montant des réparations qu'une instance administrative de recours pourrait accorder ainsi que la question des dépens. On a souligné que l'objectif des dispositions était d'offrir une compensation suffisante pour encourager les participants au processus de passation. Il a été noté à cet égard que l'on pourrait recommander un montant prédéterminé pour la Loi type, avec un plafond maximum dépendant de la nature et de la taille du marché. En outre, même lorsque le droit administratif d'un État adoptant permettait d'adjuger des dépens, le Guide devrait inciter à la prudence afin d'éviter de décourager la participation tant aux procédures de recours qu'aux procédures de passation en général, en particulier de la part des petites et moyennes entreprises. On a également fait observer que la question des droits éventuels à acquitter pour pouvoir présenter une réclamation devrait être traitée de la même façon.

58. Notant que l'une des raisons pour lesquelles les fournisseurs non retenus pourraient être condamnés aux dépens serait de décourager les réclamations infondées, il a été convenu de présenter dans le Guide divers mécanismes permettant d'atteindre cet objectif.

6. Certaines règles applicables aux procédures de recours (article 55)

59. Il a été noté que ces règles seraient modifiées afin d'être alignées sur les articles 53 et 54 révisés. On a également indiqué au Groupe de travail que l'AMP contenait certaines règles procédurales analogues à celles énoncées à l'article 55 de la Loi type. Il a été convenu que ces règles devraient être reprises dans la Loi type et dans le Guide l'accompagnant dans un souci de cohérence et afin que ces textes conservent toute leur pertinence pour l'ensemble des États adoptants, en particulier les pays en transition ou les pays en développement susceptibles de devenir parties à l'AMP. En particulier, les dispositions de l'article 18-6 de l'AMP, qui énonçait les garanties d'une procédure régulière (telles que la nécessité de présenter le procès-verbal de la procédure de passation à l'organe de recours administratif) devraient être incorporées à l'article 55 de la Loi type.

60. Il a en outre été proposé que l'entité adjudicatrice soit tenue de présenter le procès-verbal de la procédure de passation de marché à l'organe chargé des recours et que l'article 55 énonce cette obligation.

7. Suspension de la procédure de passation du marché (article 56)

61. Les périodes de suspension prévues à l'article 56, à savoir entre 7 et 30 jours, ont été examinées au regard des délais normalement impartis pour traiter une réclamation, qui pouvaient atteindre 90 ou 100 jours dans certains systèmes. Il a été rappelé à ce propos que le paragraphe 4 de l'article 56 autorisait l'entité adjudicatrice à ne pas appliquer la suspension pour des considérations urgentes d'intérêt général. On a également fait observer que la période de suspension de 7 jours ne serait pas toujours prorogée à 30 jours, durée totale autorisée pour l'examen de la réclamation, peut-être pour des raisons politiques.

62. Le Groupe de travail a examiné les coûts et avantages de la suspension, y compris les effets perturbateurs et les retards qu'une interruption de la passation des marchés pourrait entraîner, la question de savoir si la suspension serait effective lorsqu'une entité adjudicatrice pouvait simplement attendre l'expiration de la

période de suspension puis conclure le marché (même si la réclamation était toujours en cours d'examen), la nécessité de protéger les droits des fournisseurs ou entrepreneurs pendant la période de recours, et le coût éventuel d'une solution autre que la suspension, qui consisterait à annuler un marché par la suite ou à mettre fin à la passation (ce qui entraînerait l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation).

63. On s'est interrogé sur la portée d'une suspension présumée ou automatique dans le cadre de l'article 56.

64. Il a été convenu que la période de suspension devrait être alignée sur le délai imparti à l'organe de recours pour rendre sa décision.

65. Une réclamation ne pouvant être présentée à l'entité adjudicatrice sur le fondement de l'article 53 que jusqu'à la date de soumission des offres, une suspension, a-t-on noté, risquerait de différer cette date, mais n'entraînerait pas autrement de graves conséquences. Il a donc été convenu de laisser à l'entité adjudicatrice la liberté de déterminer la période de suspension appropriée. Il a également été convenu que l'entité adjudicatrice devrait être tenue de rendre la suspension publique ou d'informer les fournisseurs ou entrepreneurs identifiés participant à la passation de son existence et, selon le cas, de sa durée, si elle était connue, et de la reprise du processus de passation. Les entités adjudicatrices seraient en mesure de déterminer le mode le plus efficace de notification ou de publication en fonction de la passation concernée. De plus, étant donné qu'une réclamation concernerait les actes de l'entité adjudicatrice, il a été convenu que l'article 53 ne devrait pas autoriser cette dernière à mettre fin à la passation.

66. Il a été noté que les conséquences d'une suspension découlant de l'article 54 pourraient être plus graves que celles résultant de l'article 53. Il faudrait donc à la fois réglementer et traiter une telle suspension avec prudence. L'organe de recours indépendant devrait opérer en deux étapes, dont la première consisterait à évaluer si la réclamation était infondée, examiner s'il était nécessaire de protéger les droits du fournisseur pendant la procédure de recours et déterminer si des considérations urgentes d'intérêt général exigeaient que la procédure de passation se poursuive sans suspension. (La seconde étape consisterait à examiner le recours lui-même.) Il a été convenu qu'une suspension prenant effet à l'issue de la première étape devrait être appliquée et rendue publique dans les plus brefs délais.

67. On a fait observer que l'expérience dans un État mettait en évidence l'intérêt d'une suspension automatique, qui pouvait être écartée par l'entité adjudicatrice dans des cas dûment justifiés. Ce système, a-t-on dit, avait pour avantage de libérer l'entité adjudicatrice de l'obligation d'évaluer le bien-fondé d'une suspension. À cela, on a répondu que cette approche n'avait pas été retenue dans l'actuelle Loi type, qui prévoyait une suspension présumée (article 56-1) et une suspension automatique (article 56-2).

68. À l'issue du débat, il a été convenu de ne pas modifier la Loi type, de sorte qu'il y aurait suspension sauf lorsque des considérations urgentes d'intérêt général exigeaient la poursuite de la passation, ou sauf lorsque la réclamation était infondée, et à condition que les règles procédurales énoncées au paragraphe 1, concernant les informations devant être communiquées par le fournisseur, soient respectées. Ainsi, l'organe de recours administratif n'aurait aucun pouvoir discrétionnaire de refuser d'appliquer la suspension. Le Guide, a-t-on fait remarquer, devrait insister sur le fait que la réclamation serait considérée comme présentée en temps voulu si elle l'était

dans le délai fixé à l'article 54, mais qu'elle devrait être formée le plus rapidement possible pour limiter au minimum toute perturbation potentielle du processus de passation.

69. Le Groupe de travail a examiné la période maximale de suspension en cas de recours devant un organe administratif indépendant. D'un côté, on a estimé que cette période pourrait être souple et être déterminée en fonction du temps nécessaire pour examiner la réclamation conformément à l'article 54-4. Ce pourrait être par exemple la "durée appropriée" telle que déterminée par l'entité adjudicatrice. À l'appui de cette proposition, on a fait valoir que la durée appropriée pourrait varier d'un cas à l'autre et devrait être laissée à l'appréciation de l'organe de recours, sans que le texte n'établisse de minimum ou de maximum explicite. En réponse, il a été déclaré que l'organe de recours devrait être tenu d'examiner la réclamation rapidement, de sorte qu'une durée maximale devrait être fixée, la période de 30 jours actuellement prévue étant généralement satisfaisante au regard de la pratique. À l'issue du débat, il a été convenu que le texte fixerait une durée maximale de 30 jours, laquelle pourrait être prorogée si les circonstances de l'espèce l'exigeaient.

70. Le Guide, est-on également convenu, devrait fournir suffisamment de détails pour aider les États adoptants à appliquer ces dispositions.

71. En ce qui concerne le paragraphe 2, qui visait le cas où le marché était entré en vigueur, il a été convenu que l'adoption d'un délai d'attente suite à l'affaire Alcatel rendait inutile la période de suspension de sept jours prévue dans ce paragraphe, si bien qu'elle serait supprimée.

72. Il a été noté que le délai d'attente précité serait contre-productif dans la situation envisagée au paragraphe 4 et qu'il serait nécessaire d'apporter les modifications appropriées à l'article 36 ainsi qu'aux dispositions relatives au recours.

73. Compte tenu des modifications ci-dessus à l'article 56, il a été proposé que ce dernier soit entièrement supprimé et que ses dispositions soient insérées aux articles 53 et 54, modifiés en fonction de la nature du recours envisagé dans chaque cas.

8. Autres questions relatives au chapitre VI

74. Le Groupe de travail a rappelé qu'il était convenu d'appliquer le droit d'appel (qui s'ajoutait au droit de recours) exigé par la Convention des Nations Unies contre la corruption. Il a donc été convenu de prévoir un droit d'appel à l'article 52 de la Loi type et de laisser à chaque État adoptant le soin de définir le mécanisme d'appel adapté à son système juridique. Étant donné les difficultés que pourrait poser l'emploi du terme "appel", il a été convenu de modifier l'article 52 pour y indiquer que la décision issue du recours initial porté devant un organe de recours indépendant conformément à l'article 54 (ou devant un organe judiciaire conformément à l'article 57 à défaut d'organe administratif dans l'État concerné) pourrait ensuite être contestée devant un second organe ou un organe supérieur. Il a été souligné également que le recours facultatif prévu à l'article 53 n'équivaudrait pas au recours initial exigé par la Convention des Nations Unies contre la corruption.

B. Projets de dispositions visant à permettre l'utilisation des accords-cadres pour la passation des marchés publics en vertu de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.62, par. 3 à 12 et A/CN.9/WG.I/WP.63, par. 3 à 35)

1. Terminologie

75. Le Groupe de travail est convenu d'employer les termes figurant au paragraphe 6 aux fins de l'examen des projets de dispositions de la Loi type et d'examiner ultérieurement la question de savoir si ces termes devaient eux-mêmes être conservés.

2. Types de procédures d'accords-cadres et conditions d'utilisation de ces procédures

Article [22 ter*]. Types de procédures d'accords-cadres et conditions d'utilisation de ces procédures*

76. On a fait observer que le Guide devrait encourager les entités adjudicatrices à soumettre la totalité des achats passés au titre d'un accord-cadre à des procédures de contrôle et de surveillance.

3. Procédures d'utilisation des accords-cadres

Article [51 octies*]. Engagement d'une procédure d'accord-cadre*

77. Il a été convenu d'actualiser le renvoi au projet d'article 22 *ter*.

Article [51 novies*]. Informations à fournir lorsque la participation à une procédure d'accord-cadre est sollicitée pour la première fois*

78. La notion d'"accords-cadres multiples" a été examinée à propos de l'alinéa f) de l'article 51 *novies*. On a fait observer que cette expression ne serait pas utilisée pour signaler l'existence de dispositions contractuelles différentes entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs parties à l'accord-cadre, mais que les accords conclus avec différents fournisseurs pouvaient comporter des différences non essentielles destinées, par exemple, à protéger les secrets commerciaux et d'autres informations commerciales sensibles. Il a été convenu de réviser le texte actuel afin de préciser que seules des différences non essentielles touchant la forme ou les conditions étaient autorisées. Il a également été convenu que des indications appropriées visant à limiter ces différences seraient fournies dans le Guide.

79. Le Groupe de travail est convenu d'ajouter dans l'alinéa h) qu'une entité adjudicatrice devrait indiquer dans le dossier de sollicitation la fréquence avec laquelle elle envisage de recourir à la concurrence lors de la deuxième étape.

80. On a demandé si l'obligation prévue à l'alinéa i) de l'article 51 *novies* d'indiquer les quantités ou de donner des estimations des achats envisagés au titre de l'accord-cadre permettrait aux entités adjudicatrices de conclure des accords-cadres tels que ceux visés à l'article 22 *ter*-4 b). Dans le cas d'achats futurs destinés à répondre à des besoins urgents, il était impossible de donner des estimations ou des quantités réalistes. Il a donc été convenu de placer le membre de

phrase “pour autant qu’elle soit connue à cette étape de la passation” à la fin du paragraphe.

81. La souplesse dont l’entité adjudicatrice bénéficierait pour les achats effectifs au titre de l’accord-cadre (qui, a-t-on fait observer, pouvaient être différents de la quantité estimée) serait expliquée dans le Guide. On a également estimé que l’on obtiendrait des résultats optimaux d’un point de vue commercial si les fournisseurs connaissaient le volume probable des commandes qui pourraient être passées au titre de l’accord-cadre et que le Guide devrait donc souligner l’importance de fournir des informations complètes dès ce stade chaque fois que cela était possible.

82. Le Groupe de travail est également convenu de modifier le texte afin que la mise en concurrence lors de la deuxième étape puisse se faire sur la base de l’offre la plus basse (et pas seulement sur la base de l’offre la plus basse selon l’évaluation), et d’examiner la terminologie utilisée à une date ultérieure.

Article [51 decies*]. Première étape d’une passation de marché reposant sur des accords-cadres*

83. Le Groupe de travail est convenu que la première étape de toute procédure de passation reposant sur des accords-cadres se déroulerait conformément aux dispositions du projet d’article 51 *octies* et il a décidé, sous réserve des modifications éventuelles qu’il pourrait proposer d’apporter aux procédures reposant sur des accords-cadres ouverts, de supprimer les mots “reposant sur des accords-cadres fermés” au paragraphe 1 et de supprimer le paragraphe 2 en totalité.

84. En ce qui concerne le paragraphe 3, il a été convenu que les parties à l’accord-cadre devraient être avisées uniquement de leur sélection et qu’il faudrait par conséquent supprimer les mots “et, le cas échéant, de leur classement”. On a ajouté que le Guide indiquerait comment se déroulerait dans la pratique une évaluation avec classement au cours de la première étape (dans le cas des accords-cadres pour lesquels une telle étape était nécessaire). Le Groupe de travail est convenu d’examiner, à propos du projet d’article 51 *undecies*, la question de savoir si une telle étape serait nécessaire ou tout au moins utile dans le cas des accords-cadres ouverts.

85. En ce qui concerne le paragraphe 4, le Groupe de travail est convenu que le texte actuel s’appliquerait aux accords-cadres fermés et qu’un texte approprié pour les accords-cadres ouverts serait examiné au titre du projet d’article 51 *undecies*.

86. Il a été confirmé que, pour la première étape de la procédure dans le cas des accords-cadres fermés, on aurait recours à une procédure d’appel d’offres normale (ou à une autre méthode de passation appropriée) comprenant une évaluation concurrentielle des offres des fournisseurs. On a rappelé à cet égard que des méthodes de passation ouvertes seraient appropriées pour cette première étape, sauf si les conditions justifiant le recours à une autre méthode de passation étaient réunies. Il a été également convenu que le recours à des procédures négociées serait inopportun.

87. Il a été convenu en outre que l’article 51 *decies* qui en résulterait s’appliquerait désormais à la première étape d’une procédure de passation reposant sur des accords-cadres fermés et que, par conséquent, le paragraphe 2 du projet de texte serait supprimé. On a ajouté que, dans le paragraphe 3 de l’article 51 *decies*, la

notion d'évaluation concurrentielle des offres remplacerait la notion de "classement" qui avait été supprimée, et que le Guide expliquerait comment cette évaluation concurrentielle fonctionnerait dans la pratique.

88. En ce qui concerne les obligations de publication énoncées au paragraphe 4, il a été convenu de conserver le texte actuel pour les accords-cadres fermés. On a demandé si l'obligation de donner le nom du ou des fournisseurs ou entrepreneurs sélectionnés pour être parties à l'accord-cadre devait également être mentionnée à l'article 14 de la Loi type. Le Groupe de travail est convenu de reporter l'examen de cette question à une session ultérieure.

Article [51 undecies*]. Dispositions supplémentaires concernant la première étape d'une passation reposant sur des accords-cadres ouverts*

89. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si une évaluation avec classement serait nécessaire ou opportune dans le cas d'un accord-cadre ouvert. Il a été dit qu'on obtiendrait peut-être un meilleur résultat en déterminant si les offres des fournisseurs étaient conformes aux conditions minimales (y compris aux spécifications) du marché. Les fournisseurs qualifiés dont les offres étaient conformes pourraient alors devenir parties à l'accord-cadre (sous réserve des limites de capacité, voir par. 103 ci-dessous). Ces fournisseurs seraient alors mis en concurrence au cours de la deuxième étape. On a dit qu'une telle formule permettrait d'éviter les difficultés pratiques que soulèverait l'utilisation d'accords-cadres ouverts comportant une évaluation continue avec classement au cours de la première étape. À l'issue d'un débat, il a été convenu de ne pas prévoir d'évaluation avec classement au cours de la première étape et de modifier les dispositions en conséquence.

90. Il a également été convenu de séparer les dispositions de la Loi type relatives aux accords-cadres ouverts de celles concernant les accords-cadres fermés.

91. Il a également été convenu que les dispositions de la Loi type régissant les procédures relatives aux accords-cadres ouverts partiraient du principe que ces procédures seraient conduites électroniquement. Cependant, il serait indiqué dans le Guide que les États adoptants pourraient s'ils le souhaitaient les conduire sur la base de documents papier (ou recourir à une combinaison de procédures électroniques et de procédures fondées sur des documents papier). Le Guide indiquerait également quelles dispositions devraient être modifiées pour permettre l'utilisation de documents papier ou de systèmes mixtes, et proposerait des libellés appropriés.

92. On a fait observer que, s'agissant des accords-cadres ouverts, la première étape consisterait à utiliser une méthode de passation ouverte, à évaluer les qualifications des fournisseurs et à examiner leurs offres par rapport aux conditions du marché, y compris ses spécifications. Les fournisseurs dont les offres seraient conformes à ces conditions deviendraient parties à l'accord-cadre.

93. On a demandé si une durée légale maximale devait être fixée pour les accords-cadres ouverts, comme l'exigeaient les directives de l'Union européenne dans le cas des systèmes d'acquisition dynamiques. On a souligné les avantages d'une certaine souplesse quant à la durée des accords-cadres ouverts de vaste portée et les coûts qu'entraînerait l'engagement de nouvelles procédures.

94. Après avoir examiné l'opportunité de permettre qu'une concurrence pleine et ouverte s'exerce périodiquement, la nécessité de réévaluer périodiquement les qualifications des fournisseurs et la conformité de leurs offres, et de déterminer si les accords-cadres correspondaient toujours aux conditions actuelles du marché, il a été convenu que les accords-cadres ouverts seraient conclus pour une période définie. En outre, on a dit que les fournisseurs hésiteraient peut-être à devenir parties à un accord non limité dans le temps.

95. On a fait observer toutefois qu'en raison de la nature ouverte de ces accords, la nécessité d'en limiter la durée ne se faisait pas autant sentir que pour les accords-cadres fermés. Le pendant de l'article 22 *ter*-3 pour les accords-cadres ouverts disposerait donc qu'"un accord-cadre ouvert est conclu pour une période déterminée", sans autre précision. On a ajouté que le Guide devrait traiter des facteurs qui déterminent la durée appropriée d'un accord-cadre, à savoir le risque que les commandes soient trop importantes, le risque accru que les marchés soient, de façon abusive, passés systématiquement avec les mêmes fournisseurs et le manque de transparence dans le cas des accords à long terme. Le Guide traiterait également de la possibilité qu'aurait l'entité adjudicatrice de résilier l'accord conformément aux dispositions de celui-ci (par exemple, en cas de changement important des conditions du marché).

96. Le Groupe de travail a examiné le degré de souplesse approprié qu'il faudrait prévoir en ce qui concerne les spécifications du marché pour les accords-cadres ouverts. Il a été noté que, dans leur rédaction actuelle, les dispositions n'autorisaient pas la modification des conditions de l'accord-cadre, mais que l'article 22 *ter*-2 a) et d) admettait, pour les marchés attribués au titre de l'accord-cadre, des changements limités à condition qu'ils n'entraînent pas de modifications essentielles.

97. On a fait observer que le degré de souplesse nécessaire serait d'autant plus grand que la durée de l'accord-cadre serait longue, en particulier si la réglementation applicable à des questions telles que le développement écologique ou durable venait à être modifiée pendant la durée de cet accord. Il a en outre été souligné qu'une certaine souplesse serait nécessaire pour assurer le bon fonctionnement des accords ouverts, en particulier par rapport à un régime plus strict qui conviendrait aux accords-cadres fermés.

98. Il a été noté en réponse que la souplesse, et la marge d'appréciation qui en résulterait pour modifier les spécifications à l'une ou l'autre étape de la procédure, risquaient d'accroître le risque d'abus et que des limites seraient nécessaires pour atténuer ce risque. Certains États adoptants plus exposés à la corruption, a-t-on indiqué, comptaient adopter la Loi type, dont les règles de transparence participaient de la lutte contre ce phénomène. La prudence a donc été préconisée.

99. Selon l'avis qui l'a emporté, le texte proposé pour la Loi type ne serait pas modifié, mais les avantages et les risques d'une telle souplesse pourraient être étudiés en détail dans le Guide (en référence à l'article 22 *ter*-2 a) et d)).

100. Il a été rappelé que le Groupe de travail était précédemment convenu de ne prévoir dans la Loi type aucune disposition sur les listes de fournisseurs en raison des abus constatés lors de leur utilisation. Il a été noté que l'une des principales différences entre les accords-cadres et les listes de fournisseurs tenait au fait que les premiers énonçaient des spécifications suffisamment détaillées de sorte qu'elles

n'avaient pas à être complétées pour effectuer une passation. À titre de comparaison, les listes de fournisseurs ne contenaient pas de spécifications à ce niveau. Il fallait donc veiller à ce que les dispositions relatives aux spécifications dans les accords-cadres ouverts soient suffisamment précises pour qu'on aboutisse bien à un accord-cadre et non à une liste de fournisseurs. Il a été convenu d'examiner dans le Guide les différences entre les deux mécanismes et leurs conséquences.

101. Le Guide, est-on convenu, examinerait aussi les limites aux modifications pouvant être apportées aux spécifications des marchés attribués au titre d'accords-cadres. Par exemple:

a) Toute modification des spécifications, qui aux termes de l'article 22 *ter*-2 a) et d) devait se limiter à des éléments mineurs et non essentiels, devrait être annoncée à l'avance, de préférence dans le dossier de sollicitation, avec indication d'une fourchette éventuelle;

b) Les motifs de la modification devraient être consignés;

c) Le sens de l'adjectif "essentiel" devrait être examiné. Toute modification rendant non conformes les offres des fournisseurs qui étaient parties à l'accord-cadre, ou toute modification qui rendrait conformes des offres précédemment non conformes, serait considérée comme une modification essentielle, de même que toute modification entraînant un changement de situation des fournisseurs en ce qui concerne leur qualification;

d) Toute modification qui entraînerait des problèmes de concurrence, de transparence ou d'intégrité serait également considérée comme essentielle.

102. En ce qui concerne le paragraphe 2 a), il a été convenu que l'entité adjudicatrice devrait procéder à la republication aussi souvent que possible, compte tenu des circonstances du marché concerné, mais au moins une fois par an, et que la réglementation des marchés devrait indiquer ce minimum. Il a également été convenu que la republication devrait se faire au lieu où la sollicitation avait été initialement publiée conformément à l'article 51 *novies*. De plus, étant donné que les dispositions traitaient des procédures électroniques, la republication devrait indiquer l'adresse du site Web où figuraient les éléments d'information mentionnés à l'article 51 *novies* g). Tout nouveau participant à l'accord ferait l'objet d'une publicité sur le site Web. Le Guide examinerait les questions exposées dans la note de bas de page 29 du document A/CN.9/WG.I/WP.62. Il a été souligné que l'entité adjudicatrice était responsable d'une telle publication.

103. Pour ce qui est du paragraphe 5, il a été convenu de supprimer le texte entre crochets. Le Guide expliquerait que seules des contraintes techniques ou des contraintes de capacité pourraient limiter le nombre de parties à l'accord-cadre et que ces contraintes devraient être justifiées dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché (en revanche, l'étendue de ces contraintes n'aurait pas à être déterminée à l'avance).

104. Il a été convenu que le paragraphe 7 serait supprimé car il n'était plus nécessaire suite aux décisions du Groupe de travail concernant l'étendue de la mise en concurrence lors de la première étape des accords-cadres ouverts.

Article [51 duodecies*]. Deuxième étape d'une passation reposant sur des accords-cadres fermés sans mise en concurrence au cours de cette étape*

105. Il a été décidé de supprimer le paragraphe 4 et la première phrase du paragraphe 5 de l'article 51 *duodecies*, qui étaient inutilement détaillés, et de supprimer également le mot "autres" dans la deuxième phrase du paragraphe 5.

Article [51 terdecies*]. Deuxième étape d'une passation reposant sur des accords-cadres fermés avec mise en concurrence au cours de cette étape*

106. Compte tenu des suppressions décidées ci-dessus, on est convenu que les articles 51 *duodecies* et 51 *terdecies* devraient être fusionnés. On est également convenu de supprimer les crochets dans le paragraphe 4 de l'article 51 *terdecies*; d'insérer l'article "the" avant "suppliers or contractors" dans la version anglaise du paragraphe 5; de supprimer le texte entre crochets dans les alinéas b) et c) du paragraphe 6 et de fusionner les alinéas; d'inclure une référence au coefficient de pondération des critères de sélection à l'alinéa d) du paragraphe 6; et de supprimer le paragraphe 8.

107. On est aussi convenu de revoir le paragraphe 9 pour veiller à ce qu'il permette l'utilisation des enchères électroniques inversées dans les procédures d'accords-cadres.

Article [51 quaterdecies*]. Deuxième étape d'une passation reposant sur des accords-cadres ouverts*

108. On est convenu que le texte devrait être aligné sur l'article 51 *terdecies* s'agissant de la mise en concurrence au cours de la deuxième étape, de sorte que les articles seraient identiques, la seule différence étant l'insertion du paragraphe 2 à l'article 51 *terdecies*. On a noté qu'il était nécessaire d'assurer la cohérence des termes utilisés dans les différentes versions linguistiques.

Article [51 quindecies*]. Attribution du marché au titre d'un accord-cadre*

109. On a noté qu'il pourrait être nécessaire, le moment venu, de réviser cet article pour tenir compte de l'examen par le Groupe de travail des dispositions régissant l'entrée en vigueur du marché dans les articles 13 et 36.

4. Autres questions posées par l'utilisation des procédures d'accords-cadres

110. On est convenu que le terme "offres soumises à la deuxième étape" serait utilisé pour désigner les offres faites lors de la deuxième étape des procédures d'accords-cadres.

C. Projets de dispositions pour le texte du Guide sur les dispositions régissant les accords-cadres dans les passations de marchés publics en vertu de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.63)

111. Rappelant sa décision précédente selon laquelle le Guide devrait être adressé aux législateurs et aux autorités de réglementation sous la forme d'un seul et même document composite, le Groupe de travail s'est demandé s'il convenait de donner

également des orientations aux agents (puisqu'il s'agirait de conseils pratiques et non de principes directeurs).

112. Le Groupe de travail a approuvé la portée et le degré général de détail du projet de texte destiné au Guide et a fait les propositions suivantes:

a) Dans le paragraphe 5, se référer à des termes autres que "accords-cadres" pour décrire des procédures analogues;

b) Dans le paragraphe 7, parler de "coût administratif moindre" plutôt que de "plus faible coût", et noter qu'une mise en concurrence lors de la deuxième étape permettrait de réduire davantage les coûts;

c) Dans la deuxième phrase du paragraphe 9, remplacer le mot "car" par "lorsque";

d) Commencer le paragraphe 10 par une mise en garde, à savoir que, si les précautions nécessaires pour garantir la concurrence et la transparence n'étaient pas prises, les conséquences décrites dans ce paragraphe risquaient de se produire;

e) Dans le paragraphe 20, ajouter une référence aux avantages commerciaux des accords-cadres qui lient les deux parties;

f) Ajouter, comme raison supplémentaire de limiter la durée des accords-cadres ouverts, le fait que la situation des fournisseurs concernant leur qualification puisse changer pendant la durée de l'accord;

g) Dans le paragraphe 23, séparer les descriptions concernant la mesure dans laquelle les conditions d'un marché seraient fixées lors de la première étape de la procédure d'accord-cadre;

h) Dans le paragraphe 29, veiller à ce que la référence à l'indication du choix d'une procédure d'accord-cadre dans le procès-verbal de la procédure de passation ne prévoie pas que l'entité adjudicatrice doit justifier son choix, et s'assurer que la même considération prévaut pour le projet d'article 51 *octies*, paragraphe 2, dans le texte de la Loi type;

i) Dans le paragraphe 30, remplacer l'expression "articles bon marché" par "articles standardisés et régulièrement utilisés", et donner des exemples qui portent sur des biens plutôt que sur des services.

D. Discussion relative à la finalisation et à l'adoption de la Loi type révisée et du Guide

113. Rappelant qu'à sa quarante et unième session, la Commission l'avait invité à terminer le plus vite possible son projet de réforme pour permettre la finalisation et l'adoption de la Loi type révisée et du Guide dans un délai raisonnable (A/63/17, par. 307), le Groupe de travail est convenu que sa première priorité serait d'achever ses travaux sur le texte de la Loi type. Il a donc décidé qu'une version complète du texte révisé de la Loi type lui serait présenté pour qu'il l'examine à sa quinzième session, qui se tiendra du 9 au 13 février 2009 à New York. Il est aussi convenu que son objectif était de soumettre ce texte, avec les modifications qui lui auront été apportées pour tenir compte de ses délibérations à sa quinzième session, à la Commission pour examen à sa quarante-deuxième session.

114. Afin qu'à sa quinzième session il puisse examiner le plus efficacement et le plus rapidement possible les modifications proposées, le Groupe de travail est également convenu qu'une version informelle du texte dans sa langue originale serait publiée sur le site Web de la CNUDCI dès qu'elle serait disponible afin que les délégués et les observateurs puissent s'en servir pour mener leurs consultations avant la quinzième session. Enfin, et compte tenu du fait que les modifications traiteraient de questions que le Groupe de travail avait examinées lors de ses débats de fond jusqu'à ce jour et d'autres questions qui lui restaient à examiner en détail, le Secrétariat a été prié de mettre en évidence ces dernières modifications pour faciliter les consultations.

115. Le Groupe de travail a entendu une explication sur le processus de révision et de consultation précédant la soumission du texte révisé définitif de la Loi type à la Commission. Il a été noté, à cet égard, que les modifications apportées au Guide à l'intention des législateurs seraient rédigées dans un deuxième temps, et que le Secrétariat fournirait, dans toute la mesure du possible, un avant-projet de ces modifications afin de faciliter l'examen du texte révisé de la Loi type lors de la session de la Commission. La Commission pourrait aussi, si elle en a le temps, examiner cet avant-projet.

E. Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – conflits d'intérêts (A/CN.9/WG.I/WP.64, par. 10 à 33)

116. S'agissant des conflits d'intérêts, le Groupe de travail a examiné les informations fournies à la section III du document A/CN.9/WG.I/WP.64 sur la manière dont ce sujet était traité dans différents systèmes. Les différents pays ont partagé leurs données d'expériences. Étant donné que la Convention des Nations Unies contre la corruption exige que les systèmes de passation de marchés traitent de cette question, et que les États possèdent des normes et des traditions juridiques différentes, le Groupe de travail est convenu que la Loi type elle-même devrait contenir des dispositions exposant les principes pertinents. Il a aussi été convenu que le Guide expliquerait les considérations de principe en question en se fondant sur les expériences et les exemples examinés à cette session. Les principes seraient inclus dans trois sections de la Loi type: premièrement, en s'inspirant des dispositions de la Convention contre la corruption, en prévoyant à l'article 4 que le texte des règlements en matière de passation des marchés doive traiter des conflits d'intérêts, deuxièmement, en prévoyant à l'article 15 les conséquences d'un conflit d'intérêts sur le déroulement d'une passation ou l'attribution d'un marché, et troisièmement, pour traiter de la question du recours au titre de l'article 54. Il a été convenu que ces propositions seront examinées pendant la quinzième session du Groupe de travail.

B. Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – projets de textes sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, la publication d'informations relatives à la passation des marchés, les enchères électroniques inversées et les offres anormalement basses, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa quatorzième session

(A/CN.9/WG.I/WP.61) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-2
II.	Projets de dispositions portant sur la publication d'informations relatives à la passation des marchés (A/CN.9/WG.I/WP.58, par. 3 et 4)	3-7
III.	Projets de dispositions relatives à l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.58, par. 5 et 6)	8-14
	A. Texte du Guide pour l'incorporation traitant de l'article [5 *bis*]: Communications dans la passation des marchés	8-12
	B. Ouverture des offres (A/CN.9/WG.I/WP.58, par. 9 et 10)	13-14
IV.	Projets de dispositions sur les offres anormalement basses: texte du Guide pour l'incorporation accompagnant le projet d'article 12 *bis*	15
V.	Projets de dispositions visant à permettre le recours aux enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics en vertu de la Loi type	16-18
	A. Texte du Guide pour l'incorporation accompagnant le projet d'article 22 *bis*, conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées (A/CN.9/WG.I/WP.59, par. 3)	16
	B. Procédures préalables à la phase d'enchère proprement dite et pendant la phase d'enchère: projets d'articles 51 *bis* à *septies* (A/CN.9/WG.I/WP.59, par. 5)	17-18

I. Introduction

1. L'historique des travaux actuellement menés par le Groupe de travail I (Passation de marchés) pour revoir la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services ("Loi type") (A/49/17 et Corr.1, annexe I) est présenté aux paragraphes 12 à 85 du document A/CN.9/WG.I/WP.60, dont celui-ci sera saisi à sa quatorzième session. Le Groupe de travail a pour tâche principale d'actualiser et de réviser la Loi type, afin de tenir compte des évolutions

récentes, notamment de l'utilisation des communications électroniques et des technologies de l'information dans la passation des marchés publics.

2. La présente note a été établie pour rendre compte de l'examen par le Groupe de travail des projets de dispositions, ainsi que du texte du Guide pour l'incorporation qui les accompagne, sur la publication d'informations relatives à la passation des marchés, l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, les enchères électroniques inversées et l'annulation des offres anormalement basses. À la treizième session, des modifications rédactionnelles ont été proposées et sont présentées ci-après pour faciliter l'examen ultérieur de ces dispositions par le Groupe de travail à une prochaine session[1].

II. Projets de dispositions portant sur la publication d'informations relatives à la passation des marchés (A/CN.9/WG.I/WP.58, par. 3 et 4)[2]

3. À sa treizième session, le Groupe de travail a examiné le projet d'article proposé intitulé "Article 5. Publicité de la réglementation des marchés et des informations sur les possibilités de marchés à venir", dont le paragraphe 3 est libellé comme suit:

> "3) Les entités adjudicatrices peuvent publier épisodiquement des informations sur les possibilités de marchés. Cette publication ne constitue pas une sollicitation et n'oblige pas l'entité adjudicatrice à faire paraître des sollicitations pour les possibilités de marchés recensées." (non souligné dans le texte)

4. La question examinée par le Groupe de travail était de savoir quelle était censée être l'étendue des "possibilités de marché" décrites. Il a été noté que cette expression n'était pas définie dans le texte ni dans le Guide pour l'incorporation.

5. Il a également été rappelé que cette disposition visait à faciliter la concurrence en informant les fournisseurs qu'une passation de marchés pourrait avoir lieu à court ou moyen terme et en contribuant à imposer une discipline en matière de planification aux entités adjudicatrices (ces objectifs ont fait l'objet d'explications dans le reste du texte du Guide pour l'incorporation traitant de l'article 5 proposé, figurant au paragraphe 4 du document A/CN.9/WG.I/WP.58).

---

[1] A/CN.9/648, par. 15. Le Groupe de travail a examiné les documents A/CN.9/WG.I/WP.58 et A/CN.9/WG.I/WP.59. Les détails de ses commentaires n'ayant pas, faute de place, été consignés dans son rapport, ils sont reproduits dans la présente note pour aider le Groupe de travail lorsqu'il réexaminera les propositions de textes. Les références sont donc indiquées dans les titres des sections du présent document pour permettre au Groupe de travail de localiser les projets de textes concernés. Lorsqu'il n'y a pas eu de commentaires relatifs aux projets de textes figurant dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.58 et A/CN.9/WG.I/WP.59, les sections correspondantes sont omises mais le Groupe de travail souhaitera peut-être les revoir quand il reviendra à ces notes le moment venu.

[2] Le Groupe de travail a observé à sa treizième session que les suggestions faites étaient préliminaires et que d'autres seraient probablement formulées à une prochaine session.

6. Il a été suggéré d'appuyer ces objectifs en ajoutant une référence aux plans de passation pour compléter les "informations sur les possibilités de marché à venir" et de mentionner cette référence dans le Guide pour l'incorporation plutôt que dans le texte de la Loi type. Les orientations insistaient actuellement sur le caractère facultatif et non contraignant de cette publication, qui serait donc encouragée et non exigée par les dispositions et ne constituerait donc aucune forme de sollicitation, et notaient également qu'il n'y aurait pas de voie de recours pour le fournisseur si les informations se révélaient inexactes ou si elles changeaient. Ainsi, les entités adjudicatrices ne courraient pas de risques en publiant des plans de passation, ce qui contribuerait de façon importante à encourager un tel partage des informations, ce qui était l'un des objectifs de la disposition.

7. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la partie révisée suivante du paragraphe 6 du texte proposé pour le Guide pour l'incorporation, qui a pour but de préciser les objectifs de la disposition décrite ci-dessus:

> "6. Le paragraphe 3 de l'article permet la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir et les plans de passation. Le corps législatif pourra considérer qu'il est approprié de mettre en évidence les avantages de la publication de telles informations et que les entités adjudicatrices ne s'engagent pas en le faisant. Par exemple, leur publication peut obliger les entités adjudicatrices à planifier les marchés, réduire le nombre de marchés passés "au coup par coup" ou "dans l'urgence" et par conséquent diminuer le recours à des méthodes de passation moins concurrentielles. Elle peut également renforcer la concurrence car elle permettrait à un plus grand nombre de fournisseurs de prendre connaissance des possibilités de marchés, de voir s'ils sont intéressés par une participation et de la préparer alors à l'avance. La publication de ces informations peut en outre avoir une incidence positive dans un contexte plus général de gouvernance, notamment dans l'ouverture de la passation des marchés à l'examen du grand public et à la participation des communautés locales. ..."

III. Projets de dispositions relatives à l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.58, par. 5 et 6)[3]

A. Texte du Guide pour l'incorporation traitant de l'article [5 *bis*]: Communications dans la passation des marchés

8. À sa treizième session, pendant son examen du projet d'article 5 *bis*, Communications dans la passation des marchés, le Groupe de travail a souligné qu'il était important d'autoriser l'utilisation de plusieurs moyens de communication dans la passation de marchés.

9. Toutefois, il a été demandé si une flexibilité totale à cet égard pouvait signifier que les informations contenues dans le dossier de sollicitation étaient effectivement

---

[3] Le Groupe de travail a observé à sa treizième session que les suggestions étaient préliminaires et que d'autres seraient probablement faites à une prochaine session.

sans importance. Par exemple, le dossier de sollicitation pourrait autoriser tous les moyens de communication possibles à n'importe quel stade du processus pour prévenir des difficultés en cas de changement de moyen pendant la passation. En outre, il a été observé que rien ne laissait entendre que l'efficacité dicterait l'utilisation d'un seul moyen de communication, ou d'aussi peu de moyens que possible, et que le texte pouvait l'indiquer.

10. Le Groupe de travail souhaitera donc peut-être examiner les propositions suivantes pour le paragraphe 5 du projet de Guide pour l'incorporation relatif à l'article 5 *bis*:

> "5) Pour assurer la prévisibilité ainsi qu'un examen, un contrôle et un audit appropriés, le paragraphe 3 de l'article exige que l'entité adjudicatrice spécifie, lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, toutes les conditions de forme et de moyens de communication pour une passation de marché déterminée. Elle doit indiquer clairement si une ou plusieurs formes et moyens de communication peuvent être utilisés et, le cas échéant, quelle forme et quels moyens doivent l'être pour chaque stade de la procédure de passation et pour quels types d'informations ou catégories d'informations ou actions. Par exemple, des dispositions spéciales peuvent se justifier dans le cas d'une soumission de dessins techniques complexes ou d'échantillons, ou d'une sauvegarde nécessaire lorsque les données risquent d'être perdues si elles ne sont soumises que sous une seule forme ou avec un seul moyen. L'entité adjudicatrice peut, dès le début de la passation du marché, envisager qu'elle pourra changer les conditions de forme et/ou les moyens de communication pendant une passation de marché donnée. Cette option pourrait se justifier, par exemple, dans les passations de marchés à long terme, comme ceux qui reposent sur des accords-cadres en vertu de l'article [...] de la présente Loi. En pareil cas, l'entité adjudicatrice, outre qu'elle se réservera cette possibilité lorsqu'elle sollicitera pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation du marché, devra veiller à ce que les garanties énoncées à l'article [5 *bis*-4] soient respectées lors du choix de toute nouvelle condition et/ou tout nouveau moyen de communication et que tous les intéressés soient promptement avisés du changement. Toutefois, l'utilisation de plusieurs moyens de communication, ou l'indication que les moyens peuvent changer pendant la passation, auront des incidences à la fois sur l'efficacité de la procédure de passation et la validité des informations concernant les moyens de communication, de sorte que les entités adjudicatrices devraient ainsi envisager uniquement les moyens de communication, et leurs changements, qui sont justifiables et dont on peut prévoir qu'ils seront appropriés pour la passation concernée."

11. Enfin, étant donné que le texte du Guide pour l'incorporation relatif aux communications dans la passation de marchés ne vise pas à encourager l'utilisation des communications électroniques, en grande partie parce qu'il faut examiner s'il serait approprié d'autoriser l'autorité adjudicatrice à insister sur des moyens particuliers dans chaque État adoptant, il a été suggéré que des observations sur les avantages des communications électroniques dans la passation de marchés et les garanties à appliquer seraient utiles dans une introduction générale à la passation électronique de marchés dans la Loi type.

12. À cet égard, le Groupe de travail se rappellera peut-être qu'il était convenu d'insérer une telle introduction générale dans la partie du Guide précédant les observations article par article pour examiner les avantages et les inconvénients de la passation électronique (y compris l'utilisation des communications électroniques dans la passation), l'articulation entre la passation électronique des marchés et la législation sur le commerce électronique et l'approche générale suivie par la Loi type révisée pour réglementer la passation électronique des marchés[4]. Le Groupe de travail souhaitera peut-être inclure les points suivants dans les orientations concernées, de manière à introduire des concepts qui seront examinés en détail dans les observations article par article (au besoin avec des renvois):

a) Un examen de "l'approche de l'équivalent fonctionnel", qui permet d'utiliser les communications électroniques pour tout écrit, signature, document ou réunion;

b) Un examen des implications de la reconnaissance juridique que l'on trouve dans les lois sur le commerce électronique et non dans la Loi type elle-même;

c) Un examen des garanties nécessaires lorsque l'on prévoit des communications électroniques, notamment que le choix du moyen de communication par l'entité adjudicatrice est soumis à des dispositions non discriminatoires, que le choix doit être indiqué dans le dossier de sollicitation et que des mesures assurant l'authenticité, l'intégrité et la confidentialité sont requises;

d) Un examen des moyens d'obtenir les avantages de la passation électronique de marchés, y compris à la fois l'efficacité administrative pendant la passation et l'amélioration de la transparence et du contrôle. À cet égard, les orientations du Guide pourraient montrer que l'on parvient le mieux à obtenir cette dernière lorsque les systèmes de passation, de responsabilité et de contrôle sont intégrés et lorsque tous les stades de la passation, de la planification à l'administration du marché, sont inclus;

e) Le fait que les avantages de l'efficacité administrative ne peuvent peut-être pas être obtenus dans toutes les passations de manière égale: on considère généralement qu'ils sont applicables en particulier aux passations simples et ont moins d'impact dans les passations de marchés complexes.

B. Ouverture des offres (A/CN.9/WG.I/WP.58, par. 9 et 10)

13. À sa treizième session, le Groupe de travail a examiné le texte proposé pour insertion dans le Guide pour accompagner le projet d'article 33-2, Ouverture des offres, en insistant sur l'obligation pour les participants à une ouverture virtuelle des offres de pouvoir suivre la procédure "pleinement et en direct", qui était expliquée au paragraphe 2 du projet. Il a été dit que le texte sous sa forme actuelle était trop long, et qu'il tirerait profit d'une discussion distincte sur les termes "entièrement et en direct", et sur la manière de traiter les irrégularités qui se produisaient pendant

---

[4] A/CN.9/595, par. 18 à 22, A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 13, A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, par. 2. et A/CN.9/WG.I/WP.54, par. 25.

une enchère. En conséquence, le paragraphe proposé a donc été scindé en trois et modifié comme suit:

> "2. Le paragraphe 2 énonce la règle selon laquelle l'entité adjudicatrice doit permettre à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des offres ou à leurs représentants d'assister à l'ouverture des offres. Ils peuvent y assister en personne ou se faire représenter par des moyens qui sont conformes aux conditions énoncées à l'article 5 *bis* de la Loi type (pour l'examen des dispositions pertinentes, voir par. [...] du présent Guide)[5]. La deuxième phrase du paragraphe 2 de l'article 33 complète les dispositions de l'article [5 *bis*-4] en précisant que, dans le contexte de l'ouverture des offres, les fournisseurs et les entrepreneurs sont réputés avoir été autorisés à être présents à l'ouverture des offres s'ils ont eu la possibilité d'être pleinement informés de l'ouverture des offres en direct. Cette disposition est conforme à celles des autres instruments internationaux.
>
> L'expression "pleinement et en direct" signifie dans ce contexte que les fournisseurs et entrepreneurs participant à la réunion ont la possibilité de suivre (oralement ou par écrit) toutes les informations communiquées pendant l'ouverture. Cette possibilité doit être donnée au même moment où toute personne physiquement présente à l'ouverture des offres suivrait ou entendrait les informations en question, sous réserve du temps pris pour les télécharger là où elles doivent être lues. Les informations en question comprennent les annonces faites conformément à l'article 33-3.
>
> Les fournisseurs doivent également être en mesure d'intervenir lorsque des irrégularités se produisent, dans la mesure où ils seraient autorisés à le faire s'ils étaient physiquement présents. Le système en place doit donc être capable de recevoir les observations des fournisseurs et d'y donner suite sans retard. Il peut exister différentes méthodes pour satisfaire à l'obligation d'informer pleinement les fournisseurs en direct au moyen d'un système informatique. Quelles que soient les méthodes utilisées, des informations suffisantes les concernant doivent être communiquées aux fournisseurs ou entrepreneurs longtemps à l'avance pour leur permettre de prendre toutes les mesures nécessaires pour se connecter au système de manière à suivre l'ouverture des offres."

14. Pour ce qui est des risques concernant l'intégrité des offres en cas d'ouverture automatisée de ces dernières, on a fait observer à la treizième session que la dernière partie du paragraphe 4 du texte du Guide pour l'incorporation accompagnant l'article 33-2 devrait être modifiée. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le projet révisé ci-après:

---

[5] L'article [5 *bis*-3 d)] exige que l'entité adjudicatrice, lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, spécifie les moyens à utiliser pour tenir toute réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs. Conformément à l'article [5 *bis*-4], ces moyens doivent être facilement utilisables avec ceux couramment utilisés par les fournisseurs ou entrepreneurs dans le contexte considéré et doivent permettre à ceux-ci de participer pleinement et en direct à la réunion. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si un renvoi à ces dispositions serait suffisant, ou si elles devraient être insérées dans cette section du Guide, soit dans le paragraphe soit dans une note de bas de page.

"4. … Des mesures appropriées devraient être mises en place pour éviter que l'intégrité des offres soit compromise, éviter leur suppression ou éviter la destruction du système lorsque celui-ci les ouvre. Le système doit également être installé de manière à permettre la traçabilité de toutes les opérations relatives aux offres soumises, notamment, l'identification de la personne qui a ouvert chaque offre et ses parties, et la date et l'heure auxquelles chacune a été ouverte. Il doit également garantir que seules les personnes autorisées à étudier leur teneur et leurs données (par exemple les membres d'un comité d'évaluation ou des auditeurs aux stades ultérieurs de la procédure de passation) y auront accès par la suite. Ces questions et des questions techniques connexes devraient être abordées dans les règlements en matière de passation des marchés et autres règlements devant être adoptés par l'État adoptant."

IV. Projets de dispositions sur les offres anormalement basses: texte du Guide pour l'incorporation accompagnant le projet d'article 12 *bis*

15. Le Groupe de travail a examiné les projets de dispositions du Guide appuyant l'article 12 *bis* proposé, Rejet des offres, propositions, prix ou soumissions anormalement bas, à ses onzième et douzième sessions[6]. Le texte révisé, incorporant les suggestions faites, est le suivant:

"1) L'article a pour objet de permettre à l'entité adjudicatrice, mais non de lui imposer, de rejeter les offres, propositions, prix ou soumissions anormalement bas (ci-après dénommés "offres anormalement basses") qui suscitent chez elle des craintes quant à l'aptitude du fournisseur ou de l'entrepreneur qui les a présentés à exécuter le marché. Il s'applique à toute procédure de passation de marché prévue dans la Loi type, y compris une procédure reposant sur des enchères électroniques inversées, dans lesquelles on peut considérer que les risques d'offres anormalement basses sont plus grands que dans d'autres méthodes de passation, en particulier lorsque la technique est nouvelle pour le système concerné.

2) L'article n'exige l'approbation d'aucune autorité administrative supérieure pour que l'entité adjudicatrice prenne les mesures qui y sont mentionnées, et n'oblige pas non plus l'entité adjudicatrice à rejeter une offre anormalement basse.

3) L'article prévoit des garanties visant à protéger les intérêts légitimes des deux parties (entités adjudicatrices et fournisseurs et entrepreneurs). D'une part, il permet à l'entité adjudicatrice de traiter les offres susceptibles d'être anormalement basses avant la conclusion du marché. Du point de vue de cette dernière, une offre anormalement basse comporte le risque que le marché ne puisse être exécuté, ou ne puisse l'être au prix présenté, ce qui peut renchérir

---

[6] A/CN.9/623, par. 48, 53 et 55 et A/CN.9/640, par. 42, 48 et 49. Le Groupe de travail a observé à ces sessions que les suggestions étaient préliminaires et que d'autres seraient probablement faites à une session ultérieure.

et retarder le projet et, partant, accroître les prix et désorganiser le marché concerné. L'entité adjudicatrice devrait donc prendre des mesures pour éviter de courir un tel risque.

4) D'autre part, l'entité adjudicatrice ne peut pas automatiquement rejeter une offre sur le seul fondement que le montant indiqué semble anormalement bas. En octroyant un tel droit aux entités adjudicatrices, on introduirait une possibilité d'abus, car les offres pourraient être rejetées au motif qu'elles sont anormalement basses sans justification, ou en vertu d'un critère purement subjectif. Ce risque serait particulièrement important dans la passation de marchés internationaux, où un prix anormalement bas dans un pays pourrait être parfaitement normal dans un autre. De plus, certains prix peuvent sembler anormalement bas s'ils sont inférieurs au coût de revient; mais la vente à perte de vieux stocks ou la fixation de prix inférieurs au coût de revient pour occuper la main-d'œuvre pourraient, sous réserve des réglementations applicables en matière de concurrence, être légitimes.

5) Pour ces raisons, l'article protège les fournisseurs et les entrepreneurs contre la possibilité de décisions arbitraires et de pratiques abusives de la part des entités adjudicatrices, en permettant de ne rejeter une offre anormalement basse que lorsque l'entité adjudicatrice entretient des craintes quant à l'aptitude du fournisseur ou de l'entrepreneur à exécuter le marché, et en exigeant que le bien-fondé de ces craintes soit démontré, sans préjudice toutefois de toute autre loi applicable qui pourrait lui imposer de rejeter les offres anormalement basses, par exemple, en cas d'infractions (comme le blanchiment d'argent) ou de pratiques illégales (comme le non-respect des obligations relatives au salaire minimal ou à la sécurité sociale).

6) En conséquence, les alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'article énoncent les mesures que l'entité adjudicatrice doit prendre avant de pouvoir rejeter l'offre anormalement basse, afin de garantir la régularité de la procédure et de préserver les droits du fournisseur ou de l'entrepreneur concerné.

7) Premièrement, elle doit demander par écrit au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné des précisions sur les éléments de l'offre dont elle estime qu'ils doivent être pris en compte pour justifier le prix indiqué. Il peut s'agir des méthodes et de l'économie du procédé de fabrication des biens ou du procédé de construction ou de la prestation des services; des solutions techniques adoptées et/ou des conditions exceptionnellement favorables dont dispose le fournisseur ou l'entrepreneur pour exécuter les travaux ou pour fournir les biens ou les services; ou de l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le fournisseur ou l'entrepreneur.

8) L'État adoptant peut choisir de prévoir dans sa réglementation le type d'informations que l'entité adjudicatrice peut demander pour cette procédure de justification du prix. À cet égard, il convient de noter que l'entité adjudicatrice évalue si le prix est réaliste (par référence aux éléments constitutifs de l'offre, comme ceux qui sont examinés dans le paragraphe précédent), et utilise des éléments comme les estimations effectuées avant la présentation des offres, les prix du marché ou ceux de marchés antérieurs, le cas échéant. Il ne conviendrait peut-être pas de demander des informations sur les coûts de base que les fournisseurs et entrepreneurs auront utilisés pour

déterminer le prix même. L'évaluation des coûts pouvant être lourde et complexe et n'étant pas possible dans tous les cas, la capacité des entités adjudicatrices à évaluer les prix par rapport aux coûts risque d'être limitée. Dans certains États, la loi peut interdire aux entités adjudicatrices d'exiger des informations relatives à la structure des coûts, en raison du risque qu'il en soit fait une utilisation abusive.

9) Deuxièmement, l'entité adjudicatrice devrait tenir compte de la réponse du fournisseur ou de l'entrepreneur pour l'évaluation du prix. Si un fournisseur refuse de communiquer les informations demandées par l'entité adjudicatrice, ce refus ne conférera pas automatiquement à celle-ci le droit de rejeter l'offre anormalement basse.

10) Troisièmement, et si, après la justification du prix, l'entité adjudicatrice conserve des craintes quant à l'aptitude du fournisseur ou de l'entrepreneur à exécuter le marché, elle doit consigner ces craintes et les motifs qui en sont à l'origine dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché conformément au paragraphe 1) c) de l'article. Cette disposition a été introduite pour garantir que toute décision de rejeter l'offre anormalement basse est prise sur une base objective, et qu'auparavant, l'entité adjudicatrice consigne dûment toutes les informations concernant cette décision, de sorte qu'elle puisse répondre de ses choix et assurer la transparence et l'objectivité de la procédure.

11) Ce n'est qu'après avoir rempli les conditions décrites aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 que l'entité adjudicatrice peut rejeter l'offre anormalement basse. La décision de rejet doit figurer dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché et être promptement communiquée au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné, en vertu du paragraphe 2 de l'article. [Si le Groupe de travail décide qu'il devrait être possible de faire appel de la décision de rejet, ce dont il décidera lorsqu'il examinera le Chapitre VI de la Loi type, les références et les commentaires seraient insérés ici.]

12) Les États adoptants devraient savoir que, hormis les mesures mentionnées dans cet article, d'autres mesures peuvent prévenir efficacement les risques liés à l'exécution découlant d'offres anormalement basses. L'évaluation approfondie des qualifications des fournisseurs (conformément aux articles 6 et 7 de la Loi type), et l'évaluation de leurs offres, propositions, prix ou soumissions (conformément à l'article 34 et à son équivalent pour les méthodes de passation autres que l'appel d'offres) peuvent jouer un rôle particulièrement important dans ce contexte. Ces mesures, à leur tour, supposent que les exigences en matière de qualifications soient bien formulées et les spécifications précisément rédigées. Les entités adjudicatrices devraient recevoir des instructions appropriées à cette fin, et être conscientes de la nécessité de réunir des informations exactes et complètes sur les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, y compris sur leurs résultats antérieurs, et d'accorder lors de l'évaluation l'attention voulue à tous les aspects des offres, propositions, prix ou soumissions, et non pas seulement au prix (par exemple les frais d'entretien et de remplacement, le cas échéant). Ces mesures peuvent identifier efficacement les risques liés à l'exécution.

13) Il est possible également: i) de faire prendre conscience aux responsables de la passation des effets préjudiciables des offres anormalement basses; ii) de leur offrir des formations, ainsi que des ressources et des informations suffisantes, y compris des prix de référence ou des prix du marché; et iii) de leur accorder suffisamment de temps pour chaque étape de la procédure de passation. Pour dissuader la soumission d'offres anormalement basses et promouvoir un appel d'offres responsable de la part des fournisseurs et entrepreneurs, il peut être souhaitable que les entités adjudicatrices spécifient dans le dossier de sollicitations ou d'autres documents équivalents que les soumissions peuvent être rejetées si elles sont anormalement basses et suscitent des préoccupations chez l'entité adjudicatrice quant à la capacité du fournisseur ou entrepreneur à exécuter le marché."

V. Projets de dispositions visant à permettre le recours aux enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics en vertu de la Loi type

A. Texte du Guide pour l'incorporation accompagnant le projet d'article 22 *bis*, conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées (A/CN.9/WG.I/WP.59, par. 3)

16. À sa treizième session, lorsqu'il a examiné le projet d'article 22 *bis*, Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées, le Groupe de travail a fait quelques suggestions préliminaires concernant le texte du Guide pour l'incorporation accompagnant cet article. Selon un commentaire supplémentaire fait au Secrétariat, il devrait y avoir une introduction générale sur l'utilisation des enchères électroniques inversées avant les remarques article par article. Le Groupe de travail souhaitera donc peut-être examiner le texte révisé ci-après pour les commentaires introductifs et les remarques relatives à l'article 22 *bis*, et se demander s'ils devraient être conservés ensemble ou si le premier devrait être présenté ailleurs dans le Guide.

"Article 22 *bis*: Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées

1) Une enchère électronique inversée peut se définir comme une enchère dynamique, en ligne et en temps réel entre un organisme acheteur et un certain nombre de fournisseurs qui se font concurrence pour remporter le marché en soumettant des offres de plus en plus basses ou de mieux en mieux classées au cours d'une période déterminée. C'est donc un processus itératif visant à retenir une soumission, qui comporte l'utilisation par les fournisseurs de moyens électroniques pour la présentation soit de nouveaux prix inférieurs, soit d'une soumission revue à la baisse combinant le prix et les valeurs des autres critères à utiliser par l'entité adjudicatrice pour déterminer la soumission à retenir.

2) Le recours à ces enchères a augmenté depuis l'adoption du texte initial de la Loi type en 1994 (qui ne les prévoyait pas). Les moyens électroniques, en réduisant considérablement le coût des opérations et en permettant de préserver l'anonymat des fournisseurs présentant une

soumission (“soumissionnaires”), du fait que les enchères se font virtuellement et non en personne, ont facilité l’utilisation des enchères inversées.

3) Il a été observé que les enchères électroniques inversées comportaient de nombreux avantages potentiels. Premièrement, elles peuvent améliorer le rapport qualité-prix (car elles permettent d’obtenir un prix de marché compétitif en raison d’une concurrence accrue entre soumissionnaires), et d’importantes économies peuvent être réalisées du fait du caractère dynamique des transactions effectuées en temps réel. Deuxièmement, elles peuvent assurer une meilleure allocation des ressources (en réduisant le temps nécessaire à la passation de chaque marché ainsi que les coûts administratifs par rapport à la procédure d’appel d’offres ouverte traditionnelle).

4) Troisièmement, elles peuvent améliorer la transparence du processus de passation et aider à prévenir les abus et la corruption du fait que les informations sur d’autres offres sont accessibles et que le résultat de la procédure est visible pour tous les participants. Les informations sur les résultats successifs de l’évaluation des soumissions à tous les stades de l’enchère, ainsi que le résultat final, sont portés à la connaissance de tous les soumissionnaires instantanément et simultanément. Chaque révision d’une soumission donne lieu à un classement ou à un reclassement[7] des fournisseurs présentant une soumission (soumissionnaires) à l’aide de méthodes d’évaluation automatique et d’une formule mathématique. La Loi type n’autorise que les enchères s’accompagnant d’un processus d’évaluation automatique, où l’anonymat de soumissionnaires, et la confidentialité et la traçabilité des procédures, peuvent être préservés au moyen de méthodes d’évaluation automatique et d’une formule mathématique. Elles se caractérisent donc par un processus d’évaluation entièrement automatisé ou dans lequel l’intervention humaine est limitée, ce qui peut aussi décourager les abus et la corruption.

5) D’un autre côté, ce type d’enchères risque d’inciter à accorder une importance excessive au prix, et leur facilité d’emploi pourrait conduire à y recourir de façon excessive ou dans des situations qui ne s’y prêtent pas. Elles peuvent aussi avoir un effet anticoncurrentiel à moyen et long terme. Par exemple, elles sont plus exposées que d’autres modes de passation aux risques de collusion entre soumissionnaires, en particulier lorsque ceux-ci sont peu nombreux ou font partie d’un même groupe participant à plusieurs enchères[*].

6) Il est fréquent que des tiers du secteur privé mettent en place le système d’enchères et l’administrent pour le compte des entités adjudicatrices, et qu’elles leur proposent des stratégies d’achat. Les entités adjudicatrices devraient être conscientes des conséquences négatives que peut avoir le fait de confier la prise de décisions à des tiers privés, par exemple des fournisseurs de

---

[7] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si ce terme devrait être remplacé par un synonyme.

[*] Il peut y avoir collusion lorsque deux soumissionnaires ou plus s’entendent pour manipuler les prix d’une enchère et influer sur ceux-ci de manière à les maintenir artificiellement élevés ou lorsqu’ils se partagent le marché par des manœuvres consistant à perdre des soumissions ou à ne pas en présenter. Pour un examen plus détaillé de la question, voir par. [...] du présent Guide.

logiciels ou de services, lorsque des enchères électroniques inversées sont organisées. Ces tiers peuvent représenter aussi bien les entités adjudicatrices que les soumissionnaires et être en relation avec les unes et les autres, ce qui peut créer des conflits organisationnels susceptibles de gravement menacer la concurrence. Tous ces facteurs, à leur tour, risquent de saper la confiance des fournisseurs et des entrepreneurs dans les procédures de passation faisant appel aux enchères électroniques inversées. L'entité adjudicatrice peut aussi supporter des frais généraux liés à la formation et aux services dispensés aux fournisseurs et entrepreneurs afin de faciliter la soumission au moyen d'enchères électroniques inversées, ce qui risque de l'exposer à des coûts supplémentaires découlant de l'utilisation des enchères électroniques inversées (des coûts d'opportunité, par exemple, si les fournisseurs ou les entrepreneurs renoncent aux marchés publics lorsqu'ils doivent soumissionner dans le cadre d'enchères électroniques inversées) et à des prix plus élevés que ceux qu'elle aurait obtenus avec d'autres techniques de passation. En outre, dans le cadre de la mise en place d'une enchère électronique inversée, le risque d'accès non autorisé des fournisseurs à des informations commercialement sensibles de leurs concurrents peut être élevé.

7) Reconnaissant à la fois les avantages potentiels des enchères électroniques inversées et les préoccupations qu'elles soulèvent, la Loi type permet le recours à cette technique sous réserve des mesures de protection prévues dans les conditions d'utilisation énoncées à l'article [22 *bis*] et les règles de procédure de ses articles [51 *bis* à *septies*]. Les critères ci-après sont considérés particulièrement importants pour l'utilisation réussie des enchères électroniques inversées, et d'autres orientations sur ces critères et les divers aspects des dispositions de la Loi type sont énoncés dans les commentaires article par article ci-après.

a) Des conditions et des spécifications claires doivent être formulées et portées à la connaissance des fournisseurs dès le début de la passation du marché, en même temps que toutes les informations concernant la manière dont l'enchère électronique inversée sera conduite;

b) Les enchères électroniques inversées conviennent pour des biens et services d'usage courant, pour lesquels il y a un marché concurrentiel, mais les États adoptants devraient veiller à ce que les entités adjudicatrices connaissent à la fois les conditions pertinentes pour l'utilisation et les circonstances dans lesquelles elles sont appropriées;

c) Les enchères électroniques inversées conviennent pour les marchés sur lesquels le prix est le facteur déterminant ou un facteur déterminant important;

d) Il est important qu'un nombre suffisant de fournisseurs participent à l'enchère pour assurer la concurrence;

e) Il est important de préserver l'anonymat des soumissionnaires;

f) Il est absolument nécessaire que puissent être pris en compte dans l'enchère le prix et d'autres critères que le prix objectivement quantifiables (tels que les délais de livraison et les considérations techniques), et d'éviter

d'introduire des éléments subjectifs dans la quantification de ce critère de manière à prévenir le risque d'abus;

g) Le choix d'un vainqueur doit se faire après une phase unique et finale d'enchères, également de façon à prévenir tout abus;

h) Le prix de l'offre qui l'a emporté doit figurer dans le contrat; et

i) Le moment de l'ouverture et les critères de clôture des enchères électroniques inversées doivent être clairement spécifiés à l'avance.

8) Les enchères électroniques inversées en vertu de la Loi type peuvent être utilisées soit comme méthode de passation à part entière, soit comme l'étape précédant l'attribution d'un marché dans d'autres procédures, selon le cas. Il n'est peut-être pas approprié de les utiliser comme étape dans toutes les méthodes de passation envisagées par la Loi type. Cela dépendrait en premier lieu du degré de compatibilité entre les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées énoncées à l'article [22 *bis*] de la Loi type et les conditions d'utilisation de la méthode de passation en question. Par exemple, l'article 19 de la Loi type permet à une entité adjudicatrice d'engager une procédure de passation de marché en recourant à la sollicitation de propositions lorsqu'elle est dans l'impossibilité de formuler des spécifications détaillées. Or, cette règle est en contradiction directe avec la principale condition pour l'utilisation d'une enchère électronique inversée spécifiée à l'article [22 *bis*] 1 a) et le recours à ce type d'enchère serait donc contraire aux exigences de la Loi type dans une procédure de sollicitation de propositions. Les règles de procédure de certaines méthodes de passation peuvent aussi être incompatibles avec des caractéristiques inhérentes aux enchères électroniques inversées. Par exemple, dans une procédure d'appel d'offres, l'interdiction de négocier avec les fournisseurs ou entrepreneurs et de soumettre des offres après la date limite serait contraire au déroulement naturel d'une enchère électronique inversée où les fournisseurs ou entrepreneurs sont censés présenter des soumissions de plus en plus basses[8].

9) Les enchères électroniques inversées pourraient être utilisées à bon escient en particulier lors de la réouverture à la concurrence d'accords-cadres. [Renvoi aux dispositions sur les accords-cadres.]

---

[8] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si la crainte que la soumission d'offres révisées soit incompatible avec le principe général de la procédure d'appel d'offres s'applique également au moins dans une certaine mesure à toutes les passations de marché en vertu de la Loi type autres que la passation de marchés négociée. Une modification de l'article 35 de la Loi type pourrait répondre à cette occupation concernant la procédure d'appel d'offres, comme celle qui a été convenue par le Groupe de travail pour l'article 34-1 a) (voir A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 14 à 17, A/CN.9/590, par. 101, et A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, par. 3). Ainsi, l'article 35 pourrait être modifié comme suit: "Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur au sujet d'une offre soumise par ledit fournisseur ou le soumissionnaire." Cette interdiction n'englobe pas la soumission d'enchères révisées pendant une enchère électronique inversée menée en vertu des articles [22 *bis* et 51 *bis et seq*] de la présente Loi. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner aussi s'il faudrait inclure une disposition pour permettre des soumissions révisées dans toute méthode de passation utilisant cette formulation ou une formulation similaire.

10) L'article [22 *bis*] énonce les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées, qui sont l'une des principales méthodes permettant de faire en sorte que les critères essentiels indiqués ci-dessus s'appliquent dans la pratique. Elles reposent sur l'idée que les enchères électroniques inversées sont destinées principalement à satisfaire les besoins d'une entité adjudicatrice en biens normalisés, simples et généralement disponibles, qui surviennent de façon répétée, tels que les besoins en produits standard (fournitures de bureau, par exemple), en produits courants, en matériel informatique standard, ou encore en produits de construction de base. Dans les marchés de ce type, le facteur déterminant est le prix ou la quantité; il n'y a pas besoin de processus d'évaluation complexe; les coûts après-acquisition sont limités voire nuls; et aucun service ou avantage supplémentaire n'intervient une fois le contrat initial rempli. Les marchés où interviennent des variables multiples et où les critères qualitatifs sont plus importants que les considérations de prix et de quantité ne devraient pas, normalement, faire l'objet d'enchères électroniques inversées.

11) L'obligation de fournir des spécifications détaillées et précises, au paragraphe 1 a), empêchera l'utilisation de cette technique de passation pour la plupart des marchés de services et de travaux, sauf s'ils sont très faciles à exécuter (par exemple, des travaux simples d'entretien de la voirie). En outre, et pour qu'une enchère électronique inversée fonctionne correctement en suscitant des prix bas mais réalistes, il importe que les soumissionnaires connaissent bien leur structure de coûts, ce qui est improbable lorsqu'il y a des strates de sous-traitants, ce qui est courant dans les marchés de travaux plus complexes. Il ne serait pas approprié, par exemple, de recourir aux enchères pour la passation de marchés de travaux ou de services comportant des prestations intellectuelles, par exemple des œuvres de conception. Selon les circonstances locales, et notamment le niveau d'expérience en matière d'enchères électroniques inversées, les États adoptants pourront choisir de limiter l'utilisation de cette technique à la passation de marchés de biens en excluant les références aux travaux et services dans l'article correspondant.

12) Certains États tiennent des listes de biens, travaux et services pouvant donner lieu à la passation de marchés par enchères électroniques inversées. Les États adoptants devraient savoir que la tenue de telles listes peut se révéler fastidieuse dans la pratique, car il faut les actualiser à mesure que de nouveaux produits ou articles apparaissent. Si l'on veut utiliser des listes, il est préférable d'établir des listes indicatives d'articles se prêtant à une acquisition par enchères électroniques inversées ou bien d'énumérer les caractéristiques génériques qui font qu'un article particulier peut ou non faire l'objet d'une passation de marché par cette technique.

13) Lorsqu'elles formulent des spécifications détaillées et précises, les entités adjudicatrices doivent veiller particulièrement à mentionner les caractéristiques techniques et qualitatives objectives des biens, travaux et services achetés, conformément à l'article 16-2 de la Loi type, de manière que les soumissionnaires disposent d'une base commune pour faire leurs offres. Il est donc souhaitable d'utiliser une terminologie commune relative aux marchés pour désigner les biens, les travaux ou les services par des codes ou par référence à des normes générales définies par le marché.

14) Le paragraphe 1 b) vise à réduire les risques de collusion et à garantir à l'entité adjudicatrice un résultat acceptable à l'issue des enchères. Il exige l'existence d'un marché concurrentiel de fournisseurs ou d'entrepreneurs dont on pense qu'ils sont qualifiés pour participer à l'enchère électronique inversée, et a été introduit pour tenir compte du fait qu'il y a plus de risques de collusion avec les enchères qu'avec d'autres méthodes de passation, et par conséquent le maintien de l'anonymat est essentiel. Les enchères électroniques inversées ne sont donc pas adaptées aux marchés pour lesquels il n'existe qu'un nombre limité de fournisseurs potentiellement qualifiés et indépendants, ni aux marchés dominés par un ou deux gros acteurs, ce type de marchés étant particulièrement vulnérables aux manipulations de prix et autres pratiques anticoncurrentielles. Le paragraphe 1 b) est également complété par l'article [51 *quater*-6], qui impose aux entités adjudicatrices, lorsqu'elles invitent les fournisseurs ou les entrepreneurs à participer aux enchères, de tenir compte de la nécessité d'assurer une concurrence véritable au cours de l'enchère. L'entité adjudicatrice a le droit d'annuler l'enchère conformément à l'article [51 *quinquies*-2] si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui se sont inscrits pour y participer est insuffisant pour assurer une concurrence effective pendant l'enchère. [Renvoi au passage du Guide accompagnant les articles pertinents.]

15) La référence, à l'article 22 *bis*-1 b), aux fournisseurs potentiels dont on pense qu'ils sont qualifiés pour participer à l'enchère électronique inversée ne doit pas être interprétée comme impliquant que la passation de marchés par enchères électroniques inversées comportera nécessairement une présélection. Il est possible que, pour accélérer le processus et le rendre moins coûteux, seules soient vérifiées les qualifications du fournisseur ou de l'entrepreneur ayant présenté la soumission qui a été acceptée. [Renvoi au passage du Guide examinant les solutions possibles, en particulier dans le contexte de l'article 51 *septies*-2.]

16) L'article est destiné à s'appliquer à la passation des marchés dont l'attribution est fondée soit sur le prix, soit sur le prix et d'autres critères précisés au début de la procédure de passation, en d'autres termes dans l'avis de l'enchère électronique inversée. Le principe d'une enchère est que la concurrence sur les prix est un facteur déterminant important (sinon le seul): les enchères électroniques inversées ne conviennent pas pour les marchés complexes, dans lesquels les jugements de valeur sont importants. Lorsque des critères autres que le prix sont utilisés pour déterminer la soumission à retenir, le paragraphe 1 c) (comme d'autres dispositions de la Loi type) exige qu'ils soient transparents, objectifs et quantifiables (par exemple, chiffres, pourcentages) et qu'ils puissent être exprimés en termes monétaires. Il convient de distinguer ces critères autres que le prix des spécifications qui déterminent si une soumission est conforme ou non (critères décisifs; voir article 34-2 de la Loi type). Cet article exige aussi que tous les critères autres que le prix soient évalués avant l'enchère dans le cadre de l'évaluation complète des soumissions initiales dont les résultats devraient être communiqués dans la mesure pertinente individuellement et simultanément à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs concernés, en même temps qu'une formule mathématique qui sera utilisée au cours de l'enchère pour déterminer la soumission à retenir. Cette formule doit permettre à chaque fournisseur ou

entrepreneur concerné de déterminer sa position par rapport aux autres fournisseurs avant l'enchère et pendant n'importe laquelle de ses phases. Ces exigences visent à faire en sorte que tous les critères soient évalués de manière transparente et objective (grâce à la divulgation préalable des procédures d'évaluation, de la formule mathématique et des résultats de l'évaluation des soumissions initiales), et à empêcher toute manipulation ou tout élément de subjectivité (liés par exemple à un système de points) dans la détermination de la soumission à retenir. L'entité adjudicatrice devrait traiter les soumissions initiales reçues comme s'il s'agissait d'offres ou de toutes autres soumissions en vertu de la Loi type en ce sens que la confidentialité et l'intégrité devraient être préservées[9].

17) Les États adoptants et les entités adjudicatrices devraient cependant avoir conscience des dangers potentiels liés au fait d'autoriser l'utilisation de critères autres que le prix pour déterminer la soumission à retenir. Outre les préoccupations communes à toutes les méthodes et techniques de passation (voir par. ... du présent Guide), l'État adoptant devrait avoir conscience des préoccupations que soulève le contexte spécifique des enchères électroniques inversées, comme: [**de plus amples détails seront donnés à une prochaine session, et aborderont des questions telles que des modifications des soumissions en qualité d'une importance telle que l'enchère cesse effectivement d'être fondée sur des spécifications communes, plus le nombre de critères variables est élevé, plus il est difficile pour l'entité adjudicatrice et pour les fournisseurs de comprendre comment la modification d'un élément influera sur le classement d'ensemble, comment traiter les critères de qualité qui sont des critères d'évaluation (c'est-à-dire non des critères déterminant si une offre est conforme ou non) évalués avant l'enchère, et la nécessité d'éviter les enchères dans lesquels le prix est pris en compte séparément des aspects qualitatifs, dont on a constaté qu'ils donnaient lieu à des abus dans la pratique**].

18) C'est à l'État adoptant qu'il appartient de décider si l'attribution du marché par enchères électroniques inversées doit reposer sur le seul prix ou sur d'autres critères, selon les circonstances locales, y compris le niveau d'expérience en matière d'enchères électroniques inversées et le secteur économique dans lequel ce type d'enchères est envisagé. Il est recommandé aux États adoptants n'ayant pas l'expérience de ces enchères de les introduire progressivement, à mesure qu'ils se familiarisent avec cette technique, c'est-à-dire de commencer par autoriser les enchères simples, dans lesquelles le prix seul détermine la soumission à retenir, et de passer ensuite, le cas échéant, à des enchères plus complexes, dans lesquelles des critères autres que le prix sont également pris en compte. Pour ce dernier type d'enchère, il faudrait que les entités adjudicatrices aient des compétences et une expérience poussées, par exemple, la capacité à prendre correctement en compte des critères autres que le prix dans une formule mathématique pour éviter d'introduire un élément de subjectivité dans le processus d'évaluation, même

---

[9] Selon un avis du Groupe de travail exprimé précédemment, l'actuel article 45 de la Loi type devrait s'appliquer à toutes les méthodes de passation et il faudrait donc prévoir une référence ou un renvoi approprié.

si les enchères électroniques inversées sont confiées à des tiers du secteur privé, pour être à même de superviser en connaissance de cause les activités de ces tiers.

19) En vue de tirer le meilleur parti des enchères électroniques inversées, tant les entités adjudicatrices que les fournisseurs doivent prendre conscience de leurs avantages et recevoir le soutien nécessaire pour leur donner confiance dans ce processus. Par conséquent, si un État adoptant décide d'introduire cette technique de passation, il devrait être prêt à investir suffisamment de ressources dans des programmes de sensibilisation et de formation pour montrer dans un délai aussi court que possible que le changement à venir est rentable et durable pour tous les acteurs concernés, faute de quoi un marché précédemment exploité avec succès au moyen d'autres techniques de passation risque d'être abandonné et l'investissement du gouvernement dans le système d'enchères électroniques inversées d'échouer. Les entités adjudicatrices devront acquérir de nouvelles compétences professionnelles, être formées aux enchères électroniques inversées et en comprendre tous les avantages, ainsi que les risques et problèmes potentiels. Les fournisseurs et entrepreneurs, en particulier les petites et moyennes entreprises, devront connaître et comprendre les changements qu'implique la conclusion de marchés publics au moyen d'enchères électroniques inversées ainsi que les effets de ces changements sur leurs activités. Le grand public devrait comprendre les avantages de l'introduction de cette nouvelle technique et être convaincu qu'elle aidera à atteindre les objectifs du gouvernement en matière de passation. Les programmes de sensibilisation et de formation peuvent être dispensés par divers moyens et supports, dont un bon nombre sont peut-être déjà en place: réunions d'information périodiques, lettres d'information, études de cas, conseils réguliers, service d'assistance, guides d'utilisation et d'accès faciles, enchères simulées, cours d'initiation et d'orientation. Dans le cadre de ces programmes, il faudrait recueillir et analyser les réactions de tous les participants, ce qui devrait permettre d'apporter les changements nécessaires aux processus d'enchères électroniques inversées.

20) Les dispositions de la Loi type ne devraient pas être interprétées comme impliquant que les enchères électroniques inversées seront appropriées et devraient toujours être utilisées dès lors que toutes les conditions de l'article [22 *bis*] sont réunies. Les États adoptants souhaiteront peut-être énoncer dans des règlements d'autres conditions pour leur utilisation, par exemple, l'opportunité d'achats groupés pour amortir les coûts de mise en place d'un système d'enchères électroniques inversées, y compris les coûts des tiers fournisseurs de logiciels et de services."

B. Procédures préalables à la phase d'enchère proprement dite et pendant la phase d'enchère: projets d'articles 51 *bis* à *septies* (A/CN.9/WG.I/WP.59, par. 5)

Projet de texte proposé pour la Loi type révisée[10]

17. À sa treizième session, lorsqu'il a examiné les projets d'articles 51 *bis* à *septies*, Procédures préalables à la phase d'enchère proprement dite et pendant la phase d'enchère, le Groupe de travail a fait les suggestions ci-après concernant le texte proposé pour la Loi type:

a) Remplacer le paragraphe 2 du projet d'article 51 *bis* par le texte suivant:

"2) Lorsqu'une enchère électronique inversée doit être utilisée dans une [autre] méthode de passation de marché envisagée dans la présente Loi, l'entité adjudicatrice, lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à cette procédure, inclut un avis annonçant qu'une enchère électronique inversée se tiendra conformément aux dispositions pertinentes de la présente Loi;"

b) Remplacer la première phrase du paragraphe 2) du projet d'article 51 *ter* par le texte suivant:

"L'entité adjudicatrice peut décider d'imposer un nombre minimum et/ou maximum de fournisseurs ou entrepreneurs à inviter à l'enchère si elle a la certitude que ce faisant, elle assure qu'une concurrence effective et un traitement équitable seront maintenus[11];"

c) Remplacer la première phrase du paragraphe 4) du projet d'article 51 *ter* par le texte suivant:

"L'entité adjudicatrice peut décider de faire précéder l'enchère électronique inversée d'une évaluation pour déterminer si les soumissions sont ou non conformes;"

d) Supprimer les mots "dans toute la mesure possible" du paragraphe 6 du projet d'article 51 *quater*;

e) Remplacer le paragraphe 1 d) du projet d'article 51 *sexies* par le texte suivant:

"Aucune communication n'est échangée entre l'entité adjudicatrice et les soumissionnaires ou entre les soumissionnaires, sauf conformément au paragraphe 1 a) et c) plus haut;"

---

[10] Le Groupe de travail est convenu que ces suggestions étaient préliminaires et que d'autres seraient faites la prochaine fois qu'il examinerait le texte.

[11] Le Groupe de travail est également convenu d'examiner si cette notion devrait être une obligation générale s'appliquant à toutes les passations en vertu de la Loi type à une session future, et si elle devrait être annoncée dans le texte de la Loi type, ou examinée dans le Guide pour l'incorporation, pour toutes les passations de ce type (y compris la passation utilisant des enchères électroniques inversées).

f) Supprimer les termes qui figurent entre les deux premières séries de crochets ainsi que les crochets entourant “suspend l’enchère électronique inversée ou y met fin” du paragraphe 4 du projet d’article 51 *sexies*; et

g) Dans la version anglaise, remplacer “submission” (au singulier) par “submissions” (au pluriel) au paragraphe 1 b) du projet d’article 51 *septies*.

Texte proposé pour le guide pour l’incorporation

18. Le Groupe de travail a rappelé à ses douzième et treizième sessions qu’il examinerait le texte du Guide pour l’incorporation devant accompagner les projets d’articles 51 *bis* à 51 *septies* à une session future. Il a également observé à sa treizième session que si une enchère électronique inversée était annulée pour les raisons énoncées au paragraphe 1 du projet d’article 51 *septies*, l’anonymat de l’enchère risquait d’être compromis, et que le Guide devrait inclure un commentaire pour encourager les entités adjudicatrices à essayer d’éviter de tenir une deuxième enchère lors de la même procédure de passation si l’on considérait que l’anonymat risquait d’être compromis.

C. Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – projets de textes sur l'utilisation des accords-cadres dans la passation de marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa quatorzième session

(A/CN.9/WG.I/WP.62) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-2
II.	Texte proposé pour la Loi type	3-6
	A. Terminologie	3-6
	B. Texte proposé	
III.	Autres questions posées par l'utilisation des procédures d'accords-cadres	7-12
	A. Mise en concurrence lors de la première étape	7-10
	B. "Classement"	11-12

I. Introduction

1. L'historique des travaux actuellement menés par le Groupe de travail I (Passation de marchés) pour revoir la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (la "Loi type") (A/49/17 et Corr.1, annexe I) est présenté aux paragraphes 12 à 85 du document A/CN.9/WG.I/WP.60, dont le Groupe de travail sera saisi à sa quatorzième session. Celui-ci a pour tâche principale d'actualiser et de réviser la Loi type, afin de tenir compte des évolutions récentes, notamment de l'utilisation des accords-cadres, dans la passation des marchés publics.

2. À sa treizième session, le Groupe de travail a prié le secrétariat de revoir les projets de dispositions sur les accords-cadres et ceux concernant les types d'accords-cadres, ainsi que les conditions et les procédures régissant leur utilisation[1]. La présente note fait suite à cette demande.

[1] A/CN.9/648, par. 13.

II. Texte proposé pour la Loi type

A. Terminologie

3. Les dispositions ci-après emploient certains termes qui peuvent différer d'expressions équivalentes utilisées dans des systèmes de passation non fondés sur la Loi type. Ces termes sont décrits ici pour la commodité du Groupe de travail. De plus, certains concepts de la Loi type sont décrits différemment dans le texte selon la méthode de passation visée. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les termes devraient être les mêmes pour toutes les méthodes et techniques de passation qui apparaîtront dans le texte révisé.

4. Par exemple, les "critères dont l'entité adjudicatrice doit tenir compte pour déterminer l'offre à retenir", dont il est question à l'article 27 e) et dans d'autres dispositions du chapitre III, sont parfois appelés, dans d'autres systèmes, "critères d'évaluation" ou "critères d'attribution". Le chapitre IV (qui concerne la passation des marchés de services) parle quant à lui de "déterminer la proposition à retenir" suivant une "procédure de sélection". D'autres systèmes de passation emploient parfois le terme "sélection" pour désigner l'identification des fournisseurs qualifiés, alors que la Loi type nomme cette étape "évaluation des qualifications des fournisseurs".

5. La Loi type emploie le terme "évaluation" des offres ou autres soumissions. L'"évaluation" désigne ici le fait de confronter des offres et autres soumissions pour déterminer l'ordre dans lequel elles se classent (et se distingue de l'examen destiné à déterminer si elles sont conformes aux conditions, notamment aux spécifications, du marché concerné). Le terme "évaluation" est également employé dans la Loi type pour l'"évaluation des qualifications des fournisseurs".

6. Aux fins des projets de dispositions relatives aux accords-cadres, la terminologie suivante sera employée. Le Groupe de travail souhaitera peut-être revoir s'il convient que certains des termes ci-après soient ainsi employés dans l'ensemble de la Loi type:

a) Le mot "évaluation" désigne la confrontation des offres ou autres soumissions pour déterminer l'ordre dans lequel elles se classent;

b) Le mot "examen" désigne l'étude des offres ou autres soumissions pour déterminer si elles sont conformes;

c) Le mot "classement" désigne l'ordre dans lequel les offres ou autres soumissions sont placées, l'offre ou la soumission la mieux classée étant celle du fournisseur qui répond le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice au regard des conditions du marché[2];

d) Les mots "critères de sélection" désignent les critères à appliquer pour déterminer l'offre ou autre soumission à retenir et le mot "sélection" désigne l'identification de la partie ou des parties à retenir qui seront admises à

---

[2] Le Groupe de travail a prié le secrétariat de trouver pour ce terme un synonyme qui décrive le fait de comparer les offres ou soumissions pour les placer dans un certain ordre. Le secrétariat n'a pas encore trouvé un tel synonyme.

l'accord-cadre ainsi que l'identification du fournisseur à retenir auquel un marché sera attribué;

e) Le mot "spécifications" désigne "la nature et les caractéristiques techniques et qualitatives que doivent présenter, conformément à l'article 16, les biens, les travaux ou les services requis, y compris, mais non pas exclusivement, les spécifications techniques, plans, dessins et modèles, selon le cas" (description tirée de l'article 27 d) de la Loi type); et

f) Le mot "offres" désigne les soumissions présentées lors de la deuxième étape d'une procédure d'accord-cadre[3].

B. Texte proposé

"Article 22 *ter*. Types de procédures d'accords-cadres et conditions d'utilisation de ces procédures

1. Une procédure d'accord-cadre est une passation de marché qui se déroule en deux étapes: une première pour la sélection du (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) devant être partie(s) à un accord-cadre avec une entité adjudicatrice, et une deuxième pour l'attribution des marchés au titre de l'accord-cadre à un ou plusieurs de ces fournisseurs ou entrepreneurs[4, 5].

2. Un accord-cadre [en vertu de la présente Loi] est conclu par écrit[6] entre l'entité adjudicatrice et le(s) fournisseur(s) et entrepreneur(s) et énonce:

a) Les procédures et les critères de sélection, y compris leur coefficient de pondération[7], utilisés pour déterminer le fournisseur à retenir qui se verra attribuer des marchés au titre de l'accord-cadre[8]. Un accord-cadre peut prévoir que les coefficients de pondération pourront varier dans une fourchette qu'il définit lui-même, à condition que cette variation n'entraîne pas de

---

[3] Le Groupe de travail a prié le secrétariat de trouver pour ce terme un synonyme qui ne soit pas déjà utilisé à d'autres fins dans la Loi type. Le secrétariat n'a pas encore trouvé un tel synonyme.

[4] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faut distinguer entre la procédure de passation (autrement dit la totalité des achats envisagés au titre de l'accord-cadre) et chaque passation (représentée par la conclusion d'un marché au titre de l'accord-cadre) et, dans l'affirmative, comment cette distinction devrait être établie. Il faudra peut-être modifier le texte en conséquence.

[5] Le Groupe de travail envisagera peut-être d'insérer la définition du présent projet de texte dans l'article 2 de la Loi type de manière à regrouper toutes les définitions.

[6] Au paragraphe 66 du document A/CN.9/648, le Groupe de travail est convenu de définir l'accord-cadre comme un accord écrit.

[7] Le texte actuel de la Loi type emploie deux formules, à savoir "leur coefficient de pondération" à l'article 27 e) (reproduit ici) et le coefficient de pondération dont sera affecté chacun de ces critères à l'article 48-4 c). Le Groupe de travail voudra peut-être employer une seule et même formule dans l'ensemble du texte révisé de la Loi type et examiner, dans ce cas, si la seconde est plus précise que la première et devrait être retenue.

[8] À titre de comparaison, l'article 27 e) parle de tous critères autres que le prix, y compris toute marge de préférence, et leur coefficient de pondération.

modification [essentielle] du marché telle que décrite à l'alinéa d) ci-dessous[9];

b) Les spécifications du marché[10]; et

c) i) Soit toutes les conditions sous lesquelles le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) doi(ven)t fournir les biens, travaux ou services requis; soit

ii) Toutes les conditions qui sont connues au moment de la conclusion de l'accord-cadre, avec une indication des conditions restantes qui seront fixées dans le cadre d'une mise en concurrence lors de la deuxième étape;

d) Les conditions du marché énoncées soit dans le dossier de sollicitation soit dans l'accord-cadre ou dans les deux n'admettent, pendant la durée de l'accord-cadre, aucun changement qui entraîne une modification essentielle des spécifications ou d'autres conditions du marché.

3. L'accord-cadre est conclu pour une durée déterminée, qui ne doit pas dépasser [l'État adoptant fixe une durée maximale] années[11].

4. Une entité adjudicatrice peut engager une procédure d'accord-cadre conformément aux articles [51 *octies* à 51 *quindecies*]:

---

[9] Voir document A/CN.9/WG.I/WP.63 pour le texte sur cet article qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation. Le Groupe de travail notera peut-être que les dispositions équivalentes de l'article 32 de la Directive 2004/18/CE (Directive 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, 30 avril 2004, p. 1, 114 et suiv., accessible à l'adresse http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/legislation_fr.htm, la "Directive CE") offrent plus de souplesse. On a cependant exprimé la crainte, à la treizième session, que des dispositions plus souples que celles prévues dans le texte actuel ne permettent de modifier les critères d'attribution des marchés en cours de passation, ce qui serait contraire à la philosophie première de la Loi type et pourrait aussi ouvrir la porte aux abus.

[10] Le Guide pour l'incorporation renverrait aux dispositions de l'article 27 d) sur les spécifications. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les références aux spécifications, dans les dispositions sur les procédures d'accords-cadres, devraient être alignées sur la description plus longue donnée à l'article 27 d). (Cette description figure dans la section terminologie, II.A, plus haut.) On éviterait ainsi les difficultés que pose la tentative de distinction entre les notions de "conditions" et de "spécifications". Le texte de la Loi type gagnerait également en cohérence. À cet égard, le Groupe de travail voudrait peut-être examiner s'il faut fusionner les alinéas b) et c). Voir aussi le document A/CN.9/WG.I/WP.63 pour le texte sur cet article qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation et qui abordera notamment la façon d'éviter que ces exigences ne deviennent trop lourdes. Par exemple, les États adoptants pourraient faire en sorte que leur réglementation des marchés autorise l'entité adjudicatrice à annexer le dossier de sollicitation s'il contient ces informations et si le système juridique concerné considère les annexes comme faisant partie intégrante d'un contrat.

[11] À sa treizième session, le Groupe de travail a estimé, dans ses conclusions préliminaires, que la Loi type ne devrait fixer aucune durée. Certaines délégations ont toutefois indiqué que la question devrait être examinée plus avant.

a) Lorsqu'elle a l'intention de se procurer les biens, travaux ou services concernés de manière récurrente pendant la durée de l'accord-cadre; ou

b) Lorsqu'elle prévoit que, de par leur nature, les biens, travaux ou services requis seront nécessaires de façon urgente pendant la durée de l'accord-cadre.

5. Un accord-cadre fermé est un accord auquel aucun fournisseur ou entrepreneur qui n'y est pas initialement partie ne peut devenir partie ultérieurement.

6. Un accord-cadre ouvert est un accord auquel, en plus des parties initiales, un (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) peu(ven)t ultérieurement devenir partie(s).

7. Une procédure d'accord-cadre se déroule suivant l'une des modalités ci-après:

a) Une procédure d'accord-cadre fermé, dans laquelle l'accord-cadre est conclu avec un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs et où toutes les conditions du marché sont fixées au moment de la conclusion de l'accord, y compris les procédures que l'entité adjudicatrice appliquera pour sélectionner le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) au(x)quel(s) des marchés seront attribués au titre de l'accord[12];

b) Une procédure d'accord-cadre fermé, dans laquelle l'accord-cadre est conclu avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs et dans laquelle les conditions du marché ne sont pas toutes fixées au moment de la conclusion de l'accord et une mise en concurrence sera organisée lors de la deuxième étape pour sélectionner le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) au(x)quel(s) seront attribués des marchés au titre de l'accord [et pour fixer les conditions restantes du marché concerné][13];

c) Une procédure d'accord-cadre ouvert, dans laquelle l'accord-cadre est conclu avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs et dans laquelle les conditions du marché ne sont pas toutes fixées au moment de la conclusion de l'accord et une mise en concurrence

---

[12] Bien que la fin de cet alinéa ne soit pas absolument nécessaire compte tenu de l'article 22 *ter*-2, le Groupe de travail souhaitera peut-être insérer ce texte et expliquer également dans le Guide pour l'incorporation que les "conditions" du marché comprennent les spécifications, les procédures d'attribution des marchés lors de la deuxième étape et les critères de sélection. L'alinéa est libellé de manière à montrer que la deuxième étape ne comporte pas de mise en concurrence.

[13] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les fournisseurs et entrepreneurs restent liés par les conditions de leur offre dans cette procédure d'accord-cadre fermé. Ils pourraient par exemple être liés pendant la durée de l'accord-cadre, à moins que le dossier de sollicitation et l'accord-cadre n'en disposent autrement. Des accords plus longs peuvent certes renforcer la sécurité de l'approvisionnement pour l'entité adjucatrice, mais le prix risque aussi d'augmenter en conséquence.

sera organisée lors de la deuxième étape pour sélectionner le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) au(x)quel(s) seront attribués des marchés au titre de l'accord [et pour fixer les conditions restantes du marché concerné][14]."

"Article [51 *octies*]. Engagement d'une procédure d'accord-cadre

1. Lorsque l'entité adjudicatrice a l'intention de conclure un accord-cadre:

   a) Elle choisit, parmi les trois options prévues à l'article 22 *ter*-5, le type de procédure d'accord-cadre à mener;

   b) Elle choisit une méthode pour conclure l'accord-cadre conformément aux dispositions du chapitre II de la présente Loi[15].

2. L'entité adjudicatrice inclut dans le procès-verbal exigé à l'article 11 de la présente Loi un exposé des motifs et circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour choisir le type de procédure d'accord-cadre mentionné à l'article 22 *ter*[16]."

"Article [51 *novies*]. Informations à fournir lorsque la participation à une procédure d'accord-cadre est sollicitée pour la première fois

Lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à une procédure d'accord-cadre, l'entité adjudicatrice fournit tous les éléments d'information requis pour la méthode de passation choisie conformément à l'article 51 *octies*[17], à l'exception de la quantité d'articles devant faire l'objet du marché et indique également[18]:

   a) Que la passation prendra la forme d'une procédure d'accord-cadre;

   b) Si la procédure d'accord-cadre se fondera sur un accord-cadre fermé ou ouvert tel que décrit à l'article 22 *ter*-6 et 7;

   c) Dans le cas d'un accord-cadre ouvert, que les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander à devenir parties à l'accord-cadre

---

[14] Les dispositions analogues de la Directive CE exigent que ce type d'accord-cadre fonctionne électroniquement, car dans la pratique le fonctionnement dans un cadre non électronique est très complexe. À sa treizième session, le Groupe de travail a décidé provisoirement de permettre que les accords-cadres de ce type soient non électroniques.

[15] L'application du chapitre II signifie que l'entité adjudicatrice doit recourir à la méthode de l'appel d'offres ou à la méthode équivalente pour les services, sauf si une autre méthode se justifie. Le Guide pour l'incorporation traitera la question. La version antérieure exigeait que les procédures d'accords-cadres ouverts commencent par un appel d'offres ou par la procédure équivalente pour les services, mais cette exigence a été provisoirement supprimée à la précédente session. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il est bon de mener une procédure d'accord-cadre ouvert sans recourir à des procédures ouvertes, en raison de la nécessité de faire connaître au public l'existence de l'accord au profit des nouveaux entrants.

[16] Voir document A/CN.9/WG.I/WP.63 pour le texte sur cet article qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation.

[17] Ibid.

[18] Cette procédure pouvant se fonder sur le chapitre III, IV ou V de la Loi type, certaines informations dont on a besoin pour la procédure d'appel d'offres mais qui ne sont pas strictement nécessaires sont répétées dans un souci de clarté.

à tout moment pendant la durée de celui-ci, sous réserve, le cas échéant, d'un nombre maximum de fournisseurs[19];

d) Soit le fait qu'un seul fournisseur ou entrepreneur sera partie à l'accord-cadre soit le nombre minimum et, le cas échéant, le nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs devant être parties à l'accord-cadre[20];

e) Dans le cas où l'entité adjudicatrice aurait l'intention de conclure un accord-cadre avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs, que les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre seront classés selon les critères de sélection spécifiés;

f) La durée de l'accord-cadre et, pour autant qu'elles soient connues à cette étape de la passation, toutes les autres conditions de l'accord-cadre ainsi que sa forme et, dans le cas où l'une quelconque des conditions ou l'un quelconque des éléments de la forme pourrait être adapté à certains fournisseurs ou entrepreneurs, la (les) condition(s) ou l'(les) élément(s) en question[21];

g) Toutes les informations nécessaires au bon fonctionnement des accords-cadres électroniques, y compris l'équipement utilisé, les arrangements techniques de connexion, l'adresse [du site Web ou autre adresse électronique] à laquelle les spécifications et les conditions du marché, ainsi que les avis de marchés à venir, peuvent être consultées[22];

---

[19] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les États adoptants pourraient, en vue d'une administration plus efficace des accords-cadres ouverts, opter pour une autre solution qui consisterait à ouvrir régulièrement (à savoir à des dates ou intervalles fixes) ces derniers à de nouvelles parties et, dans l'affirmative, si cette solution pourrait être exposée dans le Guide pour l'incorporation.

[20] Le Groupe de travail a noté que toute limitation du nombre de fournisseurs pouvant participer à un système ouvert devrait être mentionnée dans le dossier de sollicitation (voir par. 101 du document A/CN.9/648). Le nombre maximum approprié dépendra du type de passation et de système utilisé. Cette question sera abordée dans le Guide pour l'incorporation. Voir aussi section III sur la nécessité d'une mise en concurrence pendant la première étape d'une procédure d'accord-cadre. En l'absence d'évaluation et de sélection des fournisseurs durant cette étape (y compris l'élimination des offres conformes émanant de candidats qualifiés), il en résulterait alors probablement une liste de fournisseurs. Des risques existent peut-être également pendant la mise en concurrence organisée lors de la deuxième étape car les entités adjudicatrices souhaiteront réduire le nombre des personnes invitées à participer à cette étape par des moyens qui ne sont pas toujours transparents. Le Groupe de travail voudra peut-être reconsidérer cette disposition et prévoir un moyen transparent de limiter le nombre de parties à l'accord-cadre.

[21] A/CN.9/648, par. 63. La fin de cet alinéa a pour but de permettre l'utilisation d'accords-cadres multiples. Cette question est abordée dans le texte qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation à propos de cet article (voir A/CN.9/WG.I/WP.63). Le Groupe de travail souhaitera peut-être cependant examiner si les conditions du marché pourraient ainsi être modifiées subrepticement entre les parties.

[22] Cet alinéa a été inséré à la demande du Groupe de travail (voir par. 85 du document A/CN.9/648).

h) La nature des achats envisagés dans l'accord-cadre, ainsi que les lieux et délais souhaités pour leur livraison, pour autant qu'ils soient connus à cette étape de la passation;

i) La quantité totale, ou la quantité minimum ou maximum, des achats envisagés dans l'accord-cadre, pour autant qu'elles soient connues à cette étape de la passation et, dans le cas contraire, une estimation correspondante;

j) Dans le cas où les fournisseurs ou entrepreneurs seraient autorisés à soumettre des offres, propositions ou prix (regroupés sous le terme générique de "soumissions" dans la présente section) ne portant que sur une partie des biens, des travaux ou des services requis, une description de la partie ou des parties pour lesquelles ces soumissions sont admises;

k) Les critères dont l'entité adjudicatrice doit tenir compte pour sélectionner le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) devant être partie(s) à l'accord-cadre, y compris leur coefficient de pondération et la façon dont ils seront appliqués pour la sélection[23];

l) Si l'accord-cadre énoncera toutes les conditions du marché ou si une mise en concurrence aura lieu lors de la deuxième étape pour sélectionner le fournisseur ou l'entrepreneur auquel un marché sera attribué au titre de l'accord-cadre;

m) Les procédures et les critères que l'entité adjudicatrice appliquera pour sélectionner le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) au(x)quel(s) sera attribué le marché, y compris leur coefficient de pondération et la façon dont ils seront appliqués pour la sélection;

n) En cas de mise en concurrence lors de la deuxième étape:

i) Toutes les conditions du marché qui seront fixées dans l'accord-cadre;

ii) Les conditions restantes, qui feront l'objet de la mise en concurrence lors de la deuxième étape; et

iii) Si l'entité adjudicatrice souhaite être en mesure de modifier les coefficients de pondération des critères de sélection durant cette mise en concurrence, la fourchette dans laquelle ces coefficients peuvent varier, pour autant que cette variation ne puisse entraîner de modification essentielle des spécifications ou d'autres conditions du marché[24]."

---

[23] Le Guide expliquera que l'entité adjudicatrice doit mentionner si la sélection se fera en fonction du prix le plus bas ou de la soumission la plus basse selon l'évaluation. Voir A/CN.9/WG.I/WP.63.

[24] Le Guide traitera de la mise en concurrence lors de la première étape et expliquera que l'entité adjudicatrice doit mentionner si la sélection se fera en fonction du prix le plus bas ou de la soumission la plus basse selon l'évaluation. Voir A/CN.9/WG.I/WP.63.

“Article [51 *decies*]. Première étape d’une passation reposant sur des accords-cadres

1. La première étape d’une procédure de passation reposant sur des accords-cadres fermés se déroule suivant les dispositions qui régissent la méthode de passation choisie conformément à l’article 51 *octies* de la présente Loi.

2. La première étape d’une procédure de passation reposant sur des accords-cadres ouverts se déroule suivant les dispositions qui régissent la méthode de passation choisie conformément à l’article 51 *octies* de la présente Loi, [pour autant que la méthode choisie soit ouverte et fasse appel à la concurrence/qui doit être menée conformément soit au chapitre III soit au chapitre IV de la présente Loi[25].]

3. L’entité adjudicatrice sélectionne le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) avec le(s)quel(s) elle va conclure l’accord-cadre en se fondant sur les critères de sélection spécifiés et avise promptement le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) retenus de leur sélection et, le cas échéant, de leur classement[26].

4. L’entité adjudicatrice publie promptement un avis d’attribution de l’accord-cadre, selon les modalités spécifiées pour la publication des avis d’attribution de marché conformément à l’article 14 de la présente Loi. L’avis identifie le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) sélectionné(s) pour être partie(s) à l’accord-cadre[27].”

---

[25] Voir par. 90 du document A/CN.9/648 et note 15 ci-dessus.

[26] Comme il est noté dans la section terminologie ci-dessus, le Groupe de travail voudra peut-être modifier ce terme (voir aussi par. 91 du document A/CN.9/648). Une solution pourrait être de classer les soumissions dans l’ordre décroissant afin de faire ressortir celles qui répondent le mieux aux besoins de l’entité adjudicatrice.

[27] La disposition exige désormais que soit publiée l’identité des parties conformément aux instructions du Groupe de travail (par. 94 du document A/CN.9/648). Ce dernier voudra peut-être également examiner si cette information devrait être exigée de manière générale lors de la publication des avis d’attribution de marché conformément à l’article 14 du texte actuel de la Loi type et s’il faut adapter les dispositions concernant les seuils à partir desquels une publicité est exigée. Le texte ou le Guide pour l’incorporation pourrait aussi fournir de plus amples détails sur les informations minimums à publier. Par exemple, en ce qui concerne chaque marché attribué (quelle que soit la procédure de passation, y compris les accords-cadres), l’un ou l’autre pourrait exiger: a) une brève description des biens, travaux ou services acquis (ou une référence à un numéro d’appel d’offres ou de sollicitation de propositions); b) l’identité du fournisseur auquel le marché a été attribué; c) le prix du marché; et d) la date ou l’exercice budgétaire pour lequel le marché a été attribué. Dans un souci de cohérence, l’article 36-6 devrait alors exiger que tous ces éléments, outre l’adresse du fournisseur ayant remporté le marché, soient communiqués aux autres fournisseurs qui n’ont pas été retenus dans un appel d’offres. On pourrait exiger la communication des mêmes informations, à l’exception du prix du marché, pour la conclusion d’un accord-cadre. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi examiner si la quantité restante devant faire l’objet du marché, pour autant qu’elle soit connue, devrait être indiquée aux parties à l’accord-cadre afin qu’elles puissent déterminer la portée de leur engagement. Le Guide pour l’incorporation pourrait aborder aussi ce point.

"Article [51 *undecies*]. Dispositions supplémentaires concernant la première étape d'une passation reposant sur des accords-cadres ouverts

1. L'entité adjudicatrice garantit, pendant toute la durée de l'accord-cadre ouvert, l'accès libre, direct et complet aux spécifications et aux conditions de l'accord ainsi qu'à toute autre information nécessaire en rapport avec son fonctionnement[28].

2. Pendant la durée de l'accord-cadre ouvert, l'entité adjudicatrice:

a) Soit republie [l'État adoptant précise la fréquence de la republication ou conformément aux règlements en matière de passation des marchés] la sollicitation initiale de soumissions et l'avis d'attribution de l'accord-cadre ainsi qu'une invitation à présenter d'autres soumissions pour devenir partie à l'accord-cadre dans la ou les publications où est parue la sollicitation initiale[29]; soit

b) Si l'accord-cadre fonctionne électroniquement, conserve une copie de la sollicitation initiale et de l'avis d'attribution de l'accord-cadre à l'adresse [du site Web ou autre adresse électronique] prévue [à l'article 51 *novies* g) ci-dessus].

3. Les fournisseurs et entrepreneurs peuvent [devenir parties à l'accord-cadre ouvert] à tout moment pendant la durée de celui-ci. [Les demandes pour devenir parties] contiennent toutes les informations fournies par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle a sollicité pour la première fois la participation à la passation.

4. L'entité adjudicatrice examine toutes les soumissions pour devenir partie à l'accord-cadre reçues pendant la durée de celui-ci [dans un délai maximal de [...] jours] conformément aux critères de sélection énoncés lorsqu'elle a sollicité pour la première fois la participation à l'accord-cadre.

5. L'accord-cadre est conclu avec tous les fournisseurs ou entrepreneurs [qualifiés] qui satisfont aux critères de sélection [et dont les soumissions sont conformes aux spécifications et à toute autre exigence supplémentaire en

---

[28] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si cette disposition implique des moyens électroniques et, dans l'affirmative, s'il faudrait l'incorporer au paragraphe 2 b) et, pour les procédures non électroniques, s'il faudrait introduire une nouvelle disposition exigeant que l'entité adjudicatrice fournisse le dossier conformément à l'article 26 du texte actuel de la Loi type après chaque nouvelle publication. Les dispositions présupposent aussi des procédures qui débutent par un avis au public – il s'agit en l'occurrence des procédures conduites conformément aux chapitres II et III de la Loi type.

[29] Disposition insérée sur instruction du Groupe de travail à sa treizième session – voir par. 129 du document A/CN.9/648. Le Groupe de travail voudra peut-être cependant examiner si la disposition sera aisément applicable lorsque ces avis sont centralisés. Le Guide pour l'incorporation expliquerait que, lorsque l'accord-cadre est sur support papier, l'avis initial invitant à participer à cet accord devrait être republié périodiquement dans la revue dans laquelle il a été publié pour la première fois. Dans les systèmes électroniques, cet avis serait accessible en permanence sur le site Web pertinent, de sorte qu'aucune nouvelle publication ne serait nécessaire.

rapport avec l'accord-cadre[30]] [sauf si des limites techniques ou autres limites de capacité imposent un nombre maximum de parties à l'accord-cadre. Ces limites ainsi que le nombre maximum qui en résulte sont indiqués dans le dossier de sollicitation [ou son équivalent][31].]

6. L'entité adjudicatrice fait promptement savoir aux fournisseurs ou entrepreneurs s'ils seront parties à l'accord-cadre.

7. Les fournisseurs ou entrepreneurs admis à l'accord-cadre peuvent améliorer leurs soumissions à tout moment pendant la durée de l'accord-cadre, à condition que celles-ci demeurent conformes aux conditions de l'accord-cadre[32]."

"Article [51 *duodecies*]. Deuxième étape d'une passation reposant sur des accords-cadres fermés sans mise en concurrence au cours de cette étape

1. Tout marché attribué au titre d'un accord-cadre l'est conformément aux conditions de ce dernier et aux dispositions du présent article[33].

2. Aucun marché au titre de l'accord-cadre n'est attribué à des fournisseurs ou à des entrepreneurs qui n'étaient pas initialement parties à l'accord-cadre.

3. Les conditions d'un marché attribué au titre de l'accord-cadre ne peuvent modifier essentiellement aucune condition de l'accord-cadre[34].

4. Si l'accord-cadre est conclu avec un fournisseur ou entrepreneur, l'entité adjudicatrice attribue tout marché à ce fournisseur ou à cet entrepreneur sur la base des conditions de l'accord-cadre en lui adressant un avis écrit.

5. Si l'accord-cadre est conclu avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs, l'entité adjudicatrice attribue tout marché sur la base des conditions de l'accord-cadre en adressant un avis écrit à ce fournisseur ou à cet entrepreneur. Elle avise aussi promptement par écrit tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre de l'attribution du marché, du nom et de l'adresse du fournisseur ou de l'entrepreneur auquel l'avis a été adressé et du prix du marché[35]."

---

[30] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le texte entre crochets est superflu.

[31] Voir section III ci-après pour une discussion sur l'établissement d'un nombre maximum de parties à l'accord-cadre lors de la première étape, à partir d'une évaluation et d'un classement. Une autre possibilité serait de prévoir la conclusion de l'accord-cadre avec tous les fournisseurs qualifiés dont les soumissions sont conformes sous réserve des contraintes techniques et autres similaires (pour toutes les procédures d'accords-cadres ou seulement pour les accords-cadres ouverts). Voir aussi par. 101 du document A/CN.9/648.

[32] Cette disposition a été insérée conformément à la demande du Groupe de travail (voir par. 104 du document A/CN.9/648).

[33] Cette disposition a été insérée conformément à la demande du Groupe de travail (voir par. 111 du document A/CN.9/648).

[34] Le texte a été aligné sur une disposition similaire de l'article 34-2 b), comme l'a demandé le Groupe de travail au paragraphe 113 du document A/CN.9/648.

[35] Cette disposition a été reformulée suivant les instructions que le Groupe de travail a fournies au paragraphe 115 du document A/CN.9/648, de sorte que la notification contienne les informations essentielles sur l'attribution, comme le prix du marché, et que la disposition soit alignée sur l'article 51 *terdecies* (voir par. 116 du document A/CN.9/648).

"Article [51 *terdecies*]. Deuxième étape d'une passation reposant sur des accords-cadres fermés avec mise en concurrence au cours de cette étape[36]

1. Tout marché attribué au titre d'un accord-cadre l'est conformément aux conditions de ce dernier, y compris celles qui régissent la mise en concurrence lors de la deuxième étape, et aux dispositions du présent article[37].

2. Aucun marché au titre de l'accord-cadre n'est attribué à des fournisseurs ou à des entrepreneurs qui n'étaient pas initialement parties à l'accord-cadre.

3. Les conditions d'un marché attribué au titre de l'accord-cadre ne peuvent modifier essentiellement aucune condition de l'accord-cadre.

4. Chaque marché envisagé fait l'objet d'une invitation écrite à soumettre une offre. L'entité adjudicatrice invite tous les fournisseurs ou entrepreneurs[38] parties à l'accord-cadre ou, le cas échéant, tous les fournisseurs et entrepreneurs [qui sont alors en mesure de répondre à ses besoins[39]], à présenter leurs offres pour la fourniture des articles devant faire l'objet du marché.

5. L'entité adjudicatrice fixe le lieu de présentation des offres ainsi qu'une date et une heure précises qui constituent le délai de présentation des offres. Ce délai laisse suffisamment de temps aux fournisseurs ou entrepreneurs pour préparer et présenter leurs offres.

6. L'invitation à soumettre une offre:

a) Rappelle les conditions existantes du marché envisagé;

b) [Pour autant qu'elles ne soient pas déjà notifiées dans l'accord-cadre] énonce les conditions du marché envisagé qui feront l'objet de la mise en concurrence lors de la deuxième étape;

[c) Lorsque cela est nécessaire, fournit de plus amples informations sur les conditions du marché envisagé[40];]

d) Rappelle les procédures et les critères de sélection pour l'attribution du marché envisagé;

e) Donne des instructions pour l'établissement des offres et indique le délai de soumission.

---

[36] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le titre de cet article et des deux suivants est suffisamment large.

[37] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si ce libellé est suffisamment large pour englober les conditions qui ne sont pas fixées dans l'accord-cadre lui-même mais le sont au moment de la mise en concurrence qui intervient lors de la deuxième étape.

[38] La version antérieure, qui faisait référence aux "parties", a été modifiée pour lever toute ambiguïté. En effet, le mot "partie" risquait de laisser entendre que l'accord-cadre pourrait devenir un accord ouvert (voir par. 119 du document A/CN.9/648).

[39] Cette disposition a été reformulée suivant les instructions que le Groupe de travail a fournies au paragraphe 119 du document A/CN.9/648.

[40] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le libellé laisse suffisamment de souplesse pendant la deuxième étape des procédures d'accords-cadres prévoyant une mise en concurrence lors de cette étape. (La Directive CE offre une plus grande souplesse.)

7. L'entité adjudicatrice évalue toutes les offres reçues et détermine l'offre à retenir conformément aux critères de sélection énoncés dans l'invitation à soumettre une offre adressée lors de la deuxième étape, dont il est question au paragraphe 4 ci-dessus[41].

8. Sous réserve des articles [12, 12 *bis* et autres références appropriées] de la présente Loi, l'entité adjudicatrice accepte l'offre à retenir et avise promptement le fournisseur ou l'entrepreneur ayant remporté le marché qu'elle accepte son offre. Elle notifie également à tous les autres fournisseurs et entrepreneurs ayant soumis des offres le nom et l'adresse du fournisseur ou de l'entrepreneur dont l'offre a été acceptée et le prix du marché[42].

9[43]. Sans préjudice des dispositions de l'article [renvoi adéquat aux dispositions sur l'attribution des marchés par enchère électronique inversée] et sous réserve des articles [12, 12 *bis* et autres références appropriées] de la présente Loi[44], l'entité adjudicatrice accepte la (les) soumission(s) à retenir et en avise promptement par écrit le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) ayant remporté le marché. Elle notifie aussi promptement par écrit à tous les autres fournisseurs et entrepreneurs parties à l'accord-cadre le nom et l'adresse du (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) dont la (les) soumission(s) a (ont) été acceptée(s) et le prix du marché."

"Article [51 *quaterdecies*]. Deuxième étape d'une passation reposant sur des accords-cadres ouverts[45]

1. Tout marché attribué au titre d'un accord-cadre l'est conformément aux conditions de ce dernier, y compris celles qui régissent la mise en concurrence lors de la deuxième étape, et aux dispositions du présent article.

2. Les conditions d'un marché attribué au titre de l'accord-cadre ne peuvent modifier essentiellement aucune condition de l'accord-cadre.

3. Chaque marché envisagé fait l'objet d'une invitation écrite à soumettre une offre. L'entité adjudicatrice invite tous les fournisseurs ou entrepreneurs

---

[41] Le Guide traitera de la mise en concurrence lors de la première étape et expliquera que l'entité adjudicatrice doit mentionner si la sélection se fera en fonction du prix le plus bas ou de la soumission la plus basse selon l'évaluation (voir A/CN.9/WG.I/WP.63).

[42] Le Guide pour l'incorporation renverra aux articles concernés, qui permettent à l'entité adjudicatrice de rejeter toutes les offres, de rejeter les offres anormalement basses ou d'annuler simplement la passation. Le pluriel, employé précédemment pour parler des "offres" et des "fournisseurs", a été supprimé car cet article fait référence à chaque mise en concurrence lors de la deuxième étape, à l'issue de laquelle un seul fournisseur remporte le marché, et non pas à l'ensemble des procédures de mise en concurrence.

[43] L'ancien paragraphe 4 e) a été supprimé conformément au paragraphe 122 du document A/CN.9/648.

[44] Le Guide pour l'incorporation expliquera que cette référence vise à permettre à l'entité adjudicatrice de rejeter toutes les offres, de rejeter les offres anormalement basses ou d'annuler la passation.

[45] Les dispositions concernant la deuxième étape des accords-cadres comportant une mise en concurrence ont été alignées, car, dans le libellé actuel, les deux types pourraient être menés électroniquement ou sur papier, à ceci près que le paragraphe 2 de l'article 51 *quaterdecies* ne s'appliquerait pas aux accords-cadres ouverts (voir par. 130 du document A/CN.9/648).

parties à l'accord-cadre ou, le cas échéant, tous les fournisseurs et entrepreneurs [qui sont alors en mesure de répondre à ses besoins], à présenter leurs offres pour la fourniture des articles devant faire l'objet du marché.

4. L'invitation:

a) Rappelle les conditions existantes du marché envisagé;

b) [Pour autant qu'elles ne soient pas déjà notifiées dans l'accord-cadre] énonce les conditions du marché envisagé qui feront l'objet de la mise en concurrence lors de la deuxième étape;

[c) Lorsque cela est nécessaire, fournit de plus amples informations sur les conditions du marché envisagé;]

d) Rappelle les procédures et les critères de sélection pour l'attribution du marché envisagé; et

e) Donne des instructions pour l'établissement des offres.

5. L'entité adjudicatrice fixe le lieu de présentation des offres ainsi qu'une date et une heure précises qui constituent le délai de présentation des offres. Ce délai laisse suffisamment de temps aux fournisseurs ou entrepreneurs pour préparer et présenter leurs offres.

6. L'entité adjudicatrice évalue toutes les offres reçues et détermine l'offre à retenir conformément aux critères de sélection énoncés dans l'invitation à soumettre une offre adressée lors de la deuxième étape, dont il est question au paragraphe 4 ci-dessus[46].

7. Sans préjudice des dispositions de l'article [renvoi adéquat aux dispositions sur l'attribution des marchés par enchère électronique inversée] et sous réserve des articles [12, 12 *bis* et autres références appropriées] de la présente Loi, l'entité adjudicatrice accepte la (les) soumission(s) à retenir et en avise promptement par écrit le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) ayant remporté le marché. Elle notifie aussi promptement par écrit à tous les autres fournisseurs et entrepreneurs parties à l'accord-cadre le nom et l'adresse du (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) dont la (les) soumission(s) a (ont) été acceptée(s) et le prix du marché.

"Article [51 *quindecies*]. Attribution du marché au titre d'un accord-cadre

1. Le marché soumis aux conditions de l'accord-cadre entre en vigueur lorsqu'une commande, conformément aux [articles ...], ou l'avis d'acceptation adressé au(x) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) ayant remporté le marché, conformément aux [articles ...], est émis et expédié au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné.

2. Lorsque le prix du marché visé par les dispositions de la présente section dépasse [l'État adoptant indique un montant minimum [ou] le montant figurant

---

[46] Le Guide expliquera que l'entité adjudicatrice doit mentionner si la sélection se fera en fonction du prix le plus bas ou de la soumission la plus basse selon l'évaluation. Voir A/CN.9/WG.I/WP.63.

dans les règlements en matière de passation des marchés], l'entité adjudicatrice publie promptement l'avis d'attribution du (des) marché(s) suivant les modalités qui ont été spécifiées pour la publication des avis d'attribution de marché conformément à l'article 14 de la présente Loi. L'entité adjudicatrice publie également des avis [trimestriels] de tous les marchés attribués au titre d'un accord-cadre, suivant les mêmes modalités ou suivant toute autre modalité prévue dans l'accord-cadre."

III. Autres questions posées par l'utilisation des procédures d'accords-cadres

A. Mise en concurrence lors de la première étape

7. Le Groupe de travail se souviendra peut-être que les régimes de passation reposant sur des accords-cadres à fournisseurs multiples diffèrent considérablement sur le point de savoir si l'ensemble ou seuls certains des fournisseurs qualifiés dont les soumissions sont conformes seront admis à l'accord-cadre. Par exemple, l'article 32-2 de la Directive CE prévoit implicitement que l'entité adjudicatrice n'a pas à conclure l'accord-cadre avec tous ces fournisseurs mais doit opérer une sélection sur la base des critères d'attribution. La Directive prévoit également que, lorsque cela est possible, l'accord-cadre doit être conclu avec au moins trois fournisseurs.

8. D'un autre côté, aux États-Unis, l'entité adjudicatrice étudie les soumissions lors de la première étape, en ce qui concerne les prix, la qualité et les qualifications des soumissionnaires, mais n'exclut aucun, ou pratiquement aucun, fournisseur qualifié dont la soumission est conforme, car l'accent est mis sur la procédure de concurrence lors de la deuxième étape, qui doit donner une possibilité équitable aux fournisseurs d'entrer en compétition[47].

9. Les dispositions ci-dessus se rapprochent davantage du modèle américain que du modèle européen, en ce qu'elles n'envisagent pas une sélection des fournisseurs qualifiés dont les soumissions sont conformes lors de la première étape, toutes les parties en mesure de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice étant invitées à entrer en concurrence. Bien que cette solution permette d'accroître le nombre de fournisseurs en compétition lors de la deuxième étape, ou le choix dans une procédure d'accord-cadre sans mise en concurrence lors de la deuxième étape, elle n'implique aucune véritable concurrence lors de la première étape. Des études ont mis en évidence deux conséquences: d'une part, les fournisseurs ne proposent pas des prix bas lors de la première étape ou présentent une soumission tout au plus conforme; et dans les systèmes où la concurrence se déroule entièrement pendant la deuxième étape, les avantages théoriques d'une mise en concurrence dans la deuxième phase ne se vérifient pas toujours dans la pratique et une telle concurrence peut en fait être inadéquate. De plus, les entités adjudicatrices peuvent invoquer la nécessité de limiter pour des raisons pratiques le nombre de participants à la mise en concurrence lors de la deuxième étape (que cette nécessité soit réelle ou non), et

---

[47] Pour plus de détails, voir A/CN.9/WG.I/WP.44/Add.1, par. 17 à 20.

recourir à des moyens non transparents pour ce faire en s'écartant des procédures normales. Il peut être difficile de résister à la demande de telles exceptions pour des marchés de faible montant conclus de manière récurrente par des moyens non électroniques. Enfin, si le même petit nombre de fournisseurs est régulièrement invité à participer à la deuxième étape, le risque de collusion risque de s'en trouver accru[48].

10. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les dispositions relatives à la mise en concurrence lors de la première étape en tenant compte des observations ci-dessus. On pourrait considérer, par exemple, que pour les procédures d'accords-cadres fermés les avantages d'une concurrence réelle lors de la première étape l'emportent probablement sur les inconvénients d'une limitation du nombre de parties à l'accord-cadre. D'un autre côté, en ce qui concerne les accords-cadres ouverts, notamment lorsqu'ils fonctionnent sous forme électronique, l'inverse sera sans doute vrai.

B. "Classement"

11. Si le Groupe de travail estime que le nombre des parties à l'accord-cadre devrait pouvoir être limité, il voudra peut-être conserver les dispositions sur l'évaluation des soumissions présentées lors de la première étape et le classement (ou autre terme similaire) des fournisseurs qualifiés dont les soumissions sont conformes. Il souhaitera peut-être prévoir un nombre minimum de parties pour éviter les risques de collusion durant la deuxième étape.

12. En l'absence de limitation, le Groupe de travail pourrait considérer que le temps et les frais consacrés par l'entité adjudicatrice à l'évaluation des soumissions (à distinguer de leur "examen") risquent de l'emporter sur les avantages d'une telle évaluation et décider soit de supprimer l'évaluation de la première étape soit de lui conférer un caractère facultatif.

---

[48] Pour plus de détails, voir A/CN.9/WG.I/WP.44/Add.1, par. 36 à 42.

D. Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte du Guide pour l'incorporation sur l'utilisation des accords-cadres dans la passation de marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa quatorzième session

(A/CN.9/WG.I/WP.63) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction . . . 1-2

II. Projet de texte du Guide pour l'incorporation sur l'utilisation des accords-cadres dans la passation de marchés publics en vertu de la Loi type . . . 3-35

A. Description générale des procédures d'accords-cadres . . . 4-6

B. Avantages et inconvénients potentiels constatés dans l'utilisation des procédures d'accords-cadres . . . 7-11

C. L'accord-cadre . . . 12-18

D. Dispositions régissant l'utilisation des procédures d'accords-cadres . . . 19-20

E. Limitation de la durée de l'accord-cadre . . . 21

F. Obligations de transparence . . . 22-27

G. Obligations de publicité . . . 28

H. Conditions générales d'utilisation des procédures d'accords-cadres . . . 29-35

1. Décision de passer des marchés en recourant à une procédure d'accord-cadre . . . 29

2. Obligation de suivre l'une des méthodes de passation de la Loi type lors de la première étape de la procédure d'accord-cadre . . . 30-31

3. Deuxième étape de la procédure d'accord-cadre . . . 32-35

I. Introduction

1. L'historique des travaux actuellement menés par le Groupe de travail I (Passation de marchés) pour revoir la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (la "Loi type") (A/49/17 et Corr.1, annexe I) est présenté aux paragraphes 12 à 85 du document A/CN.9/WG.I/WP.60, dont le Groupe de travail sera saisi à sa quatorzième session. Celui-ci a pour tâche principale d'actualiser et de réviser la Loi type, afin de tenir compte des évolutions récentes, notamment de l'utilisation des accords-cadres, dans la passation des marchés publics.

2. À sa treizième session, le Groupe de travail a prié le secrétariat de revoir les projets de dispositions sur les accords-cadres et ceux concernant les types d'accords-cadres, ainsi que les conditions et les procédures régissant leur utilisation[1]. La présente note fait suite à cette demande.

II. Projet de texte du Guide pour l'incorporation sur l'utilisation des accords-cadres dans la passation de marchés publics en vertu de la Loi type

3. Le texte qui suit se veut un descriptif des accords-cadres. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le niveau de détail des informations fournies, qui est supérieur à celui des commentaires accompagnant nombre des dispositions du texte actuel de la Loi type, compte tenu également de sa décision préliminaire de destiner la version révisée du Guide pour l'incorporation principalement aux législateurs et aux autorités de réglementation, et de placer les orientations fournies aux entités adjudicatrices et à d'autres utilisateurs à un autre endroit, voire dans une annexe ou un supplément au Guide lui-même. La fourniture d'informations plus détaillées dans le Guide peut être utile pour présenter un sujet relativement nouveau et éviterait les répétitions et les renvois entre sources. D'un autre côté, le texte du Guide pour l'incorporation pourrait être davantage aligné sur celui des dispositions de la Loi type, si moins d'informations générales étaient fournies. Le projet de texte ci-après contient aussi des subdivisions, ce qui n'est normalement pas le cas du texte du Guide pour l'incorporation.

A. Description générale des procédures d'accords-cadres

4. On peut décrire les procédures d'accords-cadres comme des opérations visant à réaliser des achats répétés de produits ou de services pendant une période donnée, qui consistent en:

a) La sollicitation d'offres ou d'autres soumissions conformes à des conditions déterminées;

b) L'examen et l'évaluation des offres ou autres soumissions ainsi que l'évaluation des qualifications des fournisseurs[2];

c) La conclusion d'un accord-cadre entre les fournisseurs sélectionnés et l'entité adjudicatrice sur la base des offres ou autres soumissions. L'accord-cadre énonce les conditions des achats futurs et il est conclu pour une durée déterminée (il s'agit de la "première étape de la passation"); et

d) La passation ultérieure de commandes périodiques auprès du (des) fournisseur(s) suivant les conditions de l'accord-cadre, lorsque surviennent des besoins particuliers (il s'agit de la "deuxième étape de la passation", qui peut impliquer une remise en concurrence).

---

[1] A/CN.9/648, par. 13.

[2] Voir A/CN.9/WG.I/WP.62, par. 3 à 6 pour une discussion sur la terminologie employée ici.

5. Les accords-cadres sont généralement utilisés pour l'achat de produits ou de services dont l'entité adjudicatrice a un besoin répétitif sur une certaine période, sans connaître toutefois exactement la quantité de ces besoins, leur nature ou le moment où ils surviendront. Dans de nombreux cas, les achats pourraient normalement être effectués sous la forme d'un lot unique, fractionné et attribué au fur et à mesure. Pour l'essentiel, les opérations établissent les conditions principales sous lesquelles seront réalisés les achats (ou définissent le mécanisme à utiliser pour établir ces conditions), sans fixer cependant les autres conditions, comme les quantités devant être livrées à une date particulière et parfois la quantité totale et le prix du marché. La description ci-dessus parle des "fournisseurs", mais une entité adjudicatrice peut, si elle le souhaite, conclure un accord-cadre avec un seul fournisseur (par exemple, pour accroître la sécurité de l'approvisionnement).

6. Depuis l'adoption, en 1994, de la première version de la Loi type (qui ne prévoyait pas l'utilisation des accords-cadres), le recours aux accords-cadres s'est considérablement développé, au point que dans les systèmes où ils existent, une partie importante des passations peut désormais être réalisée par cette méthode. Il est vrai que certains types d'accords-cadres pourraient fonctionner en l'absence de dispositions sur la question dans la Loi type. On a toutefois estimé qu'il serait nécessaire de prévoir des dispositions spécifiques pour promouvoir une utilisation appropriée et traiter de manière adéquate les questions particulières soulevées par ces accords.

B. Avantages et inconvénients potentiels constatés dans l'utilisation des procédures d'accords-cadres

7. Le principal avantage potentiel des procédures d'accords-cadres est l'efficacité administrative qui en découle en ce qu'elles permettent en fait de regrouper les passations. Dans une procédure d'accord-cadre, de nombreuses étapes du processus de passation (publicité, évaluation des qualifications des fournisseurs, examen et évaluation des offres ou autres soumissions) se déroulent en une seule fois pour une opération qui normalement constituerait une série de passations. Les conditions étant fixées avant la passation d'une commande, les achats peuvent être effectués à un plus faible coût et avec des délais de livraison plus courts que si chaque achat faisait l'objet d'une procédure de passation séparée. Les procédures d'accords-cadres ont aussi pour avantage d'accroître la transparence et la concurrence dans les marchés de faible montant, dont on considère parfois qu'ils risquent de donner lieu à des abus ou de ne pas offrir un bon rapport qualité-prix en raison des méthodes moins transparentes et moins ouvertes souvent utilisées pour leur passation (généralement parce qu'ils se situent en dessous des seuils applicables). De plus, le regroupement d'une série de marchés de faible valeur permet d'amortir les frais de publicité et d'autres dépenses et peut faciliter le contrôle. Les accords-cadres peuvent également garantir la sécurité de l'approvisionnement et permettent de réduire encore les coûts grâce à la centralisation des achats (en d'autres termes, un service central d'une entité achète pour un certain nombre de services, ou une entité ou un consortium achète au nom de plusieurs entités).

8. Aussi l'utilisation des accords-cadres pourrait-elle renforcer deux objectifs de la Loi type, en particulier – la transparence et l'efficacité – notamment dans les

marchés qui pourraient autrement sortir du champ d'application de nombreuses dispositions d'un système de passation.

9. Des commentateurs ont toutefois soulevé certains problèmes, comme le fait que les gains d'efficacité administrative risquent de se faire au détriment d'autres objectifs de la passation. Par exemple, l'utilisation des accords-cadres dans un seul souci d'efficacité administrative peut compromettre le rapport qualité-prix car ce type d'accord est en fait inadapté au marché considéré. Il se peut que des entités adjudicatrices effectuent leurs achats en utilisant un accord-cadre existant qui ne répond pas vraiment à leurs besoins pour ne pas avoir notamment à élaborer leurs propres spécifications et conditions, à publier un avis de passation, à examiner les qualifications des fournisseurs, et à procéder à un examen et une évaluation complets des offres.

10. D'autre part, l'expérience montre que les accords-cadres, par rapport à des méthodes traditionnelles de passation, compromettent, ou diminuent, considérablement la transparence, la concurrence et le rapport qualité-prix. En ce qui concerne la transparence, la passation de commandes lors de la deuxième étape peut être moins transparente et plus susceptible d'abus que certaines méthodes traditionnelles de passation. S'agissant de la concurrence, celle-ci peut être restreinte du fait de l'exclusion des fournisseurs qui ne sont pas parties à l'accord-cadre, surtout s'il en résulte un marché monopolistique ou oligopolistique, et une fois l'accord-cadre en place, la concurrence peut être difficile à organiser dans la pratique. Pour ce qui est du rapport qualité-prix, des commentateurs font observer que les prix ne sont pas toujours actuels et compétitifs car ils restent généralement fixés dans un accord-cadre au lieu de varier en fonction du marché, que les entités adjudicatrices accordent souvent trop d'importance aux spécifications ou à la qualité par rapport au prix lorsqu'elles passent des commandes sur la base d'accords-cadres et qu'elles n'évaluent parfois pas suffisamment le prix et la qualité lorsqu'elles passent une commande particulière. En outre, les centrales d'achat ont peut-être intérêt à ce que leur rémunération reste élevée en maintenant les prix à un haut niveau et en encourageant des achats qui ne sont pas strictement nécessaires. Ces inconvénients et ces risques peuvent être plus graves lorsque les accords-cadres sont conclus pour une longue durée.

11. C'est pourquoi les dispositions visant à autoriser le recours aux procédures d'accords-cadres dans la Loi type sont destinées à faciliter cette utilisation lorsqu'elle est appropriée et avantageuse mais à la décourager lorsqu'elle est en fait inadaptée. Par exemple, ces procédures peuvent convenir pour des produits de base, comme des fournitures de bureau, des pièces détachées, des fournitures et des services de maintenance informatiques, qui font normalement l'objet d'achats réguliers dans des quantités variables, ainsi que pour les achats auprès de sources multiples, par exemple d'électricité, et pour les articles pouvant parfois devenir nécessaires d'urgence, comme les médicaments, et enfin pour garantir la sécurité de l'approvisionnement. À l'inverse, les marchés complexes, tels que d'importants contrats d'investissements, des articles très techniques ou spécialisés et la passation de marchés de services plus complexes, pour lesquels les conditions (y compris les spécifications) changent à chaque achat, ne se prêteraient pas à des accords-cadres.

C. L'accord-cadre

12. Un accord-cadre, selon ses conditions et selon la loi qui régit les accords conclus par les entités adjudicatrices dans l'État adoptant concerné, peut être un contrat ayant force obligatoire. Toutefois, aux fins de l'article 2 g) de la Loi type, il n'est pas considéré comme un marché. Le marché au sens de cet article est conclu lors de la deuxième étape de la procédure, lorsque l'entité adjudicatrice adresse un avis d'acceptation (en d'autres termes, lorsqu'elle accepte l'offre du fournisseur de lui fournir la quantité qu'elle demande à cette étape) conformément à l'article [13/36] de la Loi type. Les dispositions réglementant l'utilisation des accords-cadres couvrent donc les deux étapes de la passation concernée.

13. La procédure d'accord-cadre peut revêtir l'une des trois formes suivantes:

a) Une procédure d'accord-cadre "fermé", dans laquelle l'entité adjudicatrice conclut avec un ou plusieurs fournisseurs un accord-cadre qui fixe les spécifications et toutes les conditions du marché. Les fournisseurs ne sont donc pas remis en concurrence lors de la deuxième étape de la passation. Ce type de procédure ne se distingue des procédures de passation classiques que par le fait que les articles sont achetés en lots pendant une période donnée (accords-cadres du "Type 1");

b) Une procédure d'accord-cadre "fermé", dans laquelle l'entité adjudicatrice conclut avec plusieurs fournisseurs un accord-cadre qui fixe les spécifications et les principales conditions du marché. Les fournisseurs parties à l'accord-cadre doivent ensuite être remis en concurrence pour l'attribution du marché lors de la deuxième étape de la passation (accords-cadres du "Type 2");

c) Une procédure d'accord-cadre "ouvert", dans laquelle l'entité adjudicatrice conclut un accord-cadre avec plusieurs fournisseurs et où les fournisseurs parties à l'accord sont mis en concurrence lors de la deuxième étape (accords-cadres du "Type 3"). Ce type d'accord-cadre est utilisé pour des biens standard d'usage courant ou des services simples et récurrents acquis normalement sur la base du prix le plus bas. [Ajouter un commentaire pour indiquer si ces accords doivent fonctionner électroniquement ou s'il faut en encourager leur fonctionnement sous forme électronique afin de maximiser les avantages pouvant découler d'un tel système, selon que le Groupe de travail décidera s'ils peuvent fonctionner ou non par des moyens non électroniques.]

14. Les accords-cadres du Type 1 et du Type 2 sont "fermés", en ce qu'aucun fournisseur ou entrepreneur ne peut y devenir partie après la première étape de la passation. Les accords-cadres du Type 3 sont "ouverts" au nouveaux fournisseurs pendant toute leur durée.

15. Un accord-cadre du Type 1 peut être conclu avec un seul fournisseur. En revanche, on considère qu'un accord-cadre du Type 2, qui en théorie pourrait être conclu avec un fournisseur unique, risque particulièrement de donner lieu à des abus, car il supposerait d'inviter le fournisseur à améliorer son offre pour un achat particulier effectué au titre de l'accord. Aussi les accords du Type 2 et du Type 3 régis par la Loi type doivent-ils être conclus avec plusieurs fournisseurs.

16. Les principales différences entre les types de procédure d'accord-cadre lors de la première étape sont [ajouter un commentaire sur l'étendue de la concurrence lors

de la première étape, en fonction de la décision du Groupe de travail sur la question de savoir si la première étape comporte une mise en concurrence dans certains ou dans tous les types d'accord-cadre]. L'entité adjudicatrice est également tenue de justifier le choix de tel ou tel type de procédure d'accord-cadre dans le procès-verbal de la procédure de passation [ajouter un commentaire sur l'impact du choix du niveau de concurrence lors de la première étape]. Les principales différences lors de la deuxième étape tiennent au fait que dans les accords-cadres du Type 2 et du Type 3, tous les fournisseurs parties à l'accord ou tous ceux capables de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice en question sont mis en concurrence lors de cette étape (les procédures utilisées à cette fin sont énoncées dans [renvoi]).

17. Des dispositions supplémentaires régissent les procédures d'accords-cadres du Type 3 [renvoi au commentaire pertinent] pour que les accords-cadres eux-mêmes restent pleinement ouverts aux nouveaux entrants pendant leur durée et que le public soit dûment informé de leur existence de sorte que des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels en aient connaissance. Il faut donc qu'un avis permanent informant de l'existence d'un accord-cadre du Type 3 fonctionnant électroniquement soit posté sur le site Web de l'entité adjudicatrice [et que l'avis initial informant de l'existence d'une procédure d'accord-cadre du Type 3 ne fonctionnant pas sous forme électronique soit régulièrement republié, dans chaque cas] avec toutes les informations requises lorsque l'invitation à participer à la passation envisagée a été publiée pour la première fois. Les entités adjudicatrices sont tenues d'évaluer les qualifications des nouveaux entrants ainsi que d'examiner [et d'évaluer] leurs soumissions dans un délai raisonnable. La Loi type ne prescrit pas le délai applicable, que les États adoptants devraient fixer dans leur législation en tenant compte de la situation sur leur territoire au moment considéré. [Insérer un commentaire sur l'amélioration des offres, sur la question de savoir si l'entité adjudicatrice a besoin de les approuver, en fonction des délibérations du Groupe de travail sur l'article 51 *undecies*-7.]

18. [Ajouter un commentaire sur le nombre maximum de parties à une procédure d'accord-cadre du Type 3, compte tenu des délibérations du Groupe de travail.]

D. Dispositions régissant l'utilisation des procédures d'accords-cadres

19. Le texte de la Loi type prévoit des dispositions sur l'utilisation des procédures d'accords-cadres pour traiter les problèmes soulevés plus haut. Il s'agit de conditions d'utilisation de ces procédures et de modalités obligatoires pour mener ces procédures. Une entité adjudicatrice qui souhaite recourir à une procédure d'accord-cadre sera tenue de suivre l'une des méthodes de passation prévues dans la Loi type pour sélectionner les fournisseurs qui seront parties à l'accord (première étape). On a en outre défini les procédures elles-mêmes de manière à assurer une concurrence suffisante lorsqu'une remise en concurrence est envisagée, en étendant les dispositions de la Loi type à la deuxième étape de la passation. Le Groupe de travail s'est gardé toutefois de limiter l'utilité des accords-cadres et leur efficacité administrative en évitant de formuler des conditions d'utilisation trop nombreuses ou trop de procédures rigides.

20. La pratique des accords-cadres montre que le rapport qualité-prix découlant de leur utilisation est maximisé lorsque les entités adjudicatrices les utilisent pleinement pour leurs achats, au lieu d'organiser de nouvelles passations pour les produits ou services concernés. En cas de pleine utilisation, les fournisseurs et entrepreneurs devraient être davantage assurés de recevoir des commandes de l'entité adjudicatrice et, par conséquent, devraient proposer leurs meilleurs prix et qualité. D'un autre côté, les dispositions n'exigent pas que l'entité adjudicatrice utilise l'accord-cadre pour tous les achats futurs qui pourraient être réalisés sur sa base et permettent ainsi que les considérations commerciales déterminent l'étendue de cette utilisation. Néanmoins, les conditions de l'accord-cadre peuvent limiter la souplesse commerciale si celui-ci fixe des quantités minimales garanties. Cette souplesse devrait toutefois être mise en balance avec l'offre de meilleurs prix par les fournisseurs.

E. Limitation de la durée de l'accord-cadre

21. La Loi type prévoit une disposition visant à limiter la durée des accords-cadres. Du fait qu'aucun marché ne peut être attribué à un fournisseur ou entrepreneur qui n'est pas partie à l'accord-cadre, ce dernier a un effet potentiellement anticoncurrentiel. On estime généralement que le fait d'assurer une pleine concurrence pour les achats envisagés périodiquement en limitant la durée de l'accord-cadre et en exigeant que ces achats soient rouverts à la concurrence contribue à réduire ce risque. [L'État adoptant fixe sa propre limite (autrement dit la Loi type ne fixe pas elle-même de limite déterminée). L'expérience dans les pays qui utilisent des accords-cadres montre que les avantages potentiels de cette technique sont susceptibles de se concrétiser généralement lorsque ces accords sont suffisamment longs, par exemple trois à cinq ans, pour permettre la conclusion de plusieurs marchés.] Au-delà de cette durée, le risque d'effet anticoncurrentiel peut se poser, et il est probable que les conditions de l'accord-cadre ne correspondent plus aux conditions actuelles du marché. Du fait que différents types de produit ou de service peuvent changer plus rapidement, en particulier lorsque des évolutions techniques sont possibles, et que la durée optimale pour chaque marché peut de ce fait être considérablement plus courte que le maximum, les États adoptants sont encouragés à fournir des orientations sur les durées appropriées pour des types particuliers de marchés et souhaiteront peut-être aussi encourager les entités adjudicatrices à évaluer elles-mêmes périodiquement, pendant la durée de l'accord-cadre, si les conditions de ce dernier sont toujours d'actualité.

F. Obligations de transparence

22. Le dossier de sollicitation pour une procédure d'accord-cadre doit suivre les règles normales: il doit énoncer les conditions régissant la fourniture des biens, des travaux ou des services requis, les critères qui seront utilisés pour sélectionner les fournisseurs ou entrepreneurs à retenir et les procédures pour l'attribution des marchés au titre de l'accord. Il indique aussi la quantité totale, ou les quantités minimales et maximales, des achats envisagés au titre de l'accord-cadre, pour autant qu'elles soient connues lors de la première étape de la passation, ou à défaut une estimation de ces quantités. Ces informations sont requises pour permettre aux

fournisseurs ou aux entrepreneurs de comprendre la portée de l'engagement que l'on attend d'eux, et, partant, de proposer le meilleur prix et la meilleure qualité. Aussi, l'obligation normale de communiquer préalablement toutes les conditions du marché (y compris les spécifications et le fait de savoir si les fournisseurs seront sélectionnés en fonction du prix le plus bas ou de l'offre ou autre soumission la plus basse selon l'évaluation) s'applique-t-elle aussi. Cette information doit être rappelée dans l'accord-cadre lui-même ou, si cela est possible et propice à l'efficacité administrative, et si le système juridique du pays considère les annexes comme faisant partie intégrante d'un document, le dossier de sollicitation peut être annexé à l'accord-cadre.

23. Le dossier de sollicitation et l'accord-cadre énoncent toutes les conditions du marché, seules les dates de livraison et les quantités étant fixées au moment de chaque achat et, si nécessaire, ils indiquent également les autres conditions qui seront fixées au moment de chaque achat lors de la deuxième étape [renvoi au commentaire sur les procédures de la deuxième étape].

24. La "nature, et les caractéristiques techniques et qualitatives que doivent présenter, conformément à l'article 16, les biens, les travaux ou les services requis, y compris, mais non pas exclusivement, les spécifications techniques, plans, dessins et modèles, selon le cas" (description tirée de l'article 27 d) de la Loi type) font partie de ces conditions, de même que les procédures qui s'appliqueront à la réalisation des achats lors de la deuxième étape. Ainsi, le dossier de sollicitation et l'accord-cadre soit indiqueront clairement qu'une mise en concurrence sera organisée lors de la deuxième étape, en précisant dans quelles conditions, soit constitueront la base sur laquelle les achats seront effectués sans mise en concurrence lors de cette deuxième étape [renvoi au commentaire sur le choix de la manière d'attribuer les achats lors de la deuxième étape dans les accords-cadres du Type 1].

25. Un des aspects de la sélection qui est plus complexe dans les accords-cadres que dans les méthodes de passation traditionnelles est le coefficient de pondération à attribuer, le cas échéant, dans les critères de sélection pour les deux étapes de la passation. En ce qui concerne notamment les achats centralisés effectués sur une longue période, le fait de permettre à l'entité adjudicatrice de fixer ces coefficients et leur utilité précise uniquement lors de chaque achat (autrement dit au moment de la deuxième étape) peut présenter des avantages en termes de rapport qualité-prix et d'efficacité administrative. D'un autre côté, les considérations de transparence, l'objectivité du processus et la nécessité d'éviter de modifier les critères de sélection durant une passation sont des éléments essentiels de la Loi type destinés à prévenir toute manipulation abusive de ces critères et tout recours à des critères vagues et généraux pour favoriser certains fournisseurs. En permettant de modifier les coefficients de pondération pendant la durée d'un accord-cadre, on risque de faciliter les modifications opaques ou abusives des critères de sélection.

26. La Loi type tente de tenir compte de ces objectifs concurrents en prévoyant la possibilité de faire varier les coefficients de pondération lors de la deuxième étape dans une fourchette ou grille préétablie dans le dossier de sollicitation, à condition que cette variation n'entraîne pas une modification essentielle des conditions, ni des spécifications et des critères globaux de sélection.

27. Les dispositions exigent aussi que l'accord-cadre soit sous forme écrite afin que les conditions soient clairement énoncées pour toutes les parties. Les États adoptants voudront peut-être autoriser l'entité adjudicatrice à conclure un accord séparé avec chaque fournisseur lorsque les conditions doivent être légèrement modifiées pour des raisons de propriété intellectuelle, parce que les fournisseurs ont soumis des offres pour une partie seulement du marché ou pour d'autres motifs, pour autant que l'ensemble de ces changements mineurs ne modifient pas essentiellement les conditions applicables à tous les fournisseurs ou entrepreneurs. De plus, lorsqu'un accord-cadre a été conclu avec plusieurs fournisseurs, chacun d'eux voudra connaître l'étendue de son engagement à la fois dès le début et périodiquement pendant la durée de l'accord (par exemple après qu'un achat a été effectué au titre de l'accord). Les États adoptants souhaiteront peut-être aussi encourager les entités adjudicatrices à informer les fournisseurs ou entrepreneurs de la portée de leur engagement [ajouter un commentaire sur l'étendue/la durée de l'engagement, et renvoyer aux dispositions sur l'avis envoyé pour la deuxième étape]. Enfin, pour un accord-cadre électronique, le dossier de sollicitation doit contenir toutes les informations nécessaires à son bon fonctionnement (telles que des informations concernant les exigences techniques et les arrangements de connexion, ainsi que l'adresse du site Web ou une adresse similaire de l'entité adjudicatrice où sont publiées les informations concernant la passation [renvoi au commentaire sur les sites Web dans la passation électronique].

G. Obligations de publicité

28. On a exprimé la crainte que les mécanismes de publicité normaux prévus dans les systèmes de passation ne puissent s'appliquer aux accords-cadres (car il ne s'agit pas de marchés à proprement parler) ni à certains marchés attribués au titre de ces accords (s'ils sont en dessous du seuil à partir duquel une publicité est exigée). La Loi type traite ces craintes en disposant que la conclusion d'un accord-cadre doit faire l'objet d'une publicité comme s'il s'agissait de l'attribution d'un marché en vertu de ses dispositions[3]. [Ajouter un commentaire sur les informations à publier, en fonction de la décision du Groupe de travail sur la question.] De plus, lorsque le prix d'un marché ou d'une commande passée au titre d'un accord-cadre dépasse un montant déterminé par chaque État adoptant, l'entité adjudicatrice doit promptement publier un avis d'attribution. Elle doit également publier des avis périodiques de tous les marchés attribués au titre d'un accord-cadre. Ces obligations s'ajoutent à celle d'adresser des notifications à tous les fournisseurs parties à l'accord-cadre lors d'un achat [renvoi aux dispositions pertinentes].

---

[3] Le Groupe de travail est convenu que l'article 14 de la Loi type, qui prévoit un seuil en deçà duquel aucune publicité n'est exigée, sera modifié pour tenir compte des accords-cadres. Il prévoira que le montant à prendre en considération est le montant total de l'accord-cadre et non pas le montant de chaque commande ou le montant attribué à un fournisseur particulier.

H. Conditions générales d'utilisation des procédures d'accords-cadres

1. Décision de passer des marchés en recourant à une procédure d'accord-cadre

29. L'entité adjudicatrice est tenue d'examiner si la procédure d'accord-cadre convient pour le marché envisagé et doit justifier le recours à une telle procédure dans le procès-verbal de la procédure de passation qu'elle doit impérativement dresser. La Loi type prévoit qu'une entité adjudicatrice peut utiliser une procédure d'accord-cadre dans les conditions prescrites, notamment lorsqu'elle prévoit que ses achats seront récurrents ou lorsque la nature du marché est telle que les articles requis peuvent devenir nécessaires d'urgence pendant la durée de l'accord (par exemple, marché médical d'urgence après une catastrophe), et pour assurer la sécurité de l'approvisionnement. Ainsi, une procédure d'accord-cadre peut permettre une bonne planification des marchés et éviter l'utilisation inutile de procédures d'"urgence" dans des situations qui ne le sont pas. La nature du marché envisagé déterminera si la procédure d'accord-cadre est adaptée en l'occurrence [renvoi au commentaire précédent sur les types de marchés qui se prêtent ou non à une telle procédure] et, en outre, si elle est autorisée par la Loi type. Les États adoptants souhaiteront peut-être fournir des orientations aux entités adjudicatrices sur la décision à prendre à cet égard.

2. Obligation de suivre l'une des méthodes de passation prévues dans la Loi type lors de la première étape de la procédure d'accord-cadre

30. L'entité adjudicatrice qui souhaite conclure un accord-cadre est tenue de suivre l'une des méthodes de passation prescrites par la Loi type pour sélectionner le(s) fournisseur(s) devant devenir partie(s) à l'accord-cadre envisagé: elle doit donc appliquer une procédure de passation ouverte, afin de permettre une concurrence stricte lors de la première étape de la passation. C'est pourquoi elle devrait normalement utiliser la procédure d'appel d'offres ou la procédure équivalente pour les marchés de services prévues dans la Loi type, comme pour toute autre passation de marché. Pour faciliter l'utilisation des accords-cadres afin de protéger les sources d'approvisionnement sur des marchés limités et la fourniture rapide et rentable d'articles bon marché, commandés de manière récurrente et urgente, tels que les services de maintenance ou de nettoyage, pour lesquels des procédures d'appel d'offres ouvert pourraient ne pas être financièrement intéressantes, d'autres méthodes peuvent être utilisées si elles se justifient conformément au chapitre II de la Loi type. Puisque l'une des autres méthodes de passation sera utilisée pour cette étape de la passation, les dispositions sur les procédures d'accords-cadres [Si le Groupe de travail décide d'exiger des procédures ouvertes pour les accords-cadres ouverts, ajouter un commentaire ici. Ajouter un commentaire sur l'importance de la concurrence lors de la première étape, pour qu'il en résulte un accord-cadre et non une liste de fournisseurs, ainsi qu'un commentaire sur les nombres minimums et maximums de parties, les modalités de sélection et de classement, en fonction des conclusions du Groupe de travail sur ces questions].

31. Les dispositions exigent qu'à l'issue de la première étape, l'entité adjudicatrice avise de leur sélection tous les fournisseurs qui ont été admis à l'accord-cadre et qu'elle publie un avis de conclusion de l'accord-cadre (identifiant ces parties) [ajouter toute autre exigence] comme s'il s'agissait d'un marché au sens de la Loi type. De plus, pour les accords-cadres du Type 3, l'entité adjudicatrice doit

publier un avis permanent ou périodique pour faire connaître l'existence de l'accord-cadre [renvoi au commentaire pertinent].

3. Deuxième étape de la procédure d'accord-cadre

32. Dans une procédure d'accord-cadre du Type 1, l'entité adjudicatrice attribue un marché en sélectionnant la soumission du fournisseur à retenir. Lorsque l'accord-cadre compte plusieurs fournisseurs [préciser comment se déroule la sélection, les méthodes autorisées ou non], et l'entité adjudicatrice applique les conditions de l'accord-cadre. Les dispositions prévoient des garanties pour que l'accord-cadre ne soit pas modifié essentiellement lors de cette deuxième étape, pour que le fournisseur sélectionné en vue d'un achat soit bien partie à l'accord-cadre et pour que les achats effectués soient conformes aux conditions de l'accord. Des dispositions similaires à celles qui s'appliquent aux accords-cadres eux-mêmes sont prévues pour la publicité et l'envoi d'avis. Elles exigent en outre que le prix de chaque achat soit communiqué aux fournisseurs parties à l'accord-cadre, en permettant toutefois le regroupement des achats de faible montant à des fins de publicité.

33. Pour les accords-cadres du Type 2 ou du Type 3, les dispositions régissent la conduite de la concurrence organisée lors de la deuxième étape pour sélectionner le fournisseur à qui l'achat sera attribué. Elles exigent une invitation écrite à soumettre une [offre], dans laquelle sont fournies toutes les informations pertinentes, y compris le coefficient de pondération des critères de sélection conformément à la fourchette prévue dans le dossier de sollicitation, et si nécessaire des conditions plus précises, et qui laisse aux fournisseurs suffisamment de temps pour préparer leur [offre]. L'invitation ne peut modifier les conditions du marché qui ont déjà été communiquées, sauf à fixer les coefficients de pondération si nécessaire. Les [offres] doivent être évaluées conformément aux critères déjà communiqués à la première étape (sous réserve de l'établissement d'un coefficient de pondération dans la fourchette autorisée) et le fournisseur retenu doit être avisé de sa sélection. À moins que l'entité adjudicatrice n'exerce son droit de rejeter toutes les [offres], de rejeter une [offre] anormalement basse ou d'annuler simplement la passation, l'acceptation de l'[offre] à retenir et l'envoi de l'avis emportent conclusion du marché. Les mêmes garanties et obligations de publicité que pour les procédures d'accords-cadres du Type 1 s'appliquent.

34. Les mesures ci-dessus visent à mettre en exergue un élément clef indispensable pour éviter que les procédures d'accords-cadres ne compromettent les objectifs d'un système de passation: garantir une véritable concurrence lors de la deuxième étape de la passation. La nécessité d'une concurrence effective se traduit par l'obligation d'inviter tous les fournisseurs parties à l'accord-cadre à soumettre leurs offres lors de la deuxième étape, sauf s'ils n'ont pas soumis d'offres pour la partie correspondante du marché lors de la première étape ou ne peuvent pas honorer le marché proposé pour des motifs de capacité ou autres, et d'aviser tous les fournisseurs parties à l'accord qui n'ont pas été invités des commandes qui seront passées au titre de l'accord-cadre. Du fait qu'ils sont avisés, les fournisseurs exclus de la mise en concurrence organisée lors de la deuxième étape peuvent contester cette exclusion rapidement, avant que le marché ne soit conclu.

35. [Examiner les mécanismes de recours prévus à l'article 52]

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 – recours, conflits d'intérêts et passation de marchés de services dans la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa quatorzième session

(A/CN.9/WG.I/WP.64) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-4
II.	Recours	5-9
III.	Conflits d'intérêts dans la passation de marchés	10-33
	A. Généralités	10-16
	B. La nature des conflits d'intérêts dans la passation des marchés	17-18
	C. Les exigences de la Convention des Nations Unies contre la corruption	19
	D. Approche de la réglementation des conflits d'intérêts	20-33
IV.	Marchés de services	34-37

I. Introduction

1. L'historique des travaux en cours 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") (A/49/17 et Corr.1, annexe I) est présenté aux paragraphes 12 à 85 du document A/CN.9/WG.I/WP.60, dont le Groupe de travail est saisi à sa quatorzième session. Celui-ci a pour tâche principale d'actualiser et de réviser la Loi type, afin de tenir compte des développements récents.

2. À sa neuvième session, le Groupe de travail a noté que la Convention des Nations Unies contre la corruption[1] était récemment entrée en vigueur et que, même si les principaux éléments des dispositions de cette convention relatives à la

[1] Le texte de la Convention des Nations Unies contre la corruption peut être consulté à http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/453/16/PDF/N0345316.pdf?OpenElement. La Convention est entrée en vigueur le 14 décembre 2005, après ratification de son texte par 30 signataires. La Convention a pour objet de promouvoir et renforcer: i) les mesures visant à prévenir et combattre la corruption de manière plus efficace; ii) la coopération internationale et l'assistance technique aux fins de la prévention de la corruption et de la lutte contre celle-ci, y compris le recouvrement d'avoirs; et iii) l'intégrité, la responsabilité et la bonne gestion des affaires publiques et des biens publics.

passation des marchés étaient compatibles avec la Loi type, les exigences en matière de dispositions relatives au recours et les dispositions concernant les conflits d'intérêts allaient au-delà des dispositions actuelles de la Loi type et pourraient justifier que le Groupe de travail s'y intéresse en temps voulu[2].

3. À sa sixième session, le Groupe de travail a décidé qu'il envisagerait des orientations supplémentaires à l'appui de la principale méthode de passation des marchés en vertu du chapitre IV de la Loi type à une session future (voir par. 34 à 37 ci-dessous).

4. La présente note a été établie pour la quatorzième session du Groupe de travail, pour aborder les thèmes suivants: dispositions relatives au recours, conflits d'intérêts dans la passation des marchés publics et marchés de services, dont le groupe de travail était convenu à sa treizième session qu'il les examinerait à sa quatorzième session[3].

II. Recours

5. À sa sixième session, le Groupe de travail a également examiné les dispositions relatives au recours contenues au chapitre VI du texte de 1994 de la Loi type. Il a noté que, comme 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, les dispositions du chapitre VI avaient été rédigées pour se limiter à des orientations générales et être facultatives.

6. Le Groupe de travail a décidé à titre préliminaire à cette session que:

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 adoptants 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

---

[2] A/CN.9/595, par. 10.
[3] A/CN.9/648, par. 17, et annexe.

qu'elles empêchent d'examiner et de contrôler effectivement si la procédure de passation est bien gérée[4].

7. À sa quatorzième session, le Groupe de travail est convenu d'examiner ces questions par référence aux dispositions existantes du chapitre VI de la Loi type, en mettant l'accent en particulier sur l'exception concernant le choix de la méthode de passation des marchés mentionnée à l'article 52-2 a). Cette exception a fait l'objet de 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. Toutefois, il a été dit au sein du Groupe de travail et par des commentateurs qu'en permettant que le choix des outils de passation dans les méthodes de passation soit susceptible de recours (comme l'utilisation d'enchères électroniques inversées et d'accords-cadres pour attribuer des marchés), on risquait de faire obstacle à la conduite appropriée du processus de passation. En outre, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'impact de l'introduction d'un recours sur le déroulement d'une passation, et si la suspension de la procédure de passation de marchés conformément à l'article 56 serait toujours appropriée.

8. En examinant ces questions, le Groupe de travail se souviendra peut-être aussi que l'article 9-1 d) de la Convention des Nations Unies contre la corruption exige que les systèmes de passation de marchés comprennent "un système de recours interne efficace, y compris un système d'appel efficace, qui garantisse l'exercice des voies de droit en cas de non-respect des règles ou procédures établies conformément au présent paragraphe". Cette exigence est plus rigoureuse que les règles actuelles équivalentes de la Loi type, dans ce sens qu'elle est impérative et non facultative. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner une nouvelle directive de l'Union européenne relative aux procédures de recours en matière de passation de marchés[5]. Cette directive contient des dispositions détaillées, un "délai de suspension" analogue à celui que l'on trouve à l'article 56 de la Loi type, et autorise les juridictions nationales, dans certaines conditions, à priver d'effet un contrat signé. Cette directive est également destinée à lutter contre la passation illégale de marchés de gré à gré, que la Commission européenne considère comme la violation la plus importante du droit communautaire en matière de marchés publics. Elle cherche aussi à renforcer les recours par l'octroi de dommages et intérêts en plus de l'annulation des attributions de marchés. Des commentateurs ont exprimé l'avis que l'un des buts exprès de la nouvelle Directive, l'efficacité, signifiait que les systèmes nationaux résultants devraient être robustes et harmonisés. À cet égard, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le degré de cohérence entre les dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption et de l'Union européenne, dont celles qui concernent les recours ne sont pas facultatives, et celles de la Loi type, qui le sont. Les premières sont un reflet plus récent de l'approche actuelle à l'égard des recours en matière de passation de marchés.

9. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi examiner s'il faudrait donner davantage d'orientations à l'appui des dispositions de la Loi type relatives au

---

[4] A/CN.9/568, par. 102 à 113.

[5] Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, accessible à http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/remedies/remedies_fr.htm.

recours. Les orientations actuelles traitent de la nécessité d'un système de recours, du défi que représente la rédaction de dispositions d'application universelle, et des procédures elles-mêmes, mais n'abordent pas d'autres questions de principe telles que l'organisme public qui accueillerait l'instance de recours, la portée ou la compétence du recours, la question de savoir si des personnes autres que les fournisseurs ou entrepreneurs devraient être en mesure d'engager un recours, les preuves et le niveau de preuve, et les mesures que l'instance de recours peut ordonner[6]. Bien que l'on puisse s'attendre à d'importantes différences d'un système à l'autre, le Groupe de travail considéra peut-être qu'un examen de ces questions de principe pourrait aider ceux qui élaborent la législation dans les différents États adoptants.

III. Conflits d'intérêts dans la passation de marchés

A. Généralités

10. Le terme "conflit d'intérêts" est largement utilisé dans les opérations commerciales légales, et la question est abordée dans de nombreux codes de conduite professionnels. Comme l'a noté la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC), cependant, "malgré l'usage international de ce terme, il y a eu beaucoup de confusion et de problèmes graves, réels et perçus, en raison de l'absence de définition universellement acceptée des conflits d'intérêts"[7].

11. Il y a néanmoins un certain consensus sur la notion de conflit réel d'intérêts. Les conflits d'intérêts dans la passation de marchés ont été définis comme des "circonstances ou situations dans lesquelles les conseils, conclusions ou recommandations dans le cadre d'une tâche donnée ou le processus de sélection pour la tâche en question peuvent être influencés par des considérations extrinsèques découlant d'une autre tâche ou par l'intérêt privé de responsables de l'entité adjudicatrice"[8]. La FIDIC a la définition opérationnelle suivante de conflit d'intérêts concernant les consultants: "un conflit d'intérêts avec un consultant est une situation dans laquelle un consultant fournit des conseils professionnels impartiaux à un client en vue d'obtenir de ce client un avantage indu pour lui-même ou un associé et le met ce faisant dans une position où ses propres intérêts pourraient prévaloir sur les intérêts du client". Ces dispositions mettent donc l'accent sur les conflits d'intérêts réels et non perçus ou potentiels[9].

12. Le Programme Sigma (Appui à l'amélioration de la gouvernance et de la gestion, initiative conjointe de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et de l'Union européenne), d'un autre côté, a un point de vue

---

[6] Pour une discussion plus complète des choix concernant les mécanismes de recours, voir "Constructing a bid protest process: the choices that every procurement challenge system must make", Gordon. D.I., Public Contract Law Journal, Spring, 2006. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si une référence expresse à cet article pourrait aider les législateurs.

[7] Voir http://www1.fidic.org/about/statement21.asp. La Convention des Nations Unies contre la corruption ne contient pas de définition du terme "conflit d'intérêts".

[8] Cette définition a été fournie au Secrétariat lors de consultations avec la Banque mondiale.

[9] La définition se trouve à http://www1.fidic.org/about/statement21.asp.

plus strict sur les conflits d'intérêts, considérant "non seulement la situation dans laquelle il y a en fait un conflit inacceptable entre les intérêts d'un agent public en tant que citoyen privé et ses obligations en tant qu'agent public, mais aussi les situations dans lesquelles il y a un conflit d'intérêts apparent ou potentiel"[10].

13. On a fait observer aussi que "[s]i des conflits d'intérêts peuvent conduire en fin de compte à la corruption ou à la collusion, ou à la fraude par défaut délibéré de signalisation de conflits d'intérêts, ils ne constituent pas en eux-mêmes des actes de corruption, de collusion ou de fraude"[11], et sont par conséquent généralement abordés dans le cadre de la promotion de l'intégrité. En d'autres termes, dans le cadre de l'application d'un principe général selon lequel les décisions de passation de marchés devraient être prises de manière équitable, transparente, impartiale et non discriminatoire, et ne pas être affectées par l'intérêt ou le gain personnels.

14. On trouve un exemple de cette approche dans le rapport de l'OCDE intitulé "Integrity in public procurement: Good practice from A to Z", qui contient des indications sur la manière d'éviter et de traiter les situations de conflit d'intérêts[12]. Le Projet d'accord révisé sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce[13] contient la déclaration de principes suivante sur les conflits d'intérêts:

"Passation des marchés

4. Une entité contractante procédera à la passation de marchés visés d'une manière transparente et impartiale qui:

a) Est compatible avec le présent accord, au moyen de méthodes telles que l'appel d'offres ouvert, l'appel d'offres sélectif et l'appel d'offres limité;

---

[10] "Conflict-of-interest policies and practices in nine EU member states: a comparative review", SIGMA Paper no. 36, GOV/SIGMA(2006)1/REV1, disponible à http://www.olis.oecd.org/olis/2006doc.nsf/linkto/gov-sigma(2006)1-rev1 (the "SIGMA paper"). Le document poursuit: "Un conflit d'intérêt apparent désigne une situation dans laquelle il y a un intérêt personnel qui pourrait raisonnablement être considéré par d'autres comme influençant les devoirs de l'agent public, même si en fait il n'y a pas une telle influence indue ou il peut ne pas y avoir une telle influence. Le risque de doutes quant à l'intégrité de l'agent et/ou de son organisation oblige à considérer un conflit d'intérêts apparent comme une situation qui devrait être évitée. Le risque d'intérêt potentiel peut exister lorsqu'un agent public à des intérêts en qualité de personne privée qui pourraient donner lieu à un conflit d'intérêts dans l'avenir. C'est le cas par exemple d'un agent public dont le conjoint serait désigné dans les semaines suivantes directeur exécutif ou PDG d'une société concernée par une décision récente de l'agent public, ce dernier sachant que son conjoint allait être nommé. La définition de base employée ici suppose donc qu'une personne raisonnable, connaissant tous les faits pertinents, conclurait que les intérêts privés de l'agent public pourraient influencer indûment sa conduite ou sa prise de décision."

[11] Ce commentaire a été fourni au Secrétariat lors de consultations avec la Banque mondiale.

[12] Integrity in Public Procurement: Good Practice from A to Z (OCDE, 2007). Le texte (en anglais) est disponible à http://www.oecd.org/document/60/0,3343,fr_2649_34135_38561148_1_1_1_1,00.html.

[13] D'après le site Web de l'OMC, en décembre 2006, les négociateurs sont parvenus à un accord provisoire sur une révision du texte de l'accord plurilatéral de 1994. Cette entente est provisoire car elle est subordonnée à i) un contrôle légal; et ii) à une issue mutuellement satisfaisante sur l'autre aspect des négociations relatives à un nouvel Accord sur les marchés publics, à savoir celles qui portent sur l'extension de sa portée (c'est-à-dire les listes d'entités gouvernementales dont les marchés sont ouverts à la concurrence). Le texte révisé est disponible à http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1606/Uebereinkommen.pdf.

b) Evite les conflits d'intérêts; et

c) Empêche les pratiques frauduleuses."

15. La Convention des Nations Unies contre la corruption exige que le système de passation de marchés traite, entre autres, de la question des conflits d'intérêts dans la passation des marchés. L'article 9-1 du texte dispose, en substance:

> "Chaque État Partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, les mesures nécessaires pour mettre en place des systèmes appropriés de passation des marchés publics qui soient fondés sur la transparence, la concurrence et des critères objectifs pour la prise des décisions et qui soient efficaces, entre autres, pour prévenir la corruption. Ces systèmes, pour l'application desquels des valeurs-seuils peuvent être prises en compte, prévoient notamment …
>
> e) [s]'il y a lieu, des mesures pour réglementer les questions touchant les personnels chargés de la passation des marchés, telles que l'exigence d'une déclaration d'intérêt pour certains marchés publics, des procédures de sélection desdits personnels et des exigences en matière de formation."

16. C'est à la lumière de cette exigence que le Groupe de travail "a examiné la recommandation formulée par la Commission à sa trente-neuvième session selon laquelle, en mettant à jour la Loi type et le Guide, le Groupe de travail devrait tenir compte de la question des conflits d'intérêts et examiner s'il serait justifié de prévoir dans la Loi type des dispositions spéciales à cet égard (A/61/17, par. 192). Le Groupe de travail est convenu d'ajouter la question des conflits d'intérêts à la liste des thèmes à examiner dans le cadre de la révision de la Loi type et du Guide (A/CN.9/615, par. 11)"[14].

B. La nature des conflits d'intérêts dans la passation des marchés

17. Les exemples de conflits d'intérêts dans la passation de marchés communiqués au Secrétariat comprennent:

a) Les conflits entre les activités de consultants et la passation de marchés de biens ou de travaux;

b) Certains conflits dans le cadre de missions de consultants, par exemple l'établissement de mandats et la participation aux offres qui en résultent;

c) L'exécution d'un projet ou d'une étude et l'évaluation du même projet ou de la même étude;

d) La conception d'un projet et l'étude de son impact sur l'environnement;

e) La fourniture de conseils au gouvernement et à l'acheteur dans, par exemple, des cas de privatisation;

f) Un conflit dû à des relations familiales ou autres relations personnelles, par exemple, un fournisseur détenu en totalité ou en partie à un agent chargé des

---

[14] A/CN.9/623, par. 4.

marchés ou sa famille, ou lorsqu'une mission de consultants est supervisée par un parent d'un expert principal dans le projet concerné;

g) D'autres situations dans lesquelles la perspective de gains peut influer sur l'objectivité d'une décision de passation de marché[15].

18. Le Groupe de travail a également noté que des conflits d'intérêts pouvaient surgir en particulier lorsque le marché était sous-traité à des agences commerciales, comme cela pouvait être le cas dans les systèmes utilisant des outils de passation tels que les accords-cadres (par le recours à des centrales d'achat) et les enchères électroniques inversées, à propos desquelles il a noté que "l'utilisation des enchères électroniques inversées avait également suscité un certain nombre de préoccupations. En particulier, ces enchères: 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"[16].

C. Les exigences de la Convention des Nations Unies contre la corruption

19. On considère généralement que les exigences de l'article 9-1 e) de la Convention des Nations Unies contre la corruption, ainsi que les dispositions de son article 8 ("Codes de conduite des agents publics"), qui demande que chaque État Partie encourage notamment "l'intégrité, l'honnêteté et la responsabilité" chez ses agents publics, s'efforce d'appliquer des codes ou normes de conduite[17] signifient que la loi ou la réglementation applicable aux marchés publics devrait exiger que tous les droits, avoirs, offres d'hospitalité et cadeaux soient déclarés et comptabilisés. L'objet de la divulgation est d'identifier les conflits potentiels entre la position officielle d'un employé et ses intérêts privés, de manière à prévoir des protections appropriées contre de tels conflits. Cette approche est généralement celle qui est adoptée par les corps législatifs nationaux pour aborder les conflits d'intérêts, c'est-à-dire l'utilisation de dispositions sur la divulgation pour évaluer s'il peut exister un conflit d'intérêts réel et non potentiel, contre lequel des mesures puissent être prises[18].

---

[15] Exemples provenant du guide de la FIDIC (voir note 1, *supra*), et communiqués au Secrétariat par la Banque mondiale.

[16] A/CN.9/575, par. 54.

[17] L'article 8-5 dispose que "Chaque État Partie s'efforce, s'il y a lieu et conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, de mettre en place des mesures et des systèmes faisant obligation aux agents publics de déclarer aux autorités compétentes, notamment toutes activités extérieures, tout emploi, tous placements, tous avoirs et tous dons ou avantages substantiels d'où pourrait résulter un conflit d'intérêts avec leurs fonctions d'agent public."

[18] Voir, par exemple, les dispositions canadiennes, disponibles à: http://www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/dcgpubs/ContPolNotices/2007/0813_f.asp et les dispositions australiennes disponibles à http://www.nt.gov.au/dcis/procurement_policy/documents/policy/po7_conflict_interest.pdf.

D. Approche de la réglementation des conflits d'intérêts

20. En plus des déclarations générales des objectifs des systèmes de passation de marchés énoncées ci-dessus, qui portent sur le principe de l'intégrité et de l'évitement des conflits d'intérêts dans les passations de marchés, il y a des exemples récents d'États adoptants qui ont promulgué des lois traitant des conflits d'intérêts comme sujet particulier. Au Canada, par exemple, les conflits d'intérêts sont traités dans la Loi sur les conflits d'intérêts, qui est entrée en vigueur le 9 juillet 2007[19]. Les dispositions applicables à la passation de marchés, contenues dans ses articles 14, 15, 35 et 36, interdisent aux titulaires de charge publique des services qui les emploient de conclure des contrats dans lesquels des membres de leurs familles ont un intérêt, dans les termes suivants: "14. 1) Il est interdit à tout titulaire de charge publique, qui en a d'ailleurs le pouvoir, dans l'exercice de ses fonctions officielles, de conclure un contrat ou d'entretenir une relation d'emploi avec son époux, son conjoint de fait, son enfant, son frère, sa sœur, sa mère ou son père." Des dispositions similaires s'appliquent à des catégories spécifiques de titulaires de charge publique. Ces articles interdisent également aux titulaires de charge publique d'exercer des activités extérieures y compris d'occuper un emploi ou d'exercer une profession, d'administrer ou d'exploiter une entreprise ou une activité commerciale, d'occuper ou d'accepter un poste d'administrateur ou de dirigeant dans une société ou un organisme, d'occuper un poste dans un syndicat ou une association professionnelle, d'agir comme consultant rémunéré, d'être un associé actif dans une société de personnes. La législation empêche aussi tout ex-titulaire de charge publique d'accepter un emploi au sein d'une entité avec laquelle il a eu des "rapports officiels directs et importants au cours de l'année ayant précédé la fin de son mandat"[20].

21. En Australie, le Public Sector Employment and Management Act, Employment Instruction 13, contient un code de conduite qui s'applique à tous les agents chargés des marchés publics (en tant qu'agents publics). Les violations des exigences législatives et procédurales donnent lieu à des sanctions pénales ainsi qu'à des sanctions civiles telles que le licenciement[21].

22. Aux États-Unis, le Procurement Integrity Act[22] traite des conflits d'intérêts et l'on trouve d'autres règles dans le Federal Acquisition Regulation (FAR) (Règlement sur les marchés fédéraux). Le principe général est d'éviter tout conflit d'intérêts ou même l'apparence d'un conflit d'intérêts dans les relations État-entrepreneur. Les dispositions imposent des restrictions aux actes des agents

---

[19] Le texte intégral de la loi est disponible à http://laws.justice.gc.ca/en/showdoc/cs/C-36.65//20070709/en?command=search&caller=SI&search_type=all&shorttitle=conflict%20of%20interest%20act&day=9&month=7&year=2007&search_domain=cs&showall=L&statuteyear=all&lengthannual=50&length=50.

[20] Les articles figurent intégralement à http://www.parl.gc.ca/ciec-ccie/fr/public_office_holders/conflict_of_interest/docs/ci_act.pdf.

[21] Voir http://www.nt.gov.au/dcis/procurement_policy/documents/policy/po7_conflict_interest.pdf.

[22] Voir "Integrating Integrity and Procurement: The United Nations Convention Against Corruption and the UNCITRAL Model Procurement Law", Yukins, C. R., Public Contract Law Journal, vol. 36, n° 3, 2007, note 46, citant 41 U.S.C., 423.

publics et exigent que leur comportement officiel soit tel qu'ils n'auraient aucune réticence à divulguer intégralement leurs actes en public[23].

23. La politique de la Banque mondiale concernant les conflits d'intérêts est énoncée au paragraphe 1.08 b) de ses "Directives: Passation des marchés financés par les prêts de la BIRD et les crédits de l'AID" ("Directives sur la passation") et aux paragraphes 1.9 et 4.12 de ses Directives: Sélection et emploi de consultants par les emprunteurs de la Banque mondiale ("Directives sur les consultants")[24]. La Banque note que les dispositions, qui sont énoncées ci-dessous, peuvent être transposées ou utilisées comme un ensemble de dispositions types dans les instruments législatifs nationaux, et sont généralement acceptées par les fournisseurs comme étant rationnelles, équitables et prévisibles:

a) L'article 1. 8 b) des Directives sur la passation traite de l'admissibilité ou de la qualification: "Aucune entreprise engagée par l'Emprunteur afin de fournir des services de conseil pour la préparation ou l'exécution d'un projet, ni aucune entreprise qui lui est affiliée, n'est ultérieurement admise à fournir des biens, des travaux ou des services qui suivent ou qui sont directement liés aux services de conseil de ladite entreprise relatifs à ladite préparation ou exécution. Cette disposition ne s'applique pas aux diverses entreprises (consultants, entrepreneurs ou fournisseurs) qui concourent à l'exécution des obligations du titulaire d'un marché clefs en main ou d'un marché de conception et construction";

b) L'article 1.9 des Directives sur les consultants traite des conflits d'intérêts: "Les règlements de la Banque exigent des consultants qu'ils fournissent des conseils professionnels, objectifs et impartiaux, qu'en toutes circonstances ils servent avant tout les intérêts de leur client sans faire entrer en ligne de compte l'éventualité d'une mission ultérieure et que lorsqu'ils dispensent leurs avis, ils évitent toute possibilité de conflit avec d'autres activités et avec les intérêts de leur société. Les consultants ne doivent pas être engagés pour des missions qui seraient incompatibles avec leurs obligations présentes ou passées envers d'autres clients ou qui risqueraient de les mettre dans l'impossibilité d'exécuter leur tâche au mieux des intérêts de l'Emprunteur. Sans préjudice du caractère général de ce qui précède, les consultants ne sont pas engagés dans les circonstances stipulées ci-après:

> "i) Conflit entre les activités de consultant et la fourniture de biens, de travaux ou de services (autres que les services de consultants couverts par les présentes Directives): une entreprise qui a été engagée par l'Emprunteur pour réaliser des travaux ou fournir des biens ou des services (autres que les services de conseil couverts par les présentes Directives) pour un projet, et toutes les entreprises qui lui sont affiliées, ne pourront fournir des services de conseil relatifs à ces biens, travaux ou services. De la même manière, une entreprise engagée pour fournir des services de conseil en vue de la préparation ou de l'exécution d'un projet, et toutes les entreprises qui lui

---

[23] Federal Acquisition Regulation 3.101, 3.104-1 *et seq*. Voir également Yukins, op. cit., notes 46 et 47.

[24] Les Directives sur la passation peuvent être consultées à http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/PROCUREMENT/0,,contentMDK:20060840~pagePK:84269~piPK:60001558~theSitePK:84266,00.html, et les Directives sur les consultants à http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/PROCUREMENT/0,,contentMDK:20060656~menuPK:93977~pagePK:84269~piPK:60001558~theSitePK:84266,00.html.

sont affiliées, ne sont pas ultérieurement admises à réaliser des travaux ou fournir des biens ou des services (autres que les services de conseil couverts par les présentes Directives) qui font suite ou sont directement liés aux services de conseil précédemment fournis par l'entreprise pour ladite préparation ou exécution;

ii) Conflit entre les missions de conseil: les consultants (y compris leur personnel et leurs sous-traitants) ni aucune des entreprises qui leur sont affiliées ne peuvent être engagés pour une mission qui, par sa nature, risque de s'avérer incompatible avec une autre de leurs missions de conseil. Ainsi, des consultants engagés pour préparer le dossier technique d'un projet d'infrastructure ne peuvent être engagés pour préparer une évaluation indépendante des aspects environnementaux du même projet, et les consultants qui aident un client à privatiser des actifs publics ne peuvent acquérir lesdits actifs ni conseiller les acheteurs de ces actifs. De même, les consultants engagés pour préparer les Termes de référence d'une mission ne peuvent être retenus pour la mission en question;

iii) Relation avec le personnel de l'Emprunteur: les consultants (y compris leur personnel et leurs sous-traitants) qui ont une relation d'affaires ou familiale avec un membre du personnel de l'Emprunteur (ou du personnel de l'organe d'exécution du projet ou d'un bénéficiaire du prêt) qui intervient directement ou indirectement dans i) la préparation des Termes de référence du marché, ii) le processus de sélection pour ledit marché ou iii) la supervision de ce même marché, ne pourront se voir attribuer un marché sauf si le conflit qui découle de cette relation a été réglé d'une manière acceptable par la Banque pour la durée du processus de sélection et de l'exécution du marché;

iv) L'article 1.10 des Directives sur les consultants traite de l'avantage compétitif inéquitable: 'Pour assurer l'équité et la transparence du processus de sélection, les consultants ou leurs filiales qui concourent pour une mission spécifique ne doivent par bénéficier d'un avantage compétitif du fait qu'ils ont fourni des services de conseil liés à la mission en question. À cette fin, l'Emprunteur doit communiquer à tous les consultants qui figurent sur la liste restreinte, en même temps que la Demande de proposition, tous les renseignements qui donneraient à cet égard à un consultant un avantage compétitif par rapport aux autres candidats.'"

24. Le document SIGMA énumère ce qu'il qualifie: "[d']instruments les plus importants pour prévenir et éviter les conflits d'intérêts … :

a) Restrictions concernant les emplois secondaires;

b) Déclaration du revenu personnel;

c) Déclaration du revenu familial;

d) Déclaration des biens personnels;

e) Déclaration des biens familiaux;

f) Déclaration des cadeaux;

g) Sécurité et contrôle de l'accès aux informations internes;

h) Déclaration des intérêts privés ayant trait à la gestion des contrats;

i) Déclaration des intérêts privés ayant trait à la prise de décision;

j) Déclaration des intérêts privés ayant trait à la participation ou une fonction de consultation;

k) Divulgation publique des déclarations des revenus et des biens;

l) Restrictions et contrôle des activités après emploi ou des activités des ONG;

m) Restrictions et contrôle des cadeaux et autres formes d'avantages;

n) Restrictions et contrôle des engagements concurrents externes (par exemple auprès d'une ONG, d'une organisation politique, ou d'une entreprise d'État);

o) Récusation et révocation systématique des agents publics de leur fonction officielle lorsqu'ils participent à une réunion ou prennent une décision particulière qui les mettrait dans une position de conflit;

p) Restrictions personnelles et familiales à la propriété de sociétés privées;

q) Cession, soit par la vente de droits ou d'investissements dans des entreprises ou par la création d'une fiducie ou un accord de gestion sans droit de regard"[25].

25. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner, dans un premier temps, la question de savoir si certaines ou la totalité des exigences de la Convention des Nations Unies contre la corruption énoncées à l'article 9-1 e) devraient être traitées dans le texte de la Loi type ou par des règlements ou faire l'objet d'autres orientations. Il y a peut-être lieu de rappeler que cette convention exige que le système de passation de marchés (et pas nécessairement son droit primaire en la matière) aborde ces questions, et que l'application des exigences correspondantes doit être faite "conformément aux principes fondamentaux du système juridique de [l'État Partie]".

26. Le Groupe de travail se souviendra peut-être aussi que le champ d'application de la Loi type, tel qu'il est indiqué dans le Guide pour l'incorporation qui l'accompagne, est le suivant: d'abord, il s'agit d'"une loi-cadre à compléter par une réglementation des marchés précisant dans le détail les procédures à suivre pour l'application des méthodes autorisées par la Loi type"[26], et elle traite des "procédures que les entités adjudicatrices doivent suivre pour le choix des entrepreneurs et fournisseurs avec lesquels conclure un marché"[27]. Par conséquent, elle ne traite pas de la structure administrative d'appui ni d'autres questions juridiques que l'on pourrait trouver dans d'autres textes de loi (droit administratif,

---

[25] Document SIGMA, op. cit.

[26] Guide pour l'incorporation, *Une loi-cadre à compléter par une réglementation des marchés*, par. 12.

[27] Le Guide pour l'incorporation énonce aussi que la Loi type ne vise pas les conditions du marché, la phase d'exécution du marché *(Introduction,* par. 12), y compris le règlement des litiges relatifs au contrat et, implicitement, la phase de planification du marché.

droit des contrats administratifs, droit de la procédure judiciaire)[28]. Il est dit dans le Guide pour l'incorporation: "On a supposé que tout État adoptant la Loi type disposait ou disposerait des structures institutionnelles et administratives appropriées, ainsi que du personnel requis pour gérer et administrer les procédures de passation des marchés décrites dans la Loi type"[29], questions qui, en conséquence, ne sont pas abordées dans le texte de la Loi type elle-même. Le Guide pour l'incorporation n'en poursuit pas moins avec une discussion des fonctions d'administration et de tutelle que l'État adoptant pourrait souhaiter mettre en place. La formation du personnel est mentionnée comme une considération importante au paragraphe 37 d) du Guide pour l'incorporation, comme exemple des fonctions liées à la supervision et au contrôle d'ensemble de la passation des marchés auxquels s'applique la Loi type et qui pourraient être déléguées à un organe ou une autorité centrale (par exemple, ministère des finances ou du commerce, ou une commission centrale des achats), ou à plusieurs entités de ce type.

27. Si le Groupe de travail considère que le texte de la Loi type devrait contenir des dispositions traitant des conflits d'intérêts, il souhaitera peut-être envisager de formuler des dispositions fondées sur le principe de l'intégrité, comme celles que l'on trouve dans l'Accord sur les marchés publics, ou prévoir une approche davantage fondée sur les règles comme celles que l'on trouve dans les autres dispositions citées aux paragraphes précédents. S'il choisit cette dernière approche, il voudra peut-être aborder le degré de détail de ces règles concernant, par exemple, le point de savoir si une liste comme celle qui est prévue dans le document SIGMA pourrait fournir des orientations utiles ou si le niveau de détail serait plus approprié pour le Guide ou des règlements. En outre, il souhaitera peut-être prévoir une période pendant laquelle il est interdit à un ancien agent public chargé des achats d'accepter un emploi au sein d'une entité dont les activités sont liées à ses anciennes fonctions[30].

28. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner aussi dans quelle mesure le Guide pour l'incorporation devrait traiter des conséquences des manquements à des dispositions sur les conflits d'intérêts. À titre d'exemple d'une conséquence d'actions inappropriées figurant déjà dans la Loi type, il se souviendra peut-être des dispositions de l'article 15 (Incitations proposées par des fournisseurs ou

---

[28] Guide pour l'incorporation, *Une loi-cadre à compléter par une réglementation des marchés*, par. 14.

[29] Guide pour l'incorporation, par. 36.

[30] L'article 12-2 e) exige que les États Parties préviennent les conflits d'intérêts "par l'imposition, selon qu'il convient et pendant une période raisonnable, de restrictions à l'exercice d'activités professionnelles par d'anciens agents publics ou à l'emploi par le secteur privé d'agents publics après leur démission ou leur départ à la retraite, lorsque lesdites activités ou ledit emploi sont directement liés aux fonctions que ces anciens agents publics exerçaient ou supervisaient quand ils étaient en poste". Le Canada, comme il a été noté plus haut, a des dispositions similaires, de même que les États-Unis dans le 5 C.F.R (Code des règlements fédéraux), 2635.604, et comme il est recommandé par l'OCDE dans son document "Integrity in Public Procurement". En fait, le règlement des États-Unis est à la fois détaillé et étendu: par exemple, il empêche une offre d'emploi d'un entrepreneur à un agent public surveillant les activités de cet entrepreneur, ou à l'enfant de cet agent public (voir Yukins, op. cit., citant 18 U.S.C., 208, et faisant référence à un compendium de lois des États-Unis régissant l'éthique dans la fonction publique, voir U.S. Office of Government Ethics, Compilation of Federal Ethics Laws (2004), disponible à http://www.usoge.gov/pages/laws_regs_fedreg_stats/comp_fed_ethics_laws.pdf).

entrepreneurs), selon lequel “l’entité adjudicatrice rejette une offre, une proposition ou un prix si le fournisseur ou entrepreneur qui les lui a soumis propose, donne ou convient de donner, directement ou indirectement, … un emploi ou tout autre objet ou service de valeur pour influencer …” pendant la procédure de passation de marché. La Banque mondiale note que la conséquence appropriée devrait correspondre au conflit concerné: par exemple, l’exclusion d’un fournisseur du marché si le conflit survient pendant le processus de passation, et l’exclusion d’un fournisseur des marchés futurs si le processus est achevé (en notant toutefois que cette dernière sanction est difficile à appliquer car les personnes morales ou physiques concernées peuvent changer).

29. En ce qui concerne les relations qui peuvent donner naissance à des conflits, les dispositions de la Banque mondiale visent à ce que l’agent chargé des marchés s’interdise lui-même de participer au processus de passation, ou bien à ce qu’il soit interdit d’attribuer le marché au fournisseur de services[31]. Il n’est pas possible d’atténuer ces conflits d’intérêts fondés sur les relations, de sorte que des sanctions comme celles qui sont indiquées ci-dessus sont la seule conséquence efficace, alors qu’il est possible de remédier à un avantage compétitif déloyal accordé à un fournisseur, par exemple en divulguant les informations concernées aux autres fournisseurs.

30. La Convention des Nations Unies contre la corruption, dans les dispositions de son chapitre sur l’incrimination, la détection et la répression, prévoit des sanctions qui seraient appropriées pour les cas de corruption (articles 19 à 50), mais le Groupe de travail considérera peut-être qu’elles seraient d’une aide limitée pour les situations de conflits d’intérêts proprement dites.

31. Le Groupe de travail souhaitera peut-être à la place, ou en plus, aborder la question des conflits d’intérêts dans le Guide pour l’incorporation, par exemple en développant les commentaires figurant aux paragraphes 36 et 37 du texte actuel[32]. On trouvera un exemple d’orientations supplémentaires dans le document “Integrity in Public Procurement” de l’OCDE[33], qui comporte un chapitre intitulé “Prévenir le conflit d’intérêts et la corruption”, où le sujet est abordé d’un point de vue fonctionnel et est introduit comme suit. Il est noté que les systèmes de passation de marchés exigent: “… un ensemble de valeurs et de normes éthiques claires précisant comment atteindre ces objectifs. Des orientations éthiques spécifiques ont été élaborées dans plusieurs pays pour définir clairement les restrictions et interdictions

---

[31] La Banque mondiale incorpore des règles à cet effet dans ses offres et dans ses contrats. Le National Audit Office du Royaume-Uni note à propos des conflits d’intérêts liés à la vérification dans la passation de marchés: “7.27 Lors de la sélection des fournisseurs, il faudrait tenir compte de la mesure dans laquelle il existe des conflits d’intérêts impliquant des entreprises et les personnes qu’elles emploient, et la mesure dans laquelle ces conflits peuvent influer sur les travaux entrepris. Des “cloisonnements étanches” dans l’entreprise ne sont pas considérés comme un moyen efficace à eux seuls de gérer les conflits. Ils peuvent toutefois être utilisés conjointement avec d’autres méthodes. Lors de l’élaboration des contrats, il faudrait envisager des clauses contractuelles pour empêcher les entreprises d’accroître leurs conflits d’intérêts. La Central Procurement Team devrait être consultée dans les cas difficiles, afin de maintenir la cohérence et d’éviter de créer des précédents inappropriés.” (voir http://www.nao.org.uk/manuals/procurement/chapter7.htm#conflict).

[32] Par. 26 et note 29, ci-dessus.

[33] OCDE, Integrity in Public Procurement, op. cit.

imposées aux agents chargés des marchés publics afin d'éviter les situations de conflits d'intérêts et de prévenir la corruption aux niveaux individuel et organisationnel". Le texte aborde ensuite les aspects suivants de la disposition sur les conflits d'intérêts: aspects organisationnels (séparation des tâches et autorisations), définition de normes éthiques pour les agents publics, définition de normes spécifiques pour les agents chargés des marchés publics, application de ces normes, et création de partenariats avec les soumissionnaires pour prévenir les conflits d'intérêts et la corruption. Des exemples sont donnés de mesures prises dans divers pays de l'OCDE et dans d'autres pays où une enquête a été menée pour la publication elle-même.

32. Les orientations peuvent également traiter, par exemple, des conditions appropriées de service, des mesures de contrôle de la procédure (telles que l'analyse comparative de la performance ou la rotation du personnel, pour éviter le risque d'incitations liées à une longue occupation du poste), des évaluations régulières, et des rapports confidentiels, et peuvent permettre d'évaluer des normes passées de conduite lors de la sélection de candidats à des postes d'agents chargés des marchés publics. Les règlements peuvent imposer une formation spécialisée en matière de passation de marchés et de comportement éthique.

33. Des orientations pour interpréter les affiliations, relations familiales et autres, l'avantage compétitif déloyal, et pour déterminer si l'application devrait être stricte ou conserver une certaine souplesse pourront également être considérées utiles[34], mais le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander s'il ne serait pas préférable de faire référence à d'autres publications au lieu de donner des orientations détaillées dans le Guide pour l'incorporation lui-même, étant donné en particulier les développements continus de cet aspect de la réglementation de la passation des marchés. À cet égard, le Groupe de travail se souviendra peut-être que le paragraphe 40 de l'actuel Guide pour l'incorporation renvoie le lecteur au Guide n° 23 ("Improving Public Procurement Systems"), publié par le Centre du commerce international CNUCED/GATT (Genève), publication qui, est-il indiqué, "examine un certain nombre de questions qui sont du domaine des institutions, des politiques ou de la formation et du perfectionnement du personnel et ont trait à la passation des marchés publics".

IV. Marchés de services

34. À sa sixième session, 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 de passation de marchés de service" prévue aux articles 37 à 45 pouvait être utilisée. Il a considéré que les dispositions relatives aux services avaient dans la pratique donné des résultats satisfaisants, en particulier pour les marchés de services intellectuels (services qui ne débouchaient pas sur des produits

---

[34] Il peut être approprié de faire preuve de souplesse lorsque l'on peut remédier au comportement. Par exemple, lorsqu'un avantage compétitif déloyal a été consenti à un fournisseur, la communication des informations pertinentes à tous les fournisseurs peut apaiser les craintes, et il n'est peut-être pas nécessaire de prendre d'autres mesures dans le cadre de la passation de marchés (par opposition à la position de l'agent chargé des marchés, qui peut justifier d'autres mesures).

physiques mesurables, tels les services de consultants ou autres services professionnels), mais que dans les cas où l'entité adjudicatrice pouvait donner des spécifications qualitatives et quantitatives avant la passation, de telles dispositions pouvaient être moins appropriées. On a fait observer aussi que le fait d'avoir traité les services séparément des autres marchés dans la Loi type avait conduit à mettre l'accent sur les caractéristiques particulières de certains marchés de services, plutôt que sur les caractéristiques communes à de nombreux marchés de biens et de travaux et aux marchés de services[35].

35. À cette sixième session, après avoir examiné si a) l'utilisation de la principale méthode de passation de marchés de services devrait être limitée aux services intellectuels; b) l'appel d'offres devrait être la méthode principale de passation de marchés de services; et c) si l'appel d'offres devrait être la deuxième méthode préconisée après la sollicitation de propositions (ou vice versa), le Groupe de travail est convenu à titre préliminaire 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, on a également appuyé la nécessité de formuler dans le Guide pour l'incorporation des orientations complémentaires sur l'utilisation de chaque méthode, en fonction du type de services en question et des circonstances de l'espèce. Ainsi, par exemple, les orientations pourraient traiter de l'opportunité de faire appel à la principale méthode de passation des marchés de services principalement pour les services intellectuels, de la manière d'aborder les définitions (des "services intellectuels" et autres concepts de services), de la manière d'aborder les projets qui pourraient comprendre plusieurs étapes et les projets mixtes, et du degré de détail des orientations, compte tenu du souhait du Groupe de travail d'éviter des prescriptions excessives dans la Loi type et le Guide pour l'incorporation.

36. En outre, et afin de répondre à certaines des préoccupations soulevées à la sixième session quant au recours excessif ou à l'utilisation inappropriée des dispositions relatives aux services, le Guide pourrait exposer dans le détail la philosophie sous-jacente au chapitre II de la Loi type (qui exige que la passation de marchés de biens et de travaux soit menée selon une procédure d'appel d'offres, à moins que l'une des méthodes alternatives ne soit justifiée) et comment cette philosophie pourrait être appliquée à la passation de marchés de services. Par exemple, il pourrait faire référence à une présomption en faveur de la procédure d'appel d'offres pour la passation de marchés de services (et non au choix plus libre actuellement disponible), à moins que les circonstances ne justifient l'utilisation des dispositions plus souples concernant les services. Ces circonstances pourraient comprendre celles qui sont examinées aux paragraphes 88 à 93 du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa sixième session[36].

37. Le Groupe de travail souhaitera donc peut-être fournir des orientations complémentaires au Secrétariat sur la question de la passation des marchés de services, en s'inspirant des discussions qu'il a eues à sa sixième session ainsi que des paragraphes 41 à 44 d'une note établie par le Secrétariat pour cette session (A/CN.9/WG.I/WP.32), en particulier en ce qui concerne le degré de détail des orientations complémentaires à faire figurer dans le Guide pour l'incorporation.

---

[35] A/CN.9/568, par. 79 à 93.
[36] A/CN.9/568.

F. Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa quinzième session (New York, 2-6 février 2009) (A/CN.9/668) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-3
II.	Organisation de la session	4-9
III.	Délibérations et décisions	10-12
IV.	Examen des propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services	13-274
	A. Examen des questions en suspens et de la proposition de nouvelle approche rédactionnelle présentées dans le document A/CN.9/WG.I/WP.66 et ses additifs	13-15
	B. Examen des dispositions du projet de Loi type révisée (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1 à 4)	16-274
	1. Chapitre premier. Dispositions générales (A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 54 à 64, et A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1 et 2)	16-157
	2. Chapitre II. Procédure d'appel d'offres (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.2)	158-182
	3. Chpatire III. Conditions d'utilisation et procédures concernant l'appel d'offres restreint, le système de la double enveloppe et la sollicitation de prix (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.3)	183-208
	4. Chapitre IV. Conditions d'utilisation et procédures concernant l'appel d'offres en deux étapes, la sollicitation de propositions et la négociation avec appel à la concurrence (A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 21, 22 et 70 et A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.3)	209-212
	5. Chapitre V. Conditions d'utilisation et procédures concernant les enchères électroniques inversées (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.3)	213-222
	6. Chapitre VI. Procédures d'accords-cadres (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.4)	223-255
	7. Chapitre VII. Recours	256-269
	8. Titre de la Loi type	270
	9. Préambule	271
	10. Définitions	272-274
V.	Questions diverses	275-280

I. Introduction

1. À sa trente-septième session, en 2004, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (la "Commission") a chargé son Groupe de travail I (Passation de marchés) d'élaborer des propositions en vue de réviser la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994) (la "Loi type", A/49/17 et Corr.1, annexe I). Elle lui a donné une certaine latitude pour déterminer les sujets à aborder lors de ses travaux (A/59/17, par. 82).

2. 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). De ses septième à treizième sessions (qui se sont tenues, respectivement, du 4 au 8 avril 2005 à New York, du 7 au 11 novembre 2005 à Vienne, du 24 au 28 avril 2006 à New York, du 25 au 29 septembre 2006 à Vienne, du 21 au 25 mai 2007 à New York, du 3 au 7 septembre 2007 à Vienne, et du 7 au 11 avril 2008 à New York) (A/CN.9/575, A/CN.9/590, A/CN.9/595, A/CN.9/615, A/CN.9/623, A/CN.9/640 et A/CN.9/648), le Groupe de travail a examiné les thèmes liés à l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la passation des marchés. À ses septième, huitième, dixième, onzième et douzième sessions, il a examiné en outre la question des offres anormalement basses, notamment leur détection à un stade précoce du processus de passation et la prévention des conséquences négatives de ces offres. À ses treizième et quatorzième (Vienne, 8-12 septembre 2008, A/CN.9/664) sessions, il a étudié dans le détail la question des accords-cadres. À sa treizième session, il a également examiné la question des listes de fournisseurs et décidé que le sujet ne serait pas traité dans la Loi type. À sa quatorzième session, il a également examiné dans le détail la question des voies de droit et de l'exécution et étudié celle des conflits d'intérêts.

3. De ses trente-huitième à quarante et unième sessions, de 2005 à 2008, la Commission a félicité le Groupe de travail pour les progrès qu'il avait réalisés dans sa tâche 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 de passation (A/60/17, par. 172, A/61/17, par. 192, A/62/17 (Part I), par. 170, et A/63/17, par. 307). À sa trente-neuvième session, elle a recommandé que le Groupe de travail, en mettant à jour la Loi type et le Guide, tienne compte de la question des conflits d'intérêts et examine s'il serait justifié de prévoir, dans la Loi type, des dispositions spéciales à cet égard (A/61/17, par. 192). À sa quarantième session, elle a recommandé au Groupe de travail d'adopter un ordre du jour concret pour ses prochaines sessions, afin d'accélérer ses travaux (A/62/17 (Part I), par. 170). Conformément à cette recommandation, le Groupe de travail a adopté le calendrier de ses délibérations à ses douzième et treizième sessions (A/CN.9/640 et A/CN.9/648, annexe) et est convenu de porter régulièrement à l'attention de la Commission un calendrier actualisé. À sa quarante et unième session, la Commission a invité le Groupe de travail à terminer rapidement ce projet pour permettre la finalisation et l'adoption de la Loi type révisée, ainsi que de son Guide pour l'incorporation, dans un délai raisonnable (A/63/17, par. 307).

II. Organisation de la session

4. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quinzième session à New York, du 2 au 6 février 2009. Ont assisté à cette session des représentants des États membres ci-après: Algérie, Allemagne, Autriche, Bélarus, Bénin, Bulgarie, Canada, Chili, Chine, Colombie, Égypte, Équateur, Espagne, États-Unis d'Amérique, France, Grèce, Guatemala, Honduras, Iran (République islamique d'), Italie, Kenya, Maroc, Mexique, Mongolie, Nigéria, Paraguay, Pologne, République de Corée, République tchèque, Sénégal, Singapour, Sri Lanka, Thaïlande, Venezuela (République bolivarienne du) et Zimbabwe.

5. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Afghanistan, Angola, Bangladesh, Belgique, Brésil, Croatie, Indonésie, Pérou, Philippines, Qatar, République démocratique du Congo, Roumanie, Saint-Siège, Tunisie et Turquie.

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

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale et Bureau des affaires juridiques du Secrétariat de l'ONU;

b) *Organisations intergouvernementales*: Agence spatiale européenne (ESA), Commission européenne, Communauté des Caraïbes (CARICOM), Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Organisation internationale de droit du développement (IDLO), Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique, et Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE);

c) *Organisations internationales non gouvernementales invitées par le Groupe de travail*: American Bar Association (ABA), Association internationale du barreau, Association of the Bar of the City of New York, Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC), Forum for International Conciliation and Arbitration CIC (FICACIC), et International Law Institute (ILI).

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

Président: M. Jeffrey Wah Teck CHAN (Singapour)

Rapporteuse: Mme Ligia GONZÁLEZ LOZANO (Mexique)

8. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après:

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.I/WP.65);

b) Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.66 et Add.1 à 5).

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. Examen des 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

10. À sa quinzième 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 8 ci-dessus.

11. Le Groupe de travail a noté qu'il avait achevé la première lecture du texte révisé et que, si un certain nombre de questions restaient en suspens, y compris le chapitre IV dans son intégralité, il était d'accord sur le cadre conceptuel. Il a également noté que certaines dispositions exigeaient une étude plus approfondie, en particulier pour s'assurer qu'elles étaient conformes aux instruments internationaux pertinents.

12. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réviser le projet de texte présenté dans le document A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1 à 4 en tenant compte des délibérations de sa quinzième session pour examen ultérieur.

IV. Examen des propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services

A. Examen des questions en suspens et de la proposition de nouvelle approche rédactionnelle présentées dans le document A/CN.9/WG.I/WP.66 et ses additifs

13. Le document A/CN.9/WG.I/WP.66 et ses additifs ont été présentés au Groupe de travail.

14. L'approche rédactionnelle suggérée, qui consisterait à supprimer la distinction entre la passation des marchés de biens, de travaux et de services pour la remplacer par une distinction entre différentes méthodes de passation en fonction de la complexité du marché concerné, a recueilli l'appui général.

15. Le Groupe de travail est convenu d'examiner les questions précises abordées dans le document A/CN.9/WG.I/WP.66 en même temps que les dispositions correspondantes du projet de Loi type révisée figurant dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1 à 4. Il a noté que le document A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.5 contenait un tableau de concordance entre les nouvelles dispositions proposées et les dispositions de la Loi type de 1994.

B. Examen des dispositions du projet de Loi type révisée (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1 à 4)

1. CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES (A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 54 à 64, et A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1 et 2)

Article premier. Champ d'application (A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 54 et 55)

16. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé se fondait sur l'article premier de la Loi type de 1994. Il a examiné si l'exclusion générale des marchés intéressant la défense et la sécurité nationales devrait être supprimée de la Loi type révisée, de sorte que le régime de passation prévu dans cette dernière s'appliquerait à tous les secteurs de l'économie de l'État adoptant. Il a noté les arguments avancés, dans le document A/CN.9/WG.I/WP.66 (par. 54 et 55), pour justifier une telle suppression, en particulier le fait que les marchés conclus dans ces secteurs n'étaient pas tous sensibles ou confidentiels au point de justifier qu'ils soient exclus de manière générale des dispositions de la Loi type.

17. Le Groupe de travail est convenu de supprimer le membre de phrase introduisant l'exception dans l'article proposé et a approuvé ce dernier tel que révisé pendant la session en cours. (Voir aussi par. 63 ci-dessous pour les remarques ayant trait à cet article.)

Article 2. Définitions (A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 62 et 63)

18. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé se fondait sur l'article 2 de la Loi type de 1994 et qu'un certain nombre de changements, en particulier l'ajout de plusieurs nouvelles définitions, y étaient suggérés.

19. Notant les liens entre l'article 2 proposé et d'autres dispositions de la Loi type, le Groupe de travail a décidé de reporter la lecture de cet article à une étape ultérieure, étant entendu toutefois qu'il lui faudrait examiner certains termes en même temps que les dispositions de la Loi type où ils apparaissaient, lorsqu'il aborderait celles-ci. (Pour les décisions dont l'article 2 a ensuite fait l'objet, voir par. 66 c) et d), 229, 235 et 272 à 274 ci-après.)

Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)]

20. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé reproduisait l'article 3 de la Loi type de 1994. Il l'a approuvé sans modification.

Article 4. Règlements en matière de passation des marchés

Paragraphe 1

21. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe reproduisait l'article 4 de la Loi type de 1994. Il l'a approuvé sans modification.

Paragraphe 2

22. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe était nouveau et avait été introduit suite à la décision qu'il avait prise à sa quatorzième session concernant la question des conflits d'intérêts (A/CN.9/664, par. 17 et 116). Il a également noté

que, dans le nouveau texte proposé, les règlements en matière de passation des marchés contiendraient un code de conduite qui serait soumis à publication obligatoire selon l'article 5-1 du projet de Loi type révisée.

23. Le Groupe de travail a examiné si la référence, entre crochets, à la prévention des conflits d'intérêts était nécessaire dans la Loi type pour établir un lien entre le texte et les prescriptions de la Convention des Nations Unies contre la corruption[1] (ci-après "la Convention contre la corruption" ou la "Convention"), ou si une référence dans le Guide pour l'incorporation serait suffisante.

24. Il a été estimé que la Loi type révisée elle-même, et non le Guide, devrait incorporer des dispositions de la Convention contre la corruption, qui donnait des exemples de ce qui constituait un conflit d'intérêts dans la passation des marchés publics (art. 8 et 9). Selon un autre avis, ces dispositions devaient être insérées dans le Guide, et non dans la Loi type. Cette dernière, a-t-on dit, devrait exiger un code de conduite pour les administrateurs ou les employés des entités adjudicatrices et se contenter d'énoncer les principes essentiels devant y figurer. Certains représentants ont appuyé cet avis au motif que, si seules certaines dispositions de la Convention étaient reprises dans la Loi type, on risquait de déformer le contexte dans lequel elles s'inscrivaient dans cette convention et, ce faisant, d'omettre d'autres dispositions importantes et pertinentes de la Convention. Dans le même temps, on a souligné qu'en plaçant les dispositions de la Convention dans le Guide et non dans la Loi type, il faudrait éviter de donner l'impression que les effets néfastes des conflits d'intérêts sur la transparence et la responsabilité étaient sous-estimés.

25. On s'est par ailleurs inquiété de ce que la Convention contre la corruption n'abordait pas toutes les situations de conflits d'intérêts et qu'il pouvait donc être trompeur de mentionner dans la Loi type uniquement les exemples de la Convention. On a dit qu'il était préférable que la Loi type traite des conflits d'intérêts en posant des principes généraux et laisse aux États adoptants le soin de réglementer la question plus en détail.

26. Le Groupe de travail est convenu de remplacer les mots "fonctionnaires qui prennent part à la passation" par "administrateurs ou employés des entités adjudicatrices" à des fins d'harmonisation avec la terminologie employée dans le reste de la Loi type (par exemple, art. 2, définition de l'"entité adjudicatrice", et art. 27 u), référence aux administrateurs et aux employés).

27. Le Groupe de travail est également convenu de supprimer les crochets dans le paragraphe 2 et d'ajouter la disposition suivante inspirée de l'article 9-1 e) de la Convention contre la corruption: "s'il y a lieu, des mesures pour réglementer les questions touchant les personnels chargés de la passation des marchés, telles que l'exigence d'une déclaration d'intérêt pour certains marchés publics, des procédures de sélection desdits personnels et des exigences en matière de formation".

28. Il a en outre été convenu que les dispositions suivantes de l'article 8-5 de la Convention contre la corruption, lequel était d'application générale et ne concernait pas uniquement la passation de marchés, devraient figurer dans le Guide: "s'il y a lieu, des mesures et des systèmes faisant obligation aux agents publics de déclarer

---

[1] Résolution 58/4 de l'Assemblée générale, annexe. La Convention est entrée en vigueur le 14 décembre 2005.

aux autorités compétentes notamment toutes activités extérieures, tout emploi, tous placements, tous avoirs et tous dons ou avantages substantiels d'où pourrait résulter un conflit d'intérêts". Il était entendu que le Guide devrait signaler les inquiétudes exprimées à la session en cours face à la difficulté de formuler, dans la Loi type, des dispositions exhaustives sur les conflits d'intérêts et qu'il insisterait également sur le rôle des États adoptants pour combler les lacunes dans la réglementation et adopter des mesures aux fins de la mise en œuvre effective des dispositions de la Convention relatives aux conflits d'intérêts.

29. Se référant aux difficultés pratiques rencontrées par certains pays pour appliquer correctement la Loi type, certains représentants ont souligné l'importance de compléter les dispositions de Loi type révisée sur les conflits d'intérêts par des dispositions dans le Guide qui énuméreraient les mesures (comme la formation) devant être adoptées pour permettre une application effective. On a aussi proposé que le Guide précise que les règles sur les conflits d'intérêts variaient d'un pays à l'autre.

30. Le Groupe de travail a approuvé le paragraphe tel que révisé pendant la session en cours.

Article dans son ensemble

31. Le Groupe de travail a approuvé le projet d'article tel que révisé pendant la session en cours.

Article 5. Publication de textes juridiques

32. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé était présenté tel qu'il l'avait approuvé à titre préliminaire à sa douzième session (A/CN.9/640, par. 30 à 33), à l'exception de son paragraphe 3, qui faisait l'objet d'un article 6 séparé venant immédiatement après l'article 5. Il a approuvé le projet d'article sans modification.

Article 6. Informations sur les possibilités de marchés à venir

33. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé était fondé sur le projet d'article 5-3 tel qu'il l'avait approuvé à titre préliminaire à sa douzième session (A/CN.9/640, par. 34).

34. Afin d'éviter toute ambiguïté concernant la portée que l'on souhaitait conférer à cet article, il a été proposé d'expliquer dans le Guide que la disposition visait les projets généraux à long terme et non les possibilités de marchés immédiates. Selon un autre avis, il fallait reformuler le projet d'article lui-même pour lever toute ambiguïté sur ce point.

35. Il a par ailleurs été suggéré de remplacer, dans l'article proposé, les mots "peuvent publier" par "publient". À cela on a objecté que, l'article traitant uniquement des informations générales à caractère indicatif sur des projets de marchés futurs, il devait faciliter mais non imposer une telle publication. Le Groupe de travail a rappelé ses débats antérieurs sur le même sujet et noté combien il était difficile d'élaborer des règles sur la publication obligatoire de ce type d'informations, notamment en ce qui concerne le moment de la publication initiale et des modifications.

36. On a proposé de supprimer l'article dans son intégralité car il faisait peser des contraintes inutiles sur les entités adjudicatrices. Le Groupe de travail a rappelé ses délibérations antérieures sur une proposition analogue et sa décision de conserver les dispositions relatives à la publication des possibilités de marchés à venir, car elles étaient importantes pour la planification stratégique et la transparence.

37. Étant donné que l'article visait les projets de passation à long terme et non les possibilités de marchés susceptibles de se présenter à court terme, il a été convenu que la disposition demeurerait facultative et ne serait pas impérative et que le Guide exposerait les avantages d'une telle publication pour la planification stratégique et opérationnelle. Il a également été convenu de souligner, dans le Guide, que la disposition ne devait pas favoriser la collusion ni l'exercice de pressions du fait d'une publicité préalable effective des marchés futurs. Il a donc été convenu de remplacer la première phrase du projet d'article 6 par le texte suivant: "Les entités adjudicatrices peuvent publier des informations concernant les activités de passation de marché prévues pour les mois ou les années à venir". Il a été convenu de conserver en l'état la deuxième phrase de l'article.

38. Le Groupe de travail a approuvé le projet d'article tel que révisé à la session en cours.

Article 7. Règles concernant les méthodes de passation et le type de sollicitation (voir aussi A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 32 à 48 et 67 à 69)

39. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé était nouveau et se basait sur plusieurs dispositions de la Loi type de 1994, en particulier l'article 18 et d'autres dispositions du chapitre II. Il a aussi été noté que l'article cherchait à établir une hiérarchie des méthodes de passation ainsi que des principes qui s'appliqueraient au choix d'une méthode, d'une technique ou d'une procédure de passation, y compris la procédure de sollicitation d'une source unique, et d'un type de sollicitation. Le Groupe de travail a examiné, l'un après l'autre, les différents paragraphes de l'article.

Paragraphe 1

40. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe était fondé sur l'article 18-1 de la Loi type de 1994. Il a approuvé le paragraphe sans modification.

Paragraphe 2

41. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe se fondait sur l'article 18 de la Loi type de 1994.

42. Il a été proposé de remplacer les mots "la plus concurrentielle" par "la plus efficace", étant donné notamment que la passation de marchés publics pourrait être utilisée pour réaliser des objectifs socioéconomiques, en particulier environnementaux. Il a été noté aussi que, dans certaines passations, la concurrence risquait d'être difficile à mettre en place et de s'avérer contreproductive. Selon une autre opinion, il fallait conserver les mots "la plus concurrentielle" car ils correspondaient à l'objectif de la Loi type de 1994 – qui était de promouvoir la concurrence pour garantir l'efficacité et le meilleur rapport qualité-prix.

43. On a estimé que les mots proposés “adaptée aux circonstances de la passation concernée” répondaient à la crainte qu’il soit nécessaire, dans certaines passations, de prendre en considération des facteurs autres que le souci d’assurer une concurrence maximale. Afin de parer à toute ambiguïté sur ce point, on a proposé d’insérer dans le Guide une explication dans ce sens.

44. Le Groupe de travail a ensuite examiné si les diverses techniques – comme les enchères électroniques inversées et les accords-cadres – pouvant être utilisées dans les méthodes de passation devraient être mentionnées dans le paragraphe. La mention de ces techniques, telle que proposée dans le projet de paragraphe, a été appuyée.

45. Le Groupe de travail a approuvé le paragraphe tel que révisé à la session en cours.

Paragraphe 3

46. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe était fondé sur l’article 18 de la Loi type de 1994, laquelle parlait “d’économie et d’efficacité” (art. 20) et “d’économie ou d’efficacité” (art. 48-2), et non “d’efficacité économique”, comme le faisait le projet d’article.

47. Le Groupe de travail a examiné si les mots “pour des raisons d’efficacité économique” devraient être conservés dans le paragraphe. Selon un point de vue, il fallait les supprimer car ils étaient superflus compte tenu de l’interprétation donnée à propos du paragraphe 2 (voir par. 43 ci-dessus), qui devrait aussi être applicable au paragraphe 3. Selon l’avis qui l’a emporté, toutefois, ces mots devaient être conservés et les crochets les entourant supprimés en conséquence. Il a été proposé d’insérer l’adverbe “notamment” avant “pour des raisons d’efficacité économique”, proposition qui n’a pas été acceptée.

48. Le Groupe de travail a approuvé le paragraphe tel que révisé à la session en cours.

Paragraphe 4

49. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe était fondé sur les articles 18 et 19-1 a) de la Loi type de 1994. Il a approuvé le paragraphe sans modification.

Paragraphe 5

50. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe était fondé sur le projet d’article 22 *bis* tel qu’il l’avait modifié à sa douzième session (art. 42 du projet de Loi type révisée). Il a approuvé le paragraphe sans modification.

Paragraphe 6

51. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe était fondé sur l’article 22 de la Loi type de 1994.

52. Il a été proposé de supprimer le membre de phrase figurant au début du chapeau du paragraphe, car il risquait de donner lieu à des pratiques lourdes et coûteuses. Le Groupe de travail a noté que le membre de phrase en question avait été placé dans le texte de 1994 pour prévenir toute corruption et toute décision

arbitraire des entités adjudicatrices lorsqu'elles optaient pour la procédure de sollicitation d'une source unique. On a également indiqué que ce membre de phrase reflétait des pratiques suivies dans certains systèmes de passation, comme l'expliquait le Guide, où une entité adjudicatrice devait demander à une autorité supérieure l'autorisation d'utiliser cette procédure exceptionnelle. Il a aussi été expliqué que ce membre de phrase était entre parenthèses, ce qui laissait entendre qu'il revenait à l'État adoptant de décider si cette disposition devait ou non être incorporée dans le droit interne.

53. Le Groupe de travail est convenu de supprimer le membre de phrase du chapeau mais de bien préciser dans le Guide que, dans certains États, les entités adjudicatrices seraient peut-être tenues d'obtenir préalablement l'approbation d'une autorité supérieure.

54. Il a été proposé de ne conserver dans le paragraphe 6 que les alinéas c) et d), proposition qui n'a pas été acceptée au motif que la suppression des autres alinéas limiterait excessivement les cas justifiant le recours à la procédure de sollicitation d'une source unique.

55. On a exprimé la crainte que l'alinéa a) ne favorise les monopoles et la corruption et ne compromette la transparence et l'obligation de rendre compte dans les pratiques de passation. Le Groupe de travail a noté les cas rares et exceptionnels visés par l'alinéa, lesquels survenaient néanmoins dans la pratique et devaient donc être pris en compte dans la Loi type. Il a été noté que la Loi type serait à cet égard conforme aux dispositions de l'Accord sur les marchés publics (AMP, art. XV-1 b))[2] de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Le Groupe de travail est convenu de conserver l'alinéa sans modification et de fournir dans le Guide des explications suffisantes sur la portée voulue des dispositions ainsi que des exemples concrets.

56. En ce qui concerne l'alinéa b), le Groupe de travail a noté que le texte traiterait des passations de marchés les plus urgentes, dans lesquelles il était impossible d'utiliser d'autres méthodes comme la négociation avec appel à la concurrence. Il a examiné si les références aux événements catastrophiques, aux événements imprévisibles et à l'absence de manœuvres dilatoires de la part de l'entité adjudicatrice devraient être cumulatives. Après avoir débattu de la question, il est convenu que la disposition portait pour l'essentiel sur les événements imprévisibles qui n'étaient pas le fait de l'entité adjudicatrice et que la référence aux événements catastrophiques était superflue et serait supprimée.

57. S'agissant de l'alinéa c), le Groupe de travail a examiné si le membre de phrase commençant par "de l'ampleur limitée du marché envisagé par rapport au marché initial" devrait être conservé. D'un côté, on a observé que le motif justifiant le recours à la procédure de sollicitation d'une source unique, à savoir l'uniformité entre des passations successives, n'avait aucun rapport avec l'ampleur du marché initial (qui aurait été passé au moyen d'une procédure faisant appel à la concurrence) et du marché passé ensuite dans le cadre d'une procédure de sollicitation d'une source unique et que, par conséquent, ce membre de phrase devait être supprimé. D'un autre côté, on a affirmé que la loi devrait souligner le

---

[2] Entré en vigueur le 1er janvier 1996. Accessible à la date du présent rapport à l'adresse http://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gp_gpa_f.htm.

caractère exceptionnel de ce type de passation et que la disposition était susceptible d'abus, raisons pour lesquelles ce membre de phrase devait être maintenu. On a par ailleurs fait remarquer que, en raison des progrès techniques, le prix du marché initial risquait de ne plus être actuel. Enfin, a-t-on déclaré, la suppression du membre de phrase pouvait en fait, selon une interprétation, renforcer l'obligation de conduire une nouvelle procédure de passation avec mise en concurrence pour un achat ultérieur. Il a été décidé de conserver le texte tel quel. Toutefois, afin de résoudre les problèmes soulevés plus haut, le Guide devrait souligner que le moyen d'éviter cette situation serait de recourir à un accord-cadre pour la passation du marché initial, et qu'à défaut d'un tel accord, le recours à la procédure de sollicitation d'une source unique pour tout achat ultérieur devrait être exceptionnel et limité à la fois en taille et dans le temps.

58. Pour ce qui est de l'alinéa d), on a observé qu'il contenait plusieurs éléments, qui n'étaient pas tous jugés nécessaires. Tout d'abord, la condition proposée, selon laquelle le recours à la procédure de sollicitation d'une source unique ne se justifierait que lorsque les autres méthodes de passation n'étaient pas appropriées, rendait superflue la référence à la viabilité commerciale de la recherche-développement concernée. Ensuite, a-t-on ajouté, le motif restant ne viserait que les cas où les services requis ne pouvaient être obtenus qu'auprès d'un seul fournisseur, si bien que la situation envisagée par l'alinéa était déjà régie par l'alinéa a). Il a donc été convenu de supprimer l'alinéa d).

59. En ce qui concerne l'alinéa f) du texte de 1994, dont la suppression était proposée, on a estimé qu'il ne faudrait pas, en remplaçant cet alinéa par une disposition trop large, introduire involontairement une exclusion générale pour les marchés de la défense. Le but étant d'autoriser le recours à la procédure de sollicitation d'une source unique uniquement si la nature du marché concerné le justifiait, il a été convenu que cet alinéa deviendrait l'alinéa e) et serait remplacé par le texte suivant: "En cas de passation de marché pour des raisons de défense ou de sécurité nationales, lorsque l'entité adjudicatrice considère que l'utilisation de toute autre méthode de passation n'est pas appropriée". Cette disposition, a-t-on dit, assurerait un juste équilibre entre la promotion de l'utilisation de la Loi type pour les marchés de la défense et la protection de la confidentialité et d'autres aspects dans ce type de marchés. Il a été convenu que le Guide expliquerait que les mots "défense ou sécurité nationales" étaient couramment employés, mais qu'ils n'empêcheraient pas d'appliquer la disposition à des questions de défense ou de sécurité se posant au sein d'une région d'un État adoptant.

60. En ce qui concerne l'alinéa e), le Groupe de travail a pris note des questions soulevées dans le document A/CN.9/WG.I/WP.66 (par. 45 à 48). Il a aussi noté le lien entre l'alinéa et les dispositions du projet d'article 12 de la Loi type révisée traitant des questions de politique socioéconomique.

61. Le Groupe de travail est convenu de conserver le libellé de l'article 22-2 de la Loi type de 1994 en lieu et place de l'alinéa e), en actualisant les renvois. On a dit que le principe posé à l'article 22-2 était fondamental et que le Groupe de travail risquait d'outrepasser son mandat s'il s'en écartait.

62. Une autre proposition, qui était de supprimer l'exigence d'approbation dans cet alinéa, n'a pas été acceptée. De l'avis général, la nature exceptionnelle des cas spécifiés dans l'alinéa exigerait l'approbation d'une autorité supérieure.

63. Ayant convenu de ne pas faire expressément référence à l'urgence économique grave dans l'alinéa, le Groupe de travail a noté que le Guide préciserait que les États confrontés à une crise économique et financière pourraient, à titre exceptionnel, exclure certaines passations de marchés de l'application de la Loi type au moyen de mesures législatives (qui seraient elles-mêmes examinées de près par le législateur de l'État adoptant). Il a été convenu que ces mesures affecteraient l'application de la Loi type dans son ensemble, et non pas uniquement ses dispositions régissant la procédure de sollicitation d'une source unique.

64. Le Groupe de travail a approuvé l'alinéa e) et le paragraphe 6 dans son ensemble, tels que révisés à la session en cours.

Paragraphe 7

65. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe était fondé sur un certain nombre de dispositions de la Loi type de 1994, notamment sur des dispositions répétitives figurant dans ses articles 17, 23, 24 et 37.

66. Le Groupe de travail a décidé:

a) De faire commencer l'alinéa a) par les mots "sans préjudice de l'article 24 de la présente Loi";

b) De limiter, dans l'alinéa a), les renvois aux "paragraphes 3 à 5", et d'examiner à un stade ultérieur l'insertion d'une disposition traitant de la publication d'un avis de procédure de sollicitation d'une source unique (à la place du renvoi au paragraphe 6);

c) D'introduire et de définir à l'article 2 le terme "sollicitation ouverte" comme faisant référence à la passation de marché engagée par une mesure de publicité telle que décrite aux articles 24 et 37 de la Loi type de 1994;

d) De conserver le terme "sollicitation directe" figurant à l'article 37-3 de la Loi type de 1994 et de le définir dans l'article 2 de la Loi type révisée comme l'alternative à la "sollicitation ouverte";

e) De conserver à l'alinéa b) tous les renvois et de les actualiser au besoin;

f) De supprimer, à l'alinéa c), les mots "publication internationale" pour parler plutôt de "sollicitation conformément à l'article 24-2";

g) D'ajouter, à l'alinéa c) ii), le passage suivant: "L'État adoptant fixe dans les règlements en matière de passation des marchés la valeur en dessous de laquelle l'exception mentionnée dans le présent alinéa peut être invoquée."

67. Le Groupe de travail a reporté à une date ultérieure l'examen du paragraphe tel que révisé à la session en cours.

Paragraphe 8

68. Le Groupe de travail est convenu de supprimer le paragraphe.

Paragraphe 9

69. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe était fondé sur l'article 18-4 de la Loi type de 1994 et l'a approuvé sans modification.

Article dans son ensemble

70. Le Groupe de travail a reporté à une date ultérieure l'examen du projet d'article tel que révisé à la session en cours.

Article 8. Communications dans la passation des marchés

71. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé était fondé sur l'article 5 *bis*, tel qu'il l'avait approuvé à titre préliminaire à sa douzième session (A/CN.9/640, par. 17 à 25). Il est convenu de remplacer, dans le paragraphe 2, le renvoi à l'article 7-2 b) par un renvoi à l'article 7-7 a). Il a approuvé le projet d'article tel que révisé à la session en cours.

Article 9. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs

72. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé reproduisait l'article 8 de la Loi type de 1994 et l'a approuvé sans modification.

Article 10. Qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs (A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 71 et 72)

73. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé était fondé sur l'article 6 de la Loi type de 1994 et que le texte avait été légèrement modifié pour tenir compte des révisions de la Loi type qu'il avait recommandées jusque-là. Il a noté, en particulier, que le paragraphe 2 avait été modifié pour permettre l'évaluation des qualifications de tous les fournisseurs ou de celles du seul fournisseur à retenir. S'agissant du projet de nouveau paragraphe 7, le Groupe de travail a noté qu'il était fondé sur l'article 10 de la Loi type de 1994. Il a rappelé que, à sa sixième session, il était convenu à titre préliminaire de modifier cet article afin que l'exigence d'authentification, si elle s'appliquait, ne concernât que le fournisseur à retenir, et de fusionner les dispositions modifiées de l'article 10 du texte de 1994 avec un article révisé régissant les qualifications (A/CN.9/568, par. 127 et 128).

74. Le Groupe de travail n'a pas accepté les propositions visant à:

a) Supprimer les mots "dans le présent État" au paragraphe 2 iv); et

b) Préciser dans le paragraphe 2 v) qu'en cas de condamnation, les fournisseurs pourraient quand même être considérés comme qualifiés pour autant qu'ils aient: "prouvé de façon jugée satisfaisante par l'entité adjudicatrice qu'ils avaient pris toutes les mesures nécessaires pour que les évènements qui avaient entraîné la condamnation ne se reproduisent pas".

75. Le Groupe de travail est convenu:

a) De remplacer, à la fin de la deuxième phrase du paragraphe 4, les mots "au présent article" par "dans la présente Loi", afin, par exemple, que les conflits d'intérêts puissent être traités de façon appropriée;

b) De supprimer le renvoi à l'article 12-5 dans le paragraphe 6 puisque ce dernier traitait des critères d'évaluation et non des critères de qualification;

c) Dans le paragraphe 7, de remplacer le renvoi actuel par un renvoi au paragraphe 6.

76. Le Groupe de travail a approuvé le projet d'article tel que révisé à la session en cours et prié le Secrétariat d'actualiser tous les renvois qui devaient l'être.

Article 11. Règles concernant la description de l'objet du marché et les conditions du marché ou de l'accord-cadre

77. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé se fondait sur l'article 16 de la Loi type de 1994 et qu'il se rattachait à la nouvelle définition k) proposée.

78. On s'est interrogé sur l'origine de la deuxième phrase du paragraphe 3, dont la rédaction était apparemment semblable aux dispositions de l'article VI-3 de l'AMP, mais dont le sens semblait s'en écarter. L'article VI-3 visait à limiter la mention de marques de fabrique ou de commerce ou des mentions similaires. Il a été fait observer que la mention de marques de fabrique ou de commerce ou de termes similaires pouvait présenter une utilité pratique, à condition que ceux-ci soient suivis d'une description générique. Il a donc été proposé de modifier la deuxième phrase du paragraphe 3 en substituant au membre de phrase commençant par "à moins qu'il y ait" le texte ci-après: "à moins que cette stipulation ou cette mention ne soit également accompagnée d'une description suffisamment précise des caractéristiques essentielles de l'objet du marché et à condition que soient inclus des termes tels que 'ou l'équivalent'". Selon l'avis qui a prévalu, toutefois, le texte de la deuxième phrase devrait être étroitement aligné sur les dispositions de l'AMP qui restreignaient l'emploi de marques de commerce ou de fabrique ou de références similaires.

79. Le Groupe de travail est convenu que la première phrase du paragraphe 3 commencerait par une formule du type "dans la mesure où cela est faisable", afin de permettre l'insertion des spécifications techniques appropriées lorsque cela était nécessaire, et que ce point serait expliqué dans le Guide. Il est également convenu que la deuxième phrase devrait être alignée sur l'article VI-3 de l'AMP.

80. Le Groupe de travail a approuvé le projet d'article tel que révisé à la session en cours.

81. Le Groupe de travail a noté que le Guide attirerait l'attention des États adoptants sur les pratiques suivies dans certains États qui exigeaient que le dossier de sollicitation indique la source servant de référence aux termes techniques employés (par exemple le vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV) de l'Union européenne). Il a été dit que ces pratiques s'avéraient utiles dans certains États.

Article 12. Règles concernant les critères d'évaluation (A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 22 e), 26 à 31, 49 et 50)

82. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé se fondait sur un certain nombre de dispositions de la Loi type de 1994.

83. La disposition proposée au paragraphe 2 a), selon laquelle les critères d'évaluation devaient se rapporter à l'objet du marché, a été généralement appuyée. Elle énonçait, a-t-on dit, un principe fondamental pour garantir le meilleur rapport qualité-prix et contribuerait à juguler les abus. On a en revanche noté que d'autres critères d'évaluation mentionnés dans l'article proposé (par exemple au paragraphe 4 d)) n'auraient pas de lien avec l'objet du marché.

84. Le maintien du paragraphe 4 d) a été appuyé, à condition que les États adoptants prévoient, dans leur réglementation des marchés, des règles précises sur la manière dont les critères énumérés dans ce paragraphe devraient s'appliquer dans chaque passation et que la formule employée au début du paragraphe 5 soit par conséquent reproduite au paragraphe 4 d).

85. Le Groupe de travail est convenu de modifier la structure de l'article de manière à énoncer un principe général, comme au paragraphe 2 a), et à prévoir des exceptions pour les critères figurant dans les autres dispositions de l'article qui étaient sans rapport avec l'objet du marché. Il est convenu aussi d'examiner si les exceptions devraient être justifiées lorsqu'il étudierait l'article révisé.

86. La proposition avancée dans la note 55 du document A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1 a suscité quelques objections. Le Groupe de travail a décidé de reporter l'examen de la question qu'il était proposé de traiter dans le Guide à une étape ultérieure, à laquelle les dispositions du Guide révisé seraient à l'étude.

87. Le Groupe de travail a reporté à une date ultérieure l'examen du projet d'article tel que révisé à la session en cours.

Article 13. Règles concernant la langue du dossier de sollicitation

88. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé se fondait sur l'article 17 de la Loi type de 1994. Il a approuvé le projet d'article sous réserve d'actualiser les renvois. (Voir également par. 169 ci-dessous pour une décision prise par la suite à propos de cet article.)

Article 14. Garanties

89. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé se fondait sur l'article 32 de la Loi type de 1994 (lequel avait été déplacé du chapitre III au chapitre premier afin que les règles sur les garanties de soumission soient applicables à toutes les méthodes de passation). Le Groupe de travail a souscrit à cette solution.

90. Il a été demandé si les dispositions de l'article devaient régir le thème des garanties également dans le contexte des accords-cadres. De l'avis général, des garanties pouvaient être exigées pour des accords-cadres, mais la question devait être traitée dans le chapitre sur ces accords et non dans l'article 14 proposé. Le Groupe de travail a pris note des vues exprimées au cours de la session, selon lesquelles l'exigence d'une garantie pour des accords-cadres devait être considérée, compte tenu de la nature de ces derniers, comme une mesure exceptionnelle.

91. Le Groupe de travail a approuvé le projet d'article sans modification.

92. Il a été proposé, proposition dont le Groupe de travail a pris note, que le Guide insiste sur le caractère potentiellement contraignant des garanties, et sur les incidences négatives de l'obligation faite aux fournisseurs ou aux entrepreneurs de fournir de telles garanties, sur les questions de reconnaissance mutuelle et sur le droit de l'entité adjudicatrice de rejeter des garanties dans certains cas. Le Groupe de travail est convenu de reporter l'examen de ces questions à une étape ultérieure, à laquelle les dispositions du Guide révisé seraient à l'étude.

Article 15. Procédure de présélection (A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 22 a) et b) et 57 d) à 59)

93. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé regroupait un certain nombre de dispositions figurant dans plusieurs articles de la Loi type de 1994. Il a noté également qu'il était proposé d'apporter d'autres modifications à l'article, en particulier pour aligner celui-ci sur les règles relatives à la présélection prévues dans les Dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé et dans le Guide législatif de la CNUDCI sur le même sujet (ci-après les "instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé")[3]. Il a examiné, l'un après l'autre, les différents paragraphes de cet article.

Paragraphe 1

94. Le Groupe de travail a noté que, dans les instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé, la présélection était obligatoire (A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 22 a)). Il a également pris note des motifs invoqués pour exiger une telle présélection dans ces instruments. Il a examiné si la Loi type révisée devrait prévoir une présélection obligatoire et, dans l'affirmative, dans quels types de passation.

95. Le Groupe de travail a dit préférer que la présélection soit facultative. Il a été proposé que le Guide précise que la présélection pouvait être utilisée pour limiter l'accès à une passation de marché déterminée.

96. Le Groupe de travail a examiné les mots "avant la sollicitation", qu'il était proposé d'employer en lieu et place du membre de phrase "avant la soumission des offres ou des propositions" pour les motifs exposés au paragraphe 58 du document A/CN.9/WG.I/WP.66. Il a accepté la modification proposée.

Paragraphes 2 à 8

97. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes sans modification, à l'exception du paragraphe 5 f) qui, a-t-on noté, serait examiné avec le paragraphe 9 (voir paragraphes suivants).

Paragraphe 9

98. Le Groupe de travail a examiné: i) si l'entité adjudicatrice devrait avoir le droit de limiter le nombre de fournisseurs présélectionnés admis à participer à la suite de la procédure de passation (on parlera ici de "limitation du nombre de soumissionnaires"); ii) dans l'affirmative, comment garantir que cette limitation se fasse de façon impartiale et objective; et iii) si ce droit devrait être octroyé uniquement pour les passations complexes, qu'il était proposé de traiter au chapitre IV de la Loi type révisée, ou pour tout type de passation.

99. Le Groupe de travail a noté que les paragraphes 5 f) et 9 proposés (et les modifications apportées en conséquence aux paragraphes 10 à 12 et dans d'autres dispositions du projet de Loi type révisée) avaient été introduits pour conférer un tel

---

[3] Accessibles à la date du présent rapport à l'adresse http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

droit. Il a été noté qu'à cet égard la Loi type révisée serait ainsi alignée sur les dispositions traitant du même sujet dans les instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé (A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 22 b) et 59).

100. On a préconisé la souplesse, à l'appui de l'insertion de dispositions autorisant la limitation du nombre de soumissionnaires. Il a été noté que cette limitation était couramment utilisée dans de gros projets ou lorsque la présélection servait à tester le marché. Il a également été estimé que, sans limitation du nombre de soumissionnaires, il n'y aurait pas de réelle différence entre un appel d'offres ouvert avec présélection et un appel d'offres ouvert sans préselection, et que la présélection risquait de ce fait d'imposer une charge supplémentaire aux entités adjudicatrices.

101. On a exprimé la crainte que la possibilité de limiter le nombre de soumissionnaires ne soit source de subjectivité et ne donne lieu à des abus et à des discriminations. Il a été noté que de nombreux fournisseurs hésitaient déjà à participer à une procédure de passation assortie d'une présélection, étant donné les dépenses engendrées par une telle participation, et que le fait d'autoriser une limitation du nombre de soumissionnaires risquait de les en dissuader davantage.

102. Il a été estimé, et cet avis a été fortement appuyé, que dans l'hypothèse où une disposition autorisant la limitation du nombre de soumissionnaires serait prévue, cette disposition devrait exiger que le processus soit objectif et transparent. Il a donc été proposé d'exiger, dans la Loi type, que la documentation de présélection indique que le nombre de soumissionnaires serait limité et fournisse toutes les informations pertinentes sur les procédures et critères appliqués pour cette limitation. Des doutes ont cependant été émis sur la mesure dans laquelle la limitation du nombre de soumissionnaires pourrait être réglementée de manière à ce qu'elle s'exerce de façon impartiale et objective.

103. Selon l'avis qui l'a emporté, tous les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés devraient être admis à présenter des soumissions. Le Groupe de travail est convenu de ne pas inclure de dispositions sur la limitation du nombre de soumissionnaires et par conséquent de supprimer les paragraphes 5 f) et 9 de même que les modifications proposées dans d'autres paragraphes du projet d'article et dans d'autres dispositions du texte.

104. Il a été proposé que le Guide précise que l'élaboration de conditions de présélection strictes pouvait en tout état de cause limiter le nombre de fournisseurs présélectionnés.

Paragraphe 10

105. Le Groupe de travail est convenu, compte tenu de sa décision de ne pas introduire de dispositions sur la limitation du nombre de soumissionnaires dans l'article relatif à la présélection, de supprimer le texte entre crochets. Il a approuvé le paragraphe ainsi modifié.

Paragraphe 11

106. Le Groupe de travail est convenu d'insérer l'adverbe "promptement" après "communique" et de supprimer le texte entre crochets. L'adverbe "promptement" risquant d'être interprété de manière subjective, il est convenu que le Guide expliquerait que l'avis devait être adressé avant la sollicitation.

107. On s'est interrogé sur la signification du membre final du paragraphe (à savoir sur ce qu'il fallait entendre par le fait que l'entité adjudicatrice n'avait pas à indiquer les preuves retenues ni à donner les raisons qui l'avaient amenée à conclure qu'il y avait motif à rejeter un fournisseur). Il a été proposé de modifier la rédaction actuelle compte tenu des dispositions sur le recours, de sorte qu'il y ait un vrai retour d'information et si nécessaire une possibilité de recours. Le Groupe de travail a accepté cette proposition. Il est convenu que le Guide expliquerait les raisons pour lesquelles le texte de 1994 a été révisé, en particulier le fait que les mécanismes de recours ont été considérablement renforcés dans la Loi type révisée.

108. Le Groupe de travail a approuvé le paragraphe ainsi modifié.

Paragraphe 12

109. Selon un avis, le paragraphe envisageait un deuxième processus de qualification, ce qui était en contradiction avec les dispositions sur la présélection. On a dit préférer que les dispositions figurent en conséquence à l'article 10, avec les dispositions du paragraphe 8 de ce même article. Il a été convenu que tout chevauchement entre les dispositions ainsi regroupées devrait être supprimé. Il a également été convenu que le Guide expliquerait l'utilité des dispositions lorsque les qualifications changeaient pendant le processus de passation. On a mentionné les indications données sur la question (paragraphe 3 du commentaire de l'article 7 dans le Guide), lesquelles seraient incorporées dans le commentaire révisé se rapportant aux dispositions pertinentes de la Loi type révisée.

Article dans son ensemble

110. Le Groupe de travail a approuvé le projet d'article tel que révisé à la session en cours.

Article 16. Rejet de toutes les soumissions

111. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé reproduisait l'article 12 de la Loi type de 1994.

112. La proposition de supprimer le début du paragraphe 1 faisant référence à l'approbation par une autorité supérieure a été appuyée, d'une part, parce que les avantages du processus d'approbation pourraient être illusoires et, d'autre part, pour éviter de créer des lourdeurs administratives inutiles. On a estimé que les voies de droit prévues dans la Loi type révisée offriraient une protection suffisante contre les abus. Le Groupe de travail a accepté cette proposition.

113. En réponse à la question de savoir s'il fallait obliger l'entité adjudicatrice à indiquer dans le dossier de sollicitation qu'elle se réservait le droit de rejeter toutes les soumissions, on s'est généralement prononcé contre une telle obligation. De l'avis général, il suffirait que le droit de rejeter toutes les soumissions soit inscrit dans la loi, et le simple fait de ne pas le mentionner dans le dossier de sollicitation ne devrait pas y porter atteinte. Aussi a-t-on proposé de supprimer les mots "si le dossier de sollicitation le spécifie" dans la première phrase du paragraphe 1. Le Groupe de travail a accepté cette proposition.

114. En réponse à la question de savoir si l'entité adjudicatrice devrait justifier une décision de rejeter toutes les soumissions, l'avis général a été qu'elle ne devrait pas

être tenue de fournir une quelconque justification mais devrait informer les fournisseurs ou les entrepreneurs concernés de cette décision et de ses motifs. Le Groupe de travail a noté qu'une justification serait importante lorsque les décisions concernaient des questions d'égalité de traitement ou de non-discrimination entre fournisseurs; dans les autres cas, y compris dans celui visé par l'article, le fait de devoir justifier toutes les décisions prises imposerait une charge excessive sans avantage évident. Il a été convenu que cette distinction devrait être clarifiée dans le Guide, qui devrait aussi préciser que les décisions de rejeter toutes les soumissions ne seraient normalement pas susceptibles de recours, sauf en cas de pratiques abusives.

115. On a proposé de supprimer de la deuxième phrase du paragraphe 1 les mots suivants: "mais elle n'est pas tenue de justifier ces motifs". Une autre proposition a été de supprimer les mots "qui en fait la demande". Selon un autre avis, la phrase devrait être conservée en l'état.

116. Le Groupe de travail a reporté à un stade ultérieur l'approbation du projet d'article tel qu'il était proposé de le modifier à la session en cours.

117. Le Groupe de travail est convenu de remplacer les mots, employés dans l'article et dans d'autres dispositions de la Loi type révisée, "dossier de sollicitation ou documents équivalents" par "dossier de sollicitation".

Article 17. Rejet d'une soumission anormalement basse

118. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé était présenté tel qu'il l'avait approuvé à titre préliminaire à sa douzième session (projet d'article 12 *bis*, A/CN.9/640, par. 44 à 55).

119. Il a été proposé que le paragraphe 1 indique expressément que les soumissions anormalement basses se rencontraient dans les situations de blanchiment d'argent. On a noté que la question avait déjà été examinée lors des sessions antérieures du Groupe de travail et qu'elle serait abordée dans le Guide révisé, comme convenu précédemment.

120. Le Groupe de travail a approuvé le projet d'article sans modification.

Article 18. Rejet d'une soumission au motif d'incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs ou d'un conflit d'intérêts

121. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé était fondé sur l'article 15 de la Loi type de 1994.

122. Le Groupe de travail a accepté la proposition de supprimer le début du paragraphe 1. La suggestion de supprimer également toutes les formules similaires employées dans les autres dispositions de la Loi type n'a pas été acceptée. Le Groupe de travail est convenu de décider au cas par cas de la nécessité de dispositions exigeant l'approbation d'une autorité supérieure.

123. Compte tenu des délibérations qu'il avait tenues à sa quatorzième session sur les conflits d'intérêts (A/CN.9/664, par. 116), le Groupe de travail a examiné s'il convenait d'inclure dans l'article une disposition exigeant le rejet d'une soumission présentée dans des circonstances indiquant un conflit d'intérêts du côté du

fournisseur ou de l'entrepreneur, ou encore du côté de l'entité adjudicatrice. Il a examiné le libellé suivant pour le paragraphe 1:

"1. L'entité adjudicatrice rejette une soumission si:

a) Le fournisseur ou l'entrepreneur qui l'a présentée: propose, donne ou convient de donner, directement ou indirectement, à tout administrateur ou employé, ou ancien administrateur ou employé, de l'entité adjudicatrice ou de toute autre autorité publique un avantage financier sous quelque forme que ce soit, un emploi ou tout autre objet ou service de valeur pour influencer un acte, une décision ou une procédure de l'entité adjudicatrice lié à la procédure de passation de marché; ou

b) Le fournisseur ou l'entrepreneur a acquis un avantage compétitif injuste du fait d'un conflit d'intérêts en violation des normes édictées en application de la présente Loi."

124. En ce qui concerne l'alinéa b) de la proposition, on a signalé que les normes sur les conflits d'intérêts se trouvaient non seulement dans les règlements adoptés en application d'une loi sur la passation de marchés, mais aussi dans d'autres domaines du droit. Il a donc été suggéré que l'alinéa fasse référence aux normes sur les conflits d'intérêts établies par l'État adoptant afin d'englober toutes les réglementations applicables. La proposition, ainsi modifiée, a été acceptée.

125. Le Groupe de travail a approuvé le projet d'article tel que révisé pendant la session en cours.

Article 19. Acceptation de la soumission et entrée en vigueur du marché (A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 57 a))

126. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé se fondait sur l'article 36 de la Loi type de 1994, qui avait été modifié pour tenir compte de l'introduction d'un délai d'attente (A/CN.9/664, par. 45 à 55 et 72). Il a noté en outre la proposition de placer l'article au chapitre premier de la Loi type révisée en lieu et place de l'article 13 de la Loi type de 1994, afin que les dispositions sur l'acceptation de la soumission à retenir et l'entrée en vigueur du marché soient applicables à l'ensemble des méthodes de passation, et non pas uniquement à l'appel d'offres. Son attention a été appelée sur le fait que les dispositions de la Loi type de 1994 régissant ces questions n'étaient pas cohérentes d'une méthode de passation à une autre. Le Groupe de travail a accepté l'approche proposée et a procédé à l'examen de l'article paragraphe par paragraphe.

Paragraphe 1

127. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe se fondait sur la première phrase de l'article 36-1 de la Loi type de 1994. Il a approuvé le paragraphe sans modification.

Paragraphe 2

128. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe avait été inséré suite à sa décision d'introduire des dispositions sur un délai d'attente dans la Loi type révisée (voir A/CN.9/664, par. 45 à 55 et 72). Il a en outre noté que le paragraphe se fondait

sur les dispositions pertinentes de la Directive 2007/66/CE de l'Union européenne en date du 11 décembre 2007 (article 2 *bis*. Délai de suspension)[4].

129. Il a été convenu de reformuler, dans le chapeau du paragraphe 2, le membre de phrase "décision d'accepter la soumission à retenir" pour se référer à la décision que l'entité adjudicatrice avait l'intention de prendre et à l'identification provisoire de la soumission à retenir. Il a été noté que le membre de phrase ainsi reformulé serait conforme à la logique de l'introduction d'un délai d'attente: après que l'entité adjudicatrice avait déterminé/identifié la soumission à retenir, aucune décision d'accepter cette dernière ne devait être prise avant l'expiration du délai d'attente, comme le laissait entendre le paragraphe 4 de l'article. D'autres dispositions de l'article seraient modifiées en conséquence et les différentes versions linguistiques alignées. Il a également été convenu de reformuler le groupe de mots "participant à la procédure de passation" dans le chapeau du même paragraphe pour faire référence aux participants restants, et de fournir des explications appropriées dans le Guide.

130. En ce qui concerne le paragraphe 2 b), le Groupe de travail a noté que ses dispositions étaient étroitement liées à l'article 22-3 et 4 proposé et devraient être alignées sur celui-ci en ce qui concerne le type d'informations sur l'évaluation des soumissions pouvant être divulguées aux fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation et le stade de la procédure de passation auquel ces informations pourraient être divulguées. Il a été souligné qu'il était essentiel pour les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation de recevoir suffisamment d'informations sur le processus d'évaluation pour mettre utilement à profit le délai d'attente.

131. Il a été observé que les exceptions aux dispositions sur la divulgation dans ce paragraphe avaient été rédigées en termes trop généraux, qu'elles pourraient nuire à la transparence, et qu'elles devraient être modifiées pour faire référence uniquement aux informations confidentielles. En réponse, il a été noté que la formulation proposée était similaire à celle que l'on trouvait dans l'AMP (article XVIII-4) et dans les directives de l'Union européenne sur la passation des marchés[5]. Le Groupe de travail est convenu d'examiner à une session ultérieure la question de savoir s'il y avait lieu de réviser la formulation. Il a également été convenu qu'il serait expliqué dans le Guide que les mots "entraverait le libre jeu de la concurrence" devraient être interprétés comme faisant référence au risque d'entraver la concurrence non seulement dans la procédure de passation de marché en question mais également dans les passations ultérieures.

132. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de compléter les dispositions du paragraphe 2 c) faisant référence à l'expédition de l'avis concernant le délai d'attente, afin d'indiquer que l'expédition devrait être faite rapidement et par des moyens fiables. Il a été convenu que les mêmes modifications devraient être

---

[4] Accessible à la date du présent rapport à l'adresse: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/legislation_fr.htm#remedies.

[5] Directive 2004/17/CE (article 49-2) et Directive 2004/18/CE (articles 35-4, 41-3 et 69-2) accessibles à la date du présent rapport à l'adresse: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/legislation_fr.htm#remedies.

apportées à d'autres dispositions de l'article où il était fait référence à l'expédition d'avis.

133. En ce qui concerne toujours l'alinéa c) du paragraphe 2, l'inclusion entre crochets de délais suggérés a suscité des doutes. Une autre solution, acceptée par le Groupe de travail, consisterait à laisser à l'État adoptant le soin de spécifier ces délais. Le Guide, est-on convenu, devrait souligner que différentes règles existaient en la matière et qu'un même État adoptant pourrait fixer différents délais à divers moments selon, par exemple, le niveau de pénétration des moyens électroniques de communication dans la passation des marchés publics. Le Groupe de travail est convenu que le délai devrait être défini sous forme de principe général, à savoir qu'il devrait être suffisamment long pour permettre un recours efficace.

134. Le Groupe de travail a reporté à un stade ultérieur l'examen du paragraphe tel qu'il était proposé de le modifier à la session en cours.

Paragraphe 3

135. Le Groupe de travail a rappelé et confirmé la décision qu'il avait prise à sa quatorzième session, selon laquelle l'imposition d'un délai d'attente risquait d'être contreproductive lorsque des considérations urgentes d'intérêt général exigeaient que la procédure de passation se poursuive sans délai (A/CN.9/664, par. 72). Il a demandé que les différentes versions linguistiques soient alignées sur ce point.

136. Le Groupe de travail a examiné ensuite les autres cas qui justifieraient une exception à l'application d'un délai d'attente. Ce faisant, il a pris note des dispositions traitant de la question dans la Directive 2007/66/CE de l'Union européenne, qui autorisait une telle exception pour les marchés de faible valeur et dans les cas où la publication préalable d'un avis de marché n'était pas imposée (par exemple, dans les procédures négociées sans publication préalable d'un avis de marché) (article 2 *ter*).

137. Le Groupe de travail est convenu de conserver l'exception proposée pour les marchés de faible valeur. Constatant le lien entre cette disposition et l'article 20-3 proposé (dans lequel l'obligation de publier les avis d'attribution de marché ne s'appliquait pas aux marchés de faible valeur), il a décidé, comme dans cet article, de laisser à chaque État adoptant le soin de déterminer un seuil approprié pour les marchés de faible valeur.

138. Le Groupe de travail a approuvé le paragraphe tel que révisé à la session en cours.

Paragraphes 4 à 10

139. Le Groupe de travail a noté que les paragraphes se fondaient sur les dispositions de l'article 36 de la Loi type de 1994, qui avaient été modifiées compte tenu de l'introduction d'un délai d'attente et des dispositions sur le recours prévues au chapitre VII de la Loi type révisée.

140. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes, étant entendu qu'ils seraient modifiés, le cas échéant, pour tenir compte de sa décision sur l'expédition des avis (voir par. 132 ci-dessus).

Paragraphe 11

141. Le Groupe de travail est convenu que les mots “as appropriate” (“selon le cas”) employés au paragraphe 11 devraient être modifiés de manière à rendre plus exactement l’idée que toutes les dispositions de l’article n’étaient pas applicables aux accords-cadres.

142. Le Groupe de travail a noté, à propos de la note 21 du document A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.2, que la Directive 2007/66/CE de l’Union européenne n’imposait plus de délai d’attente au stade de l’attribution des marchés suite à la mise en concurrence de la deuxième étape, car l’application d’un tel délai avait été considérée comme peu pratique et comme préjudiciable à l’un des principaux avantages des accords-cadres, en l’occurrence leur efficacité.

143. Il a par ailleurs été estimé qu’aucun délai d’attente ne devrait s’appliquer aux accords-cadres ouverts, puisque le système électronique utilisé pour leur fonctionnement devait garantir suffisamment de transparence dans le processus d’attribution des marchés. Il a été noté que, si un tel délai devait être appliqué, la rapidité de fonctionnement des accords-cadres ouverts en serait compromise.

144. Le Groupe de travail a reporté l’examen de ce paragraphe à un stade ultérieur.

Article dans son ensemble

145. Le Groupe de travail a reporté à un stade ultérieur l’approbation du projet d’article, tel qu’il était proposé de le modifier à la session en cours, dans l’attente en particulier d’examiner les paragraphes 2 et 11 révisés (voir par. 134 et 144 ci-dessus).

Article 20. Publication des avis d’attribution de marché et d’accord-cadre (A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 60)

146. Le Groupe de travail a noté que l’article proposé se fondait sur les dispositions de l’article 14 de la Loi type de 1994.

147. Le Groupe de travail est convenu d’ajouter dans l’article révisé les dispositions sur: i) les accords-cadres; ii) l’indication du nom du ou des fournisseurs ou entrepreneurs; et iii) la publication obligatoire d’avis trimestriels de tous les marchés attribués au titre d’un accord-cadre ouvert (mais non fermé). (Il a été estimé que cette obligation serait trop lourde pour les accords-cadres fermés.)

148. Le Groupe de travail a approuvé le projet d’article tel que révisé à la session en cours.

Article 21. Confidentialité

149. Le Groupe de travail a noté que l’article proposé se fondait sur les dispositions de l’article 45 de la Loi type et sur la disposition type 24 des Dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d’infrastructure à financement privé (qui était l’un des instruments sur les projets d’infrastructure à financement privé).

150. Il a été demandé, à propos du paragraphe 1, si cette disposition empêcherait la divulgation d’informations qui devaient être annoncées lors de l’ouverture publique des offres.

151. Il a été proposé, proposition qui a été acceptée par le Groupe de travail, que l'article soit modifié afin d'indiquer que l'obligation de confidentialité s'appliquait également à d'autres informations émanant des fournisseurs ou des entrepreneurs, par exemple les informations qu'ils présentaient dans leur demande de présélection, et qu'un commentaire soit inséré dans le Guide.

152. Le Groupe de travail a reporté à un stade ultérieur l'examen du reste du projet d'article.

Article 22. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés (A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 61)

153. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé se fondait sur l'article 11 de la Loi type de 1994.

154. On s'est demandé si l'emploi des mots "s'ils sont connus de l'entité adjudicatrice" pour parler du prix au paragraphe 1 e) était approprié, car il était peu probable que l'entité adjudicatrice n'ait pas connaissance de cette information. Il a été souligné également que les informations mentionnées dans le paragraphe devraient figurer dans le procès-verbal final de la procédure pour permettre des recours efficaces. Il a été noté que le chapeau du paragraphe 1, dans la version anglaise, parlait de tenir ("maintain") un procès-verbal, exigeant ainsi que celui-ci soit actualisé à mesure que des informations étaient fournies. Il a été précisé que les dispositions devaient être interprétées comme faisant obligation à l'entité adjudicatrice de faire figurer au procès-verbal toutes les informations énumérées au paragraphe 1 dans la mesure où elle en avait connaissance. Il a été ajouté que les dispositions correspondantes figurant dans le commentaire du Guide mentionnaient l'utilité d'une telle formule compte tenu de la nature particulière de certaines passations. Le Groupe de travail est convenu que le paragraphe 1 e) devrait être modifié de façon à être clair.

155. Le Groupe de travail est convenu que le paragraphe 1 k) devrait mentionner les informations à fournir si les enchères étaient rejetées du fait du non-respect des règles de l'enchère par un enchérisseur et que d'autres informations pourraient être ajoutées ultérieurement au cours de ses délibérations.

156. Il a été indiqué que les paragraphes 1 m) et 4 a) devraient être alignés sur d'autres dispositions de la Loi type.

157. Le Groupe de travail a reporté à un stade ultérieur l'approbation du projet d'article, en attendant que toutes les questions en suspens soient réglées.

2. CHAPITRE II. PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.2)

Article 23. Appel d'offres national

158. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé se fondait sur l'article 23 de la Loi type de 1994. Il a l'approuvé sans modification.

Article 24. Procédures de sollicitation des offres

159. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé reproduisait l'article 24 de la Loi type de 1994, à l'exception des dispositions sur l'invitation à présenter une

demande de présélection, qui avaient été insérées dans le projet d'article 15, lequel avait déjà été examiné à la session en cours (voir par. 93 à 110 ci-dessus). Il a approuvé le projet d'article sans modification.

Article 25. Teneur de l'invitation à soumettre une offre

160. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé reproduisait l'article 25 de la Loi type de 1994, à l'exception des dispositions sur l'invitation à présenter une demande de présélection, qui étaient reflétées dans le projet d'article 15, lequel avait déjà été examiné à la session en cours (voir par. 93 à 110 ci-dessus).

161. Le Groupe de travail est convenu de modifier l'alinéa j) pour y parler des modalités de soumission des offres, de manière à permettre la soumission électronique, et de modifier de la même manière les articles suivants du chapitre.

162. Le Groupe de travail a approuvé le projet d'article tel que révisé à la session en cours.

Article 26. Communication du dossier de sollicitation

163. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé se fondait sur l'article 26 de la Loi type de 1994. Compte tenu de sa décision concernant l'article 15 (voir par. 103 ci-dessus), il a décidé de supprimer le texte entre crochets.

164. Le Groupe de travail a approuvé le projet d'article tel que révisé à la session en cours.

Article 27. Teneur du dossier de sollicitation

165. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé se fondait sur l'article 27 de la Loi type de 1994 et qu'un certain nombre de modifications avaient été apportées à cet article, en particulier aux alinéas d) et e), compte tenu respectivement des articles 11 et 12 proposés. Il a été convenu de mentionner à l'alinéa e) le coefficient de pondération des critères d'évaluation.

166. Le Groupe de travail a approuvé le projet d'article tel que révisé à la session en cours.

Article 28. Clarification et modification du dossier de sollicitation

167. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé se fondait sur l'article 28 de la Loi type de 1994. Il l'a approuvé sans modification.

168. Il a été convenu de mentionner, dans le commentaire du Guide accompagnant l'article, les dispositions de l'article 30-2 qui traitaient de la prorogation du délai de présentation des soumissions. On a en outre souligné que, dans le contexte des procédures de passation dématérialisées, il devrait être précisé que l'entité adjudicatrice ne serait tenue de fournir des explications à tel ou tel fournisseur ou entrepreneur que dans la mesure où elle avait connaissance de son identité.

Article 29. Langue des offres

169. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé se fondait sur l'article 29 de la Loi type de 1994 et qu'il était proposé de le fusionner avec l'article 13 proposé. Il a approuvé cette suggestion.

Article 30. Soumission des offres

170. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé se fondait sur l'article 30 de la Loi type de 1994 et que le paragraphe 5 reproduisait le texte qu'il avait approuvé à titre préliminaire à sa douzième session (A/CN.9/640, par. 28).

171. Il a été convenu que le paragraphe 1 et les dispositions similaires faisant référence, dans la Loi type révisée, au "lieu" devraient être modifiés afin d'être rédigés en termes techniquement neutres. Il a également été convenu de renvoyer, dans ce paragraphe 1, aux articles 25 j), 27 n) et aux paragraphes 2 et 3 de l'article 30.

172. Le Groupe de travail a approuvé le projet d'article tel que révisé à la session en cours.

173. Il a été suggéré, suggestion qui a été acceptée par le Groupe de travail, que le Guide examine la nature du reçu devant être délivré conformément au paragraphe 5 b) de l'article proposé et indique que la certification de la réception par l'entité aurait un caractère irréfragable.

Article 31. Période de validité des offres; modification et retrait des offres

174. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé se fondait sur l'article 31 de la Loi type de 1994.

175. En réponse à la proposition de suppression de la deuxième phrase du paragraphe 2 a) au motif qu'elle était superflue, le Groupe de travail a pris note d'un commentaire formulé par l'observateur de la Banque mondiale, selon lequel la disposition en question était souvent invoquée dans les projets financés par cette dernière et visait les situations dans lesquelles l'entité adjudicatrice n'était pas en mesure d'évaluer toutes les soumissions à temps et devait pour cette raison proroger le délai. En pareille situation, a-t-on noté, les fournisseurs pouvaient proroger la validité de leur offre, mais ne devaient pas être dans l'obligation de le faire et, en cas de refus, ils ne devaient pas perdre leur garantie de soumission. Il a été noté que l'origine de la disposition et les raisons justifiant son inclusion dans la Loi type devraient être examinées.

176. Le Groupe de travail a reporté l'examen du projet d'article à un stade ultérieur.

Article 32. Ouverture des offres

177. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé se fondait sur l'article 33 de la Loi type de 1994 et que le paragraphe 2 reproduisait le texte qu'il avait approuvé à titre préliminaire à sa douzième session (A/CN.9/640, par. 38). Il a approuvé le projet d'article sans modification.

178. Il a été convenu de préciser dans le Guide que les modalités fixées par l'entité adjudicatrice pour l'ouverture des offres (moment, lieu le cas échéant et autres facteurs) devraient permettre la présence des fournisseurs ou des entrepreneurs.

Article 33. Examen, évaluation et comparaison des offres

179. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé se fondait sur l'article 34 de la Loi type de 1994 et qu'il était proposé de modifier les paragraphes 1 a), 2 a), 3, 4 et 8.

180. Le Groupe de travail est convenu de reporter à un stade ultérieur l'examen des propositions ci-après présentées à la session en cours:

a) Limiter, dans le paragraphe 2 a), la mention très générale concernant le "dossier de sollicitation" aux seules conditions pertinentes;

b) Renvoyer, dans le paragraphe 3 c), à l'article 11, comme cela était suggéré dans la note 79 du document A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.2;

c) Revoir l'emploi des mots "l'offre la plus basse selon les critères d'évaluation" (lowest evaluated tender) au paragraphe 4 b) ii);

d) Insérer, au début du paragraphe 4 b) i), les mots "lorsque le prix est le seul critère d'attribution" et, au début du paragraphe 4 b) ii), les mots "lorsque l'attribution se fait en fonction du prix et d'autres critères".

181. Le Secrétariat a été prié de présenter ces propositions entre crochets, de retrouver l'historique des dispositions concernées, d'étudier la façon dont des questions similaires étaient traitées dans les instruments internationaux applicables et de faire part de ses conclusions lorsque les dispositions seraient examinées.

Article 34. Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs

182. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé se fondait sur l'article 35 de la Loi type de 1994. Il l'a approuvé sans modification.

3. CHAPITRE III. CONDITIONS D'UTILISATION ET PROCÉDURES CONCERNANT L'APPEL D'OFFRES RESTREINT, LE SYSTÈME DE LA DOUBLE ENVELOPPE ET LA SOLLICITATION DE PRIX (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.3)

Article 35. Appel d'offres restreint (A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 38 à 40)

183. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé était fondé sur les articles 20 et 47 de la Loi type de 1994 qui avaient été fusionnés.

184. Le Groupe de travail a examiné les deux options présentées pour cet article et les différences entre elles. Il a pris note des raisons à l'appui de la deuxième option, exposées dans les paragraphes 38 à 40 du document A/CN.9/WG.I/WP.66. Il a été invité à examiner si, dans le cas d'un marché hautement complexe ou spécialisé, la Loi type devrait exiger un appel d'offres ouvert avec présélection au lieu d'un appel d'offres restreint pour garantir la transparence et l'objectivité.

185. Certains représentants ont exprimé une préférence pour l'option 1. Le Groupe de travail a noté qu'elle pourrait présenter des avantages pour les marchés spécialisés et en particulier qu'elle pourrait être la seule viable, notamment pour les produits médicaux et pharmaceutiques, en cas d'échec de l'appel d'offres ouvert.

186. Certains représentants ont exprimé une préférence pour l'option 2 dans sa forme actuelle, ou en incluant une référence aux produits hautement spécialisés.

187. Une autre suggestion a été de supprimer les deux options et de faire disparaître de la Loi type l'appel d'offres restreint comme méthode de passation distincte. On a expliqué que l'expérience de certains pays montrait que l'appel d'offres restreint ouvrait la voie aux abus et à la subjectivité. On a noté que l'appel d'offres ouvert avec présélection ou limitation du nombre de participants pouvait permettre

d'atteindre les mêmes objectifs que l'appel d'offres restreint de façon plus transparente.

188. Une autre proposition a été de se fonder sur les dispositions relatives aux procédures d'appel d'offres sélectives de l'article X de l'AMP pour réviser cet article de la Loi type. Le Secrétariat a été prié de rédiger une option 3 basée sur cette proposition pour examen à une date ultérieure.

189. Le Groupe de travail est convenu que, indépendamment de l'option retenue, le début du paragraphe 1 faisant référence à l'approbation d'une autorité supérieure devrait être supprimé.

190. Selon certaines suggestions, les dispositions se référant à la limitation non discriminatoire du nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs devraient être complétées dans le Guide par des exemples sur la manière de garantir cette absence de discrimination dans la pratique. Il a été répondu qu'il existait déjà des critères objectifs, dans la passation de marchés de produits hautement spécialisés pour lesquels le nombre de fournisseurs était limité.

191. Il a été suggéré d'étoffer les dispositions du paragraphe 3 sur la publication d'un avis d'appel d'offres restreint pour préciser le moment de la publication, ainsi que le contenu et l'objet de l'avis. On a noté toutefois que les dispositions feraient double emploi avec celles du chapitre sur l'appel d'offres et qu'il serait préférable de régler le problème par le biais d'un renvoi exprès. Le Groupe de travail a approuvé cette approche.

192. Le Groupe de travail a reporté l'examen de toutes les options pour cet article à un stade ultérieur.

Article 36. Système de la double enveloppe

193. Le Groupe de travail a noté que le titre de l'article proposé était nouveau et visait le processus d'évaluation en deux étapes, alors que le texte suivait étroitement le libellé de l'article 42 de la Loi type de 1994 (procédure de sélection sans négociation pour la passation des marchés de services). On a également noté que l'article proposé était de surcroît fondé sur les articles 19-1 a) i) et 37 et les grandes lignes du chapitre IV de la Loi type de 1994.

194. Le Groupe de travail a examiné si l'article était nécessaire et, à cet égard, dans quelle mesure la méthode de passation qui y était exposée différait de l'appel d'offres (si elle commençait par une annonce publique) ou de l'appel d'offres restreint (si elle commençait en l'absence d'une telle annonce).

195. Selon un avis, la méthode de passation exposée dans l'article proposé devrait être conservée car elle présentait en fait des caractéristiques distinctes de celles de l'appel d'offres. On a noté, en particulier, que dans cette méthode deux enveloppes au contenu différent étaient soumises simultanément mais ouvertes l'une à la suite de l'autre: l'enveloppe contenant les critères qualitatifs et techniques était ouverte en premier, l'autre contenant le prix était ouverte une fois l'évaluation des critères qualitatifs et techniques achevée.

196. Selon un autre point de vue, les dispositions devraient être supprimées car elles ne s'étaient pas avérées utiles dans la pratique et introduisaient un élément de subjectivité de par la prise en compte de facteurs qualitatifs dans le processus

d'évaluation. On a également noté qu'il serait difficile, d'un point de vue pratique, d'assurer la confidentialité des informations sur le prix jusqu'à la fin de l'évaluation des critères techniques et qualitatifs. Dans certains cas, a-t-on dit, il n'était pas possible de mener à bien l'évaluation de ces critères sans disposer d'informations sur le prix.

197. Une autre proposition a été de supprimer l'article tout en expliquant dans le Guide que les procédures étaient rares mais utilisées dans la pratique. Une autre suggestion a été de traiter cette méthode comme une variante de l'appel d'offres ou de la négociation avec appel à la concurrence.

198. Selon un autre avis, cette méthode était largement utilisée et s'était révélée utile dans certains pays. Certains représentants ont estimé que les problèmes soulevés à propos de la méthode ne se poseraient peut-être pas forcément. Selon un autre avis encore, il était probable que cette méthode ne convînt pas dans certains cas, par exemple dans la passation de marchés hautement complexes où une évaluation complète était impossible sans une évaluation concomitante du prix et des critères autres que le prix. Il ne fallait pas en conclure pour autant, a-t-on dit, que la méthode ne convenait à aucun type de passation.

199. On s'est inquiété du fait que le paragraphe 6 autorisait une certaine souplesse dans l'attribution du marché, qui risquait alors de se faire de manière opaque. Il a été noté en réponse que les modalités de l'attribution devraient être spécifiées dans le dossier de sollicitation (régi par le chapitre II).

200. Le Groupe de travail a pris note des remarques rédactionnelles formulées sur le texte, en particulier le fait que certaines dispositions, comme le paragraphe 6 b), n'étaient pas alignées avec les autres dispositions de la Loi type révisée. On a aussi noté que les termes "sollicitation ouverte" et "sollicitation directe" n'avaient pas été définis dans la Loi type révisée et que leur maintien dans l'article proposé dépendrait de la décision du Groupe de travail sur ce point.

201. Le Groupe de travail est convenu de conserver le projet d'article tout en reportant son examen à une date ultérieure. Il a été convenu que le Guide devrait expliquer la portée envisagée de l'article.

Article 37. Sollicitation de prix

202. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé se fondait sur les articles 21 et 50 de la Loi type de 1994 et que les termes entre crochets au paragraphe 1 s'écartaient du texte de 1994 afin de permettre l'utilisation de la procédure de sollicitation de prix pour tous les types de passation de marchés standardisés ou courants qui ne devaient pas être spécialement conçus pour répondre à des spécifications ou conditions techniques particulières.

203. Le Groupe de travail est convenu de supprimer le membre de phrase faisant référence à l'approbation d'une autorité supérieure au début du paragraphe 1.

204. Pour ce qui est de la référence, faite au paragraphe 3 de l'article, à un nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs auxquels devraient être adressées des sollicitations de prix, l'attention du Groupe de travail a été appelée sur l'opinion de spécialistes selon laquelle un minimum de cinq participants pourrait être nécessaire pour assurer une véritable concurrence. Le Groupe de travail a donc été invité à examiner si la référence à trois participants, reprise de la Loi type de 1994, était

suffisante. En réponse, il a été dit qu'il était préférable que le seuil soit maintenu aussi bas que possible et que, par conséquent, la référence au nombre minimum de trois fournisseurs ou entrepreneurs était satisfaisante.

205. On s'est inquiété toutefois de ce que l'exigence d'un minimum de trois fournisseurs pour solliciter des prix était nuancée par les mots "si possible". On a observé que la disposition traitait d'articles standard pour lesquels il existait un marché, de sorte qu'il serait toujours possible de solliciter des prix auprès d'au moins trois fournisseurs, en particulier dans le contexte de la passation électronique des marchés. Il a été suggéré de supprimer les mots "si possible" parce qu'ils laissaient donc ouverte la possibilité d'abus et de subjectivité. Selon un autre point de vue, il faudrait rester souple.

206. Selon l'avis qui l'a emporté, les mots devaient être supprimés. En réponse aux préoccupations exprimées au sujet de cette suppression, on a expliqué que, lorsque les conditions du marché ne lui permettaient pas d'utiliser la méthode de passation en question, l'entité adjudicatrice pourrait recourir à la sollicitation d'une source unique. Il a été noté également que le Guide expliquerait que, si par exemple seuls un ou deux prix étaient reçus suite à une sollicitation adressée à trois fournisseurs ou plus, la procédure de passation pourrait néanmoins se poursuivre.

207. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots "si possible". Il a noté que des expressions du même type apparaissaient dans d'autres dispositions de la Loi type mais qu'il n'envisagerait de les conserver qu'au cas par cas.

208. Le Groupe de travail a approuvé le projet d'article tel que révisé à la session en cours et est convenu d'examiner en temps voulu la suggestion selon laquelle le Guide devrait indiquer la nature non contraignante des prix à la différence des offres ou propositions.

4. CHAPITRE IV. CONDITIONS D'UTILISATION ET PROCÉDURES CONCERNANT L'APPEL D'OFFRES EN DEUX ÉTAPES, LA SOLLICITATION DE PROPOSITIONS ET LA NÉGOCIATION AVEC APPEL À LA CONCURRENCE (A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 21, 22 et 70 et A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.3)

209. Le Groupe de travail a noté que les deux principales questions à examiner dans le contexte de ce chapitre étaient de savoir: i) s'il fallait assurer la cohérence entre les dispositions de ce chapitre de la Loi type révisée et celles des instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé et, si oui, comment; et ii) compte tenu de l'article 12 sur les critères d'évaluation, comment garantir la transparence de l'évaluation dans les méthodes de passation reposant sur des négociations.

210. Le Groupe de travail était saisi du texte suivant où il était proposé de fusionner l'article 40 (Sollicitation de propositions) et l'article 41 (Négociation avec appel à la concurrence):

"Article [40]. Négociation avec appel à la concurrence

1. Dans la procédure de négociation avec appel à la concurrence, l'entité adjudicatrice engage des négociations avec un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour qu'il y ait réellement concurrence.

2. La sollicitation de propositions est adressée à autant de fournisseurs ou entrepreneurs que possible, mais à trois au moins si possible.

3. 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.

4. L'entité adjudicatrice établit les critères à utiliser pour évaluer les propositions et fixe le coefficient de pondération dont sera affecté chacun de ces critères et la manière dont ils seront appliqués pour évaluer les propositions. Ces critères doivent permettre d'évaluer:

a) La compétence relative du fournisseur ou entrepreneur en matière de technique et de gestion;

b) La mesure dans laquelle la proposition présentée par le fournisseur ou entrepreneur permet de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice; et

c) Le prix proposé par le fournisseur ou entrepreneur pour mettre en œuvre sa proposition et le coût de l'exploitation, de l'entretien et de la réparation des biens ou travaux proposés.

5. La sollicitation de propositions émise par l'entité adjudicatrice comporte, au minimum, les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) La description des besoins que le marché devra satisfaire, y compris les paramètres techniques et autres auxquels la proposition doit se conformer, ainsi que, pour un marché de travaux, l'emplacement des travaux à effectuer et, pour un marché de services, le lieu où les services doivent être fournis;

c) Les critères d'évaluation de la proposition, exprimés, dans la mesure du possible, en termes monétaires, le coefficient de pondération dont sera affecté chacun de ces critères, et la manière dont ils seront appliqués pour l'évaluation de la proposition; et

d) La forme sous laquelle la proposition doit être présentée et toutes instructions pertinentes, y compris les délais d'exécution éventuels.

6. Toute modification ou clarification de la sollicitation de propositions, y compris toute modification des critères d'évaluation des propositions visés au paragraphe 3 du présent article, est communiquée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de sollicitation de propositions.

7. L'entité adjudicatrice traite toutes les propositions d'une manière qui permet d'éviter que leur contenu ne soit divulgué aux fournisseurs ou entrepreneurs en concurrence.

8. L'entité adjudicatrice peut négocier avec les fournisseurs ou entrepreneurs au sujet de leurs propositions et demander ou autoriser une modification de ces propositions, sous réserve que les conditions suivantes soient remplies:

a) Toute négociation entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur est confidentielle;

b) Sous réserve des dispositions de l'article [22], une partie aux négociations ne doit révéler à quiconque aucune information technique, aucune information relative au prix ni aucune autre information commerciale concernant les négociations, sans le consentement de l'autre partie;

c) La possibilité de participer aux négociations est donnée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des propositions qui n'ont pas été rejetées.

9. Les conditions, directives, documents, éclaircissements ou autres éléments d'information relatifs aux négociations qui sont communiqués par l'entité adjudicatrice à un fournisseur ou entrepreneur sont communiqués également à tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs ayant engagé des négociations sur la passation du marché avec l'entité adjudicatrice.

10. Les négociations entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs sont confidentielles et, sous réserve des dispositions de l'article [22], une partie aux négociations ne doit révéler à quiconque aucune information technique, aucune information relative au prix ni aucune autre information commerciale concernant les négociations, sans le consentement de l'autre partie.

11. Une fois les négociations achevées, l'entité adjudicatrice demande aux fournisseurs ou entrepreneurs qui participent encore à la procédure de soumettre, à une date donnée, leur meilleure offre définitive concernant tous les aspects de leurs propositions. L'entité adjudicatrice sélectionne l'offre à retenir sur la base de ces meilleures offres définitives.

12. L'entité adjudicatrice applique les méthodes suivantes pour l'évaluation des propositions:

a) Seuls les critères visés au paragraphe 3 du présent article qui sont énoncés dans la sollicitation de propositions sont pris en considération;

b) La mesure dans laquelle une proposition permet de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice est évaluée indépendamment du prix;

c) Le prix d'une proposition n'est pris en considération par l'entité adjudicatrice qu'une fois l'évaluation technique achevée.

13. L'entité adjudicatrice attribue le marché au fournisseur ou entrepreneur dont la proposition s'est avérée, sur la base des critères d'évaluation des propositions et des coefficients de pondération ainsi que des modalités d'application de ces critères spécifiés dans la sollicitation de propositions, être celle qui répond le mieux à ses besoins."

211. On a expliqué que le projet de Loi type révisée présentait ces deux méthodes comme des méthodes distinctes, alors que, dans la pratique, la sollicitation de

propositions était généralement utilisée pour lancer des négociations avec appel à la concurrence. Il a en outre été expliqué que la proposition faite au paragraphe précédent fusionnait les deux articles, un seul paragraphe ayant été supprimé pour éviter toute répétition.

212. Le Groupe de travail a repoussé à un stade ultérieur l'examen du chapitre entier et du projet d'article proposé à la session en cours.

5. CHAPITRE V. CONDITIONS D'UTILISATION ET PROCÉDURES CONCERNANT LES ENCHÈRES ÉLECTRONIQUES INVERSÉES (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.3)

Article 42. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées

213. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé se fondait sur le texte révisé à sa douzième session (A/CN.9/640, par. 56 et 57, et A/CN.9/WG.I/WP.59, par. 3) et que des modifications mineures avaient été faites pour tenir compte des changements qu'il était proposé d'apporter à la Loi type.

214. Le Groupe de travail est convenu de remplacer les mots "les biens, les travaux ou les services" par "l'objet du marché", le Guide devant fournir une explication sur le type de passation dans lequel une enchère électronique inversée pourrait être utilisée.

215. Il a été suggéré de modifier le paragraphe 2 a) en ajoutant une référence aux "biens standardisés". Cette suggestion a été retirée par la suite étant entendu que la question serait discutée à l'occasion de l'examen des dispositions du Guide qui accompagneraient le paragraphe 2 a). Il a également été suggéré que le Guide fasse des propositions rédactionnelles aux États adoptants pour réglementer une simple enchère électronique inversée portant uniquement sur le prix.

216. Le Groupe de travail a approuvé le projet d'article tel que révisé à la session en cours.

Articles 43 à 48

217. Le Groupe de travail a noté que les projets d'articles 43 à 48 avaient été révisés suite à son examen des dispositions sur les enchères électroniques inversées à sa douzième session (A/CN.9/640, par. 62 à 92).

218. Pour ce qui est du projet d'article 47-1 c), le Groupe de travail a examiné les informations dont cette disposition exigerait la divulgation au cours de l'enchère, à savoir par exemple, outre la formule et les résultats de l'évaluation initiale, des informations sur toutes les enchères soumises, y compris les notes concernant leur qualité. Il a en outre examiné si la divulgation de ces informations pourrait faciliter la collusion. Il a été invité à envisager une autre formulation qui permettrait à l'enchérisseur de voir des informations concernant son enchère et soit l'enchère la mieux placée, soit la mesure dans laquelle l'enchère devait être améliorée pour devenir la mieux placée.

219. Il a été convenu que la formulation du projet d'article 47-1 c) serait retenue mais que le Guide appellerait l'attention sur les risques de collusion et donnerait des exemples de bonnes pratiques pour les limiter.

220. Il a été suggéré de remplacer, dans le projet d'article 48, les mots "la soumission la plus basse résultant de l'évaluation" par les mots "la meilleure soumission selon l'évaluation", puisque dans la pratique la soumission qui était acceptée était la plus élevée ou la meilleure, et non la plus basse, selon l'évaluation. Les dispositions, a-t-on fait observer, telles que rédigées actuellement pourraient prêter inutilement à confusion. Le Groupe de travail a noté que la modification suggérée devrait être examinée conjointement avec d'autres dispositions de la Loi type, notamment le projet d'article 12 sur les critères d'évaluation. Il a également été fait remarquer que les termes employés dans le projet d'article 48 s'inspiraient de ceux employés dans le texte de 1994.

221. Le Groupe de travail a noté les remarques de certains commentateurs, à savoir que les procédures dans lesquelles l'enchère était suivie d'un appel d'offres traditionnel auquel participaient les deux derniers enchérisseurs restants pouvaient permettre d'obtenir un bon rapport qualité-prix. L'avis contraire a été exprimé. On a expliqué qu'il ne pouvait y avoir de réelle concurrence dans l'enchère même, si une procédure d'appel d'offres se déroulait par la suite. Le Groupe de travail a décidé de ne pas examiner cette question plus avant.

222. Sous réserve du paragraphe 220 ci-dessus, le Groupe de travail a approuvé les articles 43 à 48.

6. CHAPITRE VI. PROCÉDURES D'ACCORDS-CADRES (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.4)

223. Le Groupe de travail a noté que l'ensemble du chapitre sur les procédures d'accords-cadres avait été modifié pour tenir compte des décisions qu'il avait prises à sa quatorzième session (A/CN.9/664, par. 75 à 110). Il était donc saisi du chapitre révisé pour la première fois. Il a été invité à examiner l'ordre des dispositions ainsi modifiées, qui avaient été rédigées de manière à présenter séparément les accords-cadres ouverts et les accords-cadres fermés (A/CN.9/664, par. 90). Il a également été invité à examiner si les procédures devraient pouvoir être utilisées pour tous les types de passation, y compris la passation de marché négociée ou la passation dans laquelle les spécifications étaient fixées après le début de la procédure, lesquelles étaient en fait exclues du projet à l'étude.

224. Selon un avis, il pourrait être nécessaire d'autoriser des procédures négociées après la conclusion d'un accord-cadre. Il a été proposé que les dispositions autorisant les négociations dans le contexte des accords-cadres soient élaborées avec le chapitre IV. Le Groupe de travail a accepté cette suggestion.

225. Le Groupe de travail a ensuite examiné l'un après l'autre les différents articles du chapitre. (Pour la décision concernant le chapitre prise auparavant par le Groupe de travail à la session en cours, voir par. 90 ci-dessus.)

Article 49. Conditions d'utilisation d'une procédure d'accord-cadre

226. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé était fondé sur les paragraphes 1, 4, 5, 6 et 7 de l'article 22 *ter*, dont il avait été saisi à sa quatorzième session (A/CN.9/WG.I/WP.62, par. 6) et qui avait été réorganisé pour suivre la structure des dispositions équivalentes sur les enchères électroniques inversées. Il a aussi été noté que le texte intégrait des définitions supplémentaires.

227. Il a été proposé, proposition qui a été appuyée, de supprimer les conditions d'utilisation énoncées au paragraphe 1, au motif que celles-ci étaient trop restrictives et risquaient de donner lieu à des réclamations non fondées. On a dit préférer que le contenu des dispositions soit reproduit dans le Guide.

228. Selon un autre point de vue, il était important de conserver les dispositions sur les conditions d'utilisation, étant donné que les procédures d'accords-cadres risquaient par nature de nuire à la concurrence et de donner lieu à des abus. Il a été proposé de modifier les dispositions énonçant les conditions d'utilisation de façon à mentionner d'autres cas dans lesquels l'utilisation des accords-cadres pourrait se justifier. Il a été suggéré d'insérer un alinéa c) supplémentaire, qui autoriserait en termes généraux l'utilisation des procédures d'accords-cadres dans d'autres cas, sous réserve que l'entité adjudicatrice justifie le recours à de telles procédures. Une autre proposition était de conserver les dispositions dans leur rédaction actuelle, tout en expliquant dans le Guide que les procédures d'accords-cadres pourraient également être utilisées dans d'autres cas.

229. Le Groupe de travail est convenu: de conserver les dispositions des paragraphes 1 et 3 entre crochets afin de les examiner plus avant à un stade ultérieur et d'insérer le contenu du paragraphe 2 à l'article 2 (Définitions). On s'est inquiété de ce que le chapitre comportait de nombreuses dispositions qui exigeaient l'insertion, dans le procès-verbal de la procédure de passation, de diverses décisions relatives aux procédures d'accords-cadres. Il a été proposé que ces dispositions soient regroupées pour être examinées plus avant à une date ultérieure.

Article 50. Informations à fournir lorsque la participation à une procédure d'accord-cadre est sollicitée pour la première fois

230. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé était fondé sur le projet d'article 51 *novies*, dont il avait été saisi à sa quatorzième session (A/CN.9/WG.I/WP.62, par. 6) et qui avait été simplifié grâce à des renvois aux dispositions impératives des articles 53 (accords-cadres fermés) et 56 (accords-cadres ouverts) proposés. Le nouveau texte évitait également les répétitions inutiles et intégrait les décisions du Groupe de travail sur le projet antérieur (A/CN.9/664, par. 78 à 82).

231. Il a été estimé que, dans l'alinéa f) proposé, la référence aux critères d'évaluation devait s'appliquer à la fois aux accords-cadres ouverts et aux accords-cadres fermés, si bien que les mots "y compris pour les accords-cadres fermés" devaient être supprimés. Il a été expliqué cependant qu'aucune évaluation concurrentielle n'avait lieu dans les accords-cadres ouverts à ce stade et que seules la conformité et les qualifications étaient alors vérifiées. Le Groupe de travail s'est dit favorable, quant au fond, au paragraphe dans sa rédaction actuelle. Il a été proposé toutefois que cette rédaction soit modifiée afin de clarifier davantage la question et que des explications appropriées soient fournies dans le Guide. Il a été convenu de remplacer également les mots "les critères d'évaluation" par "tout critère d'évaluation".

232. Pour ce qui est de l'alinéa g), le Groupe de travail a examiné quelles informations énumérées dans les articles 25 et 27 de la Loi type applicables à la procédure d'appel d'offres devraient figurer au dossier de sollicitation dans le contexte des accords-cadres, et si toute information s'y trouvant spécifiée devrait

être précisée lors de la deuxième étape ne comportant pas de mise en concurrence. Les dispositions telles que rédigées ont été jugées suffisantes. Toutefois, le Groupe de travail examinerait toute proposition de modification à un stade ultérieur.

233. Sous réserve des modifications précitées, et de l'éventuelle insertion d'une autre disposition (voir par. 248 ci-dessous), le Groupe de travail a approuvé le projet d'article.

Article 51. Interdiction de toute modification essentielle pendant la durée de l'accord-cadre

234. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé se fondait sur la description de la notion de "modification essentielle" qu'il avait fournie à sa quatorzième session (A/CN.9/664, par. 101 c) et d)).

235. En ce qui concerne le paragraphe 2, le Groupe de travail a été invité à examiner si la définition de "modification essentielle" devrait figurer dans la Loi type plutôt que dans le Guide, comme cela avait été proposé à sa quatorzième session. Selon un point de vue, ces dispositions étant fondamentales, elles devraient être conservées dans la Loi type même et pourraient être placées à l'article 2 (Définitions). Selon un autre avis, les dispositions devraient être placées dans le Guide.

236. On s'est inquiété de ce que le texte figurant entre crochets à la fin du paragraphe 2 était beaucoup trop général. Il a été proposé de le supprimer de la Loi type mais d'en refléter le contenu dans le Guide, de manière à expliquer les considérations de principe qui sous-tendaient la définition.

237. Sous réserve de supprimer le texte entre crochets afin de l'insérer dans le Guide, le Groupe de travail est convenu de conserver la définition dans la Loi type, entre crochets toutefois, afin de l'examiner plus avant à une étape ultérieure, avec toute proposition qui serait présentée sur la question par les délégations. (Voir par. 273 f) ci-dessous pour la décision que le Groupe de travail a prise par la suite sur la définition de "modification essentielle".)

Article 52. Première étape d'une procédure d'accord-cadre fermé

238. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé se fondait sur les projets d'articles 51 *octies* et *decies*, dont il avait été saisi à sa quatorzième session (A/CN.9/WG.I/WP.62, par. 6) et qui avaient été révisés suite à sa décision de séparer les procédures d'accords-cadres ouverts et fermés (A/CN.9/664, par. 83 à 88 et 90). Il a approuvé le projet d'article sans modification.

Article 53. Prescriptions minimales concernant les accords-cadres fermés

239. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé était fondé sur les paragraphes 2 et 3 du projet d'article 22 *ter*, dont il avait été saisi à sa quatorzième session (A/CN.9/WG.I/WP.62, par. 6). Le texte avait été placé dans un article indépendant pour faciliter la lecture et s'appliquait uniquement aux procédures d'accords-cadres fermés (A/CN.9/664, par. 90).

240. Le Groupe de travail est convenu de modifier les mots "la fréquence avec laquelle celle-ci est envisagée" employés à l'alinéa e) pour parler de la "fréquence possible" de la mise en concurrence.

241. En ce qui concerne le paragraphe 1 c), le Groupe de travail a été invité à examiner si la situation où certaines conditions de l'accord-cadre ne pouvaient pas être fixées dès le départ était suffisamment réglementée (par exemple, la notion de "préciser" les conditions lors de la deuxième étape sans mise en concurrence). Il a été convenu que le texte resterait en l'état, mais que la nécessité de prévoir des règles efficaces serait examinée dans le Guide.

242. En ce qui concerne le paragraphe 1 f), le Groupe de travail a été invité à envisager la possibilité de prévoir une autre méthode d'attribution du marché, comme la rotation, et à examiner si ces autres méthodes étaient possibles eu égard au projet d'article sur les critères d'évaluation (article 12 proposé). Il a noté que les considérations de principe régissant dans la Loi type les critères d'évaluation ne permettraient pas de prévoir d'autres méthodes d'attribution des marchés. Il est donc convenu de conserver le texte tel quel.

243. En ce qui concerne le paragraphe 2, le Groupe de travail a été invité à examiner si une disposition destinée à garantir une véritable concurrence dans le cas d'accords avec plusieurs fournisseurs était nécessaire et, dans l'affirmative, si un minimum (3 ou 5) devrait être inclus et aligné sur celui prévu dans les dispositions équivalentes régissant les procédures de sollicitation de propositions ou de prix (voir par. 204 ci-dessus). Il a été proposé de supprimer le nombre mentionné et de laisser à l'État adoptant le soin de fixer le nombre requis.

244. Il a été convenu que le paragraphe 5 serait accompagné d'un commentaire dans le Guide, qui soulignerait le danger des accords-cadres fermés de longue durée compte tenu du fait qu'ils risquaient de porter atteinte à la concurrence.

245. Le Groupe de travail a approuvé le projet d'article tel que révisé à la session en cours.

Article 54. Deuxième étape d'une procédure d'accord-cadre fermé

246. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé était fondé sur les projets d'articles 51 *duodecies* et *terdecies*, dont il avait été saisi à sa quatorzième session (A/CN.9/WG.I/WP.62, par. 6). Il a noté aussi que ces articles avaient été fusionnés, comme il en avait décidé à cette session (A/CN.9/664, par. 106), et actualisés pour tenir compte des dispositions des chapitres I et II du projet de Loi type révisée.

247. Il a été noté que l'article 54 proposé était identique à l'article 57, à l'exception du paragraphe 2 qui contenait des dispositions se rapportant uniquement à la procédure d'accord-cadre fermé. Il a été convenu de fusionner ces articles de la manière appropriée.

248. En ce qui concerne le paragraphe 4 b), il a été estimé que des informations sur les délais indicatifs de présentation des soumissions de la deuxième étape devraient être communiquées aux fournisseurs ou aux entrepreneurs à l'avance. Ces informations étaient jugées importantes pour permettre à ceux-ci de décider s'ils souhaitaient devenir parties à l'accord-cadre. Il a été proposé d'aborder la question dans le contexte de l'article 50 g) dans la mesure où elle n'était pas encore traitée, et d'expliquer dans le Guide que les informations fournies revêtaient un caractère indicatif et ne liaient pas l'entité adjudicatrice.

249. Sous réserve du paragraphe 247 ci-dessus, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article.

Article 55. Première étape d'une procédure d'accord-cadre ouvert

250. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé était fondé sur les projets d'articles 51 *octies* et *decies*, dont il avait été saisi à sa quatorzième session (A/CN.9/WG.I/WP.62, par. 6) et qui avaient été révisés suite à sa décision de présenter séparément les procédures d'accords-cadres ouverts et fermés (A/CN.9/664, par. 83 à 88 et 90).

251. Il a été estimé que l'obligation de publier les noms des parties à l'accord-cadre pourrait donner lieu à des manœuvres collusoires et il a été proposé que le paragraphe 4 a) soit modifié en conséquence. Le Groupe de travail, notant la décision qui avait été prise sur la question à propos de l'article 20 à la session en cours (voir par. 146 à 148 ci-dessus), n'a pas accepté cette proposition.

252. Il a été convenu que les mots "dans un délai maximal de [...] jours" seraient conservés dans le paragraphe 6, étant entendu que le soin serait laissé aux États adoptants de compléter la partie entre crochets, selon qu'il convenait.

253. Le Groupe de travail a approuvé le projet d'article tel que révisé à la session en cours.

Article 56. Prescriptions minimales concernant les accords-cadres ouverts

254. Le Groupe de travail est convenu que l'article devrait faire référence à la durée de l'accord-cadre ouvert. On a mentionné à cet égard la note 16 du document A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.4. Sous réserve de ce changement, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article.

Article 57. Deuxième étape d'une procédure d'accord-cadre ouvert

255. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait précédemment décidé de supprimer l'article 57 proposé car son contenu figurait déjà à l'article 54 (voir par. 247 ci-dessus).

7. CHAPITRE VII. RECOURS

256. Le Groupe de travail a noté que l'ensemble du chapitre avait été révisé compte tenu des décisions qu'il avait prises à sa quatorzième session (A/CN.9/664, par. 18 à 74). Il a examiné, l'un après l'autre, les articles du chapitre.

Article 58. Droit de recours

257. Le Groupe de travail a approuvé l'article proposé sans modification.

Article 59. Recours porté devant l'entité adjudicatrice ou devant l'autorité de tutelle

258. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé se fondait sur l'article 53 de la Loi type de 1994, qui avait été révisé pour tenir compte des décisions qu'il avait prises à sa quatorzième session (A/CN.9/664, par. 28 à 33 et 65). Il a été noté que le paragraphe 1 b) devait être examiné avec l'article 19 (dispositions sur le délai d'attente) et l'article 62 (dispositions sur la suspension de la procédure de passation du marché) proposés.

259. Il a été suggéré de reformuler l'article pour bien montrer que le recours prévu était facultatif. On a noté également qu'il ne conviendrait pas de mentionner un

nombre de jours précis au paragraphe 1 b), car ce nombre varierait d'une passation à l'autre. Il a été convenu que les dispositions ne fixeraient pas le nombre de jours et que le soin serait laissé aux États adoptants de le faire. Il a aussi été convenu que le Guide appellerait à cet égard l'attention des États adoptants sur le délai prévu dans l'AMP.

260. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article.

Article 60. Recours porté devant une instance administrative indépendante

261. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé se fondait sur l'article 54 de la Loi type de 1994, qui avait été révisé pour tenir compte des décisions qu'il avait prises à sa quatorzième session (voir A/CN.9/664, par. 35, 36, 39, 44, 53, 55 et 56).

262. Le Groupe de travail est convenu:

a) D'accompagner cet article d'une note de bas de page, comme proposé dans la note 38 du document A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.4;

b) De supprimer du paragraphe 2 l'adjectif "initiale" et d'expliquer le sens des dispositions dans le Guide;

c) De supprimer du paragraphe 2 l'indication du nombre de jours, en fournissant des explications appropriées dans le Guide, conformément à la décision qu'il avait prise sur la même question à propos de l'article 59-1 b) (voir par. 259 ci-dessus);

d) De remplacer au paragraphe 3 l'actuel renvoi à l'article 62-5 par un renvoi à l'article 62-3;

e) De ne conserver dans le paragraphe 5 f) que l'option I, dont le libellé devrait être aligné sur celui des dispositions correspondantes d'instruments internationaux, comme l'article XX-7 c) de l'AMP et l'article XVIII-7 b) du texte provisoirement accepté de l'Accord révisé sur les marchés publics de l'OMC[6];

f) De supprimer du paragraphe 5 f) l'option II pour l'insérer dans le Guide et d'expliquer les motifs de cette suppression, notamment en précisant qu'une disposition prévoyant la réparation de tout préjudice éventuel s'avérait extrêmement préjudiciable aux procédures de passation car elle incitait davantage à présenter des réclamations. Il a également été proposé que le Guide explique l'évolution de la réglementation sur la question et mette en avant les dispositions pertinentes de l'AMP et du texte provisoirement accepté de l'Accord révisé sur les marchés publics de l'OMC;

g) De préciser dans le Guide le sens du terme "instance administrative indépendante", en indiquant en particulier si cette instance devrait se composer d'experts externes. Il a été noté que le Guide pourrait insister sur le fait que l'absence d'indépendance lors de la prise de décision dans le cadre d'un recours risquait de nuire à la procédure de passation, car les décisions seraient susceptibles d'appel, ce qui retarderait encore les choses.

---

[6] Document GPA/W/297, disponible à la date du présent rapport à l'adresse http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/PLURI/GPA/W297.doc.

263. Il a été proposé de supprimer du paragraphe 3 les mots “en temps voulu” car ils étaient subjectifs. Il a été expliqué que ces mots n’étaient en rien subjectifs car ils signifiaient que les réclamations devaient être présentées dans le délai prévu au paragraphe 2.

264. Il a été proposé d’insérer l’alinéa a) du paragraphe 5 dans le chapeau même du paragraphe. En réponse, le Secrétariat a été prié de retracer l’historique des dispositions. Le Groupe de travail a décidé de n’étudier la proposition qu’après avoir examiné les conclusions du Secrétariat.

265. Sous réserve du paragraphe 264 ci-dessus, le Groupe de travail a approuvé le projet d’article tel que révisé à la session en cours.

Article 61. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu des articles 59 et 60

266. Le Groupe de travail a noté que l’article proposé se fondait sur l’article 55 de la Loi type de 1994, qui avait été révisé pour tenir compte des délibérations de sa quatorzième session (A/CN.9/664, par. 59 et 60).

267. Le Groupe de travail est convenu:

a) De reformuler le paragraphe 4 pour lever toute ambiguïté concernant les mots “documents pertinents”;

b) D’envisager de prévoir aux paragraphes 3 et 4 des exceptions à la communication d’informations pour des motifs de confidentialité, en expliquant dans le Guide que les considérations de confidentialité ne devraient pas priver les parties de leur droit à un procès équitable et à être entendues de manière équitable;

c) De préciser dans le Guide que les mots “participant à la procédure de passation du marché “pourraient désigner un ensemble différent de participants en fonction du moment où se déroulait la procédure de recours et de préciser en outre que ceux dont les soumissions avaient été rejetées ou disqualifiées pourraient ne pas être autorisés à participer à la procédure de recours.

268. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé le projet d’article.

Article 62. Suspension de la procédure de passation du marché et article 63. Recours judiciaire

269. Le Groupe de travail a noté que les articles proposés se fondaient respectivement sur les articles 56 et 57 de la Loi type de 1994. Il les a approuvés sans modification.

8. Titre de la Loi type

270. Il a été convenu que la Loi type serait intitulée “Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics”.

9. Préambule

271. Il a été suggéré de modifier l’alinéa b) du préambule afin d’y indiquer que la Loi type avait avant tout pour objet de favoriser le commerce international. La

proposition était de supprimer les mots “et en particulier, le cas échéant, leur participation”. Selon un autre point de vue, les dispositions qui apparaissaient dans le texte de 1994 étaient importantes et devaient être conservées, la Loi type visant principalement à promouvoir la réalisation de l’objectif des États adoptants, qui était d’aboutir à un maximum d’efficacité dans les processus de passation des marchés publics. L’ordre de priorité établi dans le préambule était donc correct si bien que le texte devait rester inchangé.

10. Définitions

272. Le Groupe de travail a noté que les dispositions proposées à l’article 2 devaient être examinées avec les définitions figurant dans les projets d’articles 49 et 51 (voir par. 229 et 234 à 237 ci-dessus) et les nouvelles définitions suivantes:

> “Les mots ‘sollicitation ouverte’ désignent une sollicitation dans ... (l’État adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel la sollicitation doit être publiée).
>
> Les mots ‘sollicitation directe’ désignent la sollicitation d’un (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) [choisi(s)/identifié(s)].”

273. Il a été convenu:

a) De placer les deux nouvelles définitions reproduites dans le paragraphe précédent à l’article 2 entre crochets pour examen ultérieur;

b) De conserver à l’alinéa a) de l’article 2 les mots “biens, travaux et services” suivis entre parenthèses des mots “objet du marché”, qui seraient ensuite employés dans le texte de la Loi type;

c) D’expliquer dans le Guide que les mots “par un moyen quelconque” employés à l’alinéa a) de l’article 2 signifiaient que la passation de marché se faisait non seulement par voie d’achat mais également par d’autres moyens comme la location et que ces mots ne devraient donc pas être interprétés comme laissant entendre la possibilité de recourir à des moyens illicites;

d) De supprimer de l’alinéa k) de l’article 2 les mots “de l’objet du marché”;

e) De supprimer les définitions figurant à l’alinéa l) i) à iii) de l’article 2 pour les insérer dans le Guide;

f) D’insérer à l’article 2 les définitions figurant dans les projets d’articles 49 et 51 tels que révisés à la session en cours.

274. Le Groupe de travail a approuvé le projet d’article 2 tel que révisé à la session en cours.

V. Questions diverses

275. Le Groupe de travail a noté que certains représentants s’étaient déclarés préoccupés par la qualité des documents traduits, en particulier par les versions espagnole et française. On s’est plaint que certaines dispositions de la version

anglaise des documents n'avaient pas du tout été traduites et que d'autres dispositions traduites avaient suscité des difficultés de compréhension.

276. Certains représentants ont exprimé l'avis que l'achèvement du projet d'ici à la quarante-deuxième session de la Commission, en 2009, devrait rester l'objectif souhaitable, mais que la réalisation de ce dernier ne devrait pas se faire au détriment de la qualité des travaux ou de l'instrument qui en résulterait, ni au prix d'une pression excessive sur les représentants et le Secrétariat.

277. Le Groupe de travail a noté que le texte, qui avait de nouveau été révisé compte tenu des décisions prises à la session en cours, devrait être soumis à la Commission à sa quarante-deuxième session, en juillet 2009. Toutefois, en raison des modifications devant être apportées au texte, il a demandé que tout soit mis en œuvre pour qu'il se réunisse de nouveau avant la session de la Commission, de préférence en mai.

278. Le Groupe de travail a noté qu'il serait difficile d'achever les recherches en cours ainsi que l'élaboration du texte d'ici à la session qu'il envisageait de tenir en mai. En ce qui concerne les méthodes de passation reposant sur des négociations, une délégation a accepté de présenter un document de séance proposant une version révisée du chapitre IV.

279. Des doutes ont été émis sur l'utilité de tenir une session en mai si les conclusions de cette session n'étaient pas consignées dans un instrument présenté à la Commission. En réponse, il a été expliqué que le rapport sur les travaux de la session de mai pourrait être soumis à la Commission et que le texte révisé pourrait être présenté dans des documents de séance qui seraient distribués à cette session. Il a été noté que de plus amples consultations auraient lieu avec le Bureau de la Commission sur la question de savoir s'il était souhaitable que le Groupe de travail tienne une session supplémentaire et plus généralement sur l'organisation de la quarante-deuxième session de la Commission.

280. Le Groupe de travail a fait sienne la proposition selon laquelle les documents établis à l'issue de la session en cours, en vue des nouvelles délibérations qu'il tiendrait avant la quarante-deuxième session de la Commission, devraient être placés sur le site Web de la CNUDCI dès qu'ils seraient disponibles dans différentes versions linguistiques.

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 – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa quinzième session

(A/CN.9/WG.I/WP.66 et Add.1 à 5) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-4

II. Aperçu des travaux de révision de la Loi type entrepris par le Groupe de travail . . . 5-72

A. Passation de marchés de services 16-25

B. Évaluation et comparaison des offres et utilisation de la passation de marchés pour promouvoir des politiques industrielles, sociales et environnementales . . . 26-31

C. Autres méthodes de passation 32-48

D. Participation des usagers à la passation des marchés 49-50

E. Simplification et uniformisation de la Loi type 51-70

F. Authentification des pièces produites 71-72

I. Introduction

1. L'historique des travaux actuellement menés par le Groupe de travail I (Passation de marchés) pour revoir la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services ("Loi type") (A/49/17 et Corr.1, annexe I) est présenté aux paragraphes 8 à 88 du document A/CN.9/WG.I/WP.65, dont celui-ci est saisi à sa quinzième session. Le Groupe de travail a pour tâche principale d'actualiser et de réviser la Loi type afin de tenir compte des évolutions récentes dans la passation des marchés publics.

2. À sa quatorzième session, le Groupe de travail est convenu que sa première priorité serait d'achever ses travaux sur le texte de la Loi type et que, par conséquent, une version complète de la Loi type révisée lui serait présentée pour examen à sa prochaine session. Il est aussi convenu que son objectif était de soumettre le texte, auquel d'autres modifications auront été apportées compte tenu de ses délibérations à sa quinzième session, à la Commission pour qu'elle l'examine à sa quarante-deuxième session en 2009[1].

[1] A/CN.9/664, par. 113.

3. La présente note a été préparée conformément à ces décisions du Groupe de travail. Elle donne tout d'abord un aperçu des travaux de révision de la Loi type entrepris par le Groupe de travail, conformément au mandat que lui avait confié la Commission, en mettant en évidence les questions déjà traitées et celles qui restent à examiner. Un texte complet de la Loi type révisée est contenu dans les additifs à la présente note. Y sont incorporées les modifications examinées à divers égards par le Groupe de travail à la date de la présente note et les propositions rédactionnelles du Secrétariat visant à simplifier et uniformiser le texte conformément au mandat du Groupe de travail (voir chap. II de la présente note pour plus de détails). On trouvera dans le dernier additif un tableau indiquant les correspondances entre les articles de la Loi type révisée contenue dans les autres additifs et les articles de la Loi type de 1994 ainsi que les nouveaux articles examinés à ce jour par le Groupe de travail.

4. La deuxième priorité du Groupe de travail, comme il a été noté à sa quatorzième session, serait de modifier le Guide pour l'incorporation de la Loi type dans le droit interne à l'intention des législateurs, étant entendu que le Secrétariat soumettrait, dans la mesure du possible, un projet de Guide révisé à la Commission lors de la session où elle examinerait la Loi type révisée[2].

II. Aperçu des travaux de révision de la Loi type entrepris par le Groupe de travail

Mandat initial

5. À sa trente-septième session, en 2004, la Commission a chargé son Groupe de travail I (Passation de marchés) d'actualiser la Loi type pour tenir compte des nouvelles pratiques, en particulier celles résultant 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, sans s'écarter de ses principes fondamentaux. Elle lui a laissé une certaine marge d'appréciation pour identifier les questions à traiter lors de ses délibérations (A/59/17, par. 80 à 82).

Liste des thèmes

6. Le Groupe de travail a commencé ses travaux à sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004), où il a décidé d'examiner en détail les thèmes suivants, dans l'ordre indiqué: 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 des marchés; d) enchères électroniques inversées; e) utilisation des 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 (ou participation communautaire) à la

[2] Ibid., par. 115.

passation des marchés; l) simplification et uniformisation de la Loi type; et m) authentification des pièces produites (A/CN.9/568, par. 10).

7. Le Groupe de travail a poursuivi ses travaux pendant ses huit sessions suivantes[3] en ajoutant la question des offres anormalement basses et celle des conflits d'intérêts à la liste des thèmes à examiner (A/CN.9/575, par. 76, pour les offres anormalement basses; et A/CN.9/615, par. 11 et 82 à 85, pour les conflits d'intérêts).

Thèmes examinés

8. Le Groupe de travail a examiné et provisoirement approuvé les propositions de textes pour la Loi type sur les thèmes ci-après: 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 des marchés et d) enchères électroniques inversées et offres anormalement basses. Les projets de dispositions en question sont reproduits dans les parties correspondantes du texte révisé de la Loi type contenu dans les additifs à la présente note. Les questions en suspens que le Groupe de travail doit encore examiner en rapport avec ces dispositions sont signalées dans des notes de bas de page les accompagnant.

9. À sa treizième session, le Groupe de travail a décidé que le thème e), à savoir l'utilisation des listes de fournisseurs, ne serait pas traité dans la Loi type, les dispositions souples relatives aux accords-cadres étant suffisantes pour permettre d'utiliser les listes de fournisseurs de la façon souhaitée, mais aussi en raison des risques avérés que ces listes présentaient. Ces raisons seront exposées dans le Guide pour l'incorporation (A/CN.9/648, par. 14).

10. Le Groupe de travail a examiné les propositions rédactionnelles relatives au thème f), accords-cadres, de ses douzième à quatorzième sessions. À cette dernière, il a demandé au Secrétariat de séparer les dispositions relatives aux accords-cadres fermés de celles concernant les accords-cadres ouverts. Les projets de dispositions élaborés par le Secrétariat en réponse à cette demande ont été inclus dans le texte révisé de la Loi type contenu dans les additifs à la présente note. Les dispositions sont nouvelles et remplacent les projets de dispositions sur ce thème soumises précédemment.

11. Le Groupe de travail a examiné le thème i), à savoir les voies de droit et l'exécution, à sa quatorzième session. Il a décidé de supprimer la liste des exceptions à la procédure de recours figurant à l'article 52-2 de la Loi type, de réviser les dispositions et les procédures contenues aux articles 53 à 56 de la Loi type et d'introduire, dans l'article 36, un délai d'attente (A/CN.9/664, par. 14 et 15). Les projets de dispositions élaborés par le Secrétariat conformément à ces décisions ont été inclus dans le texte révisé de la Loi type contenu dans les additifs à la présente note. Les dispositions sont soumises pour la première fois à l'examen du Groupe de travail.

---

[3] Pour les rapports sur les travaux des septième à quatorzième sessions, voir A/CN.9/575, A/CN.9/590, A/CN.9/595, A/CN.9/615, A/CN.9/623, A/CN.9/640, A/CN.9/648 et A/CN.9/664.

12. Le Groupe de travail a examiné les questions de conflits d'intérêts à sa quatorzième session et il est convenu d'envisager d'étendre la portée des articles 4, 15 et 54 de la Loi type pour tenir compte des prescriptions énoncées en la matière dans la Convention des Nations Unies contre la corruption (A/CN.9/664, par. 17). Les projets de dispositions élaborés par le Secrétariat conformément aux décisions prises par le Groupe de travail à cette session sur ce thème ont été inclus dans le texte révisé de la Loi type contenu dans les additifs à la présente note. Les dispositions sont soumises pour la première fois à l'examen du Groupe de travail.

Thèmes restant à examiner

13. Le Groupe de travail n'a pas procédé à l'examen détaillé des thèmes suivants: 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; j) autres méthodes de passation des marchés; k) participation des usagers à la passation des marchés; l) simplification et uniformisation de la Loi type; et m) authentification des pièces produites.

14. Dans les sections suivantes, le Secrétariat donne des informations sur les conclusions préliminaires auxquelles le Groupe de travail est parvenu à sa sixième session concernant ces thèmes et propose, sur la base de consultations avec des experts, la marche à suivre pour chacun des thèmes restant à examiner. Lorsqu'il l'estimait nécessaire, le Secrétariat a intégré ces suggestions dans la Loi type révisée contenue dans les additifs à la présente note.

15. Le Groupe de travail est invité à examiner les propositions relatives à chaque thème en suspens et à déterminer celles qui devraient être appliquées et à quel stade, en tenant compte des impératifs de ressources et de temps, et de sa décision de soumettre le texte, qui aura été de nouveau révisé compte tenu de ses délibérations à sa quinzième session, à la Commission pour examen à sa quarante-deuxième session en 2009. L'attention du Groupe de travail est appelée à cet égard sur la pratique de la CNUDCI consistant à distribuer un projet d'instrument aux États et aux organisations internationales intéressées pour recueillir leurs commentaires avant que le projet ne soit examiné par la Commission. Le Secrétariat compile les commentaires reçus et les transmet à la Commission pour qu'elle les examine avec le projet. Si cette pratique était suivie, le Secrétariat n'aurait pas le temps d'apporter de modifications importantes au projet de texte de la Loi type figurant dans les additifs à la présente note après la quinzième session du Groupe de travail, et les commentaires ne seraient examinés qu'à la session de la Commission.

A. Passation de marchés de services

16. À sa sixième session, le Groupe de travail est convenu, à titre provisoire, que les diverses méthodes de passation actuellement prévues devaient être conservées dans la Loi type. Cependant, il est aussi convenu de la nécessité de formuler dans le Guide des orientations sur l'utilisation de chaque méthode, en fonction du type de services en question et des circonstances de l'espèce (A/CN.9/568, par. 93).

17. Dans le même temps, s'agissant du thème j), à savoir les autres méthodes de passation de marchés, le Groupe de travail est convenu de reconsidérer les conditions d'utilisation de certaines d'entre elles et l'utilité de les conserver toutes

(voir par. 32 ci-dessous). En outre, en ce qui concerne le thème l), simplification et uniformisation de la Loi type, il est convenu d'envisager les manières de simplifier et de rationaliser la Loi type, en particulier en supprimant les répétitions, les incohérences ou les dispositions inutilement détaillées, l'objectif visé étant une Loi type plus facile à utiliser où tous les éléments essentiels seraient préservés tout en étant mieux structurés et présentés plus simplement (voir par. 51 et 52 ci-dessous).

18. Le Secrétariat a revu les dispositions de la Loi type en tenant compte de ces décisions du Groupe de travail. Il a constaté qu'un certain nombre de dispositions pourraient être rationalisées, notamment celles sur les autres méthodes de passation de marchés et sur la passation des marchés de services, afin de prévoir une approche cohérente et plus facile à utiliser pour choisir une méthode de passation autre que l'appel d'offres dans la Loi type. Les propositions relatives aux autres méthodes de passation et aux autres aspects de la simplification et de l'uniformisation sont présentées aux sections C et E, respectivement. La présente section traite des dispositions sur la passation des marchés de services du chapitre IV de la Loi type.

19. Le Groupe de travail pourrait examiner le chevauchement qui existe, dans une certaine mesure, entre deux des procédures de sélection de la méthode principale pour la passation de marchés de services décrites aux articles 42 et 43 du chapitre IV et la procédure de sollicitation de propositions de l'article 48 du chapitre V. La procédure de sélection sans négociation (art. 42) est identique à la procédure de sollicitation de propositions si cette dernière se déroule sans négociations (ce qui peut se produire étant donné que l'article 48-7 prévoit la possibilité, mais non l'obligation, de tenir des négociations dans la procédure de sollicitation de propositions). La procédure de sélection avec négociations simultanées (art. 43) est identique à la procédure de sollicitation de propositions si cette dernière comprend une ou plusieurs étapes de négociations. Ces trois procédures de sélection (les deux méthodes de sélection pour les marchés de services prévues aux articles 42 et 43 et la procédure de sollicitation de propositions de l'article 48) peuvent toutes être utilisées pour la passation des marchés de services. En outre, dans toutes trois:

a) La sollicitation ouverte ou directe est possible;

b) Les propositions doivent correspondre aux spécifications d'un cahier des charges qui est dévoilé dès le début de la passation et qui n'est pas modifié par la suite;

c) Les critères d'évaluation peuvent permettre d'évaluer la compétence relative du fournisseur ou entrepreneur en matière de technique et de gestion; et

d) Le prix est pris en considération séparément et seulement une fois l'évaluation technique achevée.

20. Compte tenu des chevauchements importants qui existent entre ces trois procédures de sélection, leur présentation comme des procédures séparées dans la Loi type ne se justifie peut-être pas.

21. La seule procédure de sélection du chapitre IV (passation des marchés de services) qui se différencie des autres procédures de sélection de la Loi type est celle décrite à l'article 44 (procédures de sélection avec négociations consécutives). Le Secrétariat attire à cet égard l'attention du Groupe de travail sur une procédure de sélection similaire prévue dans les instruments de la CNUDCI sur les projets

d'infrastructure à financement privé[4] négociés plus récemment. Étant donné que la Loi type et ces instruments traitent en partie de la même question, à savoir la sélection d'un fournisseur ou d'un entrepreneur pour des marchés publics, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si ces instruments devraient être cohérents dans ce domaine et, dans l'affirmative, comment obtenir la cohérence souhaitée[5].

22. Actuellement, la procédure de sélection avec mise en compétition dans les instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé se fonde en grande partie sur les caractéristiques de la méthode principale de passation des marchés de services de la Loi type, en particulier la procédure de sélection avec négociations consécutives. Les dispositions de ces instruments sur la procédure de sélection avec mise en compétition diffèrent des dispositions de la Loi type sur plusieurs points importants:

a) La présélection est obligatoire (voir disposition type 6-1). Dans l'article 7-1 de la Loi type, la présélection est facultative;

b) Les instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé prévoient que, une fois la procédure de présélection terminée, l'entité adjudicatrice peut inviter l'ensemble des soumissionnaires présélectionnés ou seulement un nombre limité d'entre eux répondant le mieux aux critères de présélection à participer à la suite du processus de sélection (l'entité doit indiquer dès le départ dans le dossier de présélection comment elle envisage de procéder) (voir disposition type 9). À l'article 7-6 de la Loi type, l'ensemble des fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés sont habilités à participer à la suite de la procédure de passation de marché;

c) Les instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé prévoient des procédures de sollicitation de propositions en une ou deux étapes (voir disposition type 10). Dans le premier cas (procédure en une étape), les propositions doivent correspondre à un ensemble unique de spécifications qui est dévoilé dès le début de la procédure de passation et qui n'est pas modifié par la suite. Il s'agit là d'une procédure courante dans presque toutes les méthodes de passation de la Loi type. Par contre, la procédure en deux étapes prévue dans les instruments n'a pas d'équivalent dans la Loi type. Elle ressemble à l'appel d'offres en deux étapes de l'article 46 de la Loi type et elle est, elle aussi, utilisée lorsqu'il n'est pas possible de décrire dans la sollicitation de propositions les caractéristiques du projet de manière suffisamment détaillée et précise pour permettre la rédaction de propositions définitives. Toutefois, contrairement aux dispositions de la Loi type sur l'appel d'offres en deux étapes, les dispositions des instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé relatives aux procédures de sollicitation de propositions en deux étapes i) n'exigent pas que le prix ne soit pas mentionné dans

---

[4] Voir la disposition type 17 des Dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (2003), et les recommandations 26 et 27 ainsi que le chapitre III, par. 83 et 84, du Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (2000).

[5] Pour ce qui est de la sélection du concessionnaire, les instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé s'inspirent pour une très large part du cadre législatif général régissant l'attribution des marchés publics. Ils contiennent à ce titre de nombreux renvois à la Loi type, et certaines dispositions se fondent largement sur cette dernière (voir note 7 des Dispositions législatives types et chap. III du Guide législatif).

les propositions initiales, et ii) autorisent les négociations après la soumission des propositions correspondant à l'ensemble unique et définitif de spécifications;

d) Selon les instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé, les négociations finales peuvent porter sur n'importe quelle clause contractuelle, à l'exclusion de celles éventuellement déclarées non négociables dans la sollicitation définitive de propositions (voir disposition type 17). Dans les dispositions similaires de la Loi type (les procédures de sélection avec négociations consécutives de l'article 44 de la Loi type), les négociations portent uniquement sur le prix;

e) Enfin, dans les instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé, les critères d'évaluation et de comparaison des propositions n'incluent pas les qualifications (voir dispositions types 7 et 14), alors que, dans la Loi type, ils comprennent les qualifications, l'expérience, la réputation, la fiabilité et les compétences professionnelles et en matière de gestion du fournisseur ou entrepreneur et du personnel de celui-ci devant participer à la fourniture des services (art. 39-1 a) qui reprend pour l'essentiel les dispositions de l'article 6-1 b) i)).

23. La plupart des autres dispositions du chapitre IV (articles 37 à 40) reprennent les dispositions identiques du chapitre III (appel d'offres). Il existe cependant des incohérences entre elles. Le Groupe de travail estimera peut-être que les travaux de révision actuels seraient l'occasion de supprimer ces incohérences, ce qui contribuerait nettement à simplifier et uniformiser la Loi type.

24. Aussi, compte tenu des considérations précédentes, le Groupe de travail souhaitera-t-il peut-être envisager:

a) De trouver une manière différente de présenter les diverses méthodes de passation des marchés de services actuellement prévues dans la Loi type; et

b) D'entreprendre d'autres travaux en vue d'aligner les instruments de la CNUDCI dans ses deux domaines d'activité: la passation de marchés publics et les projets d'infrastructure à financement privé.

25. Les propositions du Secrétariat relatives à une manière différente de présenter les diverses méthodes de passation des marchés de services actuellement prévues dans la Loi type affecteraient la structure d'ensemble de la Loi type. Elles doivent donc être comprises comme des propositions de simplification et d'uniformisation de la Loi type et sont examinées dans la section E correspondante ci-dessous.

B. Évaluation et comparaison des offres et utilisation de la passation de marchés pour promouvoir des politiques industrielles, sociales et environnementales

Évaluation et comparaison des offres

26. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de formuler un ensemble unique de conditions en ce qui concerne les critères d'évaluation, en se fondant sur les dispositions des articles 27 e), 34-4, 38 m) et 39 et les dispositions sur les critères d'évaluation dans les autres méthodes: à savoir que ces critères aient un rapport avec l'objet du marché et, dans la mesure du possible, soient objectifs et quantifiables; et soient dévoilés dès le début de la passation en même temps que les

éventuels coefficients de pondération, marges de préférence et seuils, et la manière dont ces critères, coefficients, marges et seuils seront appliqués, afin que les soumissions puissent être évaluées objectivement et comparées sur une base commune. Ces conditions sont importantes pour toutes les méthodes de passation, mais sont actuellement éparpillées dans diverses dispositions de la Loi type qui ne sont ni cohérentes ni complètes (par exemple, elles n'obligent pas l'entité adjudicatrice à indiquer la manière dont ces critères, marges, coefficients et seuils seront appliqués).

27. Si le Groupe de travail décide qu'un tel ensemble unique de conditions applicable à toutes les méthodes de passation devrait être inclus dans la Loi type, il pourrait décider de le faire figurer dans le chapitre premier qui contient actuellement les dispositions générales applicables à l'ensemble des méthodes de passation. Les propositions rédactionnelles du Secrétariat sont présentées dans le texte révisé de la Loi type contenu dans les additifs à la présente note.

Utilisation de la passation de marchés pour promouvoir des politiques industrielles, sociales et environnementales

28. À sa sixième session, le Groupe de travail n'a pas pris de décision finale sur la question de savoir s'il était nécessaire ou souhaitable de définir dans le texte de la Loi type des mécanismes de contrôle supplémentaires visant à garantir la transparence et l'objectivité dans l'utilisation de la passation de marchés pour favoriser d'autres objectifs de politique générale. Il a été convenu que le Groupe de travail pourrait envisager de formuler des orientations supplémentaires sur les moyens d'accroître la transparence et l'objectivité lorsque ces autres objectifs avaient une incidence sur les critères d'évaluation (A/CN.9/568, par. 101).

29. À cette session, l'attention du Groupe de travail a été appelée sur deux alinéas de l'article 34-4 de la Loi type qui se chevauchaient: 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 (on trouve des dispositions similaires dans l'article 39-1 d) et 39-2). Tous deux visant à promouvoir l'économie nationale, le Groupe de travail a été invité à envisager leur regroupement. Ce dernier n'a pris aucune décision sur cette question à l'époque.

30. Enfin, à cette session, le Groupe de travail a estimé que les dispositions de l'article 34-4 c) iii) relatives à l'état de la balance des paiements, aux réserves en devises et aux arrangements d'échanges compensés comme facteurs à prendre en compte pour déterminer l'offre la plus basse selon l'évaluation (on trouve des dispositions similaires dans l'article 39-1 d)) étaient dépassées, et par conséquent n'a pas exclu la possibilité de réexaminer, en temps utile, l'opportunité de les conserver. L'attention du Groupe de travail est attirée à cet égard sur les dispositions de l'article 22-2, selon lesquelles la promotion d'une politique visée aux articles 34-4 c) iii) ou 39-1 d) peut justifier le recours à la procédure de sollicitation d'une source unique (voir l'examen plus détaillé aux paragraphes 45 à 47 ci-dessous).

31. Le Groupe de travail souhaitera peut-être exprimer sa position sur toutes ces questions dont l'examen a été reporté depuis sa sixième session lorsqu'il examinera

les dispositions pertinentes de la Loi type révisée contenue dans les additifs à la présente note.

C. Autres méthodes de passation

32. À sa sixième session, le Groupe de travail est convenu d'examiner s'il fallait circonscrire les conditions d'utilisation des autres méthodes de passation, en vue d'empêcher les abus. Il est aussi convenu qu'il pourrait en outre envisager de supprimer certaines méthodes et de les présenter d'une manière qui fasse bien ressortir qu'elles constituaient une exception plutôt qu'une alternative dans la Loi type (A/CN.9/568, par. 116).

33. À sa dixième session, le Groupe de travail a examiné une question apparentée, à savoir si la préférence actuellement exprimée dans l'article 18 de la Loi type en faveur de l'appel d'offres devrait être réexaminée afin de tenir compte de l'évolution des techniques et des outils de passation (A/CN.9/615, par. 38).

34. Le Secrétariat a examiné les aspects procéduraux de toutes les autres méthodes énumérées au chapitre V. Chacune d'entre elles est conçue pour répondre aux exigences particulières d'un marché. À condition que des raisons valables justifient leur utilisation, ces autres méthodes de passation sont des outils précieux pour les entités adjudicatrices. Le Groupe de travail pourrait donc souhaiter toutes les conserver.

35. Toutefois, le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager d'examiner les conditions d'utilisation de ces autres méthodes dans le chapitre II de la Loi type. Actuellement, certaines méthodes de passation peuvent être utilisées dans les mêmes conditions et la Loi type n'établit pas de hiérarchie, par exemple en exigeant de l'entité adjudicatrice qu'elle ait, dans ces situations, recours à la méthode la plus concurrentielle adaptée aux circonstances de l'espèce. Des experts consultants et des commentateurs ont également fait savoir au Secrétariat que certaines des conditions d'utilisation existantes ne se justifiaient pas nécessairement. Chaque cas est analysé séparément ci-dessous et des recommandations sont faites au Groupe de travail concernant les éventuelles mesures à prendre.

Appel d'offres en deux étapes, sollicitation de propositions et négociation avec appel à la concurrence

36. L'appel d'offres en deux étapes, la sollicitation de propositions et la négociation avec appel à la concurrence peuvent être utilisés dans les mêmes conditions (voir art. 19-1). Le Guide pour l'incorporation reconnaît que les conditions d'utilisation de ces trois méthodes de passation de marchés se chevauchent et donne à l'État adoptant la possibilité de ne pas toutes les incorporer dans ses lois sur la passation. Toutefois, comme on l'a vu plus haut, ces trois méthodes sont toutes différentes d'un point de vue procédural et un État adoptant peut avoir intérêt à toutes les conserver pour répondre aux nécessités des différents marchés.

37. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de revoir les orientations fournies sur ce sujet. S'il décide de recommander à un État adoptant de conserver ces trois méthodes de passation, il pourrait aussi souhaiter formuler un principe

général dans la Loi type, selon lequel la méthode la plus concurrentielle adaptée aux circonstances de l'espèce devrait être utilisée en cas de chevauchement des conditions d'utilisation des différentes méthodes. Les propositions rédactionnelles du Secrétariat sont présentées dans le texte révisé de la Loi type contenu dans les additifs à la présente note.

Appel d'offres restreint (art. 20 a)) et sollicitation directe (art. 37-3 a))

38. Les dispositions prévoient que l'appel d'offres restreint ou la sollicitation directe dans le cas des services peuvent être utilisés lorsque les biens, les travaux ou les services, de par leur nature extrêmement complexe ou spécialisée, ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs. Les experts consultés par le Secrétariat se demandent si cette condition est de nature à favoriser les objectifs de la Loi type: elle est fondée sur l'appréciation subjective d'une entité adjudicatrice, qui peut être tout simplement une erreur ou refléter le souhait de favoriser certains fournisseurs ou entrepreneurs par rapport à d'autres. Il est par conséquent estimé qu'il serait conforme aux buts et objectifs de la Loi type d'exiger de l'entité adjudicatrice, dans les conditions mentionnées aux articles 20 a) et 37-3 a), qu'elle organise un appel d'offres ouvert avec présélection (laquelle est de toute façon recommandée par la version actuelle du Guide pour l'incorporation pour les biens, les travaux ou les services de nature extrêmement complexe ou spécialisée).

39. En outre, lorsqu'on examine ensemble l'article 20 a) et les dispositions de l'article 47 qui décrit les modalités de la procédure de l'appel d'offres restreint, on ne voit pas bien comment l'article 20 a) s'applique en pratique. L'article 47-1 a) exige que des offres soient sollicitées de tous les fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels les biens, travaux ou services requis peuvent être obtenus (on trouve des dispositions équivalentes dans l'article 37-3 a) qui traite de la sollicitation directe dans le cas des services). L'article 47-2 exige qu'un avis d'appel d'offres restreint soit publié (il n'existe pas de dispositions équivalentes dans l'article 37 ou dans d'autres dispositions du chapitre IV ayant trait aux services). L'article 47-3 exclut explicitement l'application de l'article 24, sur les procédures de sollicitation ouverte des offres ou des demandes de présélection, à l'appel d'offres restreint. En réalité, toutefois, lorsqu'un fournisseur ou un entrepreneur exprime le souhait de participer à la procédure en réponse à la publication d'un avis d'appel d'offres restreint, l'entité adjudicatrice serait tenue de l'autoriser à participer en vertu de l'article 47-1 a). Ainsi, bien que ce ne soit pas l'effet recherché, un tel avis aura concrètement l'effet d'un avis de sollicitation d'offres, ce qui brouille la différence entre l'appel d'offres ouvert et restreint. (Il convient de noter que, dans le cas d'une sollicitation de propositions au moyen d'un avis public, l'article 48-2 prévoit explicitement que 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.)

40. Le Groupe de travail souhaitera peut-être clarifier ces dispositions de la Loi type. Le Guide pour l'incorporation fournit actuellement peu d´orientations à leur sujet et devrait être modifié pour exprimer clairement la position de la Loi type. Les propositions rédactionnelles du Secrétariat sont présentées dans le texte révisé de la Loi type contenu dans les additifs à la présente note.

Sollicitation d'une source unique

41. Certaines conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence, comme le fait de vouloir conclure un marché à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement (art. 19-1 b)) et la passation de marchés intéressant la défense ou la sécurité nationales (art. 19-1 c)), peuvent également justifier le recours à la procédure de sollicitation d'une source unique (voir art. 22-1 e) et f)). Afin d'empêcher l'utilisation abusive d'une telle procédure, le Groupe de travail souhaitera peut-être préciser dans la Loi type que le recours à cette procédure dans ces conditions qui se recoupent doit être exceptionnel et se produire uniquement si l'utilisation d'une autre méthode de passation ne convient pas. Ceci serait conforme au principe général proposé aux paragraphes 35 et 37 ci-dessus. Les propositions rédactionnelles du Secrétariat à cet égard sont présentées dans le texte révisé de la Loi type contenu dans les additifs à la présente note.

42. En outre, aux termes de l'article 19-2, la négociation avec appel à la concurrence peut être utilisée:

> "a) Lorsque les biens, les travaux ou les services doivent être acquis, exécutés ou fournis d'urgence et que, de ce fait, il ne serait pas réaliste de recourir à la procédure d'appel d'offres, à condition que l'entité adjudicatrice n'ait pu prévoir les circonstances qui sont à l'origine de l'urgence et que celles-ci ne résultent pas de manœuvres dilatoires de sa part; ou
>
> b) Lorsqu'en raison d'un événement catastrophique, les biens, les travaux ou les services doivent être acquis, exécutés ou fournis d'urgence, et qu'il ne serait donc pas réaliste de recourir à d'autres méthodes de passation des marchés à cause des retards que cela impliquerait."

43. On trouve des conditions similaires dans l'article 22-1 b) et c). Le Groupe de travail souhaitera peut-être, outre considérer la négociation avec appel à la concurrence comme la méthode la plus concurrentielle dans ces conditions, examiner s'il est justifié de présenter ces dernières de façon distincte et séparée puisque toutes deux traitent de la nécessité urgente et imprévisible d'obtenir des biens, des travaux ou des services en raison d'un événement catastrophique ou autre. Les propositions rédactionnelles du Secrétariat sont présentées dans le texte révisé de la Loi type contenu dans les additifs à la présente note.

44. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi examiner l'article 22-1 a) qui justifie le recours à la procédure de sollicitation d'une source unique si les biens, les travaux ou les services ne peuvent être obtenus qu'auprès d'un fournisseur ou entrepreneur donné. Il souhaitera peut-être se demander si les craintes exprimées au paragraphe 38 ci-dessus à propos des conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint de l'article 20 a) (disponibilité des biens, des travaux ou des services uniquement auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs) s'appliquent également à la condition similaire de l'article 22-1 a). Les propositions rédactionnelles du Secrétariat sont présentées dans le texte révisé de la Loi type contenu dans les additifs à la présente note.

45. Enfin, le Groupe de travail souhaitera peut-être réexaminer la condition d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique énoncée à l'article 22-2, qui prévoit ce qui suit:

> "2. Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation), et après avoir publié une annonce publique et donné aux intéressés l'occasion de formuler des observations, l'entité adjudicatrice peut recourir à la procédure de sollicitation d'une source unique lorsque la passation d'un marché avec un fournisseur ou entrepreneur donné est nécessaire pour promouvoir une politique visée aux articles 34-4 c) iii) ou 39-1 d), à condition qu'il soit impossible de promouvoir cette politique en attribuant le marché à un autre fournisseur ou entrepreneur."

46. Le Guide pour l'incorporation explique que cette disposition se rapporte à des cas d'urgence économique grave où la procédure de sollicitation d'une source unique permettrait d'éviter de porter un préjudice sérieux (exemple, lorsqu'une entreprise employant la majorité de la main-d'œuvre d'une région ou d'une ville particulière est menacée de fermeture à moins qu'elle n'obtienne un marché). Alors que les exemples donnés dans le Guide sont très précis et ciblés, les dispositions de la Loi type elles-mêmes sont rédigées en termes très larges. En renvoyant aux dispositions des articles 34-4 c) iii) ou 39-1 d), elles peuvent couvrir toute situation où la passation repose sur des considérations comme l'état de la balance des paiements et les réserves en devises de l'État adoptant, les arrangements d'échanges compensés proposés par les fournisseurs ou entrepreneurs, l'ampleur du contenu local dans les biens, travaux ou services proposés par les fournisseurs ou entrepreneurs, notamment pour ce qui est de la fabrication, de la main-d'œuvre et des matériaux, les possibilités de développement économique que comportent les offres, notamment les investissements locaux ou autres activités commerciales locales, la promotion de l'emploi, le fait que certaines activités de production seront réservées à des fournisseurs locaux, le transfert de technologie et le développement des compétences en matière de gestion, et des compétences scientifiques et opérationnelles. L'État adoptant pouvant étendre la portée de l'article 34-4 c) iii) en incluant des critères supplémentaires, cette liste n'est pas exhaustive.

47. Le Groupe de travail souhaitera donc peut-être revoir le libellé de l'article 22-2 en remplaçant les renvois généraux aux articles 34-4 c) iii) et 39-1 d) par la référence précise faite dans le Guide pour l'incorporation aux cas d'urgence économique grave où la procédure de sollicitation d'une source unique permettrait d'éviter de porter un préjudice sérieux (tout en conservant dans le Guide l'exemple illustrant les situations pratiques couvertes par la disposition de la Loi type). Les propositions rédactionnelles du Secrétariat sont présentées dans le texte révisé de la Loi type contenu dans les additifs à la présente note.

48. En outre, le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de fournir des orientations supplémentaires dans le Guide concernant certains autres aspects des dispositions. Par exemple, les dispositions mentionnent une annonce publique et le fait de donner "aux intéressés l'occasion de formuler des observations", sans préciser de qui ces observations doivent venir, ni l'objectif ou l'effet des observations éventuellement reçues. Ces dispositions sont inhabituelles pour la Loi type et sont probablement à mettre en rapport avec le rôle joué par les usagers locaux en matière de passation des marchés publics. À sa sixième session, le Groupe de travail a exprimé son intention d'insister sur ce rôle selon qu'il conviendra, en particulier lors des phases de planification de la passation et d'exécution du marché (voir section D directement ci-après). Si le Groupe de travail décide de donner des orientations sur ces dispositions dans le Guide pour l'incorporation révisé, les

travaux de rédaction seront reportés à un stade ultérieur pour les raisons exposées au paragraphe 4 ci-dessus.

D. Participation des usagers à la passation des marchés

49. À sa sixième session, le Groupe de travail a estimé que la plupart des questions que soulevait la participation des usagers à la passation des marchés avaient surtout trait à la planification et à l'exécution d'un projet. Compte tenu de son importance croissante et de l'éventuelle nécessité de prévoir une législation l'autorisant, le Groupe de travail 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, a-t-il en outre été convenu, pourrait fournir des orientations supplémentaires sur la question (A/CN.9/568, par. 122).

50. Lorsqu'il examinera les dispositions de la Loi type dans ce contexte, le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si les dispositions sur les critères d'évaluation sont susceptibles de faire obstacle à l'imposition de cette participation dans une passation de marché pour un projet. Il pourrait également estimer que toute disposition traitant de la question devrait figurer uniquement dans le Guide dans le cadre de l'examen des phases de planification de la passation et d'exécution du marché et comme ayant trait à certaines dispositions particulières de la Loi type (par exemple, l'article 22-2, voir par. 48 ci-dessus). Si le Groupe de travail décide de procéder de cette manière, les travaux sur les orientations correspondantes dans le Guide pour l'incorporation révisé seront reportés à un stade ultérieur pour les raisons énoncées au paragraphe 4 ci-dessus.

E. Simplification et uniformisation de la Loi type

1. Examen du Groupe de travail

51. À sa sixième session, 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. Il a estimé que 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. 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 (A/CN.9/568, par. 126).

52. À ses sessions suivantes, le Groupe de travail s'est intéressé à divers aspects de la simplification et de l'uniformisation de la Loi type, tels que la restructuration du texte[6], la cohérence entre diverses dispositions traitant des mêmes questions[7] et

---

[6] A/CN.9/615, par. 37 et 38.
[7] A/CN.9/623, par. 102.

la modification de certains articles pour d'autres motifs[8]. Certaines propositions de simplification et d'uniformisation portent sur des questions de fond. Le Groupe de travail a décidé de ne se prononcer sur ces différents aspects qu'à un stade ultérieur, lorsqu'il aurait examiné les nouvelles techniques de passation et d'autres modifications de fond de la Loi type.

53. Le Secrétariat a largement consulté différents experts sur divers aspects de la simplification et de l'uniformisation de la Loi type. Dans la section suivante, il formule des propositions sur chaque aspect examiné pendant ces consultations.

2. Propositions rassemblées par le Secrétariat

Champ d'application de la Loi type

54. Le Groupe de travail souhaitera peut-être revoir le champ d'application de la Loi type, notamment en ce qui concerne les exclusions générales des marchés intéressant la défense ou la sécurité nationales (art. 1-2). Premièrement, les marchés conclus dans ces secteurs ne sont pas tous sensibles au point de justifier qu´ils soient exclus de manière générale des dispositions de la Loi type. Lorsque, cependant, des questions sensibles touchant à la sécurité, à la défense ou à l'intérêt nationaux sont en jeu, la Loi type peut prévoir un traitement spécial, comme l'utilisation de méthodes de passation appropriées qui garantissent la confidentialité lors de la procédure de passation. La nécessité de préserver la confidentialité ne devrait toutefois pas être interprétée comme conduisant nécessairement à une procédure de sollicitation d'une source unique: l'entité adjudicatrice doit quand même chercher à assurer une véritable concurrence dans ces cas, par exemple en sollicitant directement des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs (voir à cet égard l'article 37-3 c)). Certaines dispositions de la Loi type permettent déjà de passer des marchés sensibles intéressant la défense ou la sécurité nationales (voir, par exemple, les articles 19-1 c), 22-1 f), 34-4 c) iv), et 39-1 e)). Étendre la portée de la Loi type à la défense et la sécurité nationales permettrait de promouvoir un régime juridique de la passation harmonisé entre différents secteurs dans les États adoptants.

55. Si le Groupe de travail décide de suivre cette approche, il serait nécessaire de modifier en conséquence différentes dispositions de la Loi type. Ces travaux devraient être reportés à une date ultérieure pour les raisons évoquées au paragraphe 15 ci-dessus. Au stade actuel, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les propositions rédactionnelles pour l'article premier qui figurent dans la Loi type révisée contenue dans les additifs à la présente note.

Règles générales: chapitre premier

56. Le Groupe de travail a reporté à une date ultérieure son examen des étapes décrites dans le processus d'appel d'offres (chap. III) qui pouvaient être considérées comme des questions à traiter du point de vue des règles générales applicables à toutes les méthodes de passation (A/CN.9/623, par. 102), étant entendu que toute règle générale supplémentaire serait placée dans le chapitre premier de la Loi type.

---

[8] A/CN.9/640, par. 37, A/CN.9/648, par. 94, et A/CN.9/664, par. 75 et 88.

57. Le Secrétariat a identifié les questions suivantes, qui pourraient être examinées par le Groupe de travail à cet égard:

a) Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché (article 36 au lieu de l'article 13 actuel, qui est de portée limitée et ne traite pas de l'acceptation des soumissions dans les méthodes de passation autres que l'appel d'offres). Les propositions rédactionnelles du Secrétariat figurent dans la Loi type révisée contenue dans les additifs à la présente note;

b) Un ensemble unique de conditions concernant les critères d'évaluation (voir par. 26 et 27 ci-dessus). Les propositions rédactionnelles du Secrétariat figurent dans la Loi type révisée contenue dans les additifs à la présente note;

c) Recours facultatif aux garanties de soumission dans toutes les méthodes de passation. Les propositions rédactionnelles du Secrétariat figurent dans la Loi type révisée contenue dans les additifs à la présente note;

d) Procédure de présélection: les dispositions y relatives des articles 24 et 25 devraient être fusionnées avec l'article 7 afin que toutes les dispositions relatives à la procédure de présélection soient regroupées en un seul et même endroit. Les propositions rédactionnelles du Secrétariat figurent dans la Loi type révisée contenue dans les additifs à la présente note.

58. En outre, en ce qui concerne l'article 7 (procédure de présélection), le Groupe de travail envisagera peut-être de formuler plus clairement la différence d'objet entre l'article 7 et l'article 6. Actuellement, ces deux articles se chevauchent. L'article 6-1 a) prévoit la vérification des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs à tous les stades de la procédure de passation de marché, alors que l'article 7-1 prévoit la vérification de leurs qualifications avant la soumission des offres. Les deux articles traitent de procédures de passation précises. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les modifications proposées dans la Loi type révisée contenue dans les additifs à la présente note.

59. En outre, comme mentionné dans la section A ci-dessus, le Groupe de travail estimera peut-être que l'article 7 et les dispositions sur la présélection dans les instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé devraient être harmonisés (voir par. 22 ci-dessus). Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les modifications proposées dans la Loi type révisée contenue dans les additifs à la présente note.

60. En outre, à ses treizième et quatorzième sessions, le Groupe de travail a envisagé de réexaminer à une prochaine session les informations à publier en vertu de l'article 14 (publication des avis d'attribution de marché). Il a, en particulier, été fait référence à la divulgation des noms du ou des fournisseurs ou entrepreneurs choisis pour être parties au marché ou à l'accord-cadre (A/CN.9/648, par. 94, et A/CN.9/664, par. 88). Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les modifications proposées dans la Loi type révisée contenue dans les additifs à la présente note.

61. Le Groupe de travail a également décidé d'examiner l'article 11 (procès-verbal de la procédure de passation des marchés) dans son ensemble une fois que toutes les autres modifications de la Loi type auraient été adoptées (A/CN.9/640, par. 37), et de reporter aussi l'examen de l'article 12-1 (A/CN.9/623, par. 36). Il n'est proposé d'apporter à ce stade aucun changement, autre que ceux nécessaires compte tenu des

autres modifications de la Loi type, à ces articles en attendant leur examen par le Groupe de travail.

62. En outre, pendant les délibérations du Groupe de travail, l'avis a souvent été exprimé que certaines expressions longues et répétitives couramment utilisées dans la Loi type, comme "offres, propositions, prix ou soumissions" dans les articles 12, 12 *bis* et 15, devraient être remplacées par des termes plus génériques qui pourraient être définis dans l'article 2 de la Loi type (voir aussi les expressions "dossier de sollicitation ou tout autre document sollicitant des propositions ou des prix"). Le Groupe de travail est convenu de se prononcer ultérieurement sur une éventuelle révision de l'article 2 (définitions) et sur le fait de savoir s'il était justifié d'inclure de nouvelles définitions (voir, par exemple, A/CN.9/664, par. 75). Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les définitions supplémentaires proposées pour l'article 2 dans la Loi type révisée contenue dans les additifs à la présente note.

63. En outre, le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de compléter l'article 2 par un glossaire terminologique plus étoffé dans le Guide. S'il convient de la nécessité d'un tel glossaire, ces travaux devront être reportés à un stade ultérieur pour les raisons exposées dans le paragraphe 4 ci-dessus.

64. Enfin, le Groupe de travail a décidé de se prononcer ultérieurement sur le changement d'emplacement de certaines dispositions au sein du chapitre premier, par exemple sur le rapprochement des dispositions traitant d'un même ensemble de questions, comme les articles 12, 12 *bis* et 15. Il souhaitera peut-être examiner les changements structurels proposés dans la Loi type révisée contenue dans les additifs à la présente note.

Méthodes de passation des marchés: chapitres II à V

65. En ce qui concerne les changements purement structurels à ces chapitres, le Groupe de travail a décidé d'examiner ultérieurement:

a) Si les conditions d'utilisation et les procédures à suivre dans telle ou telle méthode de passation devraient figurer dans différents chapitres de la Loi type, comme à l'heure actuelle, ou devraient être rassemblées;

b) L'emplacement des nouvelles dispositions sur les enchères électroniques inversées et les accords-cadres et ce qui en découle, à savoir l'ajout d'articles, l'intitulé de ces derniers, et la modification des titres des chapitres existants.

66. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les modifications structurelles proposées dans la Loi type révisée contenue dans les additifs à la présente note.

67. En ce qui concerne les modifications qui ont davantage trait au fond, le Groupe de travail souhaitera peut-être réexaminer un fondement sur lequel s´appuie actuellement le choix d'une méthode de passation dans la Loi type (art. 18, qu'il s'agisse de biens, de travaux ou de services). Cette approche ne se justifie pas toujours (par exemple, la procédure de sélection sans négociation pour les services (art. 42) peut également convenir pour la passation de marchés de biens et de travaux plus complexes). Cela entraîne également des répétitions et des incohérences dans de nombreuses dispositions (comme dans les chapitres III et IV, voir par. 23 ci-dessus).

68. Une autre approche qui serait plus en accord avec les buts et objectifs de la Loi type, et qui permettrait aussi de nettement simplifier et uniformiser cette dernière, serait de fonder le choix des méthodes de passation sur la difficulté de définir et d'évaluer l'objet de la passation, qu'il s'agisse de biens, de travaux ou de services. Les biens, les travaux ou les services dont les spécifications ou les caractéristiques détaillées peuvent être formulées dès le début de la passation et qui peuvent être évalués par des critères quantifiables, peuvent être acquis par des procédures simples qui se déroulent sans négociations (par exemple, par un appel d'offres ouvert ou restreint (système de l'enveloppe unique), la sollicitation de propositions ouverte ou restreinte sans négociation (système de la double enveloppe, qui équivaut à la procédure de sélection de l'article 42 de la Loi type) et la sollicitation de prix). La passation de marchés de biens, de travaux ou de services plus complexes dont les spécifications ou les caractéristiques doivent être identifiées au moyen de négociations ou qui ne peuvent être évalués par des critères quantifiables, mais plutôt par des critères non quantifiables, comme la mesure dans laquelle une proposition permet de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice ou la solution la mieux adaptée à ces besoins, peuvent uniquement être acquis par des méthodes de passation avec négociations (appel d'offres en deux étapes, sollicitation de propositions ouverte ou restreinte avec négociations simultanées ou consécutives, avec éventuellement sollicitation de propositions en une étape ou en deux étapes comme dans les instruments sur les projets d'infrastructures à financement privé, et négociation avec appel à la concurrence).

69. Dans la passation simple sans négociations, le Groupe de travail souhaitera peut-être exiger de l'entité adjudicatrice qu´elle choisisse la méthode la plus concurrentielle. Ainsi, la sollicitation (internationale) ouverte devrait être la procédure par défaut, à moins qu'un appel d'offres restreint ou national se justifie pour les motifs spécifiés dans la Loi type, comme le prévoient actuellement les règles supplétives des chapitres I et II. Dans les méthodes de passation avec négociations, le Groupe de travail souhaitera peut-être laisser une plus grande marge d'appréciation à l'entité adjudicatrice pour décider de la méthode la plus appropriée compte tenu du résultat souhaité. Seules les circonstances exceptionnelles identifiées dans la Loi type justifieraient le recours à une procédure de sollicitation d'une source unique.

70. La Loi type révisée contenue dans les additifs à la présente note suit cette approche, qui est une application plus détaillée des principes actuels de la Loi type. Elle contient des dispositions pour les méthodes de passation sans négociation. Les travaux sur les méthodes de passation avec négociations seront reportés à une date ultérieure pour les raisons expliquées au paragraphe 15 ci-dessus. Des travaux supplémentaires devraient notamment être réalisés afin d'harmoniser les dispositions de la Loi type sur les méthodes de passation avec négociations et les dispositions des instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé en ce qui concerne les procédures de sélection.

F. Authentification des pièces produites

71. À sa sixième session, le Groupe de travail a 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. Le Groupe de travail est généralement convenu qu'il serait souhaitable de limiter le pouvoir des entités adjudicatrices en leur imposant de demander au seul fournisseur ayant remporté le marché 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 (A/CN.9/568, par. 127 et 128).

72. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les modifications correspondantes proposées par le Secrétariat dans la Loi type révisée contenue dans les additifs à la présente note.

A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa quinzième session

ADDITIF

La présente note contient le préambule et les articles 1 à 15 du chapitre premier (Dispositions générales) d'un texte révisé de la Loi type. Les articles 16 à 22 du chapitre premier figurent dans le document A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.2.

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes accompagnant le texte et en gras entre crochets.

LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS [DE BIENS, DE TRAVAUX ET DE SERVICES][1]

Préambule

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

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

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

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

---

[1] Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si la distinction générale entre biens, travaux et services établie dans la version de 1994 de la Loi type devrait être conservée compte tenu des projets de propositions soumis à son examen relatifs aux chapitres II à IV de la Loi type. Ces propositions traitent des procédures de passation en se fondant sur l'importance, le degré de qualité et les éléments non quantifiables du marché, les termes "biens, travaux et services" ne conservant qu'un caractère descriptif sans être un élément substantiel de la Loi type. Si le Groupe de travail estime que la distinction de 1994 n'a plus lieu d'être, le Guide pour l'incorporation pourrait traiter des caractéristiques particulières de certains types de marchés, comme les marchés de conception-réalisation de travaux et l'acquisition de services non quantifiables, spécialisés et agréés. Pour des raisons de commodité, il sera fait référence, dans le reste de la présente note, à l'objet du marché.

d) Garantir un traitement juste et équitable à tous les fournisseurs et entrepreneurs;

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

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

Le [Gouvernement] [Parlement] ... adopte la Loi ci-après.

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES[2]

Article premier. Champ d'application[3]

[projet de nouveau texte à examiner]

La présente Loi s'applique à tous les marchés passés par des entités adjudicatrices, sauf [(l'État adoptant la Loi type peut spécifier dans la présente Loi les types de marchés à exclure)].

[ancienne version]

"1) La présente Loi s'applique à tous les marchés passés par des entités adjudicatrices, sauf disposition contraire du paragraphe 2 du présent article.

2) Sous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article, la présente Loi ne s'applique pas:

a) Aux marchés intéressant la défense ou la sécurité nationales;

b) ... (l'État adoptant la Loi type peut spécifier dans la présente Loi d'autres catégories de marchés à exclure); ou

c) À une catégorie de marchés exclue par les règlements relatifs aux marchés.

3) La présente Loi s'applique aux catégories de marchés visées au paragraphe 2 du présent article lorsque – et dans la mesure où – l'entité adjudicatrice en informe expressément les fournisseurs ou entrepreneurs lorsqu'elle sollicite pour la première fois leur participation à la procédure de passation de marché."

---

[2] Voir A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 54 à 64, pour les questions à examiner en liaison avec le présent chapitre.

[3] Voir A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 54 et 55, pour les questions à examiner en liaison avec le présent chapitre.

Article 2. Définitions[4]

Aux fins de la présente Loi:

a) Les mots “passation de marché” désignent l’acquisition, par un moyen quelconque, de [l’objet du marché] [biens, de travaux ou de services];

b) Les mots “entité adjudicatrice” désignent:

i) *Option I*

Tout département, organisme, organe ou autre service public du présent État, ou toute subdivision de l’un d’entre eux, qui passe des marchés, sauf ...; (et)

Option II

Tout département, organisme, organe ou autre service du (“Gouvernement”, ou tout autre terme utilisé pour désigner le gouvernement national de l’État adoptant la Loi type), ou toute subdivision de l’un d’entre eux, qui passe des marchés, sauf ...; (et)

ii) (L’État adoptant la Loi type peut ajouter au présent alinéa et, si nécessaire, dans de nouveaux alinéas, d’autres entités ou entreprises, ou catégories d’entités ou d’entreprises, à inclure dans la définition de l’“entité adjudicatrice”);

c) Les mots “fournisseur ou entrepreneur” désignent, selon le contexte, toute partie potentielle ou la partie prenant part à la procédure de passation[5] avec l’entité adjudicatrice;

d) Le mot “marché” désigne un contrat conclu entre l’entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur à la suite d’une procédure de passation de marché;

[projet de nouvel alinéa e) à examiner][6]

e) Les mots “garantie de soumission” désignent une garantie que l’entité adjudicatrice exige des fournisseurs ou entrepreneurs, et qui lui est donnée pour assurer l’exécution de toute obligation visée à [l’alinéa l f) de l’article 14] et englobent des arrangements tels que les garanties bancaires, les cautionnements, les lettres de crédit stand-by, les chèques engageant au premier chef la responsabilité d’une banque, les dépôts en espèces, les billets à ordre et les lettres de change. Pour écarter tout doute, le terme exclut toute garantie de bonne exécution du marché;

---

[4] Fondé sur l’article 2 de la Loi type de 1994. Voir A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 62, pour les questions à examiner en liaison avec le présent article. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi envisager d’introduire dans le Guide pour l’incorporation un glossaire des principaux termes expliquant les termes descriptifs plutôt que les termes prescriptifs ou normatifs, de manière à compléter l’article 2 de la Loi type.

[5] La référence à la “partie prenant part à la procédure de passation” remplace la référence au “cocontractant” pour tenir compte de la décision prise par le Groupe de travail à sa quatorzième session (A/CN.9/664, par. 24).

[6] Fondé sur l’alinéa h) de l’article 2 de la Loi type de 1994, qui a été modifié pour tenir compte de l’article 14 ci-dessous. Voir également A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 57 c).

[ancien alinéa h) à supprimer]

h) Les mots “garantie de soumission” désignent une garantie donnée à l’entité adjudicatrice pour assurer l’exécution de toute obligation visée à l’alinéa l f) de l’article 32 et englobent des arrangements tels que les garanties bancaires, les cautionnements, les lettres de crédit stand-by, les chèques engageant au premier chef la responsabilité d’une banque, les dépôts en espèces, les billets à ordre et les lettres de change;

[ancien alinéa i) à conserver, mais renuméroté alinéa f)]

f) Le mot “monnaie” englobe les unités de compte monétaires;

[projets de nouvelles définitions à examiner][7]

g) Le mot “soumission” désigne de façon collective ou générique une offre, une proposition, un prix ou une enchère;

h) Le mot “sollicitation” désigne la demande de présentation de soumissions adressée aux fournisseurs ou aux entrepreneurs;

i) Les mots “soumission à retenir” désignent la soumission que l’entité adjudicatrice a déterminée comme étant à retenir au regard des critères d’évaluation énoncés dans le dossier de sollicitation conformément à l’article [12] de la présente Loi;

j) Les mots “dossier de sollicitation” désignent l’ensemble des documents sollicitant des soumissions[8];

k) Les mots “description [de l’objet du marché]” désignent la description fournie conformément à l’article [11] de la présente Loi[9];

l) Les mots “objet du marché” désignent les biens, les travaux ou les services à acquérir:

[i) Le mot “biens” désigne des objets de toute sorte y compris des matières premières, produits, équipements et objets sous forme solide, liquide ou gazeuse, et l’électricité, ainsi que les services accessoires à la fourniture des biens si la valeur de ces services ne dépasse pas celle des biens eux-mêmes; (l’État adoptant la Loi type pourra inclure des catégories supplémentaires de biens);

ii) Le mot “travaux” désigne tous les ouvrages liés à la construction, à la reconstruction, à la démolition, à la réparation ou à la rénovation d’un bâtiment, d’une structure ou d’une usine, tels que la préparation du chantier, les travaux de terrassement, l’érection, la construction, l’installation d’équipements ou de matériels, la décoration et la finition, ainsi que les

---

[7] Voir A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 62. Étant donné ces nouvelles définitions proposées, des modifications ont été apportées à la présente Loi type révisée lorsque cela était nécessaire.

[8] Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si ce terme englobe les procédures d’appel d’offres et si, par conséquent, une formulation plus large du type “le dossier de sollicitation ou des documents équivalents” devrait être employée.

[9] Le présent paragraphe est fondé sur les articles 16 et 27 d) de la Loi type de 1994.

services accessoires aux travaux tels que les forages, les levés topographiques, la photographie par satellite, les études sismiques et les services similaires fournis dans le cadre du marché, si la valeur de ces services ne dépasse pas celle des travaux eux-mêmes;

iii) Le mot “services” désigne tout objet de marché autre que des biens ou des travaux; (l’État adoptant la Loi type peut spécifier certains objets de marché qui doivent être considérés comme des services).][10]

Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)][11]

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

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

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

c) Tout accord entre le Gouvernement fédéral de [nom de l’État fédéral] et toute(s) subdivision(s) de [nom de l’État fédéral], ou entre deux desdites subdivisions ou plus,

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

Article 4. Règlements en matière de passation des marchés[12]

1) Le ... (l’État adoptant la Loi type spécifie l’organe ou l’autorité habilité à promulguer les règlements en matière de passation des marchés) est autorisé à promulguer des règlements à l’effet d’atteindre les objectifs et d’assurer l’exécution des dispositions de la présente Loi.

2) Les règlements en matière de passation des marchés contiennent un code de conduite pour les fonctionnaires qui prennent part à la passation [, traitant, entre autres, de la prévention des conflits d’intérêts dans les marchés publics][13].

---

[10] Si le Groupe de travail estime que la distinction établie en 1994 entre biens, travaux et services n’a plus lieu d’être, les alinéas i) à iii) peuvent être supprimés de la Loi type et un commentaire approprié inséré dans le Guide pour l’incorporation. Les définitions de ces termes dans ces alinéas reprennent les définitions c) à e) de l’article 2 de la Loi type de 1994. Si le Groupe de travail souhaite les conserver, il sera peut-être nécessaire de remplacer le mot “description” pour tenir compte du projet d’article 11 ci-dessous (fondé sur l’article 16 de 1994) et de modifier la définition des travaux afin d’introduire une référence spécifique à la conception accessoire ou à d’autres services.

[11] Reproduit l’article 3 de la Loi type de 1994.

[12] Fondé sur l’article 4 de la Loi type de 1994.

[13] Le paragraphe 2 est nouveau et le Groupe de travail en est saisi pour la première fois. Il a été

Article 5. Publication de textes juridiques[14]

1) Sous réserve des dispositions du paragraphe 2 du présent article, le texte de la présente Loi, des règlements en matière de passation des marchés et d'autres textes juridiques d'application générale relatifs à la passation des marchés régis par la présente Loi, ainsi que toutes les modifications audit texte, sont promptement rendus accessibles au public et systématiquement tenus à jour.

2) Les décisions judiciaires et les décisions administratives ayant valeur de précédent relatives à la passation des marchés régis par la présente Loi sont mises à la disposition du public et actualisées si nécessaire.

Article 6. Informations sur les possibilités de marchés à venir[15]

Les entités adjudicatrices peuvent publier épisodiquement des informations sur les possibilités de marchés. Cette publication ne constitue pas une sollicitation et n'oblige pas l'entité adjudicatrice à faire paraître des sollicitations pour les possibilités de marchés recensées.

[projet de nouvel article à examiner]

Article 7. Règles concernant les méthodes de passation et le type de sollicitation[16]

1) Sauf disposition contraire de la présente Loi, une entité adjudicatrice passe un marché au moyen de la procédure d'appel d'offres[17].

---

introduit à la suite de la décision du Groupe de travail à sa quatorzième session (A/CN.9/664, par. 17 et 116). Ce dernier souhaitera peut-être se demander si la référence à l'évitement des conflits d'intérêts placée entre crochets est nécessaire dans la Loi type pour faire le lien avec les exigences de la Convention des Nations Unies contre la corruption, ou si une référence dans le Guide pour l'incorporation serait suffisante. Le Groupe de travail recevra également un document de séance à sa quinzième session qui contiendra les dispositions communes de ces codes de conduite qu'il souhaitera peut-être inclure dans le Guide pour aider les États adoptants à rédiger les règlements concernés. L'inclusion d'un code de conduite dans les règlements comporte un aspect important, à savoir qu'il serait obligatoirement soumis à publication en vertu de l'article 5-1.

[14] L'article 5 est tel qu'il a été approuvé à titre préliminaire par le Groupe de travail à sa douzième session (A/CN.9/640, par. 30 à 34), à l'exception de son paragraphe 3, qui fait l'objet d'un article 6 séparé faisant immédiatement suite au présent article.

[15] L'article 6 est fondé sur le projet d'article 5-3 tel qu'il a été approuvé à titre préliminaire par le Groupe de travail à sa douzième session (A/CN.9/640, par. 34).

[16] Cet article est nouveau et le Groupe de travail en est saisi pour la première fois. Il est fondé sur un certain nombre d'articles de la Loi type de 1994, comme indiqué pour chaque disposition pertinente.

[17] Fondé sur les dispositions de l'article 18-1 de la Loi type de 1994. Le Guide pour l'incorporation pourrait expliquer les implications de la présente disposition, notamment le fait que l'entité adjudicatrice devrait commencer par chercher à rédiger les spécifications et les critères d'évaluation lorsqu'elle examine si une procédure d'appel d'offres est possible ou non.

2) Une entité adjudicatrice ne peut utiliser une méthode de passation des marchés autre que l'appel d'offres qu'en accord avec les paragraphes 3 à 6 du présent article, et elle choisit la méthode [et la technique][18] la plus concurrentielle adaptée aux circonstances de la passation concernée[19].

3) Lorsqu'il est possible de fournir une description détaillée de l'objet du marché et de définir les critères d'évaluation en termes quantifiables ou monétaires, mais lorsque l'utilisation d'une procédure d'appel d'offres ne conviendrait pas [pour des raisons d'efficacité économique], une entité adjudicatrice peut avoir recours à une méthode de passation mentionnée au chapitre III de la présente Loi, à condition que les conditions d'utilisation de cette méthode soient remplies[20].

4) Lorsque l'entité adjudicatrice n'est pas en mesure de donner une description détaillée de l'objet du marché et/ou de définir les critères d'évaluation en termes quantifiables ou monétaires, et que toutes les autres conditions d'utilisation de la méthode sont remplies, l'entité peut utiliser une méthode de passation mentionnée au chapitre IV de la présente Loi[21].

5) Une entité adjudicatrice peut utiliser l'enchère électronique inversée comme méthode de passation à part entière ou, le cas échéant, en combinaison avec d'autres méthodes de passation en accord avec les dispositions du chapitre V de la présente Loi, à condition que les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées soient remplies[22].

6) (Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut recourir à la procédure de sollicitation d'une source unique dans les circonstances exceptionnelles suivantes[23]:

a) Les biens, les travaux ou les services ne peuvent être obtenus qu'auprès d'un fournisseur ou entrepreneur donné, ou un fournisseur ou entrepreneur donné a des droits exclusifs sur les biens, les travaux ou les services, de sorte qu'il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable et qu'il serait impossible d'utiliser une méthode de passation concurrentielle[24];"

---

[18] Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander s'il conviendrait de faire référence dans la Loi type aux divers outils disponibles dans ce contexte dans les méthodes de passation, comme les enchères électroniques inversées et les accords-cadres.

[19] Nouveau texte. Voir A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 35, 37, 41 et 43.

[20] Fondé sur l'article 18 de la Loi type de 1994, faisant référence au chapitre de la Loi type traitant des passations plus simples.

[21] Fondé sur les articles 18 et 19-1 a) de la Loi type de 1994.

[22] Fondé sur le projet d'article 22 *bis* tel que modifié à la douzième session du Groupe de travail (A/CN.9/640, par. 56 et 57, et A/CN.9/WG.I/WP.59, par. 3). Voir article 42 de la Loi type révisée.

[23] Le paragraphe est fondé sur l'article 22 de la Loi type de 1994.

[24] Fondé sur l'article 22-1 a) de la Loi type de 1994. Quant à la question de savoir si la condition relative aux droits exclusifs serait nécessaire, voir A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 44.

[projet de nouvel alinéa b) à examiner][25]

b) Lorsque l'objet du marché est nécessité d'urgence et que, de ce fait, il ne serait pas réaliste de recourir à la procédure d'appel d'offres ou à toute autre méthode de passation des marchés[26] à cause des retards que cela impliquerait, à condition que les circonstances qui sont à l'origine de l'urgence résultent d'un événement catastrophique ou, à défaut, n'aient pu être prévues par l'entité adjudicatrice et ne résultent pas de manœuvres dilatoires de sa part.

[anciens alinéas b) et c) à supprimer][27]

"b) Les biens, travaux ou services doivent être acquis, exécutés ou fournis d'urgence et, de ce fait, il ne serait pas réaliste de recourir à la procédure d'appel d'offres ou à une autre méthode de passation des marchés, à condition que l'entité adjudicatrice n'ait pu prévoir les circonstances qui sont à l'origine de l'urgence et que celles-ci ne résultent pas de manœuvres dilatoires de sa part;

c) En raison d'un événement catastrophique, les biens, travaux ou services doivent être acquis, exécutés ou fournis d'urgence, et il ne serait donc pas réaliste de recourir à d'autres méthodes de passation des marchés à cause des retards que cela impliquerait;"

[anciens alinéas d) et e) à conserver, mais renumérotés respectivement c) et d)]

c) L'entité adjudicatrice, après s'être procuré des biens, des matériels, des technologies ou des services auprès d'un fournisseur ou entrepreneur, conclut qu'elle doit se procurer des fournitures supplémentaires auprès du même fournisseur ou entrepreneur pour des raisons de normalisation ou pour assurer la compatibilité avec les biens, matériels, technologies ou services existants, compte tenu de la mesure dans laquelle le marché initial a répondu à ses besoins, de l'ampleur limitée du marché envisagé par rapport au marché initial, du caractère raisonnable du prix et de l'impossibilité de trouver d'autres biens ou services de remplacement qui conviennent[28];

d) L'entité adjudicatrice souhaite conclure avec le fournisseur ou entrepreneur un marché à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sauf lorsque le marché prévoit la production de biens dans des quantités suffisantes pour assurer leur viabilité commerciale ou amortir les frais de recherche-développement, et à condition que l'utilisation de toute autre méthode de

---

[25] Voir A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 42 et 43.

[26] Cette formulation impliquerait que le recours à la négociation avec mise en concurrence de l'article 41 de la Loi type révisée est également exclu en cas d'urgence, point qui pourrait être mis en évidence dans le Guide pour l'incorporation. S'il n'existe qu'un seul fournisseur ou entrepreneur, la procédure de sollicitation d'une source unique peut être utilisée conformément à l'alinéa a), que le marché doive être passé d'urgence ou non. Le Guide pour l'incorporation pourrait aussi insister sur le fait que le caractère nécessaire du marché concerne également les quantités nécessitées d'urgence et pas seulement l'objet du marché, ce qui permettrait d'éviter les passations sans restrictions justifiées par une nécessité urgente initiale.

[27] Reproduisent les alinéas b) et c) de l'article 22-1 de la Loi type de 1994.

[28] Reproduit l'article 22-1 d) de la Loi type de 1994.

passation spécifiée dans le chapitre IV de la présente Loi ne soit pas possible [ou approprié][29]; ou

[ancien alinéa f) à supprimer][30]

"f) L'entité adjudicatrice applique la présente Loi, conformément au paragraphe 3 de l'article premier, à la passation de marchés intéressant la défense ou la sécurité nationales, et conclut que la sollicitation d'une source unique est la méthode qui convient le mieux pour la passation du marché[31]."

[projet de nouvel alinéa e) à examiner]

e) Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation), et après avoir publié une annonce publique et donné aux intéressés l'occasion de formuler des observations, l'entité adjudicatrice peut recourir à la procédure de sollicitation d'une source unique lorsque la passation d'un marché avec un fournisseur ou entrepreneur donné est nécessaire [en cas d'urgence économique grave pour éviter un préjudice économique ou social sérieux][32] [pour promouvoir une politique visée à l'article [12-3 e)], à condition qu'il soit impossible de promouvoir cette politique en attribuant le marché à un autre fournisseur ou entrepreneur][33].

[projets de nouveaux paragraphes 7 à 9 à examiner]

7) a) Une entité adjudicatrice utilisant une méthode de passation autre que l'appel d'offres en accord avec les paragraphes 3 à 6 du présent article [utilise la sollicitation ouverte/ouvre la procédure de passation en sollicitant des soumissions [ou, le cas échéant, des demandes de présélection] par la publication d'une invitation répondant aux critères de l'article [25] dans ... (l'État adoptant la Loi type

---

[29] Fondé sur l'article 22-1 e) de la Loi type de 1994. La dernière partie de l'alinéa commençant par les mots "et à condition que" a été ajoutée pour les raisons exposées dans le document A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 41.

[30] Reproduit l'article 22-1 f) de la Loi type de 1994.

[31] Une variante de l'alinéa, qui tendrait à limiter davantage l'inclusion des passations de marchés intéressant la défense ou des questions similaires, proposée pour tenir compte des questions soulevées dans le document A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 41, et de la proposition d'extension de la portée de l'article premier (voir A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 54 et 55, et l'article premier ci-dessus), pourrait être rédigée comme suit: "En cas de passation de marchés intéressant la défense ou la sécurité nationales, lorsque l'entité adjudicatrice conclut que [l'utilisation de toute autre méthode de passation prévue par la présente Loi n'est pas possible [ou appropriée]] [la sollicitation d'une source unique est la méthode qui convient le mieux pour la passation du marché]". Le libellé du texte figurant dans la deuxième série de crochets est fondé sur l'article 22-1 f) de la Loi type de 1994.

[32] Le texte placé dans la première série de crochets est nouveau. Il est fondé sur le commentaire du Guide de l'article 22 de la Loi type de 1994. Voir A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 45 à 47.

[33] Le texte placé dans la deuxième série de crochets provient de l'article 22-2 de la Loi type de 1994. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les différentes dispositions de la Loi type qui traitent des objectifs socioéconomiques non liés à la passation, et la mesure dans laquelle leur formulation actuelle devrait être conservée, comme aspect séparé de la révision de la Loi type.

spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lesquels l'avis doit être publié),][34] à moins que:

i) Les conditions d'utilisation de la [sollicitation directe] spécifiées dans les articles [35, 37, 40 et 41] ne soient remplies; ou

ii) La [sollicitation directe] ne soit le seul moyen d'assurer la confidentialité ou ne soit nécessaire pour des raisons d'intérêt national;

à condition qu'en ayant recours à la [sollicitation directe] l'entité adjudicatrice sollicite des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une véritable concurrence[35].

b) Lorsque la [sollicitation directe] est utilisée pour assurer la confidentialité, et lorsque l'entité adjudicatrice conclut que les procédures prévues aux articles [6, 15-10 s'agissant de l'information du public, 20, 22-2, 24, ou *les dispositions sur l'information du public dans le chapitre VII sur le recours à ajouter*] de la présente Loi ne devraient pas s'appliquer, elle inclut dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché prévu à l'article [22] un exposé des motifs et circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier sa décision;

c) La sollicitation ouverte comprend la publication internationale de l'invitation à présenter des soumissions [comme le prévoit l'article 24-2][36], sauf:

i) Si la participation à la procédure de passation de marché est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux en application de l'article [9-1]; ou

ii) Si l'entité adjudicatrice conclut, compte tenu de la faible valeur de l'objet du marché, que seuls des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux sont susceptibles de vouloir présenter des soumissions, auquel cas elle inclut dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché prévu à l'article [22] de la présente Loi un exposé des motifs et circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier sa décision[37].

8) Une entité adjudicatrice peut conclure un accord-cadre, conformément aux dispositions du chapitre VI de la présente Loi[38].

---

[34] Le Groupe de travail souhaitera peut-être introduire le terme de "sollicitation ouverte" pour faire référence à la passation ouverte par la publication d'un avis, comme décrit aux articles 24 et 37 de la Loi type de 1994, ce qui permettrait d'utiliser ce terme concis dans les articles traitant des différentes méthodes de passation dans la Loi type. Dans la version de 1994 de cette dernière le terme n'apparaît pas, mais celui de "sollicitation directe" a été utilisé dans l'article 37-3. Le Groupe de travail souhaitera peut-être conserver ce dernier terme comme variante pour la sollicitation ouverte. Il pourrait aussi se demander si ces termes devraient être définis dans l'article 2 de la Loi type. Pour des raisons de commodité, on emploiera les termes "sollicitation ouverte" et "sollicitation directe" dans le reste de la présente note pour éviter de répéter de longues définitions.

[35] Fondé sur les dispositions de l'article 37-3 de la Loi type de 1994.

[36] Le Groupe de travail souhaitera peut-être inclure dans l'article 2 une définition du terme "publication internationale" afin de simplifier le présent paragraphe et l'article 24-2.

[37] Fondé sur les dispositions répétitives trouvées dans les articles 17 a) et b), 23 a) et b), et 37-2 de la Loi type de 1994.

[38] Nouveau texte.

9) L'entité adjudicatrice inclut dans le procès-verbal prévu à l'article [22] un exposé des motifs et circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier le recours à une méthode de passation autre que l'appel d'offres ou à la [sollicitation directe], comme mentionné dans les paragraphes 2 à 7 du présent article[39].

Article 8. Communications dans la passation des marchés[40]

1) Les documents, notifications, décisions et autres informations générés lors de la passation d'un marché et communiqués de la manière exigée par la présente Loi, y compris en rapport avec une procédure de recours engagée conformément au chapitre [VII], dans le cadre d'une réunion ou en vue de l'établissement du procès-verbal de la procédure de passation conformément à l'article [22], sont présentés sous une forme qui atteste la teneur des informations et qui est accessible pour être consultée ultérieurement.

2) La communication d'informations entre les fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice visées aux articles [14-1 d)[41], 15-6 et 15-10[42], 19-4[43], 31-2 a)[44], 33-1[45], …[46] et dans le cas de sollicitation directe conformément à l'article 7-2 b)[47]] peut se faire par un moyen n'attestant pas leur teneur à condition que, immédiatement après, confirmation de la communication soit donnée au destinataire sous une forme qui atteste la teneur des informations et qui soit accessible pour être consultée ultérieurement.

3) L'entité adjudicatrice, lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, spécifie:

a) Toute condition de forme exigée;

b) Les moyens à utiliser pour la communication des informations par l'entité adjudicatrice ou en son nom à un fournisseur, à un entrepreneur ou au

---

[39] Fondé sur l'article 18-4 de la Loi type de 1994.

[40] L'article est fondé sur l'article 5 *bis* approuvé à titre préliminaire par le Groupe de travail à sa douzième session (A/CN.9/640, par. 17 à 25). Les modifications qui en découlent ont été apportées au paragraphe 2 du présent article (renvoi à d'autres dispositions appropriées de la Loi type) compte tenu des modifications apportées à la Loi type.

[41] Correspond à la référence antérieure à l'article 32-1 d).

[42] Correspond à la référence antérieure à l'article 7-4 et 7-6.

[43] Correspond à la référence antérieure à l'article 36-1, et le Groupe de travail souhaitera peut-être la modifier ou la supprimer, selon la finalisation de ses modifications de l'article proposé sur l'acceptation et l'entrée en vigueur du marché et l'introduction du délai d'attente. La question est de savoir si un marché peut ou non entrer en vigueur sur la base, par exemple, d'un appel téléphonique, devant être suivi par une confirmation écrite. Voir aussi l'article 19-9 ci-dessous (s'inspirant de l'article 36-4 de la Loi type de 1994) concernant le sens d'expédier.

[44] Correspond à la référence antérieure au même article.

[45] Correspond à la référence antérieure à l'article 34-1.

[46] La référence manquante est une référence à l'article 44 b) à f) (procédure de sélection suivie d'une négociation). Elle devra être mise à jour à la lumière des modifications qui seront apportées au chapitre IV.

[47] Correspond à la référence antérieure aux articles 37-3 et 47-1 de la Loi type de 1994.

public, ou par un fournisseur ou un entrepreneur à l'entité adjudicatrice ou à une autre entité agissant en son nom;

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

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

4) Les moyens mentionnés au paragraphe précédent doivent être facilement utilisables avec ceux couramment utilisés par les fournisseurs ou entrepreneurs dans le contexte considéré. Les moyens à utiliser pour tenir une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs doivent en outre permettre à ceux-ci de participer pleinement et en direct à la réunion.

5) Les mesures appropriées sont mises en place pour garantir l'authenticité, l'intégrité et la confidentialité des informations concernées.

Article 9. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs[48]

1) Les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à participer aux procédures de passation de marché sans distinction de nationalité, sauf dans les cas où l'entité adjudicatrice décide, pour des motifs spécifiés dans les règlements en matière de passation des marchés ou conformément à d'autres dispositions de la législation, de limiter la participation à des procédures de passation de marché sur la base de la nationalité.

2) Si elle limite la participation sur la base de la nationalité conformément au paragraphe 1 du présent article, l'entité adjudicatrice indique dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché les motifs et circonstances motivant cette restriction.

3) Lorsqu'elle sollicite pour la première fois leur participation à une procédure de passation de marché, l'entité adjudicatrice informe les fournisseurs ou entrepreneurs qu'ils peuvent participer à cette procédure sans distinction de nationalité, cette déclaration ne pouvant être modifiée par la suite; cependant, si elle décide de limiter la participation conformément au paragraphe 1 du présent article, elle les informe de cette décision.

Article 10. Qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs[49]

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

---

[48] Reproduit l'article 8 de la Loi type de 1994.

[49] Fondé sur l'article 6 de la Loi type de 1994, avec les modifications qui en découlent à la lumière des modifications de la Loi type, et indication des changements.

2) Les fournisseurs ou entrepreneurs doivent satisfaire à ceux des critères ci-après que l'entité adjudicatrice juge appropriés pour ladite procédure[50]:

i) Posséder les qualifications et les compétences professionnelles et techniques, les ressources financières, les équipements et autres moyens matériels, les compétences de gestion, la fiabilité, l'expérience, les normes éthiques, la réputation et le personnel nécessaires pour exécuter le marché;

ii) Avoir la capacité de contracter;

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

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

v) Ne pas avoir été, non plus que leurs administrateurs ou leurs dirigeants, condamnés pour une infraction pénale liée à leur conduite professionnelle ou consistant en des déclarations fausses ou fallacieuses quant aux qualifications exigées d'eux pour l'exécution du marché, durant une période de ... ans (l'État adoptant la Loi type spécifie cette période) précédant l'ouverture de la procédure de passation de marché, ou ne pas avoir été de toute autre manière disqualifiés à la suite d'une procédure administrative de suspension ou de radiation.

2) Sous réserve du droit qu'ont les fournisseurs ou entrepreneurs de protéger leur propriété intellectuelle ou leurs secrets professionnels, l'entité adjudicatrice peut exiger des fournisseurs ou entrepreneurs participant à une procédure de passation de marché qu'ils fournissent les pièces ou autres renseignements pertinents qu'elle pourra juger utiles pour s'assurer que lesdits fournisseurs ou entrepreneurs sont qualifiés conformément aux critères énoncés à l'alinéa b) du paragraphe 1.

3) Toute condition requise en application du présent article est énoncée dans la documentation de présélection, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation ou tout autre document sollicitant des propositions ou des prix et s'applique également à tous les fournisseurs ou entrepreneurs. L'entité adjudicatrice n'impose, concernant les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, aucun critère, condition ou procédure autres que ceux prévus au présent article.

4) L'entité adjudicatrice évalue les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs conformément aux critères et procédures de qualification énoncés

---

[50] Cette formulation vise à permettre à l'entité adjudicatrice d'évaluer les qualifications de tous les fournisseurs ou entrepreneurs, ou seulement celles du fournisseur ou entrepreneur ayant emporté le marché. Le Guide pour l'incorporation pourrait aussi expliquer que les éléments de l'alinéa i) devraient être traités avant la soumission des offres pour éviter toute pression indue visant à faire accepter une offre retenue d'un fournisseur qui pourrait ne pas être qualifié, en particulier pour l'achat d'articles qui ne sont pas disponibles couramment. Le Groupe de travail a indiqué précédemment que la terminologie employée dans la Loi type, qui n'est pas toujours reprise dans d'autres systèmes, devrait être expliquée dans le Guide pour l'incorporation.

dans la documentation de présélection, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation.

5) Sous réserve des dispositions des articles [9-1 et 12-4], l'entité adjudicatrice n'impose aucun critère, condition ou procédure, en ce qui concerne les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, qui entraîne une discrimination à l'encontre de fournisseurs ou entrepreneurs, ou à l'encontre de catégories de fournisseurs ou entrepreneurs, sur la base de la nationalité, ou qui n'est pas objectivement justifiable.

[projet de nouveau paragraphe 6 à examiner][51]

6) Nonobstant le paragraphe 5 du présent article, l'entité adjudicatrice peut exiger que les pièces produites par le fournisseur ou l'entrepreneur présentant la soumission à retenir pour justifier de ses qualifications dans le cadre de la procédure de passation de marché soient authentifiées. Ce faisant, elle n'impose quant à l'authentification aucune condition autre que celles prévues dans la législation du présent État concernant l'authentification des pièces de cette nature.

7) a) L'entité adjudicatrice exclut un fournisseur ou entrepreneur si elle constate à un moment quelconque que les informations qu'il a présentées concernant ses qualifications sont fausses;

b) L'entité adjudicatrice peut exclure un fournisseur ou entrepreneur si elle constate à un moment quelconque que les informations qu'il a présentées concernant ses qualifications comportent des erreurs ou omissions essentielles;

c) Sauf dans les cas où l'alinéa a) du présent paragraphe s'applique, l'entité adjudicatrice ne peut disqualifier un fournisseur ou entrepreneur au motif que les informations qu'il a présentées concernant ses qualifications comportent des erreurs ou omissions non essentielles. Le fournisseur ou entrepreneur peut être disqualifié s'il ne remédie pas promptement à ces erreurs ou omissions sur la demande de l'entité adjudicatrice.

Article 11. Règles concernant l'objet du marché, et les conditions du marché ou des accords-cadres[52]

1) L'entité adjudicatrice fait figurer dans le dossier de sollicitation la description de l'objet du marché qu'elle utilisera pour évaluer si une soumission est conforme. Elle ne doit inclure ni utiliser dans la documentation de présélection, le cas échéant,

---

[51] Fondé sur l'article 10 de la Loi type de 1994, qui a été modifié conformément à l'accord préliminaire conclu à la sixième session du Groupe de travail. Voir A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 71 et 72. Les suggestions des experts consultants ont également été incorporées.

[52] Fondé sur l'article 16 avec les modifications découlant des nouvelles définitions qu'il est proposé d'ajouter à l'article 2 ci-dessus. Le Guide pour l'incorporation expliquera l'importance de cet article, car il énonce ce que sera une soumission conforme, et pourrait aussi suggérer que le dossier de sollicitation indique la source servant de référence pour les termes techniques employés (comme le Vocabulaire commun européen des marchés publics). Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi examiner si ce dernier élément devrait devenir une condition impérative pour le dossier de sollicitation.

ni dans le dossier de sollicitation, de description de l'objet d'un contrat qui crée des obstacles, y compris des obstacles fondés sur la nationalité, à la participation de fournisseurs ou entrepreneurs à la procédure de passation de marché.

2) La description de l'objet du marché peut comprendre des spécifications, plans, dessins, modèles, conditions relatives aux essais et méthodes d'essai, à l'emballage, au marquage ou à l'étiquetage ou aux certificats de conformité, et des symboles et des termes.

3) Dans la mesure du possible, toute description de l'objet du marché est objective, fonctionnelle et générique, et énonce les caractéristiques techniques et normes de qualité ou de performance pertinentes de cet objet. Elle ne stipule ni ne mentionne de marque commerciale, appellation, brevet, conception, type, origine ou producteur particuliers, à moins qu'il y ait aussi un moyen notable, suffisamment précis et intelligible de décrire les caractéristiques de l'objet du marché et à condition que soient inclus des mots tels que "ou l'équivalent"[53].

4) a) Pour la formulation de toute description de l'objet du marché, la documentation de présélection, le cas échéant, ou le dossier de sollicitation utilisent, lorsqu'ils existent, des expressions, conditions, symboles et termes normalisés relatifs aux caractéristiques techniques et normes de qualité de l'objet du marché;

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

Article 12. Règles concernant les critères d'évaluation[54]

1) L'entité adjudicatrice énonce dans le dossier de sollicitation les critères qu'elle utilisera pour évaluer les soumissions et déterminer la soumission à retenir. Lorsque tous critères autres que le prix doivent être utilisés à cette fin, l'entité adjudicatrice énonce dans le dossier de sollicitation le coefficient de pondération dont sera affecté chacun de ces critères et la façon dont ils seront appliqués pour l'évaluation[55].

2) Les critères d'évaluation:

a) Se rapportent à l'objet du marché;

b) Incluent le prix de l'objet du marché.

---

[53] Les suggestions des experts consultants ont été incluses dans ce paragraphe.

[54] Nouvel article. Il s'inspire des articles 27 e), 34-4, 38 m), 39 et 48-3 de la Loi type de 1994. Voir A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 26, 27 et 57 b).

[55] Le Guide pour l'incorporation expliquera que le but de cette disposition est de permettre au fournisseur ou aux entrepreneurs de se rendre compte comment évaluer dans quelle mesure leurs soumissions seront évaluées les unes par rapport aux autres et par rapport aux critères d'évaluation. Bien qu'il n'y ait pas de dispositions énonçant le niveau des critères subsidiaires qui devraient être divulgués, le Guide expliquera que le sens de la référence à "la façon dont ils seront appliqués" est que tous facteurs ou critères subsidiaires qui seront appliqués doivent être divulgués, de même que toute formule mathématique qui sera utilisée.

3) Les critères d'évaluation et la détermination des coefficients de pondération, dans la mesure du possible:

a) Sont objectifs; et

b) Sont quantifiés ou exprimés en termes monétaires.

3) Les critères d'évaluation peuvent concerner les éléments ci-après, à condition qu'ils se rapportent à l'objet du marché:

a) Une marge de préférence appliquée conformément au paragraphe [4] du présent article, y compris tous frais accessoires ou connexes;

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

c) [Lorsque la passation de marchés est menée conformément au chapitre IV[56], la mesure dans laquelle la soumission présentée par le fournisseur ou l'entrepreneur répond aux besoins de l'entité adjudicatrice et, lorsque cela est pertinent[57], les qualifications, l'expérience, la réputation, la fiabilité et les compétences professionnelles et en matière de gestion du fournisseur ou entrepreneur et du personnel de celui-ci devant participer à la fourniture des services][58];

d) L'effet que l'acceptation d'une soumission aurait sur la balance des paiements et les réserves en devises (du présent État), les arrangements d'échanges compensés proposés par les fournisseurs ou entrepreneurs, le contenu local, y compris en fabrication, main-d'œuvre et matériaux, les biens, les travaux ou services offerts par les fournisseurs ou entrepreneurs, le potentiel de développement économique offert par les soumissions, notamment les investissements et autres activités commerciales locaux, la promotion de l'emploi, le fait que certaines activités de production seront réservées à des fournisseurs locaux, le transfert de technologie et le développement des compétences en matière de gestion, et des compétences scientifiques et opérationnelles [... (l'État adoptant la Loi type peut développer cet alinéa en y incluant des critères supplémentaires)][59]; et

e) Des considérations de défense et de sécurité nationales.

---

[56] Cette formulation suppose que le Groupe de travail exclut l'article 42 de la Loi type de 1994 du texte révisé de la Loi type. S'il souhaite inclure un équivalent de l'article 42 pour les marchés pour lesquels les qualifications et l'expertise des individus sont un critère d'évaluation au chapitre III, les références dans ce projet seront actualisées.

[57] La mention "lorsque cela est pertinent" a été insérée afin de faire une distinction entre les critères qui pourraient être des critères de qualification plutôt que des critères d'évaluation. Le Guide pour l'incorporation expliquera la différence entre critères de qualification, critères de conformité et critères d'évaluation, notant que le même critère ne peut être utilisé dans plus d'une évaluation de la qualification, de la conformité et de l'évaluation.

[58] À examiner conjointement avec le chapitre IV et les instruments PIFP. Voir A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 16 à 25 et 67 à 70.

[59] Le Groupe de travail a renvoyé à plus tard son examen de cet alinéa. Voir A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 29 et 30.

4) Si la réglementation des marchés le permet, (et sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut, lorsqu'elle évalue et compare les soumissions, accorder une marge de préférence aux soumissions de travaux présentées par des entrepreneurs nationaux, aux soumissions de biens produits localement ou de services de fournisseurs locaux. La marge de préférence est calculée conformément à la réglementation des marchés et est mentionnée dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché[60].

5) Les critères d'évaluation et leurs coefficients de pondérations relatifs divulgués conformément au présent article s'appliquent pour déterminer la soumission à retenir de la façon dont ils ont été ainsi divulgués[61].

Article 13. Règles concernant la langue du dossier de sollicitation[62]

La documentation de présélection et le dossier de sollicitation sont établis en ... (l'État adoptant la Loi type spécifie sa ou ses langues officielles) (et dans une langue d'usage courant dans le commerce international, sauf pour la passation de marchés nationaux en vertu de l'article [7-2 c)] de la présente Loi).

Article 14. Garanties[63]

1) Lorsque l'entité adjudicatrice demande une garantie aux fournisseurs ou entrepreneurs présentant des soumissions:

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

b) Le dossier de sollicitation peut spécifier que l'émetteur de la garantie et, le cas échéant, le confirmateur de la garantie, ainsi que la forme et les conditions de la garantie doivent être agréés par l'entité adjudicatrice;

c) Nonobstant les dispositions de l'alinéa b) du présent paragraphe, une garantie n'est pas rejetée par l'entité adjudicatrice au motif qu'elle n'a pas été émise par un émetteur du présent État si la garantie et l'émetteur satisfont par ailleurs aux conditions énoncées dans le dossier de sollicitation (, à moins que l'acceptation de la garantie par l'entité adjudicatrice ne soit contraire à une loi du présent État);

---

60 Le Groupe de travail a renvoyé à plus tard son examen de ce paragraphe. Voir A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 29.

61 Le Guide pour l'incorporation expliquera que ce sera l'offre proposant le prix le plus bas, l'offre la plus basse résultant de l'évaluation, ou la proposition qui répond le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice, etc., selon le cas. Il a également décidé d'examiner cette terminologie dans le cadre de sa révision de la Loi type.

62 Cet article est fondé sur les dispositions de l'article 17 de la Loi type de 1994, modifié compte tenu de l'article 7-2 c) ci-dessus.

63 Cet article reproduit les dispositions de l'article 32 de la Loi type de 1994 avec les modifications qui découlent des modifications qu'il est proposé d'apporter à l'article 2 ci-dessus.

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

e) La confirmation que l'émetteur ou le confirmateur proposé remplit bien les conditions requises n'empêche pas l'entité adjudicatrice de rejeter la garantie au motif que l'émetteur ou le confirmateur, selon le cas, est devenu insolvable ou présente d'une autre manière un risque quant à la capacité de remboursement;

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

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

ii) Le défaut de signature du marché alors que la signature est exigée par l'entité adjudicatrice;

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

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

a) L'expiration de la garantie;

b) L'entrée en vigueur d'un marché et la fourniture d'une garantie de bonne exécution, si le dossier de sollicitation exige une telle garantie;

c) La clôture de la procédure d'appel d'offres sans entrée en vigueur d'un marché;

d) Le retrait de la soumission avant la date limite de présentation des soumissions, à moins que l'interdiction d'un tel retrait ne soit spécifiée dans le dossier de sollicitation.

Article 15. Procédure de présélection[64]

1) L'entité adjudicatrice peut [et dans les cas spécifiés aux … doit][65] ouvrir une procédure de présélection en vue d'identifier, avant la sollicitation[66], les fournisseurs ou entrepreneurs qui sont qualifiés. Les dispositions de l'article [10] s'appliquent à la procédure de présélection.

2) Si l'entité adjudicatrice ouvre une procédure de présélection, elle fait en sorte qu'une invitation à présenter une demande de présélection soit publiée ... (l'État adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel l'invitation à présenter une demande de présélection doit être publiée). L'invitation à présenter une demande de présélection doit également être publiée, dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un journal de diffusion internationale ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique de diffusion internationale, sauf dans les cas de passation de marchés nationaux en vertu de l'article [7-2 c)] de la présente Loi[67].

3) L'invitation a présenter une demande de présélection comporte, au minimum, les renseignements suivants[68]:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice[69];

b) Une récapitulation des principales conditions du marché qui sera conclu à l'issue de la procédure de passation de marché, y compris la nature, la quantité et le lieu de livraison des biens à fournir, la nature et l'emplacement des travaux à effectuer, ou la nature des services et le lieu où ils doivent être fournis, ainsi que le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou pour l'achèvement des travaux, ou le calendrier pour la fourniture des services[70];

c) Les critères et procédures qui seront utilisés pour s'assurer des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, conformément à l'article [10-1 b)][71];

---

[64] Fondé sur les articles 7, 23, 24, 25-2 et 37-1, 37-2 et 37-4, de la Loi type de 1994. Voir A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 22, 38 et 57 d) à 59, pour les questions à examiner en liaison avec le présent article. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi examiner s'il faudrait inclure dans l'invitation à présenter une demande de présélection ou le dossier de présélection l'obligation d'un certain niveau de financement. Il souhaitera peut-être examiner en outre si certains des critères de présélection doivent être évalués à un certain stade de la procédure (comme ceux qui sont énoncés dans le projet d'article 10-2 i) ci-dessus).

[65] À examiner conjointement avec l'article 35 (appel d'offres restreint) et le chapitre IV et à aligner avec les instruments sur les PIFP. Voir A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 22 a), 38 et 59.

[66] Les mots "avant la sollicitation" remplacent l'intitulé antérieur "avant la soumission des offres ou des propositions", pour rendre plus claire la distinction avec l'article 10-1 relatif aux qualifications. Voir A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 58.

[67] Le paragraphe 2 est nouveau et fondé sur les articles 23, 24 et 37-1 et 37-2 de la Loi type de 1994.

[68] Le paragraphe 3 est nouveau et fondé sur les articles 7-3, 23, 25-2 qui renvoie lui-même largement à l'article 25-1, et 37-1, de la Loi type de 1994.

[69] Voir l'article 25-2 à lire conjointement avec l'article 25-1 a), et 37-1 de la Loi type de 1994.

[70] Voir l'article 7-3 a) ii), l'article 25-2 à lire conjointement avec les articles 25-1 b) et c), et l'article 37-1 de la Loi type de 1994.

[71] Voir l'article 25-2 à lire conjointement avec l'article 25-1 d), de la Loi type de 1994.

d) Une déclaration, qui ne pourra être modifiée par la suite, indiquant que les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent participer à la procédure de passation de marché sans distinction de nationalité, ou une déclaration indiquant que la participation est limitée sur la base de la nationalité conformément à l'article [9-1], selon le cas[72];

e) Les modalités d'obtention de la documentation de présélection et le lieu où elle peut être obtenue[73];

f) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture de la documentation de présélection et, après la présélection, pour la fourniture du dossier de sollicitation[74];

g) Sauf dans les cas de sollicitation nationale en vertu de l'article [7-2 c)] de la présente Loi, la monnaie et les modalités de paiement de la documentation de présélection et, après présélection, du dossier de sollicitation[75];

h) Sauf dans les cas de sollicitation nationale en vertu de l'article [7-2 c)] de la présente Loi, la ou les langues dans lesquelles la documentation de présélection est disponible et dans lesquelles, après présélection, le dossier de sollicitation sera disponible[76];

i) Le mode et le lieu de soumission des demandes de présélection ainsi que le délai de soumission, consistant en une date et heure précises et laissant suffisamment de temps aux fournisseurs ou entrepreneurs pour préparer et soumettre leurs demandes, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice[77].

4) L'entité adjudicatrice distribue le dossier 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 refléter que le coût de l'impression de ladite documentation et de sa distribution aux fournisseurs ou entrepreneurs[78].

5) La documentation de présélection comporte, au minimum[79]:

a) Des instructions pour l'établissement et la soumission des demandes de présélection[80];

b) Les pièces ou autres informations exigées des fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications[81];

---

72 Voir l'article 25-2 à lire conjointement avec l'article 25-1 e), de la Loi type de 1994.
73 Voir l'article 25-2 a) et l'article 37-1 de la Loi type de 1994.
74 Voir l'article 25-2 b), l'article 25-2 à lire conjointement avec l'article 25-1 g), et l'article 37-1 de la Loi type de 1994.
75 Voir l'article 23 pour l'exception, l'article 25-2 c) et l'article 25-2 à lire conjointement avec l'article 25-1 h), de la Loi type de 1994.
76 Voir l'article 23 pour l'exception, l'article 25-2 d) et l'article 25-2 à lire conjointement avec l'article 25-1 i), de la Loi type de 1994.
77 Voir l'article 7-3 a) iv) et l'article 25-2 e), de la Loi type de 1994.
78 Voir l'article 7-2 et l'article 37-4, de la Loi type de 1994.
79 Voir l'article 7-3 de la Loi type de 1994.
80 Voir l'article 7-3 a) i) de la Loi type de 1994.

c) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications au sujet de la procédure de passation du marché, sans l'intervention d'un intermédiaire[82];

d) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation de marché[83];

e) S'ils sont déjà connus, le lieu et le délai de présentation des soumissions[84];

[f) Si l'entité adjudicatrice a l'intention de demander à un nombre limité seulement de fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés de présenter des soumissions une fois la procédure de présélection terminée conformément au paragraphe 9 du présent article et, le cas échéant, la façon dont cette sélection sera effectuée[85];]

g) Toutes autres conditions pouvant être énoncées par l'entité adjudicatrice conformément à la présente Loi et aux dispositions des règlements en matière de passation des marchés relatives à la préparation et à la soumission des demandes de présélection et à la procédure de présélection[86].

6) L'entité adjudicatrice répond à toute demande d'éclaircissements relative à la documentation de présélection qu'elle reçoit d'un fournisseur ou entrepreneur dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des demandes de présélection. La réponse de l'entité adjudicatrice est donnée dans un délai raisonnable afin de permettre au fournisseur ou entrepreneur de soumettre à temps sa demande de présélection. La réponse à toute demande dont on peut raisonnablement supposer qu'elle intéresse les autres fournisseurs ou entrepreneurs est communiquée, sans indication de l'origine de la demande, à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a envoyé la documentation de présélection[87].

7) L'entité adjudicatrice prend une décision sur les qualifications de chaque fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une demande de présélection. Pour

---

81 Voir l'article 7-3 a) iii) de la Loi type de 1994.

82 Voir l'article 7-3 b) ii) à lire conjointement avec l'article 38 p), de la Loi type de 1994.

83 Voir l'article 7-3 b) ii) à lire conjointement avec l'article 38 s), de la Loi type de 1994.

84 Voir l'article 25-2 à lire conjointement avec l'article 25-1 j), de la Loi type de 1994.

85 Nouveau texte fondé sur la disposition type 6-4 c) des Dispositions types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé. Il doit être examiné avec le paragraphe 9 et avec les modifications qui en découlent aux paragraphes 10 à 12, de cet article. Toutes ces dispositions prises ensemble devraient à leur tour être examinées avec le chapitre IV et les instruments sur les PIFP. Voir A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 22 b). Un aspect de cette question que le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner est la mesure dans laquelle un tel processus peut être réglementé pour qu'il soit mené de manière impartiale et objective.

86 Voir article 7-3 a) v) de la Loi type de 1994.

87 Voir l'article 7-4 de la Loi type de 1994. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si ces critères devraient faire l'objet d'un plus grand degré de réglementation, comme l'évaluation des offres.

prendre cette décision, elle n'applique que les critères énoncés dans la documentation de présélection[88].

8) Seuls les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés sont habilités à participer à la suite de la procédure de passation de marché[89].

[9) Nonobstant le paragraphe [8] du présent article, [dans la procédure de passation de marché en vertu du chapitre IV de la présente Loi[90],] l'entité adjudicatrice peut, à condition d'avoir fait une déclaration appropriée à cet effet dans le dossier de présélection, se réserver le droit de solliciter des soumissions uniquement d'un nombre limité de soumissionnaires répondant le mieux aux critères de présélection une fois la procédure de présélection terminée. À cette fin, elle note les fournisseurs et entrepreneurs qui satisfont aux critères de présélection en se fondant sur les critères appliqués pour évaluer leurs qualifications et établit la liste de ceux qui seront invités à présenter des soumissions une fois la phase de présélection terminée. En établissant la liste, l'autorité contractante applique uniquement le mode de notation qui est prévu dans le dossier de présélection[91].]

10) L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une demande de présélection s'il a ou non été présélectionné [ou préalablement choisi pour présenter une soumission conformément au paragraphe [9] du présent article] et communique à toute personne qui en fait la demande le nom de tous les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés [ou préalablement choisis][92].

11) L'entité adjudicatrice communique sur leur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs qui n'ont pas été présélectionnés [ou préalablement choisi pour présenter une soumission conformément au paragraphe [9] du présent article] le motif de ce rejet, mais elle n'est pas tenue d'indiquer les preuves retenues ni de donner les raisons qui l'ont amenée à conclure qu'il y avait motif à rejet[93].

12) L'entité adjudicatrice peut exiger qu'un fournisseur ou entrepreneur présélectionné [ou préalablement choisi pour présenter une soumission conformément au paragraphe [9]] confirme ses qualifications conformément aux critères utilisés pour la présélection dudit fournisseur ou entrepreneur. Elle disqualifie tout fournisseur ou entrepreneur qui ne confirme pas ses qualifications

---

[88] Voir l'article 7-5 de la Loi type de 1994.

[89] Voir l'article 7-6, dernière phrase, de la Loi type de 1994.

[90] Le Groupe de travail souhaitera peut-être considérer qu'une telle option devrait également exister dans d'autres méthodes de passation de marchés. Dans ce cas, les mots figurant entre crochets seraient supprimés.

[91] Nouveau texte fondé sur la disposition type 9-2 de la Loi type de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé. Il doit être examiné avec le chapitre IV et les instruments sur les PIFP. Voir A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 22 b). Les modifications qui en découlent dans les crochets figurent aux paragraphes 5 f) et 10 à 12 de cet article. Comme il est indiqué dans la note 85 ci-dessus, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'objectivité et l'impartialité, dans ce processus, compte tenu en particulier des dispositions sur les recours qui, telles qu'elles sont actuellement rédigées, s'appliqueraient aux décisions de l'entité adjudicatrices à cet égard.

[92] Voir l'article 7-6 de la Loi type de 1994, sans la dernière phrase, qui a été placée au paragraphe 8 du projet actuel.

[93] Voir l'article 7-7 de la Loi type de 1994.

alors qu'il en a été prié. Elle fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur prié de confirmer ses qualifications si elle juge satisfaisantes les justifications qu'il a produites[94].

[94] Voir l'article 7-8 de la Loi type de 1994.

A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.2 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa quinzième session

ADDITIF

La présente note énonce les articles 16 à 22 du chapitre premier (Dispositions générales) et le chapitre II (Procédure d'appel d'offres) d'un texte révisé de la Loi type. Les commentaires du Secrétariat sont présentés dans les notes de bas de page correspondantes entre crochets en gras.

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES (*suite*)

Article 16. Rejet de toutes les soumissions[1]

1) [Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type désigne l'organe habilité à donner ladite approbation)], et si le dossier de sollicitation ou des documents équivalents[2] le spécifient, l'entité adjudicatrice peut rejeter toutes les soumissions à tout moment avant l'acceptation d'une soumission. L'entité adjudicatrice communique à tout fournisseur ou entrepreneur ayant présenté une soumission, qui en fait la demande, les motifs du rejet de toutes les soumissions, mais elle n'est pas tenue de justifier ces motifs.

2) L'entité adjudicatrice n'encourt aucune responsabilité envers les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions du simple fait qu'elle invoque le paragraphe 1 du présent article.

3) Un avis de rejet de toutes les soumissions est promptement communiqué à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions.

---

[1] Reproduit l'article 12 avec des modifications pour tenir compte des nouvelles définitions proposées à l'article 2.

[2] Le Groupe de travail s'est demandé s'il fallait conserver la deuxième partie de cette phrase. Il a décidé d'examiner d'éventuelles modifications de cet article lors d'une session ultérieure (A/CN.9/623, par. 36).

Article 17. Rejet d'une soumission anormalement basse[3]

1) L'entité adjudicatrice peut rejeter une soumission si elle a déterminé que le prix indiqué, avec les éléments de la soumission, est anormalement bas par rapport à l'objet du marché et suscite des craintes quant à l'aptitude du fournisseur ou de l'entrepreneur à exécuter le marché, à condition:

a) Qu'elle ait demandé par écrit au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné des précisions sur les éléments de la soumission qui suscitent des craintes quant à l'aptitude du fournisseur ou de l'entrepreneur qui les a présentés à exécuter le marché;

b) Que, après avoir pris en compte les informations éventuellement fournies, elle continue cependant, pour des motifs raisonnables, d'entretenir des craintes; et

c) Qu'elle ait consigné ces craintes et les motifs qui en sont à l'origine, ainsi que toutes les communications échangées avec le fournisseur ou l'entrepreneur en vertu du présent article, dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché.

2) La décision de l'entité adjudicatrice de rejeter une soumission conformément au présent article et les motifs de cette décision sont consignés dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché et promptement communiqués au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné.

Article 18. Rejet d'une soumission au motif d'incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs ou d'un conflit d'intérêts[4]

1) [Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation)], l'entité adjudicatrice rejette une soumission si le fournisseur ou entrepreneur qui la lui a soumise propose, donne ou convient de donner, directement ou indirectement, à tout administrateur ou employé, ou ancien administrateur ou employé, de l'entité adjudicatrice ou de toute autre autorité publique un avantage financier sous quelque forme que ce soit, un emploi ou tout autre objet ou service de valeur pour influencer un acte, une décision ou une procédure de l'entité adjudicatrice lié à la procédure de passation de marché.

2) Le rejet de la soumission en application du présent article et ses motifs sont consignés dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché et promptement communiqués au fournisseur ou entrepreneur[5].

---

[3] Cet article est reproduit tel qu'il a été approuvé, à titre provisoire, par le Groupe de travail à sa douzième session (projet d'article 12 *bis*, A/CN.9/640, par. 44 à 55). Des modifications ont été apportées pour tenir compte des nouvelles définitions proposées à l'article 2.

[4] Fondé sur l'article 15 de la Loi type de 1994, modifié pour tenir compte des nouvelles définitions proposées à l'article 2 et des délibérations du Groupe de travail sur les conflits d'intérêts à sa quatorzième session (A/CN.9/664, par. 116). Le titre de l'article a été modifié en conséquence.

Article 19. Acceptation de la soumission et entrée en vigueur du marché[6]

1) À moins qu'elle ne la rejette conformément aux dispositions de la présente Loi, l'entité adjudicatrice accepte la soumission à retenir[7].

2) Sauf en cas de sollicitation d'une source unique, l'entité adjudicatrice notifie promptement à tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation sa décision d'accepter la soumission à retenir. L'avis doit contenir, au minimum, les informations suivantes[8]:

a) Le nom et l'adresse du fournisseur ou de l'entrepreneur qui a présenté la soumission à retenir;

b) Le prix du marché ou, le cas échéant, un résumé des autres caractéristiques et avantages de la soumission à retenir, sous réserve que l'entité adjudicatrice ne divulgue aucune information dont la divulgation serait contraire à la loi, en compromettrait l'application, ne serait pas dans l'intérêt général, porterait atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou des entrepreneurs ou entraverait le libre jeu de la concurrence[9]; et

c) Le délai qui précède l'entrée en vigueur du marché, et pendant lequel les fournisseurs ou les entrepreneurs concernés peuvent introduire un recours contre les décisions prises par l'entité adjudicatrice pour déterminer la soumission à retenir (délai d'attente). Ce délai est suffisamment long, mais compte au minimum [10/20][10] jours, pour permettre aux fournisseurs ou aux entrepreneurs concernés d'introduire, le cas échéant, un recours efficace conformément au chapitre VII de la présente Loi, et il court à partir de la date d'expédition de l'avis visé dans le présent

---

[5] À la lumière des délibérations qu'il a tenues à sa quatorzième session sur les conflits d'intérêts (A/CN.9/664, par. 116), le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il convient d'inclure une disposition exigeant le rejet d'une soumission présentée dans des circonstances indiquant un conflit d'intérêts. Il pourra aussi estimer que le fournisseur ou l'entrepreneur ne devrait pas être sanctionné si c'est un responsable des marchés qui a un conflit d'intérêts, mais que, dans un tel cas, la passation devrait être annulée et une autre procédure ouverte.

[6] Fondé sur l'article 36 de la Loi type de 1994, modifié en raison: i) de l'introduction d'un délai d'attente (voir délibérations du Groupe de travail à ce sujet dans A/CN.9/664, par. 45 à 55 et 72); ii) de l'extension de l'application de l'article à toutes les méthodes de passation (voir A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 57 a)); et iii) des nouvelles définitions proposées à l'article 2 et d'autres modifications de la Loi type. Il remplace l'article 13 de la Loi type de 1994.

[7] Fondé sur la première phrase de l'article 36-1 de la Loi type de 1994.

[8] Ce paragraphe est nouveau et a été introduit à la suite de la décision du Groupe de travail d'introduire un délai d'attente dans l'article 36 de la Loi type de 1994 (voir A/CN.9/664, par. 45 à 55 et 72).

[9] Ce paragraphe se fonde sur les dispositions pertinentes de la Directive 2007/66/CE de l'UE en date du 11 décembre 2007 (voir article 2 *bis*. Délai de suspension). Les dispositions relatives aux restrictions à la divulgation sont fondées sur des dispositions similaires trouvées dans plusieurs dispositions de la Loi type de 1994 (voir, par exemple, art. 12-3 a)).

[10] La durée pourrait être alignée sur les dispositions des articles [53 et 54] (voir A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.4). Voir toutefois les notes relatives à ces articles, dans lesquelles le Groupe de travail est invité à envisager de réduire ce délai, par exemple à 10 jours comme dans la directive 2007/66/CE en date du 11 décembre 2007.

paragraphe à tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation.

3) Le paragraphe 2 du présent article ne s'applique pas [aux marchés dont la valeur est inférieure à [...][11] ou] lorsque l'entité adjudicatrice certifie qu'il est nécessaire de poursuivre la procédure de passation du marché, sans délai d'attente, pour des considérations urgentes d'intérêt général. Le certificat, qui doit énoncer les motifs ayant amené à conclure qu'il existe de telles considérations d'urgence, est versé au dossier de la procédure de passation du marché et est irréfragable à tous les stades de la procédure de recours en vertu du chapitre VII de la présente Loi, sauf au stade judiciaire[12].

4) À l'échéance du délai d'attente, ou en l'absence d'un délai d'attente applicable, l'entité adjudicatrice, après avoir déterminé la soumission à retenir, expédie promptement l'avis d'acceptation au fournisseur ou à l'entrepreneur ayant présenté la soumission, à moins que l'instance de recours ou un tribunal compétent n'en décident autrement[13].

5) À moins que la signature d'un marché écrit et/ou l'approbation par une autorité de tutelle ne soient exigées, un marché conforme aux conditions de la soumission acceptée entre en vigueur lorsque l'avis d'acceptation a été expédié[14] au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné, à condition qu'il ait été pendant que la soumission était encore en cours de validité[15].

6) Lorsque le dossier de sollicitation ou des documents équivalents exigent que le fournisseur ou l'entrepreneur dont la soumission a été acceptée signe un marché écrit conforme aux conditions de la soumission acceptée:

a) L'entité adjudicatrice (le ministère compétent) et le fournisseur ou l'entrepreneur concerné signent le marché dans un délai raisonnable après que l'avis d'acceptation a été expédié au fournisseur ou l'entrepreneur concerné;

---

[11] Ces dispositions sont fondées sur l'article 2 *ter* de la Directive 2007/66/CE de l'UE en date du 11 décembre 2007. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le seuil devrait être le même que dans l'article [20-3] de la Loi type, comme l'indiquent les projets de dispositions. Il voudra peut-être examiner les autres exceptions au délai d'attente. Ainsi, la Directive de l'UE autorise des dérogations au délai de suspension dans d'autres cas où la publication préalable d'un avis de marché n'est pas exigée (par exemple, les procédures négociées sans publication préalable d'un avis de marché).

[12] Ce paragraphe est nouveau. Les dispositions qu'il contient reflètent la décision prise par le Groupe de travail à sa quatorzième session (A/CN.9/664, par. 72).

[13] Ce paragraphe est nouveau. Il est fondé sur les dispositions de l'article 36-1 et 4 de la Loi type de 1994, modifiées pour tenir compte de l'introduction d'un délai d'attente et des dispositions relatives au recours du chapitre VII de la Loi type révisée.

[14] Voir le texte actuel du Guide pour l'incorporation sur le paragraphe 5 de l'article 36 expliquant pourquoi les effets des actes juridiques en application du présent article sont liés à l'expédition plutôt qu'à la réception de l'avis.

[15] Ce paragraphe est fondé sur les dispositions de la première phrase de l'article 36-4 de la Loi type de 1994, modifiées pour tenir compte des propositions de révision de la Loi type. La deuxième phrase de l'article 36-4 a été déplacée au paragraphe 9 du présent article pour que la règle relative aux expéditions soit applicable non seulement à l'avis d'acceptation, mais à tous les avis envoyés par l'entité adjudicatrice en vertu du présent article.

b) À moins que le dossier de sollicitation ou des documents équivalents ne stipulent que le marché doit être approuvé par une autorité de tutelle, le marché entre en vigueur lorsqu'il est signé par le fournisseur ou l'entrepreneur concerné et par l'entité adjudicatrice (le ministère compétent). Entre le moment où l'avis d'acceptation est expédié au fournisseur ou l'entrepreneur concerné et l'entrée en vigueur du marché, ni l'entité adjudicatrice (le ministère compétent) ni le fournisseur ou l'entrepreneur ne prennent de mesures qui puissent compromettre l'entrée en vigueur du marché ou son exécution[16].

7) Lorsque le dossier de sollicitation ou des documents équivalents stipulent que le marché doit être approuvé par une autorité de tutelle, le marché n'entre pas en vigueur avant que l'approbation ne soit donnée. Le dossier de sollicitation ou les documents équivalents spécifient le délai jugé nécessaire, à compter de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir l'approbation. La non-obtention de l'approbation dans le délai ainsi spécifié n'entraîne pas une prorogation de la période de validité des soumissions spécifiée dans le dossier de sollicitation ou les documents équivalents ou de la période de validité de la garantie requise en application de l'article [14] de la présente Loi[17].

8) Si le fournisseur ou entrepreneur dont la soumission a été acceptée ne signe pas de marché écrit, lorsqu'il est invité à le faire, ou s'il ne fournit pas la garantie requise de bonne exécution du marché, l'entité adjudicatrice choisit la soumission à retenir, conformément aux dispositions applicables, parmi les soumissions valides restantes, étant entendu qu'elle conserve le droit, conformément à l'article [16-1], de rejeter toutes les soumissions restantes. Les dispositions du présent article s'appliquent alors au fournisseur ou à l'entrepreneur ayant présenté cette soumission[18].

9) Les avis visés dans le présent article sont expédiés lorsqu'ils sont dûment adressés ou envoyés et transmis de toute autre manière au fournisseur ou à l'entrepreneur, ou remis à une autorité compétente pour transmission au fournisseur ou à l'entrepreneur, par un moyen spécifié conformément à l'article [8] de la présente Loi[19].

10) Dès l'entrée en vigueur du marché et la présentation par le fournisseur ou l'entrepreneur d'une garantie de bonne exécution du marché, si une telle garantie est exigée, un avis d'attribution du marché, dans lequel sont indiqués le nom et

---

[16] Ce paragraphe est fondé sur l'article 36-2 de la Loi type de 1994, modifié pour tenir compte des propositions de révision de la Loi type.

[17] Ce paragraphe est fondé sur l'article 36-3 de la Loi type de 1994, modifié pour tenir compte des propositions de révision de la Loi type.

[18] Ce paragraphe est fondé sur l'article 36-5 de la Loi type de 1994, modifié pour tenir compte des propositions de révision de la Loi type.

[19] Ce paragraphe est fondé sur la deuxième phrase de l'article 36-4 de la Loi type de 1994, modifié pour tenir compte des propositions de révision de la Loi type. Ces dispositions font maintenant l'objet d'un paragraphe distinct, pour que la règle relative aux expéditions soit applicable non seulement à l'avis d'acceptation, mais à tous les avis envoyés par l'entité adjudicatrice en application du présent article.

l'adresse du fournisseur ou de l'entrepreneur ayant conclu le marché et le prix de ce dernier, est communiqué aux autres fournisseurs ou entrepreneurs[20].

11) Les dispositions du présent article s'appliquent, selon le cas, à la sélection de la ou des parties à un accord-cadre fermé conformément aux articles [...] de la présente Loi, ainsi qu'à l'attribution de marchés en vertu d'un accord-cadre ouvert ou fermé conformément aux articles [...] de la présente Loi[21].

Article 20. Publication des avis d'attribution de marché et d'accord-cadre[22]

1) Dès l'entrée en vigueur du marché ou la conclusion de l'accord-cadre, l'entité adjudicatrice publie promptement l'avis d'attribution du marché ou de l'accord-cadre, en précisant le nom du fournisseur ou de l'entrepreneur auquel le marché a été attribué ou, dans le cas d'un accord-cadre, le nom du (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) avec lequel (lesquels) l'accord-cadre a été conclu[23].

2) Les règlements en matière de passation des marchés peuvent indiquer les modalités de publication des avis visés au paragraphe 1[24].

3) Le paragraphe 1 n'est pas applicable aux marchés dont la valeur est inférieure à [...][25].

---

[20] Ce paragraphe est fondé sur l'article 36-6 de la Loi type de 1994, modifié pour tenir compte des propositions de révision de la Loi type.

[21] Ce paragraphe est nouveau et est fondé sur les dispositions de l'article 2 *ter* de la Directive 2007/66/CE de l'UE en date du 11 décembre 2007, sauf que la Directive de l'UE exige un délai de suspension uniquement pour les marchés conclus en vertu d'un accord-cadre avec mise en concurrence lors de la deuxième étape ou en vertu d'un système d'acquisition dynamique.

[22] Fondé sur l'article 14 de la Loi type de 1994, modifié pour tenir compte des révisions de la Loi type.

[23] Ce paragraphe est fondé sur l'article 14-1. Des dispositions relatives aux accords-cadres et à la divulgation du (des) noms du (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) ont été ajoutées. Voir A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 60. Le Groupe de travail voudra peut-être inclure d'autres modifications pour tenir compte des exigences en rapport avec les accords-cadres, ici ou dans les dispositions y relatives, comme le texte qui suit: "Lorsque le prix d'un marché conclu en vertu d'un accord-cadre dépasse [l'État adoptant indique un montant minimum [ou] le montant figurant dans les règlements en matière de passation de marchés], l'entité adjudicatrice publie promptement l'avis d'attribution du (des) marché(s). Elle publie également des avis [trimestriels] de tous les marchés attribués au titre d'un accord-cadre, suivant les mêmes modalités ou suivant toute autre modalité prévue dans l'accord-cadre."

[24] Reproduit l'article 14-2.

[25] Reproduit l'article 14-3.

Article 21. Confidentialité[26]

1) L'entité adjudicatrice traite les soumissions d'une manière qui évite la divulgation de leur contenu aux fournisseurs ou entrepreneurs en compétition.

2) Toutes discussions, communications et négociations ayant eu lieu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou un entrepreneur conformément aux articles du chapitre IV de la présente loi sont confidentielles. Sauf si la loi ou une décision judiciaire l'exige ou si le dossier de sollicitation ou des documents équivalents l'autorisent, aucune partie aux négociations ne divulgue à aucune autre personne des informations techniques, des informations relatives aux prix ou d'autres informations concernant les négociations sans le consentement de l'autre partie.

Article 22. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés[27]

1) L'entité adjudicatrice dresse un procès-verbal de la procédure de passation du marché où figurent, au minimum, les éléments d'information suivants:

a) Une brève description de l'objet du marché[28];

b) Le nom et l'adresse des fournisseurs ou des entrepreneurs ayant présenté des soumissions, et le nom et l'adresse du fournisseur ou de l'entrepreneur avec lequel le marché est conclu et le prix du marché[29];

c) La décision de l'entité adjudicatrice quant au moyen de communication à utiliser dans la procédure de passation[30];

d) Des renseignements relatifs aux qualifications, ou à l'insuffisance des qualifications, des fournisseurs ou des entrepreneurs qui ont présenté des soumissions[31];

e) S'ils sont connus de l'entité adjudicatrice, le prix ou le mode de détermination du prix et une récapitulation des autres principales conditions de chaque soumission ainsi que du marché[32];

---

[26] Cet article est nouveau et est fondé sur les dispositions de l'article 45 de la Loi type et la disposition type 24 des Dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé.

[27] Cet article est fondé sur l'article 11 de la Loi type de 1994, modifié pour tenir compte des propositions de révision de la Loi type. Le Groupe de travail a décidé de n'examiner l'article 11 dans son ensemble qu'une fois que toutes les autres modifications de la Loi type auraient été adoptées. Voir A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 61.

[28] Fondé sur l'article 11-1 a) de la Loi type de 1994, modifié pour tenir compte des nouvelles définitions proposées à l'article 2.

[29] Fondé sur l'article 11-1 b) de la Loi type de 1994, modifié pour tenir compte des nouvelles définitions proposées à l'article 2. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les modifications apportées à cet alinéa à la lumière des dispositions relatives aux accords-cadres.

[30] Ce nouvel alinéa est reproduit tel qu'il a été approuvé, à titre provisoire, par le Groupe de travail à sa neuvième session (alinéa b) *bis*, A/CN.9/595, par. 49 à 51).

[31] Fondé sur l'article 11-1 c) de la Loi type de 1994, modifié pour tenir compte des nouvelles définitions proposées à l'article 2.

f) Un résumé de l'évaluation et de la comparaison des soumissions, y compris l'application de toute marge de préférence conformément à l'article [12-4][33];

g) Si toutes les soumissions ont été rejetées en application de l'article [16] de la présente Loi, une déclaration motivée à cet effet, conformément à l'article [16-1][34];

h) Si une procédure de passation de marché autre que l'appel d'offres n'a pas abouti à la conclusion d'un marché, une déclaration indiquant les motifs du non-aboutissement de la procédure[35];

i) Les éléments d'information requis par les articles [17 et 18], si une soumission a été rejetée en application de ces dispositions[36];

j) L'exposé des motifs et des circonstances requis en application de l'article [7-9][37];

k) Dans une procédure de passation de marché impliquant le recours aux enchères électroniques inversées, des informations sur les motifs et les circonstances invoqués par l'entité pour justifier le recours à l'enchère, la date et l'heure d'ouverture et de clôture de l'enchère et [toute autre information que le Groupe de travail décide d'ajouter][38];

[l) Dans une procédure de passation de marché de services conformément au chapitre IV, l'exposé, requis en application de l'article 41-2, des motifs et des circonstances sur lesquels l'entité adjudicatrice s'est fondée pour justifier la procédure de sélection utilisée;][39]

m) Un résumé des demandes d'éclaircissements concernant la documentation de présélection, le dossier de sollicitation ou des documents équivalents, les réponses à ces demandes, ainsi qu'un résumé de toute modification de ces documents[40];

---

[32] Fondé sur l'article 11-1 d) de la Loi type de 1994, modifié pour tenir compte des nouvelles définitions proposées à l'article 2. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les modifications apportées à cet alinéa à la lumière des dispositions relatives aux accords-cadres.

[33] Fondé sur l'article 11-1 e) de la Loi type de 1994, modifié pour tenir compte des nouvelles définitions proposées à l'article 2.

[34] Fondé sur l'article 11-1 f) de la Loi type de 1994, modifié pour tenir compte des nouvelles définitions proposées à l'article 2.

[35] Reproduit l'article 11-1 g) de la Loi type de 1994.

[36] Fondé sur l'article 11-1 h) de la Loi type de 1994, modifié pour tenir compte des nouvelles définitions proposées à l'article 2. En outre, l'alinéa a été modifié pour tenir compte de l'introduction de l'article sur les soumissions anormalement basses (voir article 17 de la Loi type révisée).

[37] Fondé sur les alinéas 11-1 i), k) et l), qui ont été fusionnés pour tenir compte des dispositions du nouvel article 7 proposé.

[38] Ce nouvel alinéa est reproduit tel qu'il a été approuvé, à titre provisoire, par le Groupe de travail à ses onzième et douzième sessions (alinéa i) *bis*, A/CN.9/623, par. 100 et A/CN.9/640, par. 91). Le Groupe de travail doit examiner s'il souhaite ajouter d'autres informations pour remplacer les mots entre crochets.

[39] Reproduit l'article 11-1 j). À examiner en relation avec le chapitre IV.

[40] Fondé sur l'article 11-1 m) de la Loi type de 1994, modifié pour tenir compte des nouvelles

n) D'autres informations à faire figurer dans le procès-verbal conformément aux dispositions de la présente Loi[41].

2) Sous réserve des dispositions de l'article [32-3], la partie du procès-verbal visée aux alinéas [a) et b)] du paragraphe 1 du présent article est communiquée à toute personne qui le demande après qu'une soumission a été acceptée ou après que la procédure de passation de marché a pris fin sans aboutir à la conclusion d'un marché[42].

3) Sous réserve des dispositions de l'article [32-3], la partie du procès-verbal visée aux alinéas [d) à h) et m)] du paragraphe 1 du présent article est communiquée, à leur demande, aux fournisseurs ou aux entrepreneurs qui ont présenté une soumission, ou une demande de présélection, après qu'une soumission a été acceptée ou après que la procédure de passation de marché a pris fin sans aboutir à la conclusion d'un marché. Un tribunal compétent peut ordonner que la divulgation de la partie du procès-verbal visée aux alinéas [d) à f) et m)] soit faite plus tôt[43].

4) Sauf injonction d'un tribunal compétent, et sous réserve des conditions d'une telle injonction, l'entité adjudicatrice ne divulgue:

a) Aucune information dont la divulgation serait contraire à la loi, en compromettrait l'application, ne serait pas dans l'intérêt général, porterait atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des parties ou entraverait le libre jeu de la concurrence;

b) Aucune information relative à l'examen, à l'évaluation et à la comparaison des soumissions ainsi qu'au montant des soumissions, à l'exception du résumé mentionné à l'alinéa f) du paragraphe 1 du présent article[44].

5) L'entité adjudicatrice n'est pas tenue de verser des dommages-intérêts aux fournisseurs ou aux entrepreneurs pour la simple raison qu'elle n'a pas dressé de

---

définitions proposées à l'article 2. Une autre disposition devant tenir compte des informations à verser au dossier de la procédure de passation du marché en vertu de la Loi type révisée pourrait s'avérer nécessaire.

41 Le Groupe de travail voudra peut-être inclure une autre disposition spécifique, concernant par exemple les accords-cadres s'il décide que les contraintes technologiques peuvent limiter le nombre de fournisseurs qui peuvent être admis à un accord-cadre ouvert.

42 Fondé sur l'article 11-2 de la Loi type de 1994, dont les renvois ont été adaptés et qui a été modifié pour tenir compte des nouvelles définitions proposées à l'article 2.

43 Fondé sur les deux premières phrases de l'article 11-3 de la Loi type de 1994, dont les renvois ont été adaptés et qui a été modifié pour tenir compte des nouvelles définitions proposées à l'article 2. À la suite des propositions formulées à la douzième session du Groupe de travail (A/CN.9/640, par. 90), les dispositions restantes du paragraphe 3 ont été mises dans un nouveau paragraphe 4, ce qui a amené à renuméroter l'ancien paragraphe 4 en paragraphe 5. Les dispositions, telles que restructurées, ont été présentées au Groupe de travail, dans le document A/CN.9/WG.I/PW.59, afin qu'il les examine. Le Groupe de travail ne les a pas examinées en détail.

44 Fondé sur la dernière phrase de l'article 11-3 de la Loi type de 1994, dont les renvois ont été adaptés et qui a été modifié pour tenir compte des nouvelles définitions proposées à l'article 2. Voir la note de bas de page précédente pour plus d'informations.

procès-verbal de la procédure de passation de marché conformément au présent article[45].

CHAPITRE II. PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES[46]

SECTION I. SOLLICITATION D'OFFRES

Article 23. Appel d'offres national[47]

Dans le cas d'une sollicitation nationale en application de l'article [7-2 c)] de la présente Loi, l'entité adjudicatrice n'est pas tenue de recourir aux procédures prévues aux articles 14-1 c)[48], 24-2[49], 25 h) et i)[50] et 27 j), k) et s)[51] de la présente Loi[52].

Article 24. Procédures de sollicitation des offres[53]

1) L'entité adjudicatrice sollicite des offres en faisant publier une invitation à soumettre une offre dans ... (l'État adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel l'invitation à soumettre une offre doit être publiée).

2) L'invitation à soumettre une offre doit également être publiée, dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un journal de grande diffusion internationale ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle de grande diffusion internationale[54].

---

45 Reproduit l'article 11-4 de la Loi type de 1994. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner cette disposition, reprise de l'article 11-4 de la Loi type, à la lumière des décisions qu'il aura prises concernant les voies de droit et l'exécution.

46 Les dispositions du chapitre II de la Loi type de 1994 ont été incluses dans l'article 7 et les articles pertinents des chapitres III et IV de la Loi type révisée. Le chapitre II reproduit les dispositions du chapitre III de la Loi type, sauf modification indiquée pour tenir compte des révisions apportées à la Loi type.

47 Fondé sur l'article 23 du texte de 1994, qui a été modifié pour tenir compte de l'article 7-2 c) de la Loi type révisée. Les renvois ont été mis à jour à la lumière des propositions de révision de la Loi type.

48 Correspond à la référence à l'article 32-1 c) dans l'article 23 de la Loi type de 1994.

49 Correspond à la référence au même article dans l'article 23 de la Loi type de 1994.

50 Correspond aux références aux articles 25-1 h) et 25-1 i) dans l'article 23 de la Loi type de 1994.

51 Correspond aux références aux articles 27 j), 27 k) et 27 s) dans l'article 23 de la Loi type de 1994.

52 Les références aux articles 25-2 c) et 25-2 d) dans l'article 23 de la Loi type de 1994 ont été intégrées dans les dispositions pertinentes de l'article 15 de la Loi type révisée, car elles portent sur la présélection.

53 Reproduit l'article 24 de la Loi type de 1994, à l'exception des dispositions relatives à l'invitation à présenter une demande de présélection, qui ont été intégrées dans les dispositions pertinentes de l'article 15 de la Loi type révisée.

54 Comme noté dans le document A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1, le Groupe de travail voudra peut-être inclure une définition de l'adjectif "internationale" (dans "publication internationale")

Article 25. Teneur de l'invitation à soumettre une offre[55]

L'invitation à soumettre une offre comporte, au minimum, les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) La nature, la quantité et le lieu de livraison des biens à fournir, la nature et l'emplacement des travaux à effectuer, ou la nature et l'emplacement des services à fournir, ou une combinaison adéquate de ces éléments[56];

c) Le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou pour l'achèvement des travaux, ou le calendrier pour la fourniture des services, ou une combinaison adéquate de ces éléments;

d) Les critères et procédures qui seront utilisés pour évaluer les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, conformément à l'article [10-1 b)];

e) Une déclaration, qui ne pourra être modifiée par la suite, indiquant que les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent participer à la procédure de passation de marché sans distinction de nationalité, ou une déclaration indiquant que la participation est limitée sur la base de la nationalité conformément à l'article [9-1], selon le cas;

f) Les modalités d'obtention du dossier de sollicitation et le lieu où il peut être obtenu;

g) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture du dossier de sollicitation;

h) La monnaie et les modalités de paiement du dossier de sollicitation;

i) La ou les langues dans lesquelles le dossier de sollicitation est disponible;

j) Le lieu et le délai de soumission des offres.

Article 26. Communication du dossier de sollicitation[57]

L'entité adjudicatrice fournit le dossier de sollicitation aux fournisseurs ou entrepreneurs, conformément aux procédures et conditions spécifiées dans l'invitation à soumettre une offre. Si une procédure de présélection a été ouverte, elle fournit le dossier de sollicitation à chaque fournisseur ou entrepreneur qui a été

---

pour simplifier la rédaction du présent article, et de l'article 7-7 c).

[55] Reproduit l'article 25 de la Loi type de 1994, à l'exception des dispositions relatives à la procédure de l'invitation à présenter une demande de présélection, qui ont été intégrées dans les dispositions pertinentes de l'article 15 de la Loi type révisée. D'autres modifications nécessaires ont été apportées à cet article.

[56] Cette formulation modifie légèrement le texte de 1994, afin d'y éliminer les références normatives aux marchés de biens, de travaux ou de services, on peut le voir dans le texte révisé de l'alinéa suivant.

[57] Reproduit l'article 26 de la Loi type de 1994, avec un changement indiqué dans le texte.

présélectionné [ou préalablement choisi][58] et qui, le cas échéant, en acquitte le prix. Le prix que l'entité adjudicatrice peut demander pour le dossier de sollicitation ne doit refléter que le coût de la distribution du dossier aux fournisseurs ou entrepreneurs.

Article 27. Teneur du dossier de sollicitation[59]

Le dossier de sollicitation comporte, au minimum, les renseignements suivants:

a) Des instructions pour l'établissement des offres;

b) Les critères et procédures, conformément aux dispositions de l'article [10], relatifs à l'évaluation des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et à la confirmation des qualifications en application de l'article [33-6];

c) Les pièces ou autres éléments d'information exigés des fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications;

[projet de nouvel alinéa d) à examiner]

d) La description de l'objet du marché, conformément à l'article [11][60]; la quantité de biens à fournir et/ou de services à exécuter; le lieu où les travaux doivent être effectués ou celui où les services doivent être fournis; et, le cas échéant, le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens, l'exécution des travaux ou la fourniture des services;

[ancien alinéa d) à supprimer]

"d) La nature, et les caractéristiques techniques et qualitatives que doivent présenter, conformément à l'article 16, les biens, les travaux ou les services requis, y compris, mais non pas exclusivement, les spécifications techniques, plans, dessins et modèles, selon le cas; la quantité de biens requis; tous services accessoires à exécuter; le lieu où les travaux doivent être effectués ou celui où les services doivent être fournis; et, le cas échéant, le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens, l'exécution des travaux ou la fourniture des services;"

[projet de nouvel alinéa e) à examiner]

e) Les critères d'évaluation en application de l'article [12][61];

[ancien alinéa e) à supprimer]

"e) Les critères dont l'entité adjudicatrice doit tenir compte pour déterminer l'offre à retenir, y compris toute marge de préférence et tous critères autres que le

---

[58] Modification apportée pour tenir compte des propositions de modification de l'article 15.

[59] Reproduit l'article 27 de la Loi type de 1994, avec des changements indiqués dans le texte et une mise à jour des renvois, pour tenir compte des propositions de révision de la Loi type.

[60] Changements apportés pour tenir compte de la nouvelle définition proposée à l'article 2 et des modifications de l'article 11.

[61] Changement apporté pour tenir compte du projet de nouvel article 12.

prix à utiliser conformément à l'article 34-4) b), c) ou d) et leur coefficient de pondération;"

[suite du texte de 1994, avec des changements indiqués]

f) Les clauses et conditions du marché, dans la mesure où elles sont déjà connues de l'entité adjudicatrice, et, le cas échéant, le document contractuel à signer par les parties;

g) Si des variantes par rapport aux caractéristiques de l'objet du marché[62], aux conditions contractuelles ou autres conditions spécifiées dans le dossier de sollicitation sont autorisées, une mention le précisant et une description de la manière dont les offres comportant de telles variantes seront évaluées et comparées;

h) Si les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à soumettre des offres ne portant que sur une partie de l'objet du marché[63], une description de la partie ou des parties pour lesquelles des offres peuvent être soumises;

i) La manière dont le prix des offres doit être formulé et exprimé, y compris une mention indiquant si le prix doit couvrir des éléments autres que le coût de l'objet du marché[64], tels que tous frais de transport et d'assurance, droits de douane et taxes applicables;

j) La ou les monnaies dans lesquelles le prix des offres doit être formulé et exprimé;

k) La ou les langues, conformément à l'article [29], dans lesquelles les offres doivent être établies;

l) Toute stipulation de l'entité adjudicatrice en ce qui concerne l'émetteur, ainsi que la nature, la forme, le montant et les autres conditions principales de toute garantie de soumission exigée des fournisseurs ou entrepreneurs soumettant des offres en application de l'article 14[65], et toute stipulation concernant toute garantie de bonne exécution du marché exigée du fournisseur ou entrepreneur avec lequel le marché est conclu, y compris des garanties telles que les cautionnements sur la main d'œuvre et sur les matériaux;

m) Si les fournisseurs ou entrepreneurs ne sont pas autorisés à modifier ou retirer leur offre avant la date limite de soumission des offres sans perdre leur garantie de soumission, une mention le précisant;

n) Le mode, le lieu et la date limite de soumission des offres, conformément à l'article [30];

o) Les modalités selon lesquelles, en application de l'article [28], les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur le dossier de sollicitation, et une mention indiquant si l'entité adjudicatrice a l'intention, à ce stade, d'organiser une réunion de fournisseurs ou entrepreneurs;

---

[62] Changement apporté pour tenir compte de la nouvelle définition proposée à l'article 2.
[63] Ibid.
[64] Ibid.
[65] Changement apporté pour tenir compte du projet de nouvel article 14.

p) La période de validité des offres, conformément à l'article [31];

q) Le lieu, la date et l'heure d'ouverture des offres, conformément à l'article [32];

r) Les procédures à suivre pour l'ouverture et l'examen des offres;

s) La monnaie qui sera utilisée pour l'évaluation et la comparaison des offres en application de l'article [33-5], et soit le taux de change qui sera appliqué pour la conversion des offres dans cette monnaie soit une mention précisant que sera appliqué le taux publié par un établissement financier donné en vigueur à une date donnée;

t) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation du marché[66];

u) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications au sujet de la procédure de passation du marché, sans l'intervention d'un intermédiaire;

v) Tout engagement devant être pris par le fournisseur ou entrepreneur extérieurement au marché, par exemple un engagement portant sur des échanges compensés ou sur le transfert de technologie;

w) Une notification du droit prévu à l'article [52] de la présente Loi d'engager une procédure de recours contre un acte, une décision ou une procédure illicites de l'entité adjudicatrice touchant la procédure de passation du marché;

x) Si l'entité adjudicatrice se réserve le droit de rejeter toutes les offres en application de l'article [16], une mention le précisant;

y) Les formalités qui devront être accomplies, une fois une offre acceptée, pour que le marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la signature d'un marché écrit en application de l'article [19] et l'approbation par une autorité de tutelle ou par le gouvernement, ainsi que le laps de temps sur lequel il faudra compter, à la suite de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation;

z) Toutes autres règles arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la soumission des offres et d'autres aspects de la procédure de passation du marché.

---

[66] La partie suivante de la phrase a été supprimée dans cet alinéa: "étant entendu, toutefois, que l'omission de toute référence de cet ordre ne constituera pas un motif de recours sur le fondement de l'article 52 ni n'engagera la responsabilité de l'entité adjudicatrice" compte tenu de la suppression du deuxième paragraphe de l'article 52 de la Loi type de 1994 énonçant les exceptions au recours (l'alinéa f)) de ce paragraphe faisait référence à l'article 27 t) (voir A/CN.9/664, par. 27).

Article 28. Clarification et modification du dossier de sollicitation[67]

1) Tout fournisseur ou entrepreneur peut adresser à l'entité adjudicatrice une demande d'éclaircissements sur le dossier de sollicitation. L'entité adjudicatrice y répond s'il reste un laps de temps raisonnable entre la réception de la demande et la date limite de soumission des offres. Elle donne sa réponse dans un délai raisonnable de façon à permettre au fournisseur ou entrepreneur de soumettre son offre en temps utile et, sans indiquer l'origine de la demande, communique les éclaircissements à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels elle a adressé le dossier de sollicitation.

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

3) Si elle convoque une réunion de fournisseurs ou entrepreneurs, l'entité adjudicatrice dresse un procès-verbal de la réunion dans lequel elle indique les demandes d'éclaircissements présentées à la réunion au sujet du dossier de sollicitation, et ses réponses à ces demandes, sans préciser l'origine de ces dernières. Le procès-verbal est communiqué promptement à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a adressé le dossier de sollicitation, afin qu'ils puissent en tenir compte pour l'établissement de leurs offres.

SECTION II. SOUMISSION DES OFFRES

Article 29. Langue des offres[68]

Les offres peuvent être formulées et soumises dans toute langue dans laquelle le dossier de sollicitation a été publié ou dans toute autre langue spécifiée par l'entité adjudicatrice dans le dossier de sollicitation.

Article 30. Soumission des offres[69]

1) L'entité adjudicatrice fixe le lieu de soumission des offres ainsi qu'une date et une heure précises qui constituent la date limite pour la soumission des offres.

2) Si, conformément à l'article [28], elle publie une clarification ou une modification du dossier de sollicitation, ou si une réunion de fournisseurs ou entrepreneurs a lieu, l'entité adjudicatrice, avant la date limite de soumission des

---

[67] Reproduit l'article 28 de la Loi type de 1994.

[68] Reproduit l'article 29 de la Loi type de 1994. Le Groupe de travail voudra peut-être fusionner cet article avec le nouvel article 13 proposé (article 17 de la Loi type de 1994), afin que la règle s'applique à toutes les soumissions et non pas uniquement aux offres.

[69] Reproduit l'article 30 de la Loi type de 1994.

offres, reporte si nécessaire cette date afin que les fournisseurs ou entrepreneurs disposent d'un délai raisonnable pour tenir compte dans leur offre de la clarification ou de la modification, ou du procès-verbal de la réunion.

3) L'entité adjudicatrice peut, à son gré, avant la date limite de soumission des offres, reporter cette date si, en raison de circonstances indépendantes de leur volonté, un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs sont dans l'impossibilité de soumettre leur offre d'ici là.

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

5) a) Les offres sont soumises par écrit et sont signées; et:

i) Si elles sont sous forme papier, sont placées dans une enveloppe scellée; ou

ii) Si elles se présentent sous une autre forme, respectent les exigences spécifiées par l'entité adjudicatrice, qui garantissent au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité, d'intégrité et de confidentialité;

b) L'entité adjudicatrice délivre aux fournisseurs ou entrepreneurs un reçu indiquant la date et l'heure auxquelles leur offre a été reçue;

c) L'entité adjudicatrice préserve la sécurité, l'intégrité et la confidentialité des offres et veille à ce que le contenu des offres ne soit examiné qu'après leur ouverture conformément à la présente Loi[70].

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 31. Période de validité des offres; modification et retrait des offres[71]

1) Les offres restent valides pendant la période spécifiée dans le dossier de sollicitation.

2) a) Avant l'expiration de la période de validité des offres, l'entité adjudicatrice peut demander aux fournisseurs ou entrepreneurs une prorogation jusqu'à une date qu'elle spécifie. Tout fournisseur ou entrepreneur peut refuser cette prorogation sans perdre sa garantie de soumission, et son offre cessera d'être valide à l'expiration de la période de validité non prorogée;

b) Les fournisseurs ou entrepreneurs qui acceptent de proroger la période de validité de leur offre prorogent ou font proroger la période de validité de leur garantie de soumission ou fournissent une nouvelle garantie portant sur la période

---

[70] Le texte du cinquième paragraphe du présent article est reproduit tel qu'il a été approuvé, à titre provisoire, par le Groupe de travail à sa douzième session (voir A/CN.9/640, par. 28).

[71] Reproduit l'article 31 de la Loi type de 1994, le terme "tender securities" étant remplacé par le terme "submission securities" dans la version anglaise, pour tenir compte de la nouvelle définition proposée au projet d'article 2 e).

supplémentaire de validité de leur offre. Tout fournisseur ou entrepreneur dont la garantie de soumission n'est pas prorogée ou qui n'a pas fourni de nouvelle garantie de soumission est réputé avoir refusé la prorogation de la période de validité de son offre.

3) Sauf stipulation contraire du dossier de sollicitation, tout fournisseur ou entrepreneur peut modifier ou retirer son offre avant la date limite de soumission des offres sans perdre sa garantie de soumission. La modification ou l'avis de retrait prennent effet si l'entité adjudicatrice les reçoit avant la date limite de soumission des offres.

[L'article 32. Garanties de soumission est proposé comme projet d'article 14. Garanties, et a été placé dans le chapitre premier. Dispositions générales, afin que ses dispositions s'appliquent à toutes les méthodes de passation][72]

SECTION III. ÉVALUATION ET COMPARAISON DES OFFRES

Article 32. Ouverture des offres[73]

1) Les offres sont ouvertes au moment indiqué dans le dossier de sollicitation comme étant la date limite de soumission des offres, ou à la date spécifiée en cas de report de la date limite initiale, au lieu et selon les modalités spécifiées dans le dossier.

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. Les fournisseurs ou entrepreneurs sont réputés avoir été autorisés à être présents à l'ouverture des offres si la possibilité leur a été donnée d'être pleinement informés de l'ouverture des offres en direct[74].

3) Le nom et l'adresse de chaque fournisseur ou entrepreneur dont l'offre est ouverte, ainsi que le prix soumissionné, sont annoncés aux personnes présentes à l'ouverture des offres, communiqués, sur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis une offre mais n'étaient ni présents ni représentés à l'ouverture des offres, et consignés immédiatement au procès-verbal de la procédure d'appel d'offres prévu à l'article [22].

---

[72] Voir A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 57 c).

[73] Reproduit l'article 33 de la Loi type de 1994, sauf modifications indiquées et mise à jour des renvois.

[74] Le texte du deuxième paragraphe du présent article est reproduit tel qu'il a été approuvé, à titre provisoire, par le Groupe de travail à sa douzième session (voir A/CN.9/640, par. 38).

Article 33. Examen, évaluation et comparaison des offres[75]

1) a) L'entité adjudicatrice peut prier un fournisseur ou un entrepreneur de donner des éclaircissements sur son offre[76], afin d'en faciliter l'examen, l'évaluation et la comparaison. Aucune modification quant au fond, notamment une modification du prix ou des modifications visant à rendre conforme une offre non conforme, ne sera demandée, proposée ni autorisée;

b) Nonobstant les dispositions de l'alinéa a) du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice corrige les erreurs purement arithmétiques qui sont découvertes durant l'examen des offres. Elle avise promptement de ces corrections le fournisseur ou entrepreneur qui a soumis l'offre.

2) a) Sous réserve des dispositions de l'alinéa b) du présent paragraphe, 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[77];

b) L'entité adjudicatrice peut considérer une offre comme conforme même si celle-ci comporte des écarts mineurs qui ne modifient pas essentiellement les caractéristiques, conditions et autres stipulations énoncées dans le dossier de sollicitation ou si elle comporte des erreurs ou des oublis qui peuvent être corrigés sans modifier l'offre quant au fond. Ces écarts sont quantifiés, dans la mesure du possible, et dûment pris en compte lors de l'évaluation et de la comparaison des offres.

3) L'entité adjudicatrice rejette une offre[78]:

a) Si le fournisseur ou entrepreneur qui l'a soumise n'a pas les qualifications requises;

b) Si le fournisseur ou entrepreneur qui l'a soumise n'accepte pas qu'une erreur arithmétique soit corrigée en application du paragraphe 1 b) du présent article;

c) Si l'offre n'est pas conforme[79];

d) Dans les circonstances visées aux articles [17 et 18][80].

4) a) L'entité adjudicatrice évalue et compare les offres qui n'ont pas été rejetées[81] afin de déterminer l'offre à retenir, telle qu'elle est définie à l'alinéa b) du

---

[75] Reproduit l'article 34 de la Loi type de 1994, sauf modifications indiquées et mise à jour des renvois.

[76] Auparavant, se lisait "L'entité adjudicatrice peut prier les fournisseurs ou entrepreneurs de donner des éclaircissements sur leur offre".

[77] Auparavant, la version anglaise se lisait "tender solicitation documents".

[78] Le mot "rejette" vient remplacer les mots "n'accepte pas" pour tenir compte de l'utilisation du mot "accepte" dans la Loi type dans le contexte de l'acceptation de la soumission à retenir en vue de la conclusion d'un marché en application de l'article 19 de la Loi type révisée (article 36 de la Loi type de 1994).

[79] Le Groupe de travail voudra peut-être inclure une référence à l'article 11 proposé.

[80] Auparavant, il était uniquement fait référence à l'article 15 sur l'incitation. La version révisée couvre également le cas des soumissions anormalement basses (article 17 de la Loi type révisée).

présent paragraphe, conformément aux procédures et critères énoncés dans le dossier de sollicitation. Aucun critère qui ne figure pas dans le dossier de sollicitation ne peut être utilisé;

b) L'offre à retenir est:

i) L'offre proposant le prix le plus bas, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'article [12]; ou

ii) Si l'entité adjudicatrice l'a stipulé dans le dossier de sollicitation, l'offre la plus basse selon les critères d'évaluation spécifiés dans le dossier de sollicitation conformément à l'article [12][82].

[les anciens alinéas c) et d) ont été supprimés pour tenir compte du nouvel article 12 proposé]

5) Lorsque les prix soumissionnés sont exprimés dans deux monnaies ou plus, ils sont, pour toutes les offres, convertis dans la même monnaie, conformément au taux spécifié dans le dossier de sollicitation en application de l'alinéa s) de l'article [27], aux fins de l'évaluation et de la comparaison des offres.

6) Qu'elle ait ou non ouvert une procédure de présélection en application de l'article [15], l'entité adjudicatrice peut exiger du fournisseur ou entrepreneur ayant soumis l'offre dont il a été déterminé qu'elle est l'offre à retenir conformément au paragraphe 4 b) du présent article, qu'il confirme ses qualifications selon des critères et procédures conformes aux dispositions de l'article [10]. Les critères et procédures à appliquer pour cette confirmation sont énoncés dans le dossier de sollicitation. Si une procédure de présélection a été ouverte, les critères sont ceux qui ont été utilisés dans cette procédure.

7) Si le fournisseur ou entrepreneur ayant soumis l'offre à retenir est prié de confirmer ses qualifications conformément au paragraphe 6 du présent article, mais ne donne pas suite à cette demande, l'entité adjudicatrice rejette cette offre et en retient une autre, conformément au paragraphe 4 du présent article, parmi les offres restantes, étant entendu qu'elle se réserve le droit, conformément à l'article [16-1], de rejeter toutes les offres restantes.

8) Les informations relatives à l'examen, à la clarification, à l'évaluation et à la comparaison des offres ne sont pas révélées aux fournisseurs ou entrepreneurs, ni à toute autre personne ne participant pas officiellement à l'examen, à l'évaluation ou à la comparaison des offres et n'intervenant pas dans le choix de l'offre à retenir, sous réserve des dispositions des articles [19 et 22][83].

---

[81] Les mots "n'ont pas été rejetées" ont remplacé les mots "ont été acceptées". Voir note de bas de page 75.

[82] L'alinéa b) a été modifié pour tenir compte du nouvel article 12 proposé.

[83] Dans la Loi type de 1994, il était uniquement fait référence à l'article 11 sur le procès-verbal de la procédure de passation des marchés. Dans les dispositions révisées, la référence à l'article 19 a été ajoutée pour tenir compte de la nouvelle formulation de cet article.

Article 34. Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs[84]

Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur au sujet d'une offre soumise par ledit fournisseur ou entrepreneur.

[84] Reproduit l'article 35 de la Loi type de 1994.

A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.3 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa quinzième session

ADDITIF

La présente note contient les chapitres III (Conditions d'utilisation et procédures concernant l'appel d'offres restreint, le système de la double enveloppe et la sollicitation de prix), IV (Conditions d'utilisation et procédures concernant l'appel d'offres en deux étapes, la sollicitation de propositions et la négociation avec appel à la concurrence) et V (Conditions d'utilisation et procédures concernant les enchères électroniques inversées) d'un texte révisé de la Loi type.

Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il devrait examiner le chapitre IV au stade actuel, pour les raisons énoncées dans le document A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 70.

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes de bas de page.

CHAPITRE III. CONDITIONS D'UTILISATION ET PROCÉDURES CONCERNANT L'APPEL D'OFFRES RESTREINT, LE SYSTÈME DE LA DOUBLE ENVELOPPE ET LA SOLLICITATION DE PRIX

Article 35. Appel d'offres restreint

OPTION 1[1]

1) [Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation)], l'entité adjudicatrice peut, si cela est nécessaire pour des raisons d'économie et d'efficacité, avoir recours à la procédure de l'appel d'offres restreint conformément au présent article, lorsque:

a) L'objet du marché, de par sa nature extrêmement complexe ou spécialisée, n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs; ou

---

[1] Fondé sur les articles 20 et 47 fusionnés, avec les modifications découlant des nouvelles définitions proposées à l'article 2, une actualisation des renvois et les autres changements indiqués. Le paragraphe 1 est fondé sur l'article 20 et les paragraphes 2 à 4 sur l'article 47 de la Loi type de 1994.

b) Le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché.

2) a) Lorsque l'entité adjudicatrice lance un appel d'offres restreint pour des motifs visés à l'alinéa a) du paragraphe 1, elle sollicite des offres de tous les fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels l'objet du marché peut être obtenu;

b) Lorsque l'entité adjudicatrice lance un appel d'offres restreint pour des motifs visés à l'alinéa b) du paragraphe 1 du présent article, elle sélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels elle sollicitera des offres de manière non discriminatoire et elle retient un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une concurrence véritable.

3) L'entité adjudicatrice fait publier un avis d'appel d'offres restreint dans ... (l'État adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel l'avis doit être publié). Ledit avis ne confère aucun droit aux fournisseurs ou entrepreneurs et, en particulier, il ne les autorise pas à exiger qu'une offre soit évaluée[2].

4) Les dispositions du chapitre II de la présente Loi, à l'exception de l'article [24], s'appliquent à la procédure d'appel d'offres restreint, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.

OPTION 2[3]

1) [Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation)], l'entité adjudicatrice peut, si cela est nécessaire pour des raisons d'économie et d'efficacité, avoir recours à la procédure de l'appel d'offres restreint conformément au présent article, lorsque le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché.

2) L'entité adjudicatrice sélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels elle sollicitera des offres de manière non discriminatoire et elle retient un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une concurrence véritable.

3) L'entité adjudicatrice fait publier un avis d'appel d'offres restreint dans ... (l'État adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel l'avis doit être publié). Ledit avis ne confère aucun droit aux fournisseurs ou entrepreneurs et, en particulier, il ne les autorise pas à exiger qu'une offre soit évaluée.

---

[2] La deuxième phrase a été ajoutée pour tenir compte des considérations soulevées au par. 39 du document A/CN.9/WG.I/WP.66. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les incidences de cette disposition en relation avec les articles révisés relatifs aux voies de droit et à l'exécution, au chapitre VII de la Loi type révisée.

[3] Les raisons de proposer l'option 2 sont indiquées aux par. 38 à 40 du document A/CN.9/WG.I/WP.66.

4) Les dispositions du chapitre II de la présente Loi, à l'exception de l'article [24], s'appliquent à la procédure d'appel d'offres restreint, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.

[Article 36. [Système de la double enveloppe][4]

1) [Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation)], l'entité adjudicatrice peut avoir recours au système de la double enveloppe conformément au présent article, afin de solliciter des propositions concernant les différentes possibilités de répondre à ses besoins et d'obtenir la solution la plus satisfaisante[5].

2) L'entité adjudicatrice peut solliciter des propositions par le biais de la sollicitation ouverte ou, dans les cas mentionnés à l'article [35-1], de la sollicitation directe[6].

3) En cas de sollicitation ouverte, les dispositions du chapitre II de la présente Loi, à l'exception de l'article [32-2 et 3], s'appliquent à la procédure en vertu du présent article, sauf dans la mesure où celui-ci déroge auxdites dispositions[7].

4) En cas de sollicitation directe, les dispositions du chapitre II de la présente Loi, à l'exception des articles [24 et 32] et des dispositions de l'article [35-2 et 3], s'appliquent à la procédure en vertu du présent article, sauf dans la mesure où celui-ci déroge auxdites dispositions[8].

5) L'entité adjudicatrice fixe un seuil concernant la qualité et les aspects techniques des propositions au regard des critères d'évaluation autres que le prix énoncés dans le dossier de sollicitation, conformément à l'article 12 de la présente Loi, et note chaque proposition sur la base de ces critères et des coefficients de pondération et modalités d'application de ces critères indiqués dans le dossier de

---

[4] Le titre proposé pour ce projet d'article est nouveau et reflète le fait qu'il s'agit d'un processus d'évaluation en deux étapes. Toutefois, son contenu s'inspire étroitement de l'article 42 et des autres dispositions pertinentes du chapitre IV de la Loi type de 1994, à savoir la procédure de sollicitation de propositions sans négociation pour la passation de marchés de services. Le Groupe de travail est invité à examiner dans quelle mesure cette méthode de passation diffère de l'appel d'offres (si elle commence par une annonce publique) ou de l'appel d'offres restreint (si elle commence en l'absence d'une telle annonce), si ce n'est que les critères d'évaluation peuvent inclure les qualifications des fournisseurs, conformément à l'article 39-1 du texte de 1994. L'article 42 de la Loi type de 1994 exige que l'entité adjudicatrice fixe un seuil concernant la qualité et les aspects techniques, qui sert surtout à fixer les critères de conformité, et qu'elle compare les prix des propositions conformément à des critères d'évaluation prédéterminés (y compris le prix). Le Groupe de travail estimera peut-être que cela revient au même que le processus d'évaluation et de comparaison des offres selon l'article 36 de la Loi type de 1994. Par conséquent, il voudra peut-être examiner si cette procédure est nécessaire autrement que pour la passation de marchés de services et, le cas échéant, si le besoin de critères d'évaluation tel qu'il est décrit ci-dessus pourrait être intégré dans d'autres méthodes de passation.

[5] Fondé sur l'article 19-1 a) i) de la Loi type de 1994.

[6] Fondé sur les dispositions de l'article 37 de la Loi type de 1994.

[7] Inspiré du chapitre IV de la Loi type de 1994.

[8] Ibid.

sollicitation. Elle compare alors les prix des propositions qui ont obtenu une note équivalente ou supérieure au seuil[9].

6) La proposition à retenir est alors:

a) La proposition offrant le prix le plus bas; ou

b) La proposition recueillant la meilleure évaluation compte tenu à la fois des critères autres que le prix visés au paragraphe 5 du présent article et du prix [10].]

Article 37. Sollicitation de prix[11]

1) [Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation)], l'entité adjudicatrice peut avoir recours à la procédure de sollicitation de prix conformément au présent article pour se procurer des [objets/articles ou des services] immédiatement disponibles qui ne sont pas produits ou fournis spécialement pour répondre à ses [spécifications ou conditions] particulières et pour lesquels il existe un marché, à condition que la valeur estimée du marché soit inférieure au montant spécifié dans les règlements en matière de passation des marchés[12].

2) Il est interdit à l'entité adjudicatrice de scinder le marché afin de pouvoir invoquer les dispositions du paragraphe 1 du présent article.

3) L'entité adjudicatrice sollicite des prix auprès d'un aussi grand nombre de fournisseurs ou entrepreneurs que possible et auprès d'au moins trois si possible. Chaque fournisseur ou entrepreneur auquel est adressée une sollicitation de prix est avisé lorsque des éléments autres que les frais pour les [objets/articles ou services] eux-mêmes, tels que tous frais de transport ou d'assurance, droits de douane et taxes applicables, doivent être inclus dans le prix.

4) Chaque fournisseur ou entrepreneur n'est autorisé à donner qu'un seul prix et n'est pas autorisé à le modifier. Il ne peut pas y avoir de négociations entre l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou entrepreneur au sujet d'un prix donné par ledit fournisseur ou entrepreneur.

5) L'offre à retenir est l'offre au prix le plus bas répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice[13].

---

[9] Fondé sur l'article 42-1 de la Loi type de 1994.

[10] Fondé sur l'article 42-2 de la Loi type de 1994.

[11] Fondé sur les articles 21 et 50 de la Loi type de 1994, les changements étant indiqués.

[12] Les termes entre crochets ont été modifiés par rapport au texte de 1994 pour couvrir tous les types de marchés standardisés ou communs qui ne sont pas adaptés au moyen de spécifications ou de conditions techniques.

[13] Changement apporté pour tenir compte du nouvel article 19 proposé et de la nouvelle définition proposée de la "soumission à retenir" à l'article 2. Il vise à harmoniser les dispositions de la Loi type concernant les soumissions à retenir, leur acceptation par l'entité adjudicatrice, un délai d'attente et l'entrée en vigueur du marché. Le texte de la Loi type de 1994 n'est pas cohérent à cet égard.

[CHAPITRE IV. CONDITIONS D'UTILISATION ET PROCÉDURES CONCERNANT L'APPEL D'OFFRES EN DEUX ÉTAPES, LA SOLLICITATION DE PROPOSITIONS ET LA NÉGOCIATION AVEC APPEL À LA CONCURRENCE [Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il convient de revoir ce chapitre au stade actuel de son examen de la Loi type][14]

Article 38. Conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions ou de la négociation avec appel à la concurrence[15]

1) [Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation)], l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation de marché en recourant à l'appel d'offres en deux étapes, à la sollicitation de propositions ou à la négociation avec appel à la concurrence, dans les circonstances suivantes:

a) L'entité adjudicatrice est dans l'impossibilité de formuler des spécifications détaillées pour l'objet du marché, ou de définir les caractéristiques qu'il doit posséder conformément à l'article [11] et, afin de trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins,

i) Elle sollicite des offres ou des propositions concernant les différentes possibilités de répondre à ses besoins; et[16]

ii) En raison du caractère technique ou de la nature de l'objet du marché, elle doit négocier avec les fournisseurs ou entrepreneurs;

b) L'entité adjudicatrice souhaite conclure un marché à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sauf lorsque le marché prévoit la production d'articles dans des quantités suffisantes pour assurer leur viabilité commerciale ou amortir les frais de recherche-développement;

---

[14] Le Groupe de travail voudra peut-être rapprocher les dispositions du présent chapitre avec celles concernant les instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé. Voir A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 21, 22 et 70. C'est pourquoi le Groupe de travail voudra peut-être examiner les projets de révision une fois que ce processus aura été mené à bien.

[15] Fondé sur l'article 19 de la Loi type de 1994, avec des changements découlant des modifications qu'il est proposé d'apporter à la Loi type et de la suppression de la définition des "biens, travaux ou services".

[16] "Et" remplace "ou".

[projet de nouvel alinéa c)][17]

c) Dans le cas de marchés intéressant la défense ou la sécurité nationales, l'entité adjudicatrice conclut que la méthode choisie est celle qui convient le mieux pour la passation du marché; ou

[ancien alinéa c) à supprimer]

"c) L'entité adjudicatrice applique la présente Loi, conformément au paragraphe 3 de l'article premier, à la passation des marchés intéressant la défense ou la sécurité nationales et conclut que la méthode choisie est celle qui convient le mieux pour la passation du marché; ou"

[ancien alinéa d) à conserver]

d) Une procédure d'appel d'offres a été engagée, mais aucune offre n'a été soumise ou l'entité adjudicatrice a rejeté toutes les offres, en application des articles [16 à 18 ou 33-3], et juge improbable qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres aboutisse à la conclusion d'un marché.

[projet de nouveau paragraphe 2][18]

2) [Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation)], l'entité adjudicatrice peut avoir recours à la négociation avec appel à la concurrence également lorsqu'il y a besoin d'urgence de l'objet du marché et qu'il ne serait donc pas réaliste de recourir à la procédure d'appel d'offres ou à d'autres méthodes de passation des marchés à cause des retards que cela impliquerait, à condition que les circonstances qui sont à l'origine de l'urgence soient dues à un événement catastrophique, ou qu'elles n'aient pas pu être prévues par l'entité adjudicatrice, et ne résultent pas de manœuvres dilatoires de sa part.

[ancien paragraphe 2 à supprimer]

"2) (Sous réserve d'approbation par ... [l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation)], l'entité adjudicatrice peut avoir recours à la négociation avec appel à la concurrence également:

a) Lorsqu'il y a besoin d'urgence de l'objet du marché et que, de ce fait, il ne serait pas réaliste de recourir à la procédure d'appel d'offres, à condition que l'entité adjudicatrice n'ait pu prévoir les circonstances qui sont à l'origine de l'urgence et que celles-ci ne résultent pas de manœuvres dilatoires de sa part; ou

---

[17] Compte tenu de l'extension proposée de l'article premier. Le Groupe de travail estimera peut-être toutefois que cette formulation fournit un motif de recourir à ces méthodes de passation en plus de ceux qui sont prévus dans l'article 7 proposé, et qu'il faudrait donc, soit réviser l'article 7 pour tenir compte de cette formulation, soit modifier ou supprimer ce paragraphe proposé.

[18] Voir A/CN.9/WG.I/WP.66, par. 42 et 43.

b) Lorsqu'en raison d'un événement catastrophique, il y a besoin d'urgence de l'objet du marché, et qu'il ne serait donc pas réaliste de recourir à d'autres méthodes de passation des marchés à cause des retards que cela impliquerait."

Article 39. Appel d'offres en deux étapes[19]

1) Les dispositions du chapitre II de la présente Loi s'appliquent aux procédures d'appel d'offres en deux étapes, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.

2) Dans le dossier de sollicitation, les fournisseurs ou entrepreneurs sont priés de soumettre, durant la première étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, des offres initiales contenant leurs propositions, sans prix soumissionné. Le dossier de sollicitation peut solliciter des propositions en ce qui concerne tant les caractéristiques techniques, qualitatives ou autres de l'objet du marché que les conditions contractuelles de sa fourniture et, le cas échéant, les compétences et qualifications professionnelles et techniques des fournisseurs ou entrepreneurs.

3) L'entité adjudicatrice peut, durant la première étape, engager, avec tout fournisseur ou entrepreneur dont l'offre n'a pas été rejetée en application des articles [16 à 18 ou 33-3] des négociations au sujet de tout aspect de son offre.

4) Durant la deuxième étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, l'entité adjudicatrice invite les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre n'a pas été rejetée à soumettre des offres finales accompagnées de prix correspondant aux descriptions de l'objet du marché[20]. Lorsqu'elle définit ces descriptions[21], l'entité adjudicatrice peut supprimer ou modifier tout aspect, initialement prévu dans le dossier de sollicitation, des caractéristiques techniques ou qualitatives de l'objet du marché et tout critère initialement énoncé dans ce dossier pour l'évaluation et la comparaison des offres et pour la détermination de l'offre à retenir, et elle peut ajouter de nouvelles caractéristiques ou de nouveaux critères conformes à la présente Loi. Ces suppressions, modifications ou ajouts sont portés à la connaissance des fournisseurs ou entrepreneurs dans l'invitation à soumettre une offre définitive qui leur est adressée. Le fournisseur ou entrepreneur qui ne souhaite pas soumettre une offre définitive peut se retirer de la procédure d'appel d'offres sans perdre la garantie de soumission qu'il aura pu être tenu de fournir. Les offres définitives sont évaluées et comparées en vue de déterminer l'offre à retenir conformément à l'article [33-4 b)].

---

[19] Fondé sur l'article 46 de la Loi type de 1994.

[20] L'expression "descriptions de l'objet du marché" remplace le terme "spécifications" compte tenu de la nouvelle définition proposée à l'article 2.

[21] Ibid.

Article 40. Sollicitation de propositions[22]

1) La sollicitation de propositions est adressée à autant de fournisseurs ou entrepreneurs que possible, mais à trois au moins si possible[23].

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[24].

3) L'entité adjudicatrice établit les critères à utiliser pour évaluer les propositions et fixe le coefficient de pondération dont sera affecté chacun de ces critères et la manière dont ils seront appliqués pour évaluer les propositions. Ces critères doivent permettre d'évaluer:

a) La compétence relative du fournisseur ou entrepreneur en matière de technique et de gestion;

b) La mesure dans laquelle la proposition présentée par le fournisseur ou entrepreneur permet de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice; et

c) Le prix proposé par le fournisseur ou entrepreneur pour mettre en œuvre sa proposition et le coût de l'exploitation, de l'entretien et de la réparation des biens ou travaux proposés[25].

4) La sollicitation de propositions émise par l'entité adjudicatrice comporte, au minimum, les renseignements suivants[26]:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

---

[22] À réviser en s'inspirant des articles 43, 44 et 48 de la Loi type de 1994 et à aligner avec les dispositions pertinentes des instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé.

[23] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il convient de juxtaposer cet article et l'article suivant, et de modifier l'ordre des articles. Il voudra peut-être aussi examiner si, compte tenu de l'opinion selon laquelle un minimum de cinq participants peut être nécessaire pour assurer une véritable concurrence, la référence à trois participants est suffisante.

[24] Le Groupe de travail est invité à examiner l'effet de ce dernier énoncé compte tenu de la suppression des exceptions à la procédure de recours. L'une des exceptions mentionnées à l'article 52-2 de la Loi type de 1994 (al. e)) correspondait au refus de l'entité adjudicatrice de donner suite à une manifestation d'intérêt pour la participation à une procédure de sollicitation de propositions conformément à l'article 48-2. L'intention des rédacteurs de la Loi type de 1994 était d'exclure expressément ces cas de la procédure de recours et de la responsabilité de la part de l'entité adjudicatrice. Des considérations similaires s'appliquent au nouvel article 35-3 proposé.

[25] À supprimer compte tenu du nouvel article 12 proposé.

[26] Dans d'autres dispositions de la Loi type de 1994, les dispositions relatives à la teneur du dossier de sollicitation figurent avant les exigences relatives aux critères d'évaluation (voir par exemple les articles 38 et 39). Ce point est toutefois sans objet si le paragraphe 3 est supprimé.

b) La description des besoins que le marché devra satisfaire, y compris les paramètres techniques et autres auxquels la proposition doit se conformer, ainsi que, pour un marché de travaux, l'emplacement des travaux à effectuer et, pour un marché de services, le lieu où les services doivent être fournis[27];

c) Les critères d'évaluation de la proposition, exprimés, dans la mesure du possible, en termes monétaires, le coefficient de pondération dont sera affecté chacun de ces critères, et la manière dont ils seront appliqués pour l'évaluation de la proposition[28]; et

d) La forme sous laquelle la proposition doit être présentée et toutes instructions pertinentes, y compris les délais d'exécution éventuels.

5) Toute modification ou clarification de la sollicitation de propositions, y compris toute modification des critères d'évaluation des propositions visés au paragraphe 3 du présent article est communiquée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de sollicitation de propositions.

6) L'entité adjudicatrice traite toutes les propositions d'une manière qui permet d'éviter que leur contenu soit divulgué aux fournisseurs ou entrepreneurs en concurrence[29].

7) L'entité adjudicatrice peut négocier avec les fournisseurs ou entrepreneurs au sujet de leurs propositions et demander ou autoriser une modification de ces propositions, sous réserve que les conditions suivantes soient remplies:

a) Toute négociation entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur est confidentielle[30];

b) Sous réserve des dispositions de l'article [22][31], une partie aux négociations ne doit révéler à personne aucune information technique, aucune information relative au prix ni aucune autre information commerciale concernant les négociations, sans le consentement de l'autre partie[32];

c) La possibilité de participer aux négociations est donnée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des propositions qui n'ont pas été rejetées.

8) À l'issue des négociations, l'entité adjudicatrice prie tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui restent en compétition de soumettre, d'ici une date donnée, leur meilleure offre définitive couvrant tous les aspects de leurs propositions.

9) L'entité adjudicatrice applique les méthodes suivantes pour l'évaluation des propositions:

---

[27] À modifier compte tenu du nouvel article 11 proposé.
[28] À modifier compte tenu du nouvel article 12 proposé.
[29] À supprimer compte tenu du projet de nouvel article 21.
[30] Ibid.
[31] Référence à l'article exigeant un procès-verbal de la procédure de passation.
[32] Ibid.

a) Seuls les critères visés au paragraphe 3 du présent article qui sont énoncés dans la sollicitation de propositions sont pris en considération[33];

b) La mesure dans laquelle une proposition permet de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice est évaluée indépendamment du prix;

c) Le prix d'une proposition n'est pris en considération par l'entité adjudicatrice qu'une fois l'évaluation technique achevée.

10) L'entité adjudicatrice attribue le marché au fournisseur ou entrepreneur dont la proposition s'est avérée, sur la base des critères d'évaluation des propositions et des coefficients de pondération ainsi que des modalités d'application de ces critères spécifiés dans la sollicitation de propositions, être celle qui répond le mieux à ses besoins[34].

Article 41. Négociation avec appel à la concurrence[35]

1) Dans la procédure de négociation avec appel à la concurrence, l'entité adjudicatrice engage des négociations avec un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour qu'il y ait réellement concurrence.

2) Les conditions, directives, documents, éclaircissements ou autres éléments d'information relatifs aux négociations qui sont communiqués par l'entité adjudicatrice à un fournisseur ou entrepreneur sont communiqués également à tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs ayant engagé des négociations sur la passation du marché avec l'entité adjudicatrice.

3) Les négociations entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs sont confidentielles et, sous réserve des dispositions de l'article [22], une partie aux négociations ne doit révéler à personne aucune information technique, aucune information relative au prix ni aucune autre information commerciale concernant les négociations, sans le consentement de l'autre partie[36].

4) Une fois les négociations achevées, l'entité adjudicatrice demande aux fournisseurs ou entrepreneurs qui participent encore à la procédure de soumettre, à une date donnée, leur meilleure offre définitive concernant tous les aspects de leurs propositions. L'entité adjudicatrice sélectionne l'offre à retenir sur la base de ces meilleures offres définitives[37].

---

[33] À modifier compte tenu du nouvel article 12 proposé et de la manière dont ses dispositions devraient s'appliquer dans le contexte d'une passation de marchés négociée.

[34] À modifier compte tenu du nouvel article 19 proposé.

[35] Fondé sur l'article 49 de la Loi type de 1994.

[36] À supprimer compte tenu du nouvel article 21 proposé.

[37] La définition de la proposition à retenir devrait être ajoutée pour tenir compte de l'article 19 modifié proposé et de la nouvelle définition correspondante proposée à l'article 2. Voir également la note 33 ci-dessus.

CHAPITRE V. CONDITIONS D'UTILISATION ET PROCÉDURES CONCERNANT LES ENCHÈRES ÉLECTRONIQUES INVERSÉES

Article 42. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées[38]

1) L'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation de marché en recourant à une enchère électronique inversée ou utiliser une enchère électronique inversée pour déterminer la soumission à retenir dans d'autres méthodes de passation, selon le cas, conformément aux dispositions du présent chapitre et dans les conditions suivantes:

a) Lorsqu'il lui est possible de formuler des descriptions[39] détaillées et précises pour les [biens, les travaux ou les services/l'objet du marché][40];

b) Lorsqu'il y a un marché concurrentiel de fournisseurs ou d'entrepreneurs dont on pense qu'ils sont qualifiés pour participer à l'enchère électronique inversée de sorte qu'une concurrence effective soit assurée; et

c) Lorsque les critères à utiliser par l'entité adjudicatrice pour déterminer la soumission à retenir sont quantifiables et peuvent être exprimés en termes monétaires[41].

---

[38] Article tel que modifié à la douzième session du Groupe de travail (A/CN.9/640, par. 56 et 57, et A/CN.9/WG.I/WP.59, par. 3). Des modifications mineures ont été faites pour tenir compte des modifications qu'il est proposé d'apporter à la Loi type.

[39] Le mot "descriptions" a remplacé "spécifications" pour tenir compte de la nouvelle définition proposée aux articles 2 et 11.

[40] Compte tenu de la proposition de supprimer la définition des "biens, travaux ou services", le Groupe de travail voudra peut-être faire référence à l'"objet du marché", en notant que les enchères électroniques inversées seraient alors disponibles pour toutes les catégories de marchés, y compris les travaux et les services. Le Guide pour l'incorporation examinerait les catégories de marchés se prêtant à des enchères ou pour lesquelles celles-ci seraient appropriées, et inversement. Il est dit dans le projet de texte dont était saisi le Groupe de travail à sa douzième session (A/CN.9/WG.I/WP.55, par. 8) que certains États pourraient souhaiter exclure les marchés de travaux et de services. Le Guide note également que les enchères conviennent particulièrement à des marchés standardisés pour lesquels des facteurs qualitatifs simples peuvent être inclus dans la formule mathématique, que les fournisseurs peuvent réviser au cours des enchères, et précise qu'il est possible de donner des orientations supplémentaires concernant l'achat d'articles plus complexes par le biais d'enchères. Le Groupe de travail voudra peut-être donner des orientations pour aider les États à interpréter cette disposition, qui exclut les enchères pour les passations de marchés plus complexes recourant à d'autres méthodes, comme la sollicitation de propositions ou l'appel d'offres en deux étapes, et traiter de l'achat d'articles plus complexes pour lesquels les soumissionnaires auront peut-être des bases de coût différentes, ou des connaissances diverses sur les coûts communs, situation dans laquelle une enchère pourrait convenir dans certains systèmes bien développés.

[41] Le Guide pour l'incorporation pourrait également examiner ces qualifications à la lumière du projet de nouveaux critères d'évaluation à l'article 12, en se concentrant sur l'exclusion de critères qualitatifs subjectifs lors des enchères, plutôt que les critères de qualité proprement dits.

2) Les enchères électroniques inversées portent:

a) Sur le prix lorsque le marché doit être attribué au prix le plus bas; ou

b) Lorsque le marché doit être attribué à la soumission la plus basse résultant de l'évaluation, sur le prix et les autres critères à utiliser par l'entité adjudicatrice pour déterminer la soumission à retenir précisés conformément à l'article [12] et énoncés dans l'avis de l'enchère électronique inversée.

3) Lorsque le marché est attribué sur la base de la soumission la plus basse résultant de l'évaluation, l'enchère électronique inversée est précédée d'une évaluation de la conformité et d'une évaluation complète[42] des soumissions initiales conformément aux critères à utiliser par l'entité adjudicatrice pour déterminer la soumission à retenir et au coefficient de pondération de ces critères, spécifiés conformément à l'article [12] et énoncés dans l'avis de l'enchère électronique inversée. L'invitation à participer à l'enchère est accompagnée du résultat de l'évaluation de la conformité et de l'évaluation complète des soumissions initiales conformément aux dispositions de l'article [45-4][43].

Article 43. Procédures pour solliciter la participation à une procédure de passation impliquant le recours aux enchères électroniques inversées[44]

1) Lorsqu'une enchère électronique inversée doit être utilisée comme méthode de passation, l'entité adjudicatrice fait publier un avis d'enchère électronique inversée conformément aux procédures énoncées à l'article [24] de la présente Loi.

2) Nonobstant le paragraphe 1 du présent article, dans le cas d'une sollicitation interne en vertu de l'article [7-2 c)] de la présente Loi, l'entité adjudicatrice n'est pas tenue de recourir aux procédures prévues aux articles 14-1 c), 24-2, 25 h) et i) et 27 j), k) et s) de la présente Loi[45].

---

[42] La formulation antérieure mentionnait uniquement une "évaluation" ce qui, dans le contexte de la Loi type, correspond à une évaluation des offres. La notion de conformité a été introduite pour tenir compte du nouvel article 11 proposé (le Groupe de travail estimera peut-être qu'il devrait être fait référence à cet article). En vertu de l'article 44-2 ci-après, qui permet de limiter le nombre de soumissionnaires participant à une enchère, il y aura une évaluation concurrentielle pouvant conduire à l'exclusion de certaines offres et, dans d'autres cas, l'évaluation sera faite sans que des offres soient rejetées.

[43] Certains commentateurs ont noté que le fait d'autoriser à la fois les enchères fondées uniquement sur le prix ou sur le prix et d'autres critères rendait complexe la rédaction de ces dispositions. Il serait peut-être plus simple d'introduire une procédure distincte pour les enchères fondées sur le prix, et de restreindre les méthodes de passation qui peuvent s'accompagner d'enchères à celles pour lesquelles, par exemple, la description (y compris les spécifications) est définie dès le début. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner ces commentaires.

[44] Cet article est reproduit ici tel qu'il est présenté dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.59, par. 5 et A/CN.9/WG.I/WP.61, par. 17, compte tenu des délibérations du Groupe de travail à ce sujet à ses douzième et treizième sessions (A/CN.9/640, par. 62 à 89). Des changements mineurs ont été faits pour tenir compte des modifications qu'il est proposé d'apporter à la Loi type.

[45] Ce paragraphe a été ajouté pour tenir compte des exceptions dans le cas d'une sollicitation

3) Lorsqu'une enchère électronique inversée doit être utilisée dans une autre méthode de passation de marché, selon qu'il convient, l'entité adjudicatrice, lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à cette procédure, leur annonce qu'une enchère électronique inversée sera tenue.

Article 44. Teneur de l'avis d'enchère électronique inversée[46]

1) L'avis d'enchère électronique inversée comporte, au minimum, les renseignements suivants:

a) Les informations énoncées à l'article [25 a), d) et e) et à l'article 27 d), f), h) à j) et t) à y)];

b) Les critères à utiliser par l'entité adjudicatrice pour déterminer la soumission à retenir, y compris tous critères autres que le prix, le coefficient de pondération de tous les critères, la formule mathématique à utiliser dans la procédure d'évaluation et l'indication de tout critère ne pouvant pas être modifié pendant le déroulement de l'enchère[47];

c) La manière dont on pourra accéder à l'enchère électronique inversée, et les renseignements concernant le dispositif électronique utilisé et les spécifications techniques de connexion;

d) Les modalités et, si ces renseignements sont déjà déterminés, les délais d'inscription pour participer à l'enchère;

e) Les critères de clôture de l'enchère et, si ces renseignements sont déjà déterminés, la date et l'heure de l'ouverture de l'enchère;

f) Si l'enchère comportera une seule phase ou plusieurs (et, s'il y en a plusieurs, leur nombre et la durée de chacune d'entre elles); et

g) Les règles de conduite de l'enchère électronique inversée, ainsi que les informations qui seront mises à la disposition des soumissionnaires au cours de l'enchère et les conditions dans lesquelles ils peuvent enchérir.

2) L'entité adjudicatrice peut décider d'imposer un nombre minimum et/ou maximum de fournisseurs ou entrepreneurs à inviter à l'enchère si elle a la certitude que, ce faisant, elle assure qu'une concurrence effective et un traitement équitable seront maintenus. Dans ce cas, l'avis de l'enchère électronique inversée indique ce

---

interne. Il est semblable à l'article 23 de la Loi type.

[46] Cet article est reproduit tel qu'il est présenté dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.59, par. 5, et A/CN.9/WG.I/WP.61, par. 17, compte tenu des délibérations du Groupe de travail à ce sujet à ses douzième et treizième sessions (A/CN.9/640, par. 62 à 89). Des changements mineurs ont été faits pour tenir compte des modifications qu'il est proposé d'apporter à la Loi type.

[47] Des changements mineurs ont été apportés à ce paragraphe pour tenir compte des dispositions du projet d'article 12.

nombre et, lorsque c'est le maximum qui est imposé, les critères et la procédure qui seront utilisés pour le déterminer[48].

3) L'entité adjudicatrice peut décider de faire précéder l'enchère électronique inversée d'une présélection. Dans ce cas, l'avis de l'enchère électronique inversée contient une invitation à présenter une demande de présélection et comporte les informations énoncées à l'article [15-3].

4) L'entité adjudicatrice peut décider de faire précéder l'enchère électronique inversée d'une évaluation pour déterminer si les soumissions sont ou non conformes. Dans ce cas, l'avis de l'enchère électronique inversée contient une invitation à présenter des soumissions initiales et comporte les renseignements énoncés aux articles [25 f) à j) et 27 a), k) à s) et z)], ainsi que des informations sur les procédures utilisées pour cette évaluation.

5) Lorsqu'une évaluation complète des soumissions initiales (en plus d'une évaluation de la conformité) est requise conformément aux dispositions de l'article [42-3], l'avis de l'enchère électronique inversée contient une invitation à présenter des soumissions initiales et comporte les renseignements énoncés aux articles [25 f) à j) et 27 a), k) à s) et z)], ainsi que des informations sur les procédures utilisées pour cette évaluation.

Article 45. Invitation à participer à l'enchère électronique inversée[49]

1) Sous réserve des dispositions des paragraphes 2 à 4 du présent article, l'avis de l'enchère électronique inversée constitue une invitation à participer à l'enchère et doit être complet à tous égards, y compris en ce qui concerne les renseignements énoncés au paragraphe 5 du présent article.

2) Lorsqu'une limite a été imposée au nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs à inviter à l'enchère conformément à l'article [44-2], l'entité adjudicatrice envoie l'invitation à participer à l'enchère individuellement et simultanément à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs choisis, en fonction du nombre fixé et conformément aux critères et à la procédure spécifiés dans l'avis de l'enchère.

3) Lorsque l'enchère a été précédée d'une présélection des fournisseurs ou entrepreneurs conformément aux articles [15 et 44-3], l'entité adjudicatrice envoie l'invitation à participer à l'enchère individuellement et simultanément à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés [ou préalablement choisis] conformément à l'article [15] de la présente Loi.

---

[48] Si le Groupe de travail décide d'inclure des dispositions sur la présélection obligatoire dans certaines procédures dans la Loi type, et de prévoir une procédure spécifique pour limiter le nombre de personnes participant à une méthode de passation, il voudra peut-être examiner s'il est nécessaire d'harmoniser ces procédures et les procédures visant à limiter le nombre de soumissionnaires participant à une enchère. En outre, il voudra peut-être examiner si la possibilité d'éliminer certains soumissionnaires rendrait ces dispositions contradictoires par rapport aux règles générales relatives à certaines méthodes de passation, qui ne prévoient pas de possibilité d'exclusion de ce genre et qui peuvent comprendre une phase d'enchères.

[49] Ibid.

4) Lorsque l'enchère a été précédée d'une évaluation de la conformité ou d'une évaluation complète des soumissions initiales, conformément aux articles [26, 28 à 31, 32-1, 33-1 et 2 et 44-4 et 5], l'entité adjudicatrice envoie une invitation à participer à l'enchère individuellement et simultanément à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs sauf à ceux dont la soumission a été rejetée en application de l'article [33-3]. Elle avise chaque fournisseur ou entrepreneur concerné des résultats de l'évaluation de la conformité ou de l'évaluation complète de sa soumission initiale, selon le cas.

5) L'invitation à participer à l'enchère électronique inversée contient les renseignements suivants, à moins qu'ils ne figurent déjà dans l'avis de l'enchère:

a) Les délais que doivent respecter les fournisseurs et entrepreneurs invités pour participer à l'enchère;

b) La date et l'heure d'ouverture de l'enchère;

c) Les formalités d'inscription et d'identification des soumissionnaires lors de l'ouverture de l'enchère;

d) Des informations concernant la connexion individuelle au dispositif électronique utilisé; et

e) Toute autre information concernant l'enchère électronique inversée qui peut être nécessaire pour permettre au fournisseur ou à l'entrepreneur de participer à l'enchère.

6) L'entité adjudicatrice veille à ce que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à participer à l'enchère soit suffisant pour assurer une concurrence effective.

Article 46. Inscription pour participer à l'enchère électronique inversée et délai pour tenir l'enchère[50]

1) L'inscription d'un fournisseur ou d'un entrepreneur pour participer à l'enchère est confirmée rapidement et individuellement.

2) Si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui se sont inscrits pour participer à l'enchère est, de l'avis de l'entité adjudicatrice, insuffisant pour assurer une concurrence effective, l'entité adjudicatrice peut annuler l'enchère électronique inversée. Cette annulation est communiquée rapidement et individuellement à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs inscrits.

3) L'enchère ne débute pas avant l'expiration d'un délai adéquat à compter de la date de publication de l'avis de l'enchère électronique inversée ou, lorsque des invitations à participer à l'enchère sont envoyées, à compter de la date d'envoi des invitations à tous les fournisseurs ou entrepreneurs concernés. Ce délai est

---

[50] L'article est reproduit ici tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.I/WP.59, par. 5, compte tenu des délibérations du Groupe de travail à ce sujet à sa douzième session (A/CN.9/640, par. 62 à 89).

suffisamment long pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de se préparer à l'enchère.

Article 47. Exigences pendant la phase d'enchère proprement dite[51]

1) Au cours d'une enchère électronique inversée:

a) Tous les soumissionnaires ont en permanence et dans des conditions d'égalité la possibilité de présenter leurs soumissions;

b) Toutes les soumissions font l'objet d'une évaluation automatique conformément aux critères et aux autres renseignements pertinents inclus dans l'avis de l'enchère électronique inversée;

c) Chaque soumissionnaire doit recevoir instantanément et de façon continue pendant l'enchère des informations suffisantes pour lui permettre de déterminer la position de sa soumission par rapport aux autres[52];

d) Aucune communication n'est échangée entre l'entité adjudicatrice et les soumissionnaires ou entre les soumissionnaires, sauf conformément au paragraphe 1 a) et c) plus haut.

2) L'entité adjudicatrice ne révèle l'identité d'aucun soumissionnaire pendant l'enchère.

3) L'enchère est close suivant les critères énoncés dans l'avis de l'enchère électronique inversée[53].

4) L'entité adjudicatrice suspend l'enchère électronique inversée ou y met fin en cas de défaillance de son système de communication qui compromet le bon déroulement de l'enchère ou pour d'autres raisons énoncées dans les règles de conduite de l'enchère électronique inversée. L'entité adjudicatrice ne révèle l'identité d'aucun soumissionnaire lorsque l'enchère est suspendue ou qu'il y est mis fin.

---

[51] L'article est reproduit tel qu'il figure dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.59, par. 5, et A/CN.9/WG.I/WP.61, par. 17, compte tenu des délibérations du Groupe de travail à ce sujet à ses douzième et treizième sessions (A/CN.9/640, par. 62 à 89).

[52] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner l'étendue des informations dont cette disposition exigerait la divulgation, en plus de la formule et des résultats de l'évaluation initiale, par exemple des informations sur toutes les offres soumises pendant l'enchère, y compris leur note de qualité, et examiner si elles pourraient faciliter la collusion. Une autre formulation pourrait être de permettre au soumissionnaire de voir les informations relatives à son offre et, soit à l'offre la mieux placée ou à l'effort qu'il devrait faire pour que son offre devienne l'offre la mieux placée.

[53] Le Guide pour l'incorporation pourrait examiner certains types d'enchères qui ne sont pas actuellement envisagés dans ces dispositions, et les raisons pour lesquelles ces enchères pourraient ne pas être appropriées, notamment celles où le soumissionnaire le plus mal classé est éliminé à la fin de chaque tour.

[Projet de nouveau texte à examiner]

Article 48. Exigences après la phase d'enchère proprement dite[54]

1) La soumission dont il est établi, au moment de la clôture de l'enchère, qu'elle représente le prix le plus bas ou la soumission la plus basse résultant de l'évaluation, selon le cas, est la soumission à retenir[55].

2) Qu'elle ait ou non ouvert une procédure de présélection en application de l'article [15], l'entité adjudicatrice peut exiger du soumissionnaire ayant présenté la soumission dont il a été déterminé, au moment de la clôture de l'enchère, qu'elle est la soumission à retenir, qu'il confirme ses qualifications selon des critères et procédures conformes aux dispositions de l'article [10]. S'il ne le fait pas, l'entité adjudicatrice rejette la soumission. À moins qu'elle n'ait décidé, en application de l'article [16-1], de rejeter toutes les soumissions restantes, elle retient la soumission suivante la plus basse ou la soumission suivante la plus basse résultant de l'évaluation, au moment de la clôture de l'enchère, sous réserve que, le cas échéant, le soumissionnaire qui l'a présentée puisse confirmer ses qualifications.

3) Lorsqu'elle n'a pas évalué la conformité des soumissions initiales avant l'enchère, l'entité adjudicatrice évalue après l'enchère la conformité de la soumission dont il a été déterminé, au moment de la clôture de l'enchère, qu'elle est la soumission à retenir. Elle rejette la soumission si elle la juge non conforme. À moins qu'elle n'ait décidé, en application de l'article [16-1], de rejeter toutes les soumissions restantes, elle retient la soumission suivante la plus basse ou la soumission suivante la plus basse résultant de l'évaluation, au moment de la clôture de l'enchère, sous réserve qu'elle soit jugée conforme.

4) L'entité adjudicatrice peut procéder de la manière décrite dans l'article [17] si la soumission dont il a été déterminé, au moment de la clôture de l'enchère, qu'elle est la soumission à retenir suscite des craintes quant à l'aptitude du soumissionnaire qui l'a présentée à exécuter le marché. Si l'entité adjudicatrice rejette la soumission pour les motifs mentionnés à l'article [17], elle retient la soumission suivante la plus basse ou la soumission suivante la plus basse résultant de l'évaluation, au moment de la clôture de l'enchère, étant entendu qu'elle se réserve le droit, conformément à l'article [16-1], de rejeter toutes les offres restantes.

---

[54] Il est proposé de modifier cet article pour tenir compte du nouvel article 19 proposé.

[55] Certains commentateurs ont indiqué que les procédures dans lesquelles les deux soumissionnaires restants à la fin de l'enchère présentent une offre de façon traditionnelle pouvaient être financièrement intéressantes. Le Guide pour l'incorporation pourrait expliquer que l'exigence selon laquelle la phase d'enchère doit être la phase finale déterminant l'offre à retenir, exclut ces types d'enchères.

[Projet de texte soumis précédemment au Groupe de travail][56]

Article 51 *septies*. Attribution du marché sur la base des résultats de l'enchère électronique inversée

1) Le marché est attribué au soumissionnaire qui, au moment de la clôture de l'enchère, a présenté la soumission au prix le plus bas ou la soumission la plus basse résultant de l'évaluation, selon le cas, à moins que ladite soumission ne soit rejetée, conformément aux articles 12, 12 *bis*, 15 et [36 (...)]. En pareil cas, l'entité adjudicatrice peut:

a) Attribuer le marché au soumissionnaire qui, au moment de la clôture de l'enchère, a présenté la soumission suivante la plus basse ou la soumission suivante la plus basse résultant de l'évaluation, selon le cas;

b) Rejeter toutes les soumissions restantes conformément à l'article 12-1 de la présente Loi;

c) Conduire une nouvelle enchère dans le cadre de la même procédure de passation de marché;

d) Annoncer une nouvelle procédure de passation de marché; ou

e) Annuler la passation de marché.

2) Qu'elle ait ou non ouvert une procédure de présélection en application de l'article 7, l'entité adjudicatrice peut exiger du fournisseur ou de l'entrepreneur ayant présenté la soumission dont il a été déterminé qu'elle est la soumission à retenir, qu'il confirme ses qualifications selon des critères et procédures conformes aux dispositions de l'article 6.

3) Lorsqu'elle n'a pas évalué la conformité des soumissions initiales avant l'enchère, l'entité adjudicatrice évalue après l'enchère la conformité de la soumission dont il a été déterminé qu'elle est la soumission à retenir.

4) L'entité adjudicatrice peut procéder de la manière décrite dans l'article 12 *bis* si la soumission dont il a été déterminé qu'elle est la soumission à retenir suscite des craintes quant à l'aptitude du fournisseur ou de l'entrepreneur à exécuter le marché.

5) Le soumissionnaire ayant présenté la soumission que l'entité adjudicatrice est prête à accepter est avisé promptement de cette acceptation.

6) Le nom et l'adresse du soumissionnaire avec lequel le marché est conclu et le prix du marché sont promptement communiqués aux autres soumissionnaires.

---

[56] Cet article est reproduit tel qu'il figure dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.59, par. 5, et A/CN.9/WG.I/WP.61, par. 17, compte tenu des délibérations du Groupe de travail à ce sujet à ses douzième et treizième sessions (A/CN.9/640, par. 62 à 89).

A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.4 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa quinzième session

ADDITIF

La présente note contient les chapitres VI (Procédures d'accords-cadres) et VII (Recours) d'un texte révisé de la Loi type. Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes qui accompagnent le texte.

CHAPITRE VI. PROCÉDURES D'ACCORDS-CADRES

Article 49. Conditions d'utilisation d'une procédure d'accord-cadre[1]

1) Une entité adjudicatrice peut engager une procédure d'accord-cadre conformément au présent chapitre lorsqu'elle conclut que:

a) L'objet du marché sera nécessaire de manière récurrente pendant une période donnée; ou

b) L'objet du marché peut, de par sa nature, être nécessaire de façon urgente pendant une période donnée.

2) Aux fins du présent chapitre:

a) Une "procédure d'accord-cadre" est une passation de marché qui se déroule en deux étapes: une première pour la sélection du (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) devant être partie(s) à un accord-cadre avec une entité adjudicatrice, et une deuxième pour l'attribution d'un marché au titre de l'accord-cadre à un fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord;

---

[1] Fondé sur les paragraphes 1, 4, 5, 6 et 7 de l'article 22 *ter*, dont le Groupe de travail était saisi à sa quatorzième session (A/CN.9/WG.I/WP.62, par. 6). Ceux-ci ont été réorganisés pour suivre la structure des dispositions équivalentes sur les enchères électroniques inversées et intègrent des définitions supplémentaires suite à la décision du Groupe de travail de séparer les dispositions sur les accords-cadres ouverts de celles sur les accords-cadres fermés (A/CN.9/664, par. 90). Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'ordre des dispositions résultantes, qui ont été rédigées de façon à présenter les règles traitant des deux types d'accords à la fois séparément de celles qui s'appliquent à l'un ou l'autre type. Il souhaitera peut-être également examiner si les procédures devraient pouvoir être utilisées pour tous les types de passation, y compris la passation de marché négociée ou la passation dans laquelle les spécifications sont fixées après le début du processus, lesquelles sont en fait exclues du présent projet.

b) Un “accord-cadre” est un accord conclu entre l’entité adjudicatrice et le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) sélectionné(s) une fois la première étape de la procédure d’accord-cadre achevée;

c) Un “accord-cadre fermé” est un accord-cadre auquel aucun fournisseur ou entrepreneur qui n’y est pas initialement partie ne peut devenir partie ultérieurement;

d) Un “accord-cadre ouvert” est un accord-cadre auquel, en plus des parties initiales, un (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) peu(ven)t ultérieurement devenir partie(s);

e) Une “procédure d’accord-cadre avec mise en concurrence lors de la deuxième étape” est une procédure d’accord-cadre dans laquelle certaines conditions de la passation de marché, qui ne peuvent être définies de façon suffisamment précise lors de la conclusion de l’accord, doivent être définies ou précisées par une mise en concurrence lors de la deuxième étape; et

f) Une “procédure d’accord-cadre sans mise en concurrence lors de la deuxième étape” est une procédure d’accord-cadre dans laquelle il n’y a pas de mise en concurrence lors de la deuxième étape pour définir ou préciser les conditions de la passation marché.

3) L’entité adjudicatrice inclut dans le procès-verbal prévu à l’article [22] de la présente Loi un exposé des motifs et des circonstances sur lesquels elle s’est fondée pour justifier le recours à une procédure d’accord-cadre.

Article 50. Informations à fournir lorsque la participation à une procédure d’accord-cadre est sollicitée pour la première fois[2]

Lorsqu’elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d’entrepreneurs à une procédure d’accord-cadre, l’entité adjudicatrice spécifie:

a) Son nom et son adresse;

b) Que la passation prendra la forme d’une procédure d’accord-cadre;

c) Le type d’accord-cadre qui sera conclu parmi ceux décrits à l’article 49;

d) Toutes les informations minimales qui doivent figurer dans l’accord-cadre conformément à l’article [53] ou [56], selon le cas;

e) Dans les accords-cadres conclus avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs, le nombre minimum ou maximum éventuel de fournisseurs ou d’entrepreneurs qui seront parties à l’accord;

f) Les procédures et critères que l’entité adjudicatrice utilisera pour sélectionner les parties à l’accord, y compris, pour les accords-cadres fermés, les

---

[2] Fondé sur le projet d’article 51 *novies*, dont le Groupe de travail était saisi à sa quatorzième session (A/CN.9/WG.I/WP.62, par. 6). Cet article a été simplifié grâce à des renvois aux dispositions impératives des articles 53 (accords-cadres fermés) et 56 (accords-cadres ouverts) et pour éviter les répétitions inutiles et intègrent les décisions du Groupe de travail sur ce projet (A/CN.9/664, par. 78 à 82).

critères d'évaluation, leur coefficient de pondération et la façon dont ils seront appliqués pour la sélection, et si cette dernière se fera en fonction du prix le plus bas ou de la soumission la plus basse selon l'évaluation;

g) Dans les procédures d'accords-cadres fermés, les renseignements mentionnés dans les articles 25 e) à j) et 27 a) à c) et g) à z), à moins que ceux-ci ne soient déterminés dans le cadre d'une mise en concurrence lors de la deuxième étape[3].

Article 51. Interdiction de toute modification essentielle pendant la durée de l'accord-cadre

1) Pendant la durée de l'accord-cadre, aucune modification des conditions de la passation de marché, ni du coefficient de pondération des critères d'évaluation, n'est permise si elle entraîne une modification essentielle de la description de l'objet du marché ou de toutes les autres conditions de la passation de marché établies lorsque la participation des fournisseurs ou entrepreneurs à une procédure d'accord-cadre est sollicitée pour la première fois conformément à l'article 50.

[2) Une "modification essentielle de la description de l'objet du marché ou de toutes les autres conditions de la passation de marché" désigne une modification qui rendrait non conformes les soumissions des fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre, qui rendrait conformes des soumissions précédemment non conformes, qui entraînerait un changement de situation des fournisseurs ou entrepreneurs en ce qui concerne leur qualification[, ou qui soulèverait des problèmes de concurrence, de transparence ou d'intégrité].][4]

Article 52. Première étape d'une procédure d'accord-cadre fermé[5]

1) L'entité adjudicatrice choisit le type d'accord-cadre et de procédure à suivre parmi les options énoncées dans l'article 49-2.

2) L'entité adjudicatrice sélectionne la partie ou les parties avec laquelle ou lesquelles elle conclura un accord-cadre fermé:

---

[3] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'étendue des renseignements devant figurer dans la sollicitation conformément aux articles 25 et 27 de la Loi type pour la procédure d'appel d'offres, et si l'un quelconque de ces renseignements devrait être précisé lors de la deuxième étape de la procédure d'accord-cadre sans mise en concurrence.

[4] Voir A/CN.9/664, par. 101 c) et d), dans lequel le Groupe de travail a estimé que la présente description pourrait être placée dans le Guide pour l'incorporation.

[5] Nouvel article qui ne s'applique qu'aux procédures d'accords-cadres fermés (A/CN.9/664, par. 90). Il est fondé sur l'article 51 *octies*, dont le Groupe de travail était saisi à sa quatorzième session (A/CN.9/WG.I/WP.62, par. 6) et qui a été actualisé pour tenir compte des dispositions modifiées dans les chapitres I, II et III de la Loi type révisée, et sur le projet d'article 51 *decies*, dont le Groupe de travail était saisi à sa quatorzième session (A/CN.9/WG.I/WP.62, par. 6). Le nouvel article fait suite à la décision du Groupe de travail de présenter séparément les procédures d'accords-cadres ouverts et fermés (A/CN.9/664, par. 83 à 88 et 90).

a) Au moyen d'une procédure d'appel d'offres, conformément aux dispositions du chapitre II de la présente Loi, sauf disposition contraire dans le présent article et dans l'article [54]; ou

b) Au moyen d'une méthode de passation du chapitre III conformément aux conditions de l'article [7-3] de la présente Loi et aux dispositions pertinentes du chapitre III, sauf disposition contraire dans le présent article et dans l'article [54][6];

c) Dans le cas d'un accord-cadre conclu avec un seul fournisseur ou entrepreneur, outre les méthodes de passation spécifiées dans les alinéas a) et b) du présent paragraphe, au moyen d'une procédure de sollicitation d'une source unique conformément aux conditions de l'article [7-6 a) et c) à f)].

3) L'entité adjudicatrice inclut dans le procès-verbal prévu à l'article [22] de la présente Loi un exposé des motifs et des circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier le choix du type d'accord-cadre fermé énoncé à l'article 49-2 et l'utilisation d'une méthode de passation autre que l'appel d'offres pour sélectionner la partie ou les parties avec laquelle ou lesquelles elle conclut un accord-cadre fermé.

4) L'entité adjudicatrice sélectionne le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) avec le(s)quel(s) elle va conclure l'accord-cadre en se fondant sur les critères de sélection spécifiés, y compris leur coefficient de pondération et la façon dont ils seront appliqués, et avise promptement le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) retenus de leur sélection[7].

Article 53. Prescriptions minimales concernant les accords-cadres fermés[8]

1) Un accord-cadre fermé passé en vertu de la présente Loi est conclu par écrit entre l'entité adjudicatrice et le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) et stipule:

a) La durée de l'accord[9];

b) La description de l'objet du marché[10] et toutes les autres conditions de la passation de marché déterminées au moment de la conclusion de l'accord;

c) Si elles sont connues, des estimations des conditions de la passation de marché qui ne peuvent pas être déterminées de façon suffisamment précise au moment de la conclusion de l'accord[11];

---

[6] Voir A/CN.9/664, par. 86.

[7] Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si une autre possibilité serait d'incorporer le présent paragraphe dans le projet d'article 19 (Acceptation de la soumission et entrée en vigueur du marché).

[8] Fondé sur les paragraphes 2 et 3 de l'article 22 *ter*, dont le Groupe de travail était saisi à sa quatorzième session (A/CN.9/WG.I/WP.62, par. 6). Ceux-ci ont été placés dans un article indépendant pour faciliter la lecture et s'appliquent uniquement aux procédures d'accords-cadres fermés (A/CN.9/664, par. 90).

[9] A/CN.9/664, par. 94 et 95.

[10] Le mot "description" a remplacé "spécifications" pour tenir compte de la nouvelle définition proposée dans les articles 2 et 11.

d) Lorsqu'un accord-cadre fermé est conclu avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs, l'organisation d'une mise en concurrence lors de la deuxième étape pour attribuer un marché au titre – de l'accord, ainsi que les conditions qui doivent être déterminées ou précisées lors de cette mise en concurrence;

e) Les procédures de mise en concurrence éventuelle lors de la deuxième étape et la fréquence avec laquelle celle-ci est envisagée;

f) Si l'attribution d'un marché au titre de l'accord se fera en fonction du prix le plus bas ou de l'offre la plus basse selon l'évaluation [...][12];

g) Les procédures et critères d'évaluation, y compris le coefficient de pondération de ces critères et la manière dont ils seront appliqués, conformément à l'article [12] de la présente Loi, pendant toute mise en concurrence lors de la deuxième étape. L'accord-cadre peut spécifier une fourchette dans laquelle ces coefficients de pondération pourront varier pendant cette mise en concurrence, à condition que cette variation n'entraîne pas de modification essentielle dans la passation de marché, telle que décrite à l'article [51].

2) Un accord-cadre fermé peut être conclu avec un fournisseur ou entrepreneur ou avec [plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs] [au moins [trois] fournisseurs ou entrepreneurs][13].

3) Un accord-cadre fermé avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs prend la forme d'un accord unique entre toutes les parties, à moins que l'entité adjudicatrice estime qu'il est dans l'intérêt de l'une ou l'autre partie que des accords séparés soient conclus avec chaque fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord. Les variations entre les conditions des différents accords pour une passation de marché donnée sont minimes, ne revêtent pas un caractère essentiel et portent uniquement sur les dispositions qui justifient la conclusion d'accords séparés. L'entité adjudicatrice inclut dans le procès-verbal prévu à l'article [22] un exposé des motifs et des circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier la conclusion d'accords séparés[14].

4) Si l'entité adjudicatrice souhaite utiliser un accord-cadre fermé sous forme électronique, cet accord contient, outre les renseignements spécifiés dans d'autres dispositions du présent article, toutes les informations nécessaires à son bon fonctionnement, notamment des informations sur les modalités d'accès à

---

[11] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si la situation où certaines conditions de l'accord-cadre ne peuvent pas être fixées dès le départ est suffisamment réglementée (par exemple, la notion de "préciser" les conditions lors de la deuxième étape sans mise en concurrence).

[12] Le Groupe de travail s'est demandé s'il serait possible de prévoir une autre méthode d'attribution du marché, comme la rotation. Il souhaitera peut-être examiner si l'inclusion de méthodes de ce type serait possible compte tenu du projet d'article sur les critères d'évaluation (article 12).

[13] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si une disposition est nécessaire pour garantir une véritable concurrence dans les accords avec plusieurs fournisseurs et, dans l'affirmative, si un minimum comme celui prévu pour les procédures de sollicitation de propositions ou de prix devrait être inclus.

[14] A/CN.9/664, par. 78.

l'accord-cadre électronique et aux avis de marchés à venir au titre de l'accord, sur le dispositif électronique utilisé, et sur les spécifications techniques de connexion[15].

5) La durée d'un accord-cadre fermé ne dépasse pas [l'État adoptant spécifie un maximum] ans[16].

Article 54. Deuxième étape d'une procédure d'accord-cadre fermé[17]

1) Tout marché attribué au titre d'un accord-cadre l'est conformément aux conditions de ce dernier et aux dispositions du présent article.

2) Aucun marché au titre de l'accord-cadre n'est attribué à des fournisseurs ou à des entrepreneurs qui n'étaient pas initialement parties à l'accord-cadre.

3) Les conditions d'un marché attribué au titre de l'accord-cadre ne peuvent modifier essentiellement aucune condition de l'accord-cadre.

4) Lorsque l'accord-cadre prévoit une mise en concurrence lors de la deuxième étape:

a) Chaque marché envisagé fait l'objet d'une invitation écrite à soumettre une offre. L'entité adjudicatrice invite tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre ou, le cas échéant, tous les fournisseurs et entrepreneurs qui sont alors en mesure de répondre à ses besoins, à présenter leurs offres pour la fourniture des articles devant faire l'objet du marché;

b) L'entité adjudicatrice fixe le lieu de présentation des offres ainsi qu'une date et une heure précises qui constituent le délai de présentation des offres. Ce délai laisse suffisamment de temps aux fournisseurs ou entrepreneurs pour établir et présenter leurs offres;

c) L'invitation à soumettre une offre:

i) Rappelle les conditions existantes du marché envisagé, énonce les conditions qui feront l'objet de la mise en concurrence lors de la deuxième étape et fournit de plus amples informations sur ces conditions lorsque cela est nécessaire;

ii) Rappelle les procédures et les critères de sélection pour l'attribution du marché envisagé (y compris leur coefficient de pondération et la manière dont ils seront appliqués), ainsi que les informations mentionnées à l'article 27 q) à s) et x) à z);

---

[15] Nouveau paragraphe inclus compte tenu d'autres dispositions sur la passation électronique des marchés.

[16] Le Guide pour l'incorporation expliquerait par ailleurs que la Loi type ne limite pas la durée d'un accord-cadre ouvert, mais qu'une durée doit être fixée en accord avec les dispositions du présent article.

[17] Fondé sur les projets d'articles 51 *duodecies* et *terdecies*, dont le Groupe de travail était saisi à sa quatorzième session (A/CN.9/WG.I/WP.62, par. 6). Ceux-ci ont été fusionnés comme en a décidé le Groupe de travail à cette session (A/CN.9/664, par. 106) et actualisés pour tenir compte des projets de chapitres I et II révisés de la Loi type.

iii) Donne des instructions pour l'établissement des offres de la deuxième étape, y compris les informations spécifiées à l'article 27 g) à p), et indique le délai de soumission;

d) L'entité adjudicatrice évalue toutes les offres reçues et détermine l'offre à retenir conformément aux critères d'évaluation et aux procédures prévus dans l'invitation à soumettre une offre[18];

e) L'entité adjudicatrice accepte l'offre à retenir conformément à l'article 19.

5) L'entité adjudicatrice avise promptement par écrit tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre de l'attribution du marché, du nom et de l'adresse du fournisseur ou de l'entrepreneur auquel l'avis a été adressé et du prix du marché.

6) Lorsque le prix du marché dépasse [l'État adoptant indique un montant minimum [ou] le montant figurant dans les règlements en matière de passation des marchés], l'entité adjudicatrice publie promptement l'avis d'attribution du (des) marché(s) suivant les modalités qui ont été spécifiées pour la publication des avis d'attribution de marché conformément à l'article 20 de la présente Loi. Elle publie également des avis [trimestriels] de tous les marchés attribués au titre d'un accord-cadre, suivant les mêmes modalités ou suivant toute autre modalité prévue dans l'accord-cadre[19].

Article 55. Première étape d'une procédure d'accord-cadre ouvert[20]

1) L'entité adjudicatrice établit et gère un accord-cadre ouvert sous forme électronique[21].

2) Pour établir un accord-cadre ouvert, l'entité adjudicatrice publie un avis de procédure d'accord-cadre ouvert, conformément à l'article 24[22]. L'avis contient les informations spécifiées à l'article [50].

---

[18] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si des renvois supplémentaires aux dispositions du chapitre II traitant de la sélection du fournisseur à retenir devraient être inclus.

[19] Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager une autre solution, à savoir inclure la présente disposition dans le projet d'article 20 de la Loi type révisée. Les dispositions des projets d'articles 19, 20 et 22 devront peut-être être modifiées une fois que le Groupe de travail aura finalisé les procédures d'accords-cadres.

[20] Nouvel article s'appliquant uniquement aux procédures d'accords-cadres ouverts (A/CN.9/664, par. 90). Il est fondé sur l'article 51 *octies*, dont le Groupe de travail était saisi à sa quatorzième session (A/CN.9/WG.I/WP.62, par. 6) et qui a été actualisé pour tenir compte des dispositions modifiées dans les chapitres I, II et III de la Loi type révisée, et sur le projet d'article 51 *decies*, dont le Groupe de travail était saisi à sa quatorzième session (A/CN.9/WG.I/WP.62, par. 6). Il fait suite à la décision du Groupe de travail de séparer les procédures d'accords-cadres ouverts et fermés (A/CN.9/664, par. 83 à 88 et 90).

[21] Voir A/CN.9/664, par. 91.

[22] Le Groupe de travail souhaitera peut-être incorporer un renvoi à l'article 23 (appel d'offres national).

3) L'entité adjudicatrice garantit, pendant toute la durée de l'accord-cadre ouvert, l'accès libre, direct et complet aux spécifications et aux conditions de l'accord ainsi qu'à toute autre information nécessaire en rapport avec son fonctionnement.

4) Pendant la durée de l'accord-cadre ouvert, l'entité adjudicatrice:

a) Soit republie le plus souvent possible, mais au moins une fois par an, l'avis initial de la procédure d'accord-cadre ouvert, un avis d'attribution de l'accord-cadre [ou un avis indiquant les parties à l'accord-cadre] ainsi qu'une invitation à présenter d'autres soumissions pour devenir partie à l'accord-cadre dans la ou les publications où est paru l'avis initial;

b) Soit conserve une copie des informations publiées à l'adresse du site Web ou autre adresse électronique prévue dans l'avis initial.

5) Les fournisseurs et entrepreneurs peuvent demander à devenir parties à l'accord-cadre ouvert à tout moment pendant la durée de celui-ci. Les demandes pour devenir parties contiennent toutes les informations spécifiées par l'entité adjudicatrice dans l'avis de la procédure d'accord-cadre ouvert.

6) L'entité adjudicatrice examine toutes les soumissions pour devenir partie à l'accord-cadre reçues pendant la durée de celui-ci [dans un délai maximal de [...] jours] conformément à la description figurant dans l'avis de la procédure d'accord-cadre ouvert.

7) L'accord-cadre est conclu avec tous les fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés dont les soumissions sont conformes, sauf si des limites techniques ou autres limites de capacité imposent un nombre maximum de parties à l'accord-cadre, et à condition que l'entité adjudicatrice inclue dans le procès-verbal prévu à l'article [22] de la présente Loi un exposé des motifs et circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier l'imposition d'une telle limite[23].

8) L'entité adjudicatrice fait promptement savoir aux fournisseurs ou entrepreneurs s'ils ont été sélectionnés pour être parties à l'accord-cadre.

9) L'entité adjudicatrice inclut dans le procès-verbal prévu à l'article [22] de la présente Loi un exposé des motifs et circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier l'établissement de l'accord-cadre ouvert.

Article 56. Prescriptions minimales concernant les accords-cadres ouverts[24]

Un accord-cadre ouvert prévoit une mise en concurrence lors de la deuxième étape pour l'attribution d'un marché au titre de l'accord et comporte, en outre, au minimum les renseignements suivants:

---

[23] Voir A/CN.9/664, par. 103.

[24] Le présent article est nouveau. Il adapte les dispositions équivalentes prévues pour les accords-cadres fermés à l'article 53 ci-dessus. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si cette procédure devrait pouvoir être utilisée dans tous les types de passation ou pour les articles normalisés d'un prix peu élevé, comme ceux envisagés au chapitre III de la Loi type révisée.

a) La description de l'objet du marché et toutes les autres conditions de la passation de marché connues au moment de l'établissement de l'accord-cadre ouvert;

b) Les conditions qui peuvent être précisées dans le cadre de la mise en concurrence lors de la deuxième étape;

c) La ou les langues de l'accord-cadre ouvert et toutes les informations sur le fonctionnement électronique de l'accord, notamment sur les modalités d'accès à l'accord et aux avis de marchés à venir au titre de l'accord, sur le dispositif électronique utilisé et sur les arrangements et spécifications techniques;

d) Si une limite est imposée au nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs parties à l'accord, un nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs pouvant conclure l'accord-cadre;

e) Les conditions d'admission des fournisseurs ou entrepreneurs à l'accord-cadre ouvert, notamment:

i) Une clause indiquant expressément que les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander à devenir parties à l'accord-cadre à tout moment pendant la durée de celui-ci, sous réserve, le cas échéant, d'un nombre maximum de fournisseurs;

ii) Les informations spécifiées aux articles 25 e) et 27 b), c), t), u), w) et z); et

iii) Des instructions pour établir et soumettre des offres indicatives, y compris les informations mentionnées à l'article 27 i) à k);

f) Les procédures de mise en concurrence lors de la deuxième étape et la fréquence avec laquelle celle-ci est envisagée;

g) Une clause indiquant si l'attribution d'un marché au titre de l'accord-cadre se fera en fonction du prix le plus bas ou de l'offre la plus basse selon l'évaluation[25];

h) Les procédures et critères d'évaluation qui seront appliqués dans le cadre de la mise en concurrence de la deuxième étape, y compris le coefficient de pondération de ces critères et la manière dont ils seront appliqués conformément à l'article [12] de la présente Loi. L'accord-cadre peut spécifier une fourchette dans laquelle ces coefficients pourront varier pendant cette mise en concurrence, à condition que cette variation n'entraîne pas de modification essentielle dans la passation de marché, telle que décrite à l'article [51].

---

[25] Voir note 12 plus haut.

Article 57. Deuxième étape d'une procédure d'accord-cadre ouvert[26]

1) Tout marché attribué au titre d'un accord-cadre l'est conformément aux conditions de ce dernier et aux dispositions du présent article.

2) a) Chaque marché envisagé fait l'objet d'une invitation écrite à soumettre une offre. L'entité adjudicatrice invite tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre ou, le cas échéant, tous les fournisseurs et entrepreneurs qui sont alors en mesure de répondre à ses besoins, à présenter leurs offres pour la fourniture des articles devant faire l'objet du marché;

b) L'entité adjudicatrice fixe le lieu de présentation des offres ainsi qu'une date et une heure précises qui constituent le délai de présentation des offres. Ce délai laisse suffisamment de temps aux fournisseurs ou entrepreneurs pour établir et présenter leurs offres;

c) L'invitation à soumettre une offre:

i) Rappelle les conditions existantes du marché envisagé, énonce les conditions qui feront l'objet de la mise en concurrence lors de la deuxième étape et fournit de plus amples informations sur ces conditions lorsque cela est nécessaire;

ii) Rappelle les procédures et les critères de sélection pour l'attribution du marché envisagé (y compris leur coefficient de pondération et la manière dont ils seront appliqués), ainsi que les informations mentionnées à l'article 27 q) à s) et x) à z);

iii) Donne des instructions pour l'établissement des offres de la deuxième étape, y compris les informations spécifiées à l'article 27 g) à p), et indique le délai de soumission;

d) L'entité adjudicatrice évalue toutes les offres reçues et détermine l'offre à retenir conformément aux critères d'évaluation et aux procédures prévus dans l'invitation à soumettre une offre[27];

e) L'entité adjudicatrice accepte l'offre à retenir conformément à l'article 19.

3) L'entité adjudicatrice avise promptement par écrit tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre de l'attribution du marché, du nom et de l'adresse du fournisseur ou de l'entrepreneur auquel l'avis a été adressé et du prix du marché.

4) Lorsque le prix du marché dépasse [l'État adoptant indique un montant minimum [ou] le montant figurant dans les règlements en matière de passation des

---

[26] Fondé sur les projets d'articles 51 *duodecies* et *terdecies*, dont le Groupe de travail était saisi à sa quatorzième session (A/CN.9/WG.I/WP.62, par. 6). Ces articles ont été fusionnés comme en a décidé le Groupe de travail à cette session (A/CN.9/664, par. 106) et ont été actualisés pour tenir compte des projets de chapitres I et II révisés de la Loi type.

[27] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si des renvois supplémentaires aux dispositions du chapitre II traitant de la sélection du fournisseur à retenir devraient être inclus.

marchés], l'entité adjudicatrice publie promptement l'avis d'attribution du (des) marché(s) suivant les modalités qui ont été spécifiées pour la publication des avis d'attribution de marché conformément à l'article [20] de la présente Loi. Elle publie également des avis [trimestriels] de tous les marchés attribués au titre d'un accord-cadre, suivant les mêmes modalités ou suivant toute autre modalité prévue dans l'accord-cadre[28].

CHAPITRE VII. RECOURS[29]

Article 58. Droit de recours[30]

Tout fournisseur ou entrepreneur qui déclare avoir subi, ou qui peut subir, une perte ou un dommage causé par le non-respect des dispositions de la présente Loi[31] peut introduire un recours conformément aux articles 58 à 63 et contester devant les instances appropriées, conformément au droit applicable, toute décision découlant de ce recours[32].

Article 59. Recours porté devant l'entité adjudicatrice ou devant l'autorité de tutelle[33]

1) Le fournisseur ou entrepreneur qui est fondé à introduire un recours en application de l'article 58 peut présenter une réclamation à l'entité adjudicatrice ou, le cas échéant, à l'autorité de tutelle. Les réclamations sont présentées par écrit à condition que:

a) Les réclamations concernant les conditions de la sollicitation soient présentées au plus tard jusqu'à la date limite de présentation des soumissions;

b) Toutes les autres réclamations motivées par la procédure de passation de marché soient présentées avant l'entrée en vigueur du marché dans un délai de [20][34] jours à compter du moment où le fournisseur ou entrepreneur auteur de la réclamation a connaissance des circonstances qui la motivent ou, au plus tard, à compter du moment où ledit fournisseur ou entrepreneur aurait dû avoir connaissance de ces circonstances.

---

[28] Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager une autre solution, à savoir inclure la présente disposition dans le projet d'article 20 de la Loi type révisée.

[29] La note de bas de page accompagnant le présent chapitre a été supprimée comme en a décidé le Groupe de travail à sa quatorzième session (voir A/CN.9/664, par. 19).

[30] L'article a été révisé conformément aux décisions que le Groupe de travail a prises à sa quatorzième session (voir A/CN.9/664, par. 25, 26 et 74).

[31] Les mots "le non-respect des dispositions de la présente Loi" remplacent les mots "la violation d'une obligation imposée à l'entité adjudicatrice par la présente Loi", comme en a décidé le Groupe de travail à sa quatorzième session (voir A/CN.9/664, par. 25).

[32] Voir A/CN.9/664, par. 74, pour les motifs justifiant l'insertion du droit de contestation.

[33] L'article a été révisé conformément aux décisions que le Groupe de travail a prises à sa quatorzième session (voir A/CN.9/664, par. 28 à 33 et 65).

[34] Le Groupe de travail souhaitera peut-être écouter ce délai compte tenu des dispositions sur le délai d'attente prévues dans le projet d'article 19. Pris ensemble, ce délai et les dispositions de l'article 62 sur la suspension de la procédure de passation du marché risquent d'aboutir à des délais d'attente excessivement longs, qui devraient courir pendant au moins 20 jours.

2) À moins que la réclamation n'ait été réglée par accord entre les parties, l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle, selon le cas, rend une décision écrite, dans les 30 jours qui suivent la présentation de la réclamation. Cette décision:

a) Est motivée; et

b) S'il est fait droit en tout ou en partie à la réclamation, énonce[35] les mesures correctives qui seront prises[36].

3) Si l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle ne rend pas sa décision dans le délai visé au paragraphe 2 du présent article, le fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation ou l'entité adjudicatrice, selon le cas, pourra immédiatement engager la procédure prévue à l'article 60 ou 61. Une fois cette procédure engagée, l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle ne peut plus connaître de la réclamation.

Article 60. Recours porté devant une instance administrative indépendante[37, 38]

1) Le fournisseur ou entrepreneur qui est fondé à introduire un recours en application de l'article 58 peut présenter une réclamation à [insérer le nom de l'instance administrative].

2) Une réclamation est présentée par écrit dans un délai de [20] jours à compter du moment où le fournisseur ou entrepreneur qui en est l'auteur a connaissance des circonstances qui motivent la réclamation [initiale] ou, au plus tard, à compter du moment où ledit fournisseur ou entrepreneur aurait dû avoir connaissance de ces circonstances, à condition que les réclamations concernant les conditions de la sollicitation soient présentées au plus tard jusqu'à la date limite de présentation des soumissions.

3) La présentation en temps voulu d'une réclamation en application de l'article 60 entraîne la suspension du délai de présentation d'une réclamation en

---

[35] Dans la version anglaise, le verbe "indicate" est remplacé par "state" (énonce), conformément à la décision du Groupe de travail à sa quatorzième session (voir A/CN.9/664, par. 31).

[36] Les mots "seront prises" remplacent "doivent être prises" comme en a décidé le Groupe de travail à sa quatorzième session (voir A/CN.9/664, par. 31).

[37] L'article a été révisé conformément aux décisions que le Groupe de travail a prises à sa quatorzième session (voir A/CN.9/664, par. 35, 36, 39, 44, 53, 55 et 56).

[38] Le titre actuel de l'article remplace l'intitulé "Recours administratif". La note de bas de page qui accompagnait l'article 54 (mentionnant le caractère facultatif de l'article suivant la tradition juridique des États adoptants) a été supprimée. Ces modifications ont été apportées conformément aux décisions du Groupe de travail à sa quatorzième session (voir A/CN.9/664, par. 35). Le Groupe de travail voudra peut-être réintroduire une note qui serait libellée comme suit:

"* Les États dont le système juridique ne prévoit pas de recours administratif hiérarchique contre les actes, décisions et procédures administratifs pourront omettre cet article et ne conserver que celui qui concerne le recours judiciaire (article 64), à condition que l'État adoptant dispose d'un système de recours judiciaire efficace, y compris un système d'appel efficace, qui garantisse l'exercice des voies de droit en cas de non-respect des règles ou procédures de passation de marché établies par la présente Loi, conformément aux prescriptions de la Convention des Nations Unies contre la corruption."

vertu du présent article pendant toute la durée de la procédure effectivement engagée conformément à l'article 59, suspension qui ne dépassera pas le délai maximum imposé à l'entité adjudicatrice ou à l'autorité de tutelle, selon le cas, pour rendre une décision conformément à l'article 59-2 et communiquer cette décision au fournisseur ou à l'entrepreneur conformément à l'article 62-5.

4) Dès réception d'une réclamation, le [insérer le nom de l'instance administrative] en avise promptement l'entité adjudicatrice et, le cas échéant, l'autorité de tutelle.

5) Le [insérer le nom de l'instance administrative] peut, sauf s'il déboute le requérant, accorder[39] une ou plusieurs des réparations suivantes:

a) Dire les règles ou principes juridiques s'appliquant en l'espèce;

b) Interdire à l'entité adjudicatrice d'agir ou de prendre une décision illégalement ou d'appliquer une procédure illégale;

c) Exiger de l'entité adjudicatrice, qui a agi ou procédé illégalement ou qui a adopté une décision illégale, qu'elle agisse ou procède légalement ou qu'elle prenne une décision légale;

d) Annuler en tout ou en partie un acte illégal ou une décision illégale de l'entité adjudicatrice[40];

e) Réviser une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou lui substituer sa propre décision[41];

f) Exiger le versement d'un dédommagement

Option I

Pour toute dépense raisonnable encourue dans le cadre de la procédure de passation du marché par le fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation;

Option II

Pour la perte ou le préjudice subi dans le cadre de la procédure de passation du marché par le fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation;

g) Ordonner qu'il soit mis fin à la procédure de passation du marché;

h) Annuler le marché entré en vigueur illégalement[42] et, si un avis d'attribution du marché a été publié, ordonner la publication d'un avis d'annulation de l'attribution.

---

[39] Voir A/CN.9/664, par. 56, pour la préférence exprimée par le Groupe de travail à sa quatorzième session en faveur de l'emploi, dans la présente disposition, du verbe "accorde" au lieu de "recommande".

[40] Voir A/CN.9/664, par. 55, pour la décision prise par le Groupe de travail à sa quatorzième session de modifier cette disposition de la Loi type en supprimant les mots "à l'exception de tout acte ou décision entraînant l'entrée en vigueur du marché".

[41] Ibid., en ce qui concerne la suppression d'un membre de phrase similaire dans la présente disposition.

6) Le [insérer le nom de l'instance administrative] rend dans un délai de 30 jours une décision écrite au sujet de la réclamation, dans laquelle sont énoncés les motifs de la décision et, le cas échéant, les réparations accordées.

7) Cette décision est définitive sauf si une action est intentée en vertu de l'article 63.

Article 61. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu des articles 59 et 60[43]

1) Dès la présentation d'une réclamation en application de l'article 60 ou 61, l'instance de recours avise tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation du marché sur laquelle porte la réclamation ainsi que toute autorité gouvernementale dont les intérêts sont ou pourraient être lésés de la présentation de cette réclamation et de son contenu.

2) Chacun de ces fournisseurs ou entrepreneurs ou cette autorité gouvernementale a le droit de participer à cette procédure. Le fournisseur ou entrepreneur ou l'autorité gouvernementale qui ne participe pas à la procédure de recours ne peut formuler par la suite de réclamation du même type.

3) Les participants à la procédure de recours ont accès à toute la procédure et ont le droit d'être entendus avant que l'instance de recours ne se prononce sur la réclamation, le droit de se faire représenter et accompagner et le droit de demander que la procédure soit publique et que des témoins puissent être entendus[44].

4) En cas de recours devant l'autorité de tutelle ou le [insérer le nom de l'instance administrative], l'entité adjudicatrice fournit en temps voulu à l'instance de recours tous les documents pertinents, y compris le procès-verbal de la procédure de passation[45].

5) Une copie de la décision de l'instance de recours est remise, dans un délai de cinq jours après que la décision a été rendue, aux participants à la procédure de recours. En outre, après que la décision a été rendue, la réclamation et la décision sont promptement mises à la disposition du public, pour examen, à condition toutefois qu'aucune information ne soit divulguée si cette divulgation est contraire à la loi, en compromet l'application, n'est pas dans l'intérêt général, porte atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des parties ou entrave le libre jeu de la concurrence.

---

[42] Ajout apporté conformément à la décision du Groupe de travail à sa quatorzième session (A/CN.9/664, par. 53 à 55).

[43] L'article a été révisé suite aux discussions du Groupe de travail à sa quatorzième session (A/CN.9/664, par. 59 et 60).

[44] Le paragraphe s'inspire de l'article XVIII-6 du texte révisé de l'Accord sur les marchés publics, comme en a discuté le Groupe de travail à sa quatorzième session (A/CN.9/664, par. 59).

[45] Ce paragraphe a été ajouté suite à un commentaire pertinent soulevé lors de la quatorzième session du Groupe de travail (voir A/CN.9/664, par. 60).

6) Toute décision prise par l'instance de recours et les motifs et les circonstances de l'adoption de cette décision sont versés au dossier de la procédure de passation du marché[46].

Article 62. Suspension de la procédure de passation du marché[47]

1) La présentation en temps voulu d'une réclamation entraîne la suspension de la procédure de passation du marché pendant une période que déterminera l'instance de recours[48]:

a) Sous réserve que la réclamation ne soit pas futile et comporte une déclaration dont le contenu, s'il est prouvé, montre que le fournisseur ou entrepreneur subira un dommage irréparable s'il n'y a pas suspension de la procédure, que la réclamation aboutira vraisemblablement et que l'octroi d'une suspension n'entraînera pas un préjudice disproportionné pour l'entité adjudicatrice ou d'autres fournisseurs ou entrepreneurs;

b) À moins que l'entité adjudicatrice certifie qu'il est nécessaire de poursuivre la procédure de passation du marché pour des considérations urgentes d'intérêt général. Le certificat, qui doit énoncer les motifs ayant amené à conclure qu'il existe de telles considérations d'urgence et qui est versé au dossier de la procédure de passation du marché, est irréfragable à tous les stades de la procédure de recours, sauf au stade judiciaire[49].

2) L'instance de recours peut prolonger la période de suspension initiale afin de protéger les droits du fournisseur ou entrepreneur présentant la réclamation ou engageant l'action dans l'attente de l'issue de la procédure de recours, à condition que la durée totale de la suspension ne dépasse pas le délai qui lui est imposé pour rendre une décision conformément à l'article 60 ou 61 selon le cas[50].

3) La décision de suspension ou de prorogation de la suspension, indiquant la durée de cette suspension ou prorogation, est promptement communiquée à tous les participants à la procédure de recours[51]. Lorsqu'elle décide de ne pas suspendre la

---

[46] Ajout de ce paragraphe, qui se fonde sur l'article 56-5 de la Loi type.

[47] L'article a été révisé compte tenu des discussions du Groupe de travail à sa quatorzième session (A/CN.9/664, par. 61 à 73). Il avait été proposé de supprimer l'article et d'en insérer les dispositions pertinentes dans les articles 53 et 54, selon le cas, mais le Secrétariat, pour éviter les répétitions dans ces deux articles, a conservé dans un article séparé les dispositions, qui s'appliquent de la même manière aux recours fondés aussi bien sur l'article 53 que sur l'article 55.

[48] Les dispositions intègrent les décisions prises par le Groupe de travail à sa quatorzième (A/CN.9/664, par. 65).

[49] Les dispositions des deux alinéas intègrent les décisions prises par le Groupe de travail à sa quatorzième session (A/CN.9/664, par. 68).

[50] Les dispositions tiennent compte de la décision du Groupe de travail à sa quatorzième session selon laquelle la période de suspension devrait être alignée sur le délai imparti à l'instance de recours pour rendre sa décision (le délai maximum étant de 30 jours) (A/CN.9/664, par. 64 et 69).

[51] Les dispositions ont été ajoutées suite à la décision du Groupe de travail à sa quatorzième session (A/CN.9/664, par. 65).

procédure de passation du marché pour les raisons indiquées au paragraphe 1 du présent article, l'instance de recours avise le fournisseur ou l'entrepreneur concerné de cette décision et de ses motifs.

Article 63. Recours judiciaire

Le [insérer le nom du tribunal ou des tribunaux] est compétent pour connaître des actions intentées conformément à l'article 58 et des actions récursoires judiciaires intentées contre les décisions rendues par les instances de recours ou contre le fait que ces instances n'ont pas rendu de décision dans le délai prescrit en vertu de l'article 59 ou de l'article 60.

A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.5 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa quinzième session

ADDITIF

La présente note contient un tableau indiquant la corrélation entre les articles de la Loi type révisée, les articles de la Loi type de 1994 et les nouveaux articles examinés par le Groupe de travail à ce jour.

Article de la Loi type révisée	**Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994**	**Nouvelles dispositions examinées par le Groupe de travail**
Chapitre premier. DISPOSITIONS GÉNÉRALES	**Chapitre premier. DISPOSITIONS GÉNÉRALES**	
Article premier. Champ d'application	Article premier. Champ d'application	
Article 2. Définitions	Article 2. Définitions	
Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)]	Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)]	
Article 4. Règlements en matière de passation des marchés	Article 4. Règlements en matière de passation des marchés	
Article 5. Publication de textes juridiques	Article 5. Accès du public à la réglementation des marchés	Article 5, tel qu'il a été approuvé à titre préliminaire par le Groupe de travail à sa douzième session (A/CN.9/640, par. 30 à 34), à l'exception de son paragraphe 3, qui a fait l'objet d'un article 6 séparé (voir ci-dessous).
Article 6. Informations sur les possibilités de marchés à venir		Article 5. Publication de textes juridiques Paragraphe 3
Article 7. Règles concernant les méthodes de passation et le type de sollicitation (nouvelles dispositions, fondées sur le texte de 1994)	Articles 18, 17 a) et b), 19-1 a), 22, 23 a) et b), et 37-2 et 3 c), et commentaire du Guide relatif à l'article 22 (qui ont servi de base aux nouvelles dispositions)	

Article de la Loi type révisée	**Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994**	**Nouvelles dispositions examinées par le Groupe de travail**
Article 8. Communications dans la passation des marchés	Remplacement de l'article 9. Forme des communications	Article 5 *bis*, tel qu'il a été approuvé à titre préliminaire par le Groupe de travail à sa douzième session (A/CN.9/640, par. 17 à 25)
Article 9. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs	Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs	
Article 10. Qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs	Article 6. Qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs Article 10. Règles concernant les pièces produites par les fournisseurs ou entrepreneurs	
Article 11. Règles concernant la description de l'objet du marché	Article 16. Règles concernant la description des biens, des travaux ou des services	
Article 12. Règles concernant les critères d'évaluation (nouvelles dispositions fondées sur le texte de 1994)	Articles 27 e), 34-4, 38 m), 39 et 48-3 (qui ont servi de base aux nouvelles dispositions)	
Article 13. Règles concernant la langue du dossier de sollicitation ou dossier équivalent	Article 17. Langue	
Article 14. Garanties	Article 32. Garanties de soumission	
Article 15. Procédure de présélection	Article 7 (Procédure de présélection), ainsi que les dispositions relatives à la présélection des articles 23, 24 et 25	
Article 16. Rejet de toutes les soumissions	Article 12. Rejet de toutes les offres ou propositions, ou de tous les prix	
Article 17. Rejet d'une soumission anormalement basse		Fondé sur l'article 12 *bis* tel qu'il a été approuvé à titre préliminaire par le Groupe de travail à sa douzième session (A/CN.9/640, par. 44 à 55)
Article 18. Rejet d'une soumission au motif d'incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs ou de conflits d'intérêts	Article 15. Incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs	Conflits d'intérêts (A/CN.9/664, par. 116)

Article de la Loi type révisée	**Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994**	**Nouvelles dispositions examinées par le Groupe de travail**
Article 19. Acceptation de la soumission et entrée en vigueur du marché	Article 13. Entrée en vigueur du marché Article 36. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché	Délai d'attente (A/CN.9/664, par. 45 à 55 et 72)
Article 20. Publication des avis d'attribution de marché et d'accord-cadre	Article 14. Publication des avis d'attribution de marché	
Article 21. Confidentialité (nouveau texte, fondé sur la Loi type de 1994)	Article 45 (qui a servi de base aux nouvelles dispositions)	
Article 22. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés	Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés	Paragraphe 1 b) *bis*, tel qu'il a été approuvé à titre préliminaire par le Groupe de travail à sa neuvième session (A/CN.9/595, par. 49) Paragraphe 1 i) *bis*, tel qu'il a été approuvé à titre préliminaire par le Groupe de travail à ses onzième et douzième sessions (A/CN.9/623, par. 100, et A/CN.9/640, par. 91 Restructuration du paragraphe 3, telle qu'elle a été proposée à la douzième session du Groupe de travail (A/CN.9/640, par. 90). Le Groupe de travail n'a pas examiné en détail les dispositions restructurées présentées dans le document A/CN.9/WG.I/WP.59
	Le chapitre II. (MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES) a été supprimé (les articles 18 et 22 ont été repris dans le nouvel article 7, et les articles restants se trouvent dans les dispositions pertinentes des chapitres III et IV).	
Chapitre II. PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES	**Chapitre III. PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES**	
Articles 23 à 31	Articles 23 à 31, modifiés en conséquence	

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées par le Groupe de travail
	L'article 32 (Garanties de soumission) est devenu l'article 14 (Garanties) et a été placé dans le chapitre premier (Dispositions générales), pour le rendre applicable à toutes les méthodes de passation de marchés.	
Articles 32 à 34	Articles 33 à 35, modifiés en conséquence.	
	L'article 36 (Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché) est devenu l'article 19 et a été placé dans le chapitre premier (Dispositions générales), pour le rendre applicable à toutes les méthodes de passation de marchés.	
CHAPITRE III. CONDITIONS D'UTILISATION ET PROCÉDURES CONCERNANT L'APPEL D'OFFRES RESTREINT, LE SYSTÈME DE LA DOUBLE ENVELOPPE, ET LA SOLLICITATION DE PRIX	Chapitre II, articles 20 et 21; article 42 et autres dispositions pertinentes du chapitre IV; et chapitre V, articles 47 et 50	
[CHAPITRE IV. CONDITIONS D'UTILISATION ET PROCÉDURES CONCERNANT L'APPEL D'OFFRES EN DEUX ÉTAPES, LA SOLLICITATION DE PROPOSITIONS ET LA NÉGOCIATION AVEC APPEL À LA CONCURRENCE] **[peut être différé]**	Chapitre II, article 19; articles 43 et 44 et autres dispositions pertinentes du chapitre IV; chapitre V, articles 46, 48 et 49; et dispositions pertinentes des instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé	

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées par le Groupe de travail
CHAPITRE V. CONDITIONS D'UTILISATION ET PROCÉDURES CONCERNANT LES ENCHÈRES ÉLECTRONIQUES INVERSÉES	Nouveau	Articles 22 *bis* et 51 *bis* à *septies* (voir A/CN.9/WG.I/WP.59, A/CN.9/WG.I/WP.61, par. 17, et A/CN.9/640, par. 56 à 89), modifiés en conséquence
CHAPITRE VI. PROCÉDURES D'ACCORDS-CADRES	Nouveau	Articles 22 *ter* et 51 *octies* à *quindecies* (voir A/CN.9/WG.I/WP.62, et A/CN.9/664, par. 75 à 110), modifiés en conséquence.
CHAPITRE VII. RECOURS	Chapitre VI, tel qu'il a été révisé à la quatorzième session du Groupe de travail (A/CN.9/664, par. 19 à 74)	

H. Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa seizième session (New York, 26-29 mai 2009) (A/CN.9/672) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction . . . 1-6

II. Organisation de la session . . . 7-12

III. Délibérations et décisions . . . 13

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 . . . 14-120

A. Examen d'une proposition concernant le chapitre IV de la Loi type révisée (méthodes de passation reposant sur des négociations) . . . 14-120

1. Présentation d'une proposition . . . 14-30

2. Examen de la proposition par le Groupe de travail . . . 31-69

3. Examen de la proposition révisée par le Groupe de travail . . . 70-120

V. Questions diverses . . . 121-123

VI. Adoption du rapport du Groupe de travail . . . 124

I. Introduction

1. À sa trente-septième session, en 2004, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (la "Commission") a chargé son Groupe de travail I (Passation de marchés) d'élaborer des propositions en vue de réviser la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994) (la "Loi type", A/49/17 et Corr.1, annexe I). Elle lui a donné une certaine latitude pour déterminer les sujets à aborder lors de ses travaux, y compris les nouvelles pratiques dans la passation des marchés publics, en particulier celles résultant du recours aux communications électroniques (A/59/17, par. 82). Le Groupe de travail a entamé l'élaboration de propositions en vue de la révision de la Loi type à sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004) (A/CN.9/568). À cette session, il a décidé de continuer à ses prochaines sessions d'examiner en détail, les uns après les autres, les thèmes abordés dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.31 et 32 (A/CN.9/568, par. 10).

2. De ses septième à treizième sessions (qui se sont tenues respectivement du 4 au 8 avril 2005 à New York, du 7 au 11 novembre 2005 à Vienne, du 24 au 28 avril 2006 à New York, du 25 au 29 septembre 2006 à Vienne, du 21 au 25 mai 2007 à New York, du 3 au 7 septembre 2007 à Vienne et du 7 au 11 avril 2008 à New York) (A/CN.9/575, A/CN.9/590, A/CN.9/595, A/CN.9/615, A/CN.9/623, A/CN.9/640 et

A/CN.9/648), le Groupe de travail a examiné des thèmes liés à l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la passation des marchés, à savoir: a) l'utilisation des moyens de communication électroniques dans la passation, y compris l'échange de communications par voie électronique, la soumission électronique des offres, l'ouverture des offres, la tenue des réunions et la conservation des informations, ainsi que les conditions de leur utilisation; b) les aspects de la publication d'informations relatives à la passation, y compris la possibilité d'étendre la portée actuelle de l'article 5 et de faire référence à la publication des possibilités de marchés à venir; et c) les enchères électroniques inversées, y compris la question de savoir si elles devraient être traitées comme une phase optionnelle dans d'autres méthodes de passation ou comme une méthode à part entière, les critères de leur utilisation, les types de passations à couvrir et leurs aspects procéduraux.

3. À ses septième, huitième, dixième, onzième et douzième sessions, le Groupe de travail a examiné en outre la question des offres anormalement basses, y compris leur détection à un stade précoce du processus de passation et la prévention des conséquences négatives de ces offres.

4. À ses treizième et quatorzième sessions (Vienne, 8-12 septembre 2008), le Groupe de travail a examiné dans le détail la question des accords-cadres. À sa treizième session, il a également examiné la question des listes de fournisseurs et décidé que le sujet ne serait pas traité dans la Loi type, pour des raisons qui seraient exposées dans le Guide pour l'incorporation. À sa quatorzième session, le Groupe de travail a en outre examiné dans le détail les questions des voies de droit et de l'exécution, ainsi que celle des conflits d'intérêts.

5. À sa quinzième session (New York, 2-6 février 2009), le Groupe de travail a achevé la première lecture du texte révisé de la Loi type, à l'exception du chapitre IV. Il a noté que certaines dispositions exigeaient une étude plus approfondie, en particulier pour s'assurer qu'elles étaient conformes aux instruments internationaux pertinents.

6. À ses trente-huitième à quarante et unième sessions, de 2005 à 2008, la Commission a félicité le Groupe de travail pour les progrès qu'il avait réalisés dans ses travaux et a réaffirmé son appui à la révision de la Loi type qu'il avait entreprise, ainsi qu'à la prise en compte dans cette loi de nouvelles pratiques relatives à la passation de marchés (A/60/17, par. 172, A/61/17, par. 192, A/62/17, première partie, par. 170 et A/63/17, par. 307). À sa trente-neuvième session, la Commission a recommandé que le Groupe de travail, en mettant à jour la Loi type et le Guide pour son incorporation (le "Guide"), tienne compte de la question des conflits d'intérêts et examine s'il serait justifié de prévoir dans la Loi type des dispositions spéciales à cet égard (A/61/17, par. 192). À sa quarantième session, la Commission a recommandé au Groupe de travail d'adopter un ordre du jour concret pour ses prochaines sessions, afin d'accélérer ses travaux (A/62/17, première partie, par. 170). À sa quarante et unième session, la Commission a invité le Groupe de travail à terminer le plus vite possible ce projet pour permettre la finalisation et l'adoption de la Loi type révisée, ainsi que de son Guide pour l'incorporation, dans un délai raisonnable (A/63/17, par. 307).

II. Organisation de la session

7. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa seizième session à New York, du 26 au 29 mai 2009. Ont assisté à cette session des représentants des États membres ci-après: Afrique du Sud, Allemagne, Autriche, Bélarus, Bulgarie, Cameroun, Canada, Chine, Égypte, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Grèce, Guatemala, Honduras, Iran (République islamique d'), Italie, Kenya, Madagascar, Maroc, Mexique, Pakistan, Paraguay, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal et Venezuela (République bolivarienne du).

8. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Afghanistan, Bangladesh, Belgique, Croatie, Indonésie, Jordanie, Philippines, Saint-Siège, Suède et Turquie.

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

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale et Organisation mondiale du commerce;

b) *Organisations intergouvernementales*: Commission européenne et Organisation de coopération et de développement économiques;

c) *Organisations non gouvernementales internationales invitées*: American Bar Association (ABA), Association internationale du barreau, Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC), Forum for International Commercial Arbitration CIC (FICACIC), International Law Institute et Union Internationale des Avocats (UIA).

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

Président: M. Tore WIWEN-NILSSON[1] (Suède)

Rapporteuse: Mme Ligia GONZÁLEZ LOZANO (Mexique)

11. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après:

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.I/WP.67);

b) Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – historique de certaines dispositions de la Loi type et façon dont sont traitées les questions posées par certaines de ces dispositions dans les instruments internationaux réglementant les marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.68 et Add.1);

c) Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.69 et Add.1 à 5).

---

[1] Élu à titre personnel.

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

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Examen 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

13. À sa seizième 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 examiné des propositions concernant l'article 40 de la Loi type révisée, portant sur une nouvelle méthode de passation – le "dialogue compétitif". Le Groupe de travail est convenu des principes sur lesquels devraient se fonder les dispositions et d'une grande partie du texte, tel qu'il est reproduit dans le présent rapport, et a prié le secrétariat d'examiner les dispositions pour les aligner sur le reste de la Loi type. Le secrétariat a également été chargé d'élaborer de nouvelles dispositions pour le chapitre premier, concernant notamment les demandes de manifestation d'intérêt et l'annulation de la passation, pour examen à une date ultérieure. Le Groupe de travail l'a par ailleurs prié de modifier certaines dispositions du chapitre premier, ayant trait notamment au procès-verbal de la procédure de passation des marchés, à la confidentialité, aux critères d'évaluation et à la publication des avis d'attribution de marché, et les dispositions du chapitre II concernant la clarification et la modification du dossier de sollicitation, à la lumière des dispositions relatives au dialogue compétitif.

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. Examen d'une proposition concernant le chapitre IV de la Loi type révisée (méthodes de passation reposant sur des négociations)

1. Présentation d'une proposition

14. Le Groupe de travail était saisi d'une proposition concernant le chapitre IV de la Loi type révisée soumise par les délégations de l'Autriche, des États-Unis d'Amérique, de la France et du Royaume-Uni et intitulée "Article 40. Sollicitation de propositions avec négociations avec appel à la concurrence".

15. L'une des délégations à l'origine de la proposition a indiqué, en présentant cette dernière, qu'elle était fondée sur le texte présenté à la dernière session du Groupe de travail, qui fusionnait les articles 48 et 49 de la Loi type de 1994. Il a été

rappelé que le Groupe de travail avait décidé, à cette session, de reporter son examen du chapitre IV à une date ultérieure (A/CN.9/668, par. 209 à 212). Il a été dit que la proposition devait servir de base aux délibérations du Groupe de travail sur les négociations avec appel à la concurrence.

16. Il a été rappelé que la Loi type de 1994 contenait des dispositions relatives à la négociation avec appel à la concurrence (art. 49), mais qu'elles étaient jugées insuffisantes pour garantir la transparence et l'égalité de traitement des participants. Compte tenu des gains économiques que pouvaient procurer des négociations avec appel à la concurrence dans la passation de marchés de travaux ou de services complexes, les délégations à l'origine de la proposition ont souligné qu'il était nécessaire d'autoriser le recours à cette méthode de passation dans la Loi type. Elles ont reconnu que cette méthode présupposait l'exercice par les entités adjudicatrices d'un large pouvoir d'appréciation dans la prise de décision et comportait par conséquent un risque plus élevé de corruption et d'abus que d'autres procédures moins souples. Toutefois, il a été signalé que cette méthode de passation s'était révélée bénéfique pour l'entité adjudicatrice, en lui permettant de trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins, et que son utilisation serait de ce fait avantageuse tant pour les pays développés que pour les pays en développement. Il a également été souligné que, si ce genre de négociations n'était pas permis, le coût d'opportunité en découlant devrait être pris en compte.

17. Il a été souligné que, l'utilisation de cette méthode de passation comportant des risques élevés de corruption et d'abus, il faudrait un cadre réglementaire adéquat, ainsi qu'un cadre institutionnel d'appui approprié comprenant notamment: des dispositions et institutions anticorruption; une fonction d'audit indépendante; une société civile active (y compris l'exercice d'un contrôle par les médias); un système politique qui réagirait en cas d'abus; un système efficace de recours et, partant, de réparation; des réglementations efficaces contre les conflits d'intérêts et des agents de passation hautement qualifiés et professionnalisés. En d'autres termes, a-t-on souligné, il fallait une bonne gouvernance et une administration de qualité.

18. On a souligné qu'il importait de préserver la souplesse et la marge d'appréciation nécessaires à l'entité adjudicatrice dans l'utilisation de cette méthode, ce qui en augmenterait les avantages. Il a généralement été estimé que, parallèlement, il fallait prévoir des mesures de protection contre les utilisations abusives ou impropres de cette méthode. Ces mesures, a-t-on indiqué, pourraient prendre diverses formes, dont les suivantes: a) exiger que soient publiées les décisions essentielles prises au début, pendant et à la fin de la procédure de passation, telles que la modification des critères ou des spécifications; b) préciser les conditions d'utilisation; c) imposer un nombre minimum de participants aux négociations; d) définir la forme que prendraient les négociations (fallait-il par exemple permettre à la fois les négociations concomitantes et les négociations consécutives? Il a été noté que les délégations à l'origine de la proposition étaient d'avis que les négociations concomitantes garantissaient le résultat le plus avantageux et l'égalité de traitement, et de ce fait étaient préférables); e) réglementer les procédures relatives aux meilleures offres définitives, notamment la question de savoir s'il fallait autoriser la présentation d'une ou de plusieurs séries de meilleures offres définitives; f) définir des règles relatives aux spécifications et aux critères d'évaluation, y compris la portée des modifications autorisées; et g) conserver tous les documents.

19. Il a été mentionné que, s'il était nécessaire de prévoir des mesures de protection minimales pour cette méthode de passation, il fallait également reconnaître que les garanties procédurales ne suffiraient pas à elles seules, à moins qu'elles ne soient appuyées par un cadre institutionnel et réglementaire approprié, tel qu'il était décrit au paragraphe 17 ci-dessus. L'expérience de la Banque mondiale, en tant qu'institution apportant une assistance technique pour la réforme des systèmes de passation, a été décrite dans ce contexte. Il en ressortait que la mise en place du cadre institutionnel et des mesures de protection préalablement requis pour utiliser cette méthode s'était révélée être l'une des réformes les plus difficiles à mettre en œuvre. En réponse, il a été noté que des mesures de protection efficaces contre toute irrégularité dans la passation étaient nécessaires pour toutes les méthodes de passation, et que des réformes importantes avaient été engagées par certains États au cours des dernières années pour introduire les mesures de protection nécessaires.

20. On a fait observer qu'en examinant les aspects de cette procédure de passation, il ne fallait pas perdre de vue le contexte dans lequel s'inscrirait son traitement dans la Loi type: en effet, les négociations avec appel à la concurrence seraient un outil parmi d'autres s'offrant à l'entité adjudicatrice. On a expliqué que, dans la Loi type révisée, l'entité adjudicatrice serait tenue de choisir la méthode de passation la mieux adaptée aux circonstances. Il a également été précisé qu'étant donné qu'elles reposaient généralement sur des procédures lourdes et longues, les négociations avec appel à la concurrence devraient être utilisées uniquement lorsqu'elles convenaient à une situation déterminée, et non pour des articles simples qui étaient habituellement acquis par voie d'appel d'offres. Il a été dit qu'elles conviendraient pour une passation dans laquelle l'entité adjudicatrice avait besoin d'une solution sur mesure (par exemple, un système informatique d'archivage de documents juridiques, qui devait rester accessible à long terme) et dans laquelle l'excellence technique était un élément important.

21. D'un autre côté, a-t-on noté, la proposition à l'étude ne couvrirait pas toutes les situations dans lesquelles il pourrait être nécessaire de recourir à des négociations, par exemple les situations mentionnées à l'article 19-1 d) et 2 de la Loi type de 1994, en particulier en cas de besoin urgent. Il a aussi été souligné que la Loi type révisée devrait préciser les conditions d'utilisation de chaque méthode de passation reposant sur des négociations.

22. Il a été noté que la méthode de passation proposée comportait souvent les étapes suivantes: a) publication facultative d'une demande de manifestation d'intérêt; b) publication des conditions de sollicitation, des règles de procédure et, en cas de présélection, des conditions appliquées à cette présélection; c) présélection ou limitation du nombre de participants, en particulier si l'on s'attendait à ce que les candidats manifestant leur intérêt dépassent le nombre optimum prévu; d) envoi de la sollicitation de proposition aux candidats retenus pour les négociations; e) dialogue compétitif mené de manière concomitante; f) fin des négociations avec sollicitation des meilleures offres définitives; et g) attribution.

23. Il a été expliqué que la demande de manifestation d'intérêt était facultatif, afin de déterminer, lorsque cela était nécessaire, de quelle manière le marché pourrait répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice. Il a également été noté que la demande de manifestation d'intérêt n'obligeait nullement l'entité adjudicatrice à poursuivre la passation et ne conférait aucun droit aux fournisseurs ou aux

entrepreneurs ayant répondu. On s'est inquiété de ce que, dans certains pays, le terme "demande de manifestation d'intérêt" (request for expressions of interest) était employé pour décrire une étape obligatoire qui déclenchait l'ouverture de négociations avec appel à la concurrence. Pour éviter toute confusion, il a été suggéré d'employer un terme différent dans la proposition. (Sur le même sujet, voir également par. 38 à 44 ci-après.)

24. Il a ensuite été expliqué que, au stade de la publication des conditions de sollicitation, des règles de procédure et (en cas de présélection) des conditions applicables à cette présélection, les besoins de l'entité adjudicatrice seraient en principe définis en termes généraux (sous la forme d'indicateurs de performance ou de résultats). Il a été noté que ces besoins seraient normalement précisés dans le cadre des négociations mais, dans certains cas, il était possible de les définir avec plus de précision dès le début. Il a été indiqué que les critères d'évaluation et les coefficients de pondération attribués à chacun d'eux, en revanche, devaient être définis et ne pouvaient être modifiés pendant le processus.

25. On a ajouté que le recours à la présélection afin d'évaluer si les fournisseurs ou entrepreneurs avaient les compétences et les qualités pour répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice avant le début des négociations, était normalement considéré comme une bonne pratique. À cet égard, il a été noté que la présélection pouvait consister à limiter le nombre des participants, en ce sens que, parmi les candidats présélectionnés, les trois ou cinq fournisseurs les mieux placés étaient admis aux négociations. Il a cependant été souligné que l'entité adjudicatrice devrait se réserver cette possibilité dès le début et communiquer les critères et la procédure qu'elle appliquerait pour limiter le nombre des participants, étant entendu que ces critères et cette procédure devaient être objectifs et non discriminatoires. En ce qui concerne le nombre optimum de participants, on a observé que la négociation avec plus de cinq candidats s'était avérée très lourde et impossible à mettre en œuvre dans la pratique, que ce nombre de cinq serait normalement le maximum et que le minimum souhaitable serait de trois participants. Il a été proposé que le soin soit laissé à l'entité adjudicatrice de déterminer le nombre maximum de fournisseurs avec lesquels elle négocierait.

26. Il a en outre été expliqué que les sollicitations de propositions étaient adressées à tous les fournisseurs admis aux négociations; que ces derniers disposeraient d'un certain temps pour élaborer leurs propositions; et que, une fois les propositions soumises, les négociations se dérouleraient concomitamment avec tous les participants restants. Il a été noté que les négociations étaient tenues en règle générale par un comité composé des mêmes personnes pour chaque fournisseur afin de garantir des résultats cohérents. Le recours à ce type de comités non seulement garantissait l'efficacité mais était également considéré comme une mesure précieuse de lutte contre la corruption. On a souligné l'importance de l'égalité de traitement de tous les participants au stade des négociations. Il a été noté que l'égalité de traitement signifiait en pratique, par exemple, que la même question était examinée avec les participants concomitamment pendant la même durée.

27. Il a été expliqué que les négociations avec appel à la concurrence pourraient comporter plusieurs séries ou phases de négociations à l'issue desquelles les spécifications pourraient être affinées et les participants pourraient avoir une chance de modifier leurs propositions à la lumière des spécifications affinées ainsi que des questions et commentaires formulés par le comité de négociation pendant les

négociations. Certains participants pourraient décider de ne pas continuer à participer aux négociations ou ils pourraient être exclus de la poursuite des négociations par l'entité adjudicatrice s'ils n'étaient pas jugés en mesure de répondre aux besoins de cette dernière. Au terme des négociations, les participants restants auraient les mêmes possibilités de présenter la meilleure offre définitive sur la base de leurs propositions.

28. En réponse à une question sur le point de savoir si le prix faisait l'objet de négociations, il a été indiqué qu'un prix préliminaire serait indiqué dans tous les cas dès le début et que le prix final figurait toujours dans la meilleure offre définitive. En général, les négociations étaient essentiellement axées sur des aspects techniques, mais dans certains cas il n'était pas possible de séparer le prix des autres critères. Il a été dit que la possibilité de négocier le prix ne devrait pas être exclue, en particulier lorsque les conditions du marché permettaient à l'entité adjudicatrice de l'utiliser comme facteur de négociation et même l'encourageaient à le faire. Cela étant, il a été souligné qu'en aucun cas le prix ni aucune autre information commercialement sensible émanant d'un fournisseur ne devraient être divulgués à l'autre fournisseur.

29. En réponse à une question, les délégations à l'origine de la proposition ont confirmé que le principe de la proposition était compatible avec l'Accord plurilatéral sur les marchés publics (AMP) de l'OMC et l'AMP 2006 provisoire[2], mais que les dispositions permettant de réduire le nombre de participants seraient examinées dans le détail lorsque le Groupe de travail aborderait les parties pertinentes de la proposition. Il a été noté que certaines exigences de l'AMP actuel ne figuraient pas dans l'AMP 2006 provisoire ce qui indiquait le désir de favoriser le recours aux négociations dans la passation des marchés.

30. En réponse à une autre question, il a été expliqué que la proposition n'avait pas pour objet de remplacer les dispositions de la Loi type relatives aux réparations. Ainsi, a-t-on noté, les réclamations émanant des fournisseurs ou entrepreneurs écartés du processus devaient être traitées conformément aux dispositions applicables de la Loi type.

2. Examen de la proposition par le Groupe de travail

31. Le Groupe de travail a examiné la proposition paragraphe par paragraphe, notant qu'elle avait été établie à partir d'une synthèse de dispositions nationales et non d'un texte international.

Paragraphe 1

32. Le paragraphe 1 de la proposition, qui traitait des conditions d'utilisation de la procédure, était libellé comme suit:

> "1. [Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type peut spécifier l'autorité habilitée à donner ladite approbation)], l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation de marché en recourant

---

[2] Document GPA/W/297, consultable à la date de publication du présent rapport à l'adresse: http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm.

à la sollicitation de propositions avec négociations avec appel à la concurrence si elle est dans l'impossibilité de formuler une description détaillée de l'objet du marché, ou des spécifications qu'il doit posséder, et que:

a) En raison du caractère technique de l'objet du marché, elle doit inviter les vendeurs à faire plusieurs séries de propositions afin de négocier les prix ou des améliorations techniques;

b) La nature ou l'état de développement du secteur auquel appartiennent les fournisseurs ou entrepreneurs est en grande partie inconnu ou tel que l'entité adjudicatrice devrait obtenir une grande quantité d'informations sur ce secteur avant d'être en mesure d'arrêter les spécifications ou la description de l'objet du marché;

c) L'objet du marché ou la méthode de livraison choisi par l'entité adjudicatrice [est complexe et] comporte de nombreux aspects et devra probablement faire l'objet de nombreuses adaptations;

d) Le caractère dynamique [et complexe] de l'objet du marché ainsi que la durée suffisamment longue du contrat font que les spécifications sont susceptibles de changer pendant la durée du contrat [pour tenir compte des avancées technologiques]; ou

e) Le secteur auquel les fournisseurs ou entrepreneurs appartiennent n'a pas d'approche [uniforme] [homogène] de la fixation des prix ou de la livraison de l'objet du marché."

33. S'agissant des conditions d'utilisation de cette procédure:

a) Il a été souligné qu'il était nécessaire de fixer des conditions d'utilisation dans la Loi type (plutôt que dans le Guide pour l'incorporation) car c'était une garantie essentielle pour utiliser la procédure. À cet égard, on a fait observer que les conditions devraient tenir compte des types de marchés pour lesquels la procédure serait appropriée;

b) On a mis en doute la nécessité d'obtenir l'approbation d'une autorité supérieure (indiquée entre crochets dans le chapeau), en se demandant si le rôle de l'autorité devrait s'étendre à la supervision de la procédure. Les délégations à l'origine de la proposition ont souligné la nécessité d'un organisme indépendant qui pourrait interdire le recours à des négociations avec appel à la concurrence si l'entité adjudicatrice ne possédait pas le cadre institutionnel, les capacités et le niveau d'intégrité voulus, compte tenu des critères énoncés au paragraphe 17 ci-dessus. D'autres délégations se sont demandé si cette exigence d'approbation qui risquait d'être coûteuse et contraignante était justifiée. Elles se sont également demandé si le rôle de l'organisme serait d'évaluer les normes appliquées dans l'État concerné en matière d'administration et de gouvernance ou d'évaluer celles appliquées par l'entité adjudicatrice, ou la justification d'un recours à des négociations avec appel à la concurrence au cas par cas. À cet égard, on s'est inquiété de ce que l'organisme habilité à donner l'approbation devrait en fait s'en remettre aux compétences de l'entité adjudicatrice en ce qui concernait le choix de la procédure, de sorte que la garantie pourrait être illusoire. En revanche, il a été dit que le fait de supprimer cette exigence d'approbation risquait de faire obstacle aux appels d'offres ouverts en tant que principale méthode de passation des marchés, et pourrait ainsi tout simplement décourager d'engager la procédure. Après un échange

de vues, il a été convenu d'inclure l'exigence d'approbation entre crochets à titre d'option pour le législateur; le Guide expliquerait l'importance de cette garantie ainsi que la nécessité, en plus, d'assurer un contrôle efficace de la procédure;

c) Il a été demandé s'il faudrait faire référence, dans le chapeau, à une description "détaillée" de l'objet du marché, ainsi qu'à des spécifications "détaillées" (faisant partie de la description). D'une part, on a fait valoir qu'éviter le terme pourrait conduire à recourir de façon excessive à la méthode lorsque cela ne se justifiait pas (en évitant simplement la préparation appropriée du marché); d'autre part, il a été dit que l'entité adjudicatrice aurait besoin d'un certain niveau de détail simplement pour formuler une description fonctionnelle de base, et par conséquent que le qualificatif n'apportait pas vraiment de clarification à la question fondamentale de savoir s'il était "possible" de rédiger une description et des spécifications appropriées. D'autres délégations ont estimé que, si l'on pouvait rédiger des spécifications fonctionnelles plutôt que des spécifications techniques, il ne serait pas nécessaire d'utiliser une méthode qui visait à trouver des solutions à travers la procédure proprement dite. Estimant qu'en tout état de cause la description devrait être suffisamment précise pour susciter des offres répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice, mais que l'exigence de spécifications nécessaire pour l'appel d'offres ne serait toujours pas satisfaite, le Groupe de travail a décidé de reporter à plus tard l'examen final de cette question;

d) Concernant les conditions d'utilisation détaillées énoncées aux alinéas a) à e) du texte proposé, on a estimé que ces conditions risquaient de ne pas toutes être compatibles entre elles et avec l'exigence générale du chapeau, et que la liste n'était pas (et ne pouvait pas être) exhaustive. On s'est demandé si: i) l'alinéa a) pourrait en fait autoriser les négociations sur le prix et les améliorations, plutôt que la négociation sur la solution; ii) dans l'alinéa b), la procédure pourrait être une procédure dans laquelle des informations sont fournies à l'entité adjudicatrice pour aider à rédiger les spécifications, sans impliquer de négociations en tant que telles; et iii) la situation décrite à l'alinéa a) du texte proposé pourrait se prêter davantage aux enchères électroniques inversées, à l'alinéa b) à l'appel d'offres en deux étapes, et à l'alinéa d) aux accords-cadres (en ce qui concernait cette disposition, il a en outre été noté que permettre la modification des spécifications pourrait déroger aux principes fondamentaux de la Loi type). Certains ont en outre estimé que le champ d'application de l'alinéa e) n'était pas clair. On a également émis des doutes sur l'interaction entre les paragraphes 1 et 13 proposés. Compte tenu de ces questions, il a été convenu que le paragraphe serait reformulé pour donner les conditions générales d'utilisation, sur la base de celles énoncées dans l'article 19-1 a) de la Loi type de 1994 (mais prévoyant en outre certaines raisons de nature non technique qui pourraient empêcher une formulation précise de la description). Il a également été convenu que certains ou la totalité des alinéas de la proposition seraient insérés dans le Guide à titre d'exemples de situations se prêtant à la procédure.

34. Le Groupe de travail était saisi d'une proposition révisée du paragraphe 1, qui se lisait comme suit:

"**Conditions d'utilisation**

[Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type peut spécifier l'autorité habilitée à donner ladite approbation)], l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation de marché en recourant à la sollicitation

de propositions avec négociations avec appel à la concurrence si elle est dans l'impossibilité de formuler une description suffisamment complète, afin de trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins."

35. Le texte proposé a bénéficié d'un appui, étant entendu que le Guide expliquerait que ce texte viserait à permettre à l'entité adjudicatrice d'envisager plus d'une solution. Il était également entendu que le Guide appellerait l'attention des États adoptants sur le fait que la méthode de passation proposée ne porterait pas sur le type de négociations visant uniquement à obtenir des améliorations techniques et des réductions de prix.

36. L'observateur de la Banque mondiale a demandé si le Guide préciserait la portée de cette méthode de passation, la question étant de savoir si elle se limiterait à la passation des marchés de certains types de services, et si elle s'appliquerait également à la passation des marchés de biens et de travaux. Il a été confirmé que le Guide donnerait des exemples de types appropriés de biens, de travaux et de services auxquels la méthode s'appliquerait.

37. On s'est inquiété du fait que les conditions d'utilisation de cette méthode de passation se recouperaient avec celles de l'appel d'offres en deux étapes. Le Groupe de travail est convenu d'examiner cette question et celle de l'appel d'offres en deux étapes à un stade ultérieur. (Sur le même sujet, voir également par. 50 et 63 à 66 ci-après.)

Paragraphe 2

38. Le paragraphe 2 de la proposition était libellé comme suit:

"2. Une entité adjudicatrice émet une demande de manifestation d'intérêt avant d'adresser une sollicitation de propositions aux fournisseurs et entrepreneurs, afin de déterminer le nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs auxquels elle doit faire parvenir une telle sollicitation en conformité avec le paragraphe 3. Un avis demandant aux fournisseurs ou entrepreneurs intéressés de se faire connaître est publié dans un journal ou dans une publication spécialisée ou une revue technique ou professionnelle appropriées de grande diffusion internationale."

39. Il a été demandé si l'émission d'une demande de manifestation d'intérêt devrait être obligatoire ou facultative. Notant que l'objectif pouvait être de se renseigner sur le marché concerné, il a été convenu qu'elle devrait être facultative. Il a par conséquent été convenu de remplacer le mot "émet" dans la première phrase par les mots "peut émettre" et de supprimer le texte venant après la virgule dans cette même phrase. En outre, la deuxième phrase commencerait par "Tout avis". Une proposition visant à remplacer la première phrase par les mots "une entité adjudicatrice peut lancer le processus de négociation avec appel à la concurrence en émettant un avis de manifestation d'intérêt" n'a pas été acceptée. Il a toutefois été suggéré de remplacer les mots "avant d'adresser une sollicitation …" par les mots "avant d'engager les négociations avec appel à la concurrence".

40. Il a également été convenu, en conséquence, que répondre à un tel avis ne devrait conférer aucun droit aux fournisseurs, ni imposer à l'entité adjudicatrice l'obligation de donner suite à la sollicitation, et qu'un libellé à cet effet reposant sur l'article 48-2 du texte de 1994 et le projet d'article 6 révisé serait inséré. Concernant

le libellé relatif à l'obligation d'avis, on a souligné qu'il fallait assurer la conformité avec les dispositions similaires de la Loi type (y compris la question de savoir si une sollicitation ouverte serait toujours appropriée) et la neutralité technologique.

41. Le Groupe de travail était saisi d'une proposition révisée du paragraphe 2, libellée comme suit:

"**[Demande de manifestation d'intérêt**

2. Une entité adjudicatrice [peut émettre] émet une demande de manifestation d'intérêt [dans le cadre du processus de planification] avant [d'engager une procédure de passation de marché en vertu de la présente Loi] [de lancer une procédure de négociation avec appel à la concurrence]. [L'objectif de cette demande de manifestation d'intérêt peut être…] Tout avis demandant aux fournisseurs ou entrepreneurs intéressés de se faire connaître est publié dans un journal ou dans une publication spécialisée ou une revue technique ou professionnelle appropriées de grande diffusion internationale. [Ni l'avis ni une réponse ne confèrent de droit aux fournisseurs ou entrepreneurs et, en particulier, ne les autorisent à exiger qu'une proposition soit évaluée; l'avis n'oblige pas non plus l'entité adjudicatrice à émettre une sollicitation.]"

42. Le Groupe de travail a noté que la notion de demande de manifestation d'intérêt, telle qu'elle était proposée, était un nouveau concept dans la Loi type. On a estimé qu'un des objectifs de la demande de manifestation d'intérêt, qui était de se renseigner pour savoir si le marché pourrait répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice avant d'engager toute procédure de passation, concernerait non seulement la méthode de passation en question mais aussi toutes les méthodes de passation. On a par conséquent soutenu l'idée d'inclure dans la Loi type révisée une disposition à part entière autorisant l'entité adjudicatrice à se renseigner sur les conditions du marché avant d'engager toute procédure de passation. Il a été dit que cette disposition devrait énoncer les objectifs de la demande de manifestation d'intérêt et s'appuyer sur la proposition contenue au paragraphe 41 ci-dessus. Il a en outre été suggéré qu'elle devrait contenir une définition de la demande de manifestation d'intérêt.

43. Il a été souligné que l'emplacement de la disposition dépendrait des objectifs visés: si l'objectif était de recourir à l'aide du marché pour finaliser les spécifications, il convenait alors de la placer dans le chapitre IV. S'il s'agissait par contre d'examiner les conditions du marché en général avant, par exemple, de choisir la méthode de passation adéquate, elle devrait être insérée au chapitre premier, par exemple dans le projet d'article 6 révisé, et s'appliquer à toutes les méthodes de passation. Il a également été suggéré d'inclure la disposition dans le commentaire du Guide accompagnant l'article 6.

44. Le Groupe de travail a décidé de se prononcer ultérieurement sur la disposition et sur son emplacement dans la Loi type révisée. Il est néanmoins convenu que celle-ci devrait rester optionnelle, et ne devrait conférer aucun droit aux fournisseurs ou entrepreneurs ni imposer aucune obligation à l'entité adjudicatrice (voir également par. 54 et 55, 70 et 73 ci-après).

Paragraphe 3

45. Le Groupe de travail était saisi du paragraphe suivant:

> "3. Les sollicitations de propositions doivent être envoyées au plus grand nombre faisable de fournisseurs ou d'entrepreneurs, mais pas à moins de trois."

46. En présentant le paragraphe, l'une des délégations à l'origine de la proposition a noté que le nombre minimum de fournisseurs auprès desquels l'entité adjudicatrice serait tenue de solliciter des propositions pouvait varier, mais ne devait pas être élevé. Il a été suggéré que le Guide explique les inconvénients et les difficultés liés à la négociation avec un nombre élevé de participants. On s'est déclaré favorable à ce que le chiffre de trois fournisseurs ou entrepreneurs soit considéré comme un minimum approprié. Il a toutefois été demandé quelles possibilités s'offriraient à l'entité adjudicatrice si ce minimum ne pouvait pas être assuré, en conséquence de quoi on a appuyé le rétablissement des dispositions de l'article 48-1 de la Loi type de 1994 qui mentionnaient l'envoi de sollicitations de propositions à au moins trois fournisseurs ou entrepreneurs "si possible".

47. L'opinion a été exprimée que la publication d'un avis concernant le marché et ses conditions devrait précéder l'étape décrite au paragraphe 3 proposé.

Paragraphes suivants fondés sur le projet d'article 39 reproduit dans le document A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.4

48. Le Groupe de travail a poursuivi l'examen des aspects de la méthode de passation proposée, en se fondant sur le projet d'article 39 reproduit dans le document A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.4. Il est convenu que la méthode décrite dans cet article n'était pas censée remplacer l'article 46 de la Loi type de 1994 relatif à l'appel d'offres en deux étapes, mais les articles 48 et 49 (sur la sollicitation de propositions et la négociation avec appel à la concurrence).

49. L'avis a été exprimé que la sollicitation de propositions sans négociation (qui était possible selon l'article 48 de la Loi type de 1994) devait être maintenue dans la Loi type révisée en tant que méthode de passation distincte, car elle était utilisée dans certains pays et s'était révélée utile. Le Groupe de travail a décidé de se prononcer ultérieurement sur ce point, et notamment sur la question de savoir si cette méthode de passation devrait figurer dans le chapitre III, comme solution de remplacement à l'appel d'offres, plutôt que dans le chapitre IV.

50. Il a été noté que la méthode de passation proposée et l'appel d'offres en deux étapes, tout en étant soumis aux mêmes conditions d'utilisation, se distingueraient principalement par la mesure dans laquelle et les modalités suivant lesquelles on pouvait limiter le nombre de participants. S'il pouvait certes être nécessaire de limiter le nombre de fournisseurs en vue d'une procédure négociée, la proposition, a-t-on fait remarquer, prévoyait à cette fin un pouvoir d'appréciation excessif et des critères d'objectivité insuffisants. À l'inverse, les dispositions de 1994 sur l'appel d'offres en deux étapes disposaient que tous les fournisseurs qualifiés dont l'offre n'avait pas été rejetée seraient autorisés à participer. Par conséquent, on a souligné qu'il serait essentiel de comprendre la base sur laquelle la proposition actuelle avait été rédigée (en comparaison avec les dispositions similaires de 1994) pour en assurer la cohérence.

51. Le Groupe de travail est convenu que les dispositions définissant les conditions d'utilisation de cette méthode de passation (voir par. 34 ci-dessus) devraient être placées au début du projet d'article. Il a également été estimé que l'ordre et la formulation des dispositions qui suivraient les conditions d'utilisation dépendraient du traitement qu'il déciderait d'accorder à la notion de demande de manifestation d'intérêt, examinée aux paragraphes 38 à 44 ci-dessus. Néanmoins, il a été convenu que la chronologie du processus devrait être clairement précisée dans l'article, de la manière suivante: premièrement, la publication d'un avis de marché (qui pourrait prendre la forme d'une invitation à présenter une demande de présélection) contenant certaines informations minimales; deuxièmement, l'envoi d'une sollicitation de propositions aux fournisseurs ou entrepreneurs participants (qui comprendrait des informations plus détaillées); troisièmement, les négociations, et quatrièmement, la sollicitation des meilleures offres définitives.

52. Il a été convenu de supprimer le premier paragraphe du projet d'article 39 et d'en refléter le contenu dans le Guide.

53. L'emplacement du paragraphe 2 du projet d'article 39 a été examiné. Il a été suggéré de faire figurer celui-ci après le paragraphe 3 de cet article, sauf si, d'après les dispositions qui apparaîtraient en début d'article, un autre emplacement était préférable. Une autre proposition, qui a finalement été appuyée, était de supprimer le paragraphe et d'en refléter le contenu plus loin dans le texte. Il a été souligné, en particulier, qu'en cas de présélection (telle que celle-ci était envisagée dans la Loi type ou telle qu'elle était comprise dans les instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructures à financement privé[3]), la documentation ou le dossier de présélection préciserait quels fournisseurs ou entrepreneurs recevraient la sollicitation de propositions, en d'autres termes comment leur nombre serait limité.

54. Il a été proposé de supprimer la possibilité que le paragraphe 3 du projet d'article 39 offrait à l'entité adjudicatrice (à savoir de décider de ne pas publier d'avis demandant aux fournisseurs ou entrepreneurs qui pourraient souhaiter soumettre une proposition de se faire connaître). Compte tenu du sens distinct qu'il avait été décidé d'attribuer à une "demande de manifestation d'intérêt" (voir par. 38 à 44 ci-dessus), et afin d'éviter toute confusion, il a été convenu que le paragraphe 3 exigerait et réglementerait la publication du "premier avis concernant le marché". Le Groupe de travail a examiné les informations minimales qui devraient figurer dans cet avis en se fondant sur la proposition ci-après:

> "(...) 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 le premier avis sollicitant la soumission de propositions. Cet avis doit spécifier au moins:
>
> a) L'objet du marché de façon suffisamment détaillée pour assurer la participation du plus grand nombre possible de fournisseurs potentiels;

---

[3] Les Dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé et le Guide législatif de la CNUDCI sur le même sujet, accessibles à la date du présent rapport à l'adresse: http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

b) Les étapes de la procédure [décrire ici les étapes prévues qui se concluront par des négociations avec appel à la concurrence et, si l'entité adjudicatrice souhaite limiter le nombre des personnes autorisées à présenter des offres, insérer une déclaration à cet effet];

c) Les modalités d'obtention du dossier de sollicitation et le lieu où il peut être obtenu;

d) Les frais (éventuels) d'obtention du dossier de sollicitation; et

e) La date limite de soumission des réponses."

55. Le Groupe de travail est convenu d'examiner ultérieurement si ce texte pourrait être fusionné avec les dispositions sur la demande de manifestation d'intérêt envisagées pendant la session en cours (voir par. 38 à 44 ci-dessus) et, dans l'affirmative, si l'insertion dans l'article sur les négociations avec appel à la concurrence d'un renvoi auxdites dispositions suffirait. De l'avis du Groupe de travail, le premier avis de marché, quelle qu'en soit la forme, devait être un document public et contenir des informations minimales sur la procédure de passation (y compris la limitation du nombre des participants si celle-ci était envisagée), tous les critères de qualification et d'évaluation applicables et une description de l'objet du marché. Il a également été convenu que la sollicitation de propositions, qui serait envoyée à un stade ultérieur du processus, contiendrait des informations plus détaillées. Il a été proposé que les dispositions relatives à la limitation du nombre de participants prévues dans la Loi type soient alignées sur les instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructures à financement privé.

56. Une question a été posée concernant la nature des critères que l'entité adjudicatrice pourrait appliquer pour limiter le nombre des fournisseurs ou entrepreneurs auxquels une sollicitation de propositions serait adressée. On a souligné que ces critères devraient être non discriminatoires.

57. Le Groupe de travail est convenu de remplacer le paragraphe 4 du projet d'article 39 par le texte suivant:

"L'entité adjudicatrice établit les critères d'évaluation des propositions conformément à l'article 12." (Voir également par. 90 ci-après.)

58. Le Groupe de travail a examiné le libellé suivant à insérer avant le paragraphe 4 du projet d'article 39:

"Le dossier de sollicitation doit décrire le processus par lequel l'entité adjudicatrice déterminera quels fournisseurs ou entrepreneurs rempliront de façon satisfaisante les critères de qualification afin d'être admis aux négociations avec appel à la concurrence. Lorsque le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs remplissant les critères pour être admis aux négociations est plus que suffisant, l'entité adjudicatrice peut limiter le nombre de ceux qu'elle entend inviter à participer aux négociations, à condition que le dossier de sollicitation spécifie:

a) Les critères objectifs et non discriminatoires à appliquer pour limiter le nombre des fournisseurs ou entrepreneurs conformément au présent paragraphe; et

b) Le nombre minimum de fournisseurs ou entrepreneurs, qui ne doit pas être inférieur à trois [si possible,] que l'entité adjudicatrice entend inviter à participer aux négociations et, le cas échéant, le nombre maximum."

59. Il a été proposé de remplacer le paragraphe 5 c) du projet d'article 39 par le texte suivant:

"c) Les critères d'évaluation de la proposition conformément à l'article 12, exprimés, dans la mesure du possible, en termes pécuniaires, le coefficient de pondération dont sera affecté chacun de ces critères et la manière dont ils seront appliqués pour l'évaluation de la proposition."

60. Il a été proposé de remplacer les paragraphes 6 à 13 du projet d'article 39 par le texte suivant:

"(...) Toute modification ou clarification de la sollicitation de propositions, y compris toute modification des critères d'évaluation des propositions visés au paragraphe (_) du présent article, est communiquée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure. Ces modifications ou clarifications doivent être communiquées par écrit à tous les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels auxquels une sollicitation de propositions a été envoyée conformément au paragraphe (_) suffisamment de temps avant la date limite de soumission pour leur permettre d'en tenir compte dans leurs propositions.

(...) Conformément aux dispositions de l'article 21, l'entité adjudicatrice doit préserver la confidentialité de toutes les soumissions, de toutes les informations et de tous les documents que lui communique un fournisseur ou entrepreneur ou qu'elle obtient pendant le processus de passation, à moins que le fournisseur ou entrepreneur consente à leur divulgation, qu'ils relèvent du domaine public ou que la loi exige leur divulgation.

(...) L'entité adjudicatrice négocie avec les fournisseurs ou entrepreneurs au sujet de leurs propositions et peut demander ou autoriser une modification de ces propositions, sous réserve que la possibilité de participer aux négociations soit donnée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des propositions qui n'ont pas été rejetées.

(...) Les négociations avec appel à la concurrence doivent être menées de façon concomitante (c'est-à-dire séparément mais plus ou moins simultanément avec chaque fournisseur ou entrepreneur admis à participer aux négociations après l'étape de la présélection).

(...) Les conditions, directives, documents, éclaircissements ou autres éléments d'information relatifs aux négociations qui sont communiqués par l'entité adjudicatrice à un fournisseur ou entrepreneur sont communiqués également à tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs ayant engagé des négociations sur la passation du marché avec l'entité adjudicatrice.

(...) À l'issue des négociations, l'entité adjudicatrice doit demander à tous les fournisseurs ou entrepreneurs avec lesquels elle a négocié de soumettre une meilleure offre définitive ayant trait aux solutions ou à la solution dégagée durant le processus de négociation. La demande doit être écrite et préciser la date et l'heure à laquelle les offres doivent être soumises. En se fondant sur les critères d'évaluation, l'entité adjudicatrice doit déterminer [à quel fournisseur

ou entrepreneur elle recommandera d'attribuer le] [à quel fournisseur ou entrepreneur elle attribuera le] marché sur la base des meilleures offres définitives.]"

61. Le Groupe de travail est convenu que le texte proposé (qui remplacerait le projet d'article 39) envisageait une méthode qui s'appliquerait à la passation des marchés de biens, de travaux ou de services complexes. Il était également entendu que la méthode proposée ne s'appliquait pas aux cas où des négociations étaient nécessaires pour des raisons d'urgence (c'est-à-dire les conditions d'utilisation prévues à l'article 19-2 de la Loi type de 1994), ou lorsque la concurrence était insuffisante. Il a été suggéré que l'article 49 de la Loi type de 1994, qui contenait des dispositions sur des négociations souples avec appel à la concurrence, soit conservé dans la Loi type révisée pour tenir compte de ces situations. Il a également été souligné que les dispositions relatives aux accords-cadres, qui avaient été ajoutées à la Loi type, tendraient également à couvrir ce genre de situations.

62. On s'est déclaré favorable à ce que la nouvelle méthode de passation proposée soit ajoutée dans la Loi type révisée. Il a été suggéré que, pour éviter toute confusion quant à la terminologie et au choix des méthodes de passation dans les États qui avaient adopté une législation fondée sur la Loi type de 1994, la Loi type révisée emploie un terme distinct pour désigner cette nouvelle méthode et définisse clairement quand elle pouvait être utilisée. Dans la discussion qui a suivi, il a été convenu de désigner la méthode proposée par le terme de "dialogue compétitif".

63. On s'est inquiété du fait qu'il n'était pas clair dans quelles situations le dialogue compétitif serait utilisé de préférence à l'appel d'offres en deux étapes. En réponse, on a suggéré que la Loi type révisée adopte une approche de type "boîte à outils", et laisse à l'entité adjudicatrice le soin de choisir, entre les différents outils disponibles, celui qui conviendrait à la situation. Il a été souligné que cette approche ne visait pas à affaiblir la primauté de l'appel d'offres ouvert et ne conviendrait de ce fait que pour les méthodes alternatives à l'appel d'offres (chap. III de la Loi type révisée) ou les méthodes distinctes de l'appel d'offres car faisant appel aux négociations (chap. IV de la Loi type révisée). Le Groupe de travail a également noté que, dans l'appel d'offres en deux étapes, les fournisseurs ou entrepreneurs en fin de compte présentaient leurs offres par rapport à une solution unique, alors que dans le dialogue compétitif, l'entité adjudicatrice évaluerait les meilleures offres définitives soumises par rapport à la proposition de chaque fournisseur. Il a par conséquent été suggéré que cette distinction – la possibilité de formuler une série unique de spécifications après les négociations – devienne un critère sur lequel le choix entre dialogue compétitif et appel d'offres en deux étapes devrait être fondé.

64. On s'est inquiété du fait que le dialogue compétitif comportait un risque de divulgation d'informations commercialement sensibles, telles que le prix. Il a été rappelé que le Guide devrait souligner que cette procédure ne devait pas être utilisée si la capacité de fournir des garanties adéquates contre ce risque et d'autres risques d'irrégularités inhérents à cette méthode était insuffisante (voir par. 16 à 19 ci-dessus). L'appel d'offres en deux étapes, qui tenait compte du même genre de situations que le dialogue compétitif, a-t-on dit, comportait de meilleures garanties contre les abus car il suivait les principes de l'appel d'offres ouvert en ne s'en écartant que très légèrement. Il a été noté que l'appel d'offres en deux étapes permettrait à l'entité adjudicatrice, grâce à l'examen des propositions techniques et à des négociations facultatives avec tout fournisseur ayant soumis une proposition

technique acceptable, de finaliser les spécifications qu'elle n'avait pas été en mesure de formuler de manière adéquate au début de la passation.

65. On s'est par conséquent déclaré favorable à ce que l'appel d'offres en deux étapes soit conservé en tant que méthode de passation distincte dans la Loi type révisée. Il a été dit que la méthode avait fait ses preuves et était utilisée avec succès pour les marchés portant par exemple sur les systèmes informatiques et les infrastructures. On s'est préoccupé du fait que, si cette méthode était supprimée, les États adoptants qui avaient des inquiétudes au sujet de l'intégrité de leurs systèmes de passation et hésiteraient à autoriser le recours au dialogue compétitif n'auraient aucune solution de remplacement.

66. Le Groupe de travail a rappelé que, pour lui, il était entendu que la méthode de passation proposée n'était pas destinée à remplacer l'appel d'offres en deux étapes.

67. L'observateur de la Banque mondiale a expliqué que cette dernière aurait probablement des difficultés à utiliser la méthode de passation proposée pour les services quantifiables (ou non intellectuels) ainsi que les services intellectuels pour lesquels des négociations consécutives et non simultanées seraient plus appropriées. Il a également été souligné que la transparence était une considération primordiale et qu'il serait peut être souhaitable d'établir un seuil pour l'utilisation de cette méthode.

68. Il a été répondu que les conditions d'utilisation du dialogue compétitif pourraient apaiser les craintes concernant un recours inapproprié à cette méthode, en empêchant effectivement son utilisation pour l'achat d'articles qui devraient être acquis par voie d'appel d'offres. Il a également été rappelé que le texte du Guide qui accompagnerait les dispositions de la Loi type sur le dialogue compétitif devrait aussi contenir les explications nécessaires sur les conditions d'utilisation et les règles applicables.

69. Le Groupe de travail a noté les similitudes entre certaines étapes de la procédure d'appel d'offres ouvert et du dialogue compétitif. Les principales différences constatées concernaient l'étape de la communication du dossier de sollicitation (dans le dialogue compétitif, il était permis de limiter le nombre de fournisseurs auxquels était adressée la sollicitation de propositions) et l'étape des négociations. Le Groupe de travail a été invité à examiner les aspects des propositions – aspects techniques et qualitatifs seulement ou prix également – qui devraient pouvoir être négociés dans le cadre du dialogue compétitif.

3. Examen de la proposition révisée par le Groupe de travail

Paragraphes 1 à 3

70. Le Groupe de travail a ensuite examiné les aspects ci-après de la proposition révisée:

> "1. *Conditions d'utilisation*. [Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type peut désigner l'autorité habilitée à donner ladite approbation)], l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation de marché en recourant à la sollicitation de propositions avec dialogue compétitif si elle est dans l'impossibilité de formuler une description suffisamment complète, afin de trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins.

[2. *Demandes de manifestation d'intérêt*. L'entité adjudicatrice peut publier une demande de manifestation d'intérêt dans le cadre du processus de planification avant d'engager une procédure de passation de marché en vertu de la présente Loi. Tout avis demandant aux fournisseurs ou entrepreneurs de manifester leur intérêt doit être publié dans un journal, une publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle appropriée de grande diffusion internationale. Ni l'avis ni une réponse ne confèrent de droits aux fournisseurs ou entrepreneurs et, en particulier, ne les autorisent à exiger qu'une proposition soit évaluée; l'avis n'oblige pas non plus l'entité adjudicatrice à adresser une sollicitation.]

3. 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 le premier avis sollicitant la soumission de propositions. Cet avis doit spécifier au moins:

a) L'objet du marché de façon suffisamment détaillée pour assurer la participation du plus grand nombre possible de fournisseurs potentiels;

b) Les étapes de la procédure [décrire ici les étapes prévues qui se concluront par des négociations avec appel à la concurrence et, si l'entité adjudicatrice souhaite limiter le nombre des personnes autorisées à présenter des offres, insérer une déclaration à cet effet];

c) Les modalités d'obtention du dossier de sollicitation et le lieu où il peut être obtenu;

d) Les frais (éventuels) d'obtention du dossier de sollicitation; et

e) La date limite de soumission des réponses."

71. Il a été proposé d'ajouter au paragraphe 1 une référence aux "marchés complexes". Selon l'avis qui l'a emporté, le paragraphe ne devrait pas contenir une telle référence.

72. Il a été proposé de faire référence dans les paragraphes 2 et 3, et dans d'autres dispositions de la Loi type lorsque le contexte était similaire, au "bulletin des marchés publics". Selon un autre point de vue, cette référence pourrait figurer dans le Guide révisé parmi les exemples de publications dans lesquelles paraissaient habituellement les avis en question.

73. Selon l'avis qui a prévalu, il faudrait supprimer le paragraphe 2 des dispositions relatives au dialogue compétitif et l'examiner séparément à un stade ultérieur.

74. Il a été proposé que certains aspects figurant dans la dernière phrase du paragraphe 2 proposé soient reproduits dans le chapeau du paragraphe 3. Il a été noté en particulier que les réponses à la publication du premier avis de sollicitation pourraient montrer qu'il ne serait pas possible ou souhaitable de mener la procédure de passation ayant fait l'objet de cette publicité. Dans de telles situations, a-t-on dit, l'entité adjudicatrice devrait être autorisée à annuler la passation. On a fait observer que cette proposition était valable non seulement pour le dialogue compétitif mais également pour toutes les méthodes de passation visées dans la Loi type. Il a donc été proposé que des dispositions soient insérées à cet effet dans le chapitre premier,

de préférence aux côtés des dispositions autorisant le rejet de toutes les soumissions (projet d'article 16).

75. Il a en outre été proposé que le paragraphe 3 prévoie la possibilité pour l'entité adjudicatrice de réduire le nombre de participants durant le dialogue compétitif et qu'en conséquence le premier avis de sollicitation avertisse les fournisseurs ou entrepreneurs de cette possibilité. Il a par conséquent été proposé que les dispositions restent inchangées et l'entité adjudicatrice puisse réduire le nombre de participants au processus de passation uniquement en recourant à la présélection.

76. Certains représentants ont reconnu que certaines situations pourraient justifier l'exclusion de fournisseurs ou d'entrepreneurs pendant le dialogue, par exemple au motif qu'ils n'étaient plus qualifiés (en cas notamment de faillite) ou qu'ils ne répondaient pas aux besoins de l'entité adjudicatrice (par exemple lorsqu'ils s'écartaient substantiellement, pendant le dialogue, des éléments essentiels considérés comme non négociables dès le début de la passation).

77. Il a été reconnu dans le même temps que le fait d'autoriser l'entité adjudicatrice à exclure des fournisseurs ou entrepreneurs durant le dialogue sans imposer de conditions risquait d'aboutir à des pratiques abusives. Le Groupe de travail a noté les dispositions figurant dans les instruments internationaux, tels que l'Accord sur les marchés publics et la Convention des Nations Unies contre la corruption (New York, 31 octobre 2003)[4], exigeant que les critères d'exclusion soient communiqués dès le début de la procédure de passation. Il a été convenu que la Loi type devrait imposer une obligation équivalente.

78. Il a été demandé si la fin du dialogue compétitif avec certains fournisseurs ou entrepreneurs serait possible sur la base de critères autres que la qualification ou la conformité de leurs propositions aux besoins de l'entité adjudicatrice. Dans ce contexte, il a été fait référence aux dispositions de l'article 44 e) de la Loi type de 1994, qui permettait de mettre fin aux négociations avec un fournisseur s'il apparaissait à l'entité adjudicatrice que de nouvelles négociations n'aboutiraient pas à l'attribution du marché. Le Groupe de travail a pris note des circonstances distinctes dans lesquels l'article 44 e) s'appliquait – négociations consécutives sur le prix uniquement – qui permettaient l'exclusion sur une base relativement objective (le prix seulement).

79. Un soutien a été apporté à l'idée d'autoriser l'entité adjudicatrice à mettre fin au dialogue compétitif avec des fournisseurs ou entrepreneurs qui, à son avis, n'auraient pas de chances raisonnables de se voir attribuer le marché. Il a été admis que cette approche permettrait aux deux parties d'éviter de perdre du temps et des ressources. Il a été indiqué que la concurrence pourrait être sensiblement réduite dans de futures procédures de passation analogues si les fournisseurs ou entrepreneurs supportaient les dépenses inutiles, lesquelles pourraient s'avérer très élevées dans ce type de passation.

80. En revanche, on s'est inquiété du fait que cette approche était intrinsèquement subjective et nuirait à la transparence, à l'objectivité et à l'équité dans le processus. Il a été expliqué que le dialogue compétitif impliquerait une modification constante

---

[4] Résolution 58/4 de l'Assemblée générale.

des solutions et qu'il ne serait pas juste d'éliminer un fournisseur au seul motif qu'à un moment donné du dialogue une solution n'apparaîtrait pas acceptable à l'entité adjudicatrice. Il a été rappelé que la façon la plus objective, transparente et équitable de réduire le nombre des participants serait uniquement la présélection, mais que d'autres critères concernant la conformité pourraient être envisagés par la suite.

81. Après un échange de vues, le Groupe de travail est convenu de remplacer dans les dispositions du chapeau du paragraphe 3 les mots "le premier avis sollicitant la soumission de propositions" par les mots "le premier avis sollicitant la participation à la procédure de passation" afin d'étendre l'exigence concernant le contenu minimal de l'avis à la demande de manifestation d'intérêt ou à une invitation à présenter une demande de présélection, le cas échéant. On a fait observer qu'un changement analogue serait nécessaire dans l'ensemble de la Loi type lorsque les mêmes considérations s'appliquaient. Il a également été convenu que le paragraphe 3 b) devrait être remplacé par le libellé suivant: "b) Les étapes de la procédure [décrire ici les étapes prévues du dialogue compétitif et, si l'entité adjudicatrice souhaite limiter ou réduire le nombre des personnes autorisées à présenter des offres, insérer une déclaration à cet effet et indiquer les critères que l'entité adjudicatrice entend utiliser]."

Paragraphe 4

82. Le Groupe de travail a examiné le paragraphe suivant:

> "[4] À titre facultatif, l'entité adjudicatrice peut présélectionner des fournisseurs ou des entrepreneurs avant d'engager des négociations conformément aux articles 10 et 15 relatifs à la présélection."

83. Il a été proposé que ces dispositions apparaissent plus tôt dans le texte, afin de suivre la chronologie de la procédure. Selon une autre proposition, il fallait supprimer ce paragraphe. Il a également été suggéré de déplacer ce paragraphe et d'en remplacer le texte par un libellé qui permettrait à l'entité adjudicatrice d'engager la procédure de passation soit par une demande de manifestation d'intérêt, soit par une invitation à présenter une demande de présélection, soit les deux, soit aucune des deux. Il a été convenu qu'un nouveau projet serait présenté ultérieurement afin d'harmoniser ces dispositions avec d'autres méthodes prévues dans la Loi type.

Paragraphe 5

84. Le Groupe de travail a examiné le paragraphe suivant:

> "[5] Le dossier de sollicitation doit décrire le processus par lequel l'entité adjudicatrice déterminera quels fournisseurs ou entrepreneurs rempliront de façon satisfaisante les critères de qualification afin d'être admis aux négociations avec appel à la concurrence. Lorsque le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs remplissant les critères pour être admis aux négociations est plus que suffisant, l'entité adjudicatrice peut limiter le nombre de ceux qu'elle entend inviter à participer aux négociations, à condition que le dossier de sollicitation spécifie:

a) Les critères objectifs et non discriminatoires à appliquer pour limiter le nombre des fournisseurs ou entrepreneurs conformément au présent paragraphe; et

b) Le nombre minimum de fournisseurs ou entrepreneurs, qui ne doit pas être inférieur à trois [si possible,] que l'entité adjudicatrice entend inviter à participer aux négociations et, le cas échéant, le nombre maximum."

85. Il a été proposé d'ajouter: i) à la fin de la première phrase des dispositions du chapeau, les mots "et, le cas échéant, de passer d'une étape à une autre au cours de la phase de négociations"; et ii) à la fin de l'alinéa b) les mots "au début de cette phase et à chaque étape de celle-ci". Selon un avis, ces modifications étaient trop détaillées pour que la Loi type puisse les réglementer et il serait plus approprié d'aborder les étapes et phases du dialogue compétitif dans le Guide.

86. Une autre proposition tendait à supprimer certaines dispositions dans le paragraphe proposé de sorte que le paragraphe dans sa totalité serait libellé comme suit: "Le dossier de sollicitation doit spécifier le nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs, qui ne doit pas être inférieur à trois, [si possible,] que l'entité adjudicatrice entend inviter à participer aux négociations et, le cas échéant, le nombre maximum." Cette proposition n'a pas été appuyée car les dispositions dont la suppression était proposée décrivaient des procédures qui n'étaient traitées dans aucune autre disposition de la Loi type. On a par conséquent soutenu l'idée de les maintenir, mais de les aligner sur les dispositions similaires figurant dans les instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructures à financement privé concernant la présélection ou la limitation du nombre de participants, et de veiller à ce que tous les moyens de limiter ou de réduire le nombre de participants soient traités.

87. Le Groupe de travail est convenu que les paragraphes 3 et 5 de la proposition révisée devraient être harmonisés. À cet égard, la différence entre ces deux paragraphes a été soulignée. Alors que le paragraphe 3 traitait du contenu du premier avis de passation du marché qui, par nature, était supposé être bref et ne contenir que les informations minimales essentielles sur la procédure de passation, le paragraphe 5 traitait du contenu de la sollicitation de propositions, laquelle devait contenir toutes les informations requises sur la procédure de passation et notamment développer les informations figurant dans l'avis. Le Groupe de travail a décidé de reporter à plus tard l'examen de la question de savoir si les dispositions de ces deux paragraphes devraient également mentionner l'élimination de solutions.

88. Il a également été convenu de remplacer le terme "négociation avec appel à la concurrence" dans l'ensemble de l'article par le terme "dialogue compétitif" compte tenu de la décision du Groupe de travail d'utiliser ce dernier terme lorsque l'on faisait référence à cette nouvelle méthode de passation de marchés (voir par. 62 ci-dessus).

89. Il a été convenu de remplacer le membre de phrase "le processus par lequel l'entité adjudicatrice déterminera quels fournisseurs ou entrepreneurs rempliront de façon satisfaisante les critères de qualification afin d'être admis aux négociations avec appel à la concurrence" figurant dans le chapeau par les mots suivants: "le processus par lequel les fournisseurs ou les entrepreneurs passeront à la phase du dialogue compétitif".

Paragraphe 6

90. Le Groupe de travail a examiné le paragraphe suivant et est convenu de le supprimer:

> "[6] L'entité adjudicatrice établit les critères à utiliser pour évaluer les propositions conformément à l'article 12."

Paragraphe 7

91. Le Groupe de travail a examiné le paragraphe suivant:

> "[7] La sollicitation de propositions émise par l'entité adjudicatrice comporte, au minimum, les renseignements suivants:
>
> a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;
>
> b) La description des besoins que le marché devra satisfaire, y compris les paramètres techniques et autres auxquels la proposition doit se conformer, ainsi que, pour un marché de travaux, l'emplacement des travaux à effectuer et, pour un marché de services, le lieu où les services doivent être fournis;
>
> c) Les critères d'évaluation de la proposition conformément à l'article 12, exprimés, dans la mesure du possible, en termes monétaires, le coefficient de pondération dont sera affecté chacun de ces critères et la manière dont ils seront appliqués pour l'évaluation de la proposition; et
>
> d) La forme sous laquelle la proposition doit être présentée et toutes instructions pertinentes, y compris les délais d'exécution éventuels."

92. Il a été convenu: i) de modifier l'alinéa c) comme suit: "les critères d'évaluation de la proposition"; et ii) de remplacer les mots "la proposition doit être présentée" à l'alinéa d) par les mots "le processus de passation doit être présenté".

93. On a estimé que les dispositions devraient permettre un examen rationnel des réclamations émanant des fournisseurs lésés; pour ce faire, une notification officielle de la décision de l'entité adjudicatrice de mettre fin aux négociations et des motifs de cette décision devrait être adressée aux fournisseurs.

Paragraphe 8

94. Le Groupe de travail a examiné le paragraphe suivant:

> "[8] Toute modification ou clarification de la sollicitation de propositions, y compris toute modification des critères d'évaluation des propositions visés au paragraphe (…) du présent article, est communiquée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure. Ces modifications ou clarifications doivent être communiquées par écrit à tous les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels auxquels une sollicitation de propositions a été envoyée conformément au paragraphe (…) suffisamment de temps avant la date limite de soumission pour leur permettre d'en tenir compte dans leurs propositions."

95. Il a été proposé d'ajouter le mot "initiales" après le mot "propositions" à la fin du paragraphe et de supprimer le mot "potentiels". Il a en outre été proposé de reformuler le paragraphe tout entier pour tenir compte des modifications ou clarifications à tous les stades du dialogue compétitif, que ce soit à l'instigation de

l'entité adjudicatrice ou du fournisseur. On a appuyé la proposition d'ajouter les mots "simultanément" après le mot "communiquée".

96. Le Groupe de travail a noté que des dispositions similaires figuraient dans l'article 28 de la Loi type de 1994 et il pourrait examiner ultérieurement comment traiter ces dispositions répétitives d'une manière cohérente dans la Loi type révisée.

97. Il a été souligné que, s'il y avait des modifications des critères d'évaluation ou des modifications entraînant un changement de fond par rapport à ce qui avait été publié au départ, elles ne seraient pas acceptables, à moins d'avoir été notifiées de la même manière que l'avis d'origine. Pour répondre à cette préoccupation, il a été suggéré d'ajouter les mots "dans la portée indiquée de la passation" dans la disposition, afin de limiter la mesure dans laquelle l'évaluation et d'autres critères essentiels de la passation pouvaient être modifiés. On s'est toutefois inquiété de ce que le libellé proposé ne s'appliquerait qu'à une modification de l'objet du marché, et non des critères d'évaluation.

98. Il a été fait référence aux dispositions existantes de la Loi type de 1994 (art. 48-5), qui étaient reprises dans le texte proposé. Le Groupe de travail a également noté que l'article 28 de la Loi type de 1994 traitait de manière similaire du même sujet. Les deux dispositions partaient du principe que les modifications n'étaient communiquées qu'à ceux à qui le dossier de sollicitation avait été fourni. On s'est demandé s'il convenait de modifier ce principe dans l'ensemble de la Loi type révisée.

99. Une proposition tendant à n'autoriser que les modifications mineures n'a pas été soutenue. Il a été souligné qu'il fallait préserver une plus grande souplesse, mais que la Loi type ne devrait pas autoriser de modifications essentielles dans le dossier de sollicitation. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait décidé à titre préliminaire, à sa dernière session, d'ajouter la définition d'une "modification essentielle" à l'article 2. On s'est déclaré favorable à ce que le paragraphe proposé soit modifié et son contenu aligné sur cette définition, et à ce que le même principe s'applique à toutes les méthodes de passation.

Paragraphe 9

100. Le Groupe de travail a examiné le paragraphe suivant:

> "[9] Les négociations entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs sont confidentielles et, sous réserve des dispositions de l'article [...], une partie aux négociations ne doit révéler à quiconque aucune information technique, aucune information relative au prix ni aucune autre information commerciale concernant les négociations, sans le consentement de l'autre partie."

101. Il a été noté que les dispositions étaient fondées sur l'article 49-3 de la Loi type de 1994. Le Groupe de travail a rappelé qu'il envisageait un projet d'article 21 qui figurerait au chapitre premier et contiendrait des dispositions sur la confidentialité applicables à toutes les méthodes de passation. Compte tenu du projet d'article 21, on s'est demandé s'il était nécessaire de traiter de la confidentialité dans l'article relatif au dialogue compétitif. Il a été proposé que les dispositions soient supprimées, mais que le projet d'article 21 soit modifié de manière à faire expressément référence au dialogue compétitif. Selon un autre avis,

des dispositions sur la confidentialité devaient figurer dans le projet d'article, car elles prenaient une importance particulière dans le contexte du dialogue compétitif.

102. L'avis dominant a été qu'il fallait éviter les répétitions dans la Loi type et qu'un renvoi à l'article 21, tel que modifié, serait donc suffisant. Comme la question de la confidentialité se posait de manière particulièrement aiguë dans le cadre du dialogue compétitif, il a été convenu que le Guide soulignerait l'importance de préserver la confidentialité du dialogue.

Paragraphe 10

103. Le Groupe de travail a examiné le paragraphe suivant:

> "[10] L'entité adjudicatrice négocie avec les fournisseurs ou entrepreneurs au sujet de leurs propositions et peut demander ou autoriser une modification de ces propositions, sous réserve que la possibilité de participer aux négociations soit donnée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des propositions qui n'ont pas été rejetées."

104. Il a été proposé que la Loi type ou le Guide exigent que l'entité adjudicatrice établisse un compte rendu détaillé du dialogue avec chaque fournisseur et en fournisse une copie à la fin de chaque phase du dialogue au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné. Il a été suggéré que cette obligation figure dans le projet d'article 22 de la Loi type révisée proposée (relatif au procès-verbal de la procédure de passation des marchés). Selon un autre avis, cet élément devait figurer dans le Guide, qui était un guide des meilleures pratiques, et non dans la Loi type.

105. Il a été proposé de remplacer les mots "qui n'ont pas été rejetées" par le membre de phrase "qui sont passés à la phase du dialogue compétitif conformément aux procédures énoncées dans le dossier de sollicitation". On a souligné que cette disposition devait refléter le fait que le groupe de fournisseurs entamant le dialogue lors de la première phase pouvait changer tout au long du processus. Il a par conséquent été suggéré que le texte en question soit modifié pour faire référence aux "participants restants".

Paragraphe 11

106. Le Groupe de travail a examiné le paragraphe suivant:

> "[11] Les négociations avec appel à la concurrence doivent être menées de façon concomitante (c'est-à-dire séparément mais simultanément avec chaque fournisseur ou entrepreneur admis à participer aux négociations après l'étape de la présélection)."

107. Le Groupe de travail est convenu que les mots "admis à participer aux négociations après l'étape de la présélection" seraient modifiés à la lumière des délibérations qu'il avait précédemment tenues à ce sujet (voir par. 82 et 83 ci-dessus).

108. Il a été suggéré de remplacer le mot "simultanément" par les mots "en parallèle" ou "pratiquement simultanément". On a craint que les termes ou variantes proposés n'impliquent que le dialogue était mené en même temps avec tous les fournisseurs ou entrepreneurs, ce qui présupposait que divers responsables de la passation ou des comités de négociation composés de divers responsables de la

passation mèneraient des dialogues. On a dit qu'une telle position n'était pas souhaitable, car elle se traduirait par l'inégalité de traitement des fournisseurs. Il a été suggéré que le Guide explique la signification du terme "simultané" ou "concomitant", en précisant les principales caractéristiques de ce type de négociations.

109. Un soutien a été exprimé en faveur du libellé modifié suivant: "Le dialogue compétitif doit être mené de façon concomitante (c'est-à-dire séparément mais en parallèle avec chaque fournisseur ou entrepreneur...)". Une autre proposition, qui a également été appuyée, consistait à remplacer le texte par: "Le dialogue compétitif doit être mené de façon concomitante", et à expliquer dans le Guide la signification du terme "concomitante". À cet égard, il a été suggéré que le Guide fasse la distinction entre les négociations qui devaient se tenir avec tous les fournisseurs et entrepreneurs avant l'attribution du marché, et les négociations consécutives, où le marché pouvait être attribué une fois le dialogue achevé avec n'importe quel fournisseur ou entrepreneur.

110. On s'est déclaré favorable à ce que les dispositions de la Loi type, telles que révisées, soient complétées par l'indication suivante: "Le dialogue compétitif doit être mené par le même responsable de la passation ou par un comité composé des mêmes personnes". Il a été dit qu'en ajoutant cette indication, on éviterait toute ambiguïté dans les termes "simultané" ou "concomitant". Selon un autre avis, cet ajout avait trait à des aspects procéduraux qui pourraient être traités de manière plus appropriée dans le Guide.

Paragraphe 12

111. Le Groupe de travail a examiné le paragraphe suivant:

> "[12] Une fois les propositions initiales soumises, les critères d'évaluation ne peuvent plus être modifiés. Toute autre modification devra entrer dans la portée indiquée de la passation. Les conditions, directives, documents, éclaircissements ou autres éléments d'information relatifs aux négociations qui sont communiqués par l'entité adjudicatrice à un fournisseur ou entrepreneur [mais qui ne s'appliquent pas en particulier ou exclusivement à ce fournisseur ou à cet entrepreneur] sont communiqués également à tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs ayant engagé des négociations sur la passation du marché avec l'entité adjudicatrice."

112. Lors de la présentation du projet de paragraphe 12, il a été expliqué que la portée que l'on souhaitait lui conférer différait de celle du projet de paragraphe examiné aux paragraphes 94 à 99 ci-dessus. Le Groupe de travail a noté que, alors que ce dernier traitait de la modification de la sollicitation de propositions avant la soumission de propositions, le paragraphe 12 traitait des modifications postérieures à la soumission. L'accent a été mis sur l'importance des dispositions compte tenu de la nature souple du dialogue compétitif. Il a été expliqué que l'objectif était d'assurer que, si des modifications des aspects techniques étaient admissibles dans la portée indiquée de la passation, les critères d'évaluation ne pouvaient plus être modifiés une fois que les propositions avaient été soumises.

113. Le Groupe de travail est convenu que le libellé des deux premières phrases de la proposition serait aligné sur les résultats des délibérations antérieures du Groupe de travail relatives aux écarts admissibles (voir par. 99 ci-dessus).

114. On s'est déclaré favorable à ce que le libellé de la proposition soit modifié comme suit: "Une fois les propositions initiales soumises, toute modification doit entrer dans la portée indiquée de la passation; sous réserve toutefois que les critères de qualification ou d'évaluation ne soient pas modifiés[, ni les critères utilisés pour définir le groupe compétitif]."

115. La proposition tendant à ajouter que seules les modifications justifiées dans le cadre des négociations étaient admissibles n'a pas été appuyée. Il a été expliqué que certaines modifications devraient peut-être être apportées en raison de circonstances non liées aux négociations (par exemple des mesures administratives).

116. On s'est déclaré favorable à l'ajout, dans les dispositions, de règles relatives à la confidentialité, avec une référence à l'article [21] de la Loi type révisée, le cas échéant.

Paragraphe 13

117. Le Groupe de travail a examiné le paragraphe suivant:

> "[13] À l'issue des négociations, l'entité adjudicatrice doit demander à tous les fournisseurs ou entrepreneurs avec lesquels elle a négocié de soumettre une meilleure offre définitive ayant trait aux solutions ou à la solution dégagée durant le processus de dialogue. La demande doit être écrite et préciser la date et l'heure à laquelle les offres doivent être soumises. L'entité adjudicatrice attribue le marché [, sur la base des meilleures offres définitives,] au fournisseur ou entrepreneur dont la proposition s'est avérée, sur la base des critères d'évaluation des propositions et des coefficients de pondération ainsi que des modalités d'application de ces critères spécifiés dans la sollicitation de propositions, être celle qui répond le mieux à ses besoins."

118. On s'est déclaré favorable à l'emploi du terme "offre définitive" plutôt qu'à celui de "meilleure offre définitive". Il a été estimé que ce dernier terme pouvait prêter à confusion, car c'était l'entité adjudicatrice qui déterminait la meilleure offre après avoir évalué les offres définitives. Selon une autre opinion, ce terme était utilisé dans la Loi type de 1994 et était bien connu dans le contexte de la passation des marchés publics. Selon l'avis qui a prévalu, les termes "une meilleure offre définitive" et "les meilleures offres définitives" devaient être remplacés par les mots "leurs meilleures offres définitives", ce qui indiquait que les offres étaient meilleures et définitives par rapport à la proposition de chaque fournisseur.

Possibilité d'ajouter un nouveau paragraphe à la fin du projet d'article

119. Il a été suggéré d'ajouter un paragraphe distinct dans le projet d'article, qui ferait référence à la publication de l'avis d'attribution du marché. À cet égard, le Groupe de travail a rappelé que le projet d'article 20 traitait de la publication des avis d'attribution de marché, et qu'un renvoi à cet article pourrait être suffisant. Il est convenu d'examiner si le projet d'article 20 couvrait de manière adéquate le contenu des informations qui devaient être publiées lorsqu'un marché était attribué dans le cadre d'un dialogue compétitif.

Article dans son intégralité

120. Le secrétariat a été prié d'harmoniser le texte du projet d'article sur le dialogue compétitif avec le reste de la Loi type.

V. Questions diverses

121. Le Groupe de travail a été informé du prochain examen de la Loi type révisée, lors de la quarante-deuxième session de la Commission (Vienne, 29 juin-17 juillet 2009). Il a été noté que la Commission examinerait le point de l'ordre du jour consacré à la passation de marchés du 2 au 10 juillet. Il était prévu qu'elle examinerait les questions de fond en séance plénière, notamment l'exécution du mandat du Groupe de travail, la portée élargie de la Loi type et le traitement des questions de politique socioéconomique dans la Loi type révisée. Il était également prévu que les dispositions de la Loi type révisée seraient examinées par le Comité plénier.

122. Le Groupe de travail a noté que la Commission serait saisie, pour son examen de ce point, des rapports qu'il avait établis sur les travaux de ses quatorzième à seizième sessions, et de tous les documents que le secrétariat lui avait présentés à la session en cours. Il était également prévu que le secrétariat élabore un document de séance à l'intention de la Commission, qui incorporerait les dispositions révisées liées au chapitre IV de la Loi type.

123. L'observateur de la Banque mondiale a indiqué que celle-ci avait suivi les débats du Groupe de travail avec grand intérêt. Soulignant que la Loi type était un outil très important pour la Banque, qui apportait une assistance technique aux pays en développement en vue de la réforme des systèmes de passation, il a déclaré que la Banque espérait que l'on continuerait à progresser sur la voie de la transparence, de la concurrence ouverte, de la non-discrimination et de la responsabilité. Si sa position relative aux négociations avec appel à la concurrence et leur justification restait inchangée depuis 1994, la Banque examinerait de nouvelles méthodes de passation et d'autres innovations dans le domaine de la passation.

VI. Adoption du rapport du Groupe de travail

124. Le Groupe de travail a adopté le présent rapport sous réserve de la confirmation du libellé exact du projet d'article 40 dans toutes les langues.

I. 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 – historique de certaines dispositions de la Loi type et façon dont sont traitées les questions posées par certaines de ces dispositions dans les instruments internationaux réglementant les marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa seizième session

(A/CN.9/WG.I/WP.68 et Add.1) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-4

II. Conclusions du Secrétariat sur l'historique de certaines dispositions de la Loi type de 1994 et la façon dont sont traitées les questions posées par certaines de ces dispositions dans les instruments internationaux réglementant les marchés publics 5-67

A. Dispositions relatives à la conformité des offres (article 34-2 a) de la Loi type de 1994 et projet d'article 32-2 a) du texte révisé de la Loi type) 5-16

B. Dispositions relatives à l'offre à retenir (articles 34-4 b) et 42-2 b) de la Loi type de 1994 et projets d'articles 32-4 b), 35-8 b) et 47-1 du texte révisé de la Loi type) 17-38

C. Dispositions relatives au dédommagement pour préjudices (article 54-3 f) de la Loi type de 1994 et projet d'article 58-5 f) du projet révisé de la Loi type) . . 39-54

D. Dispositions relatives à d'autres voies de droit (article 54-3 a) de la Loi type de 1994 et projet d'article 58-5 a) du texte révisé de la Loi type) 55-58

E. Exceptions à la divulgation (articles 11-3 a) et 55-3 de la Loi type de 1994 et projets d'articles 19-2 b), 22-4 a) et 59-3 et 5 du texte révisé de la Loi type) . . . 59-67

I. Introduction

1. L'historique des travaux actuellement menés par le Groupe de travail I (Passation de marchés) pour revoir la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services ("Loi type") (A/49/17 et Corr.1, annexe I) est présenté aux paragraphes 8 à 89 du document A/CN.9/WG.I/WP.67, dont le Groupe de travail est saisi à sa seizième session. Le Groupe de travail a pour tâche principale d'actualiser et de réviser la Loi type afin de tenir compte des évolutions récentes dans la passation des marchés publics.

2. À sa quinzième session, le Groupe de travail a achevé la première lecture du texte révisé de la Loi type figurant dans une note du Secrétariat

(A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1 à 4). Il a noté que, même si un certain nombre de questions étaient toujours en instance, y compris l'ensemble du chapitre IV, le cadre conceptuel faisait l'objet d'un accord. Il a également noté que des recherches plus poussées étaient nécessaires pour certaines dispositions, en particulier afin de veiller à ce qu'elles soient conformes aux instruments internationaux pertinents. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de revoir les projets de textes figurant dans le document A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1 à 4, en tenant compte de ses délibérations à sa quinzième session, afin qu'il les examine à la prochaine session (A/CN.9/668, par. 11 et 12).

3. La présente note est présentée conformément à la demande faite par le Groupe de travail au secrétariat durant sa quinzième session d'examiner l'historique de certaines dispositions de la Loi type de 1994 et la façon dont sont traitées les questions posées par certaines de ces dispositions dans les instruments internationaux pertinents. Ces dispositions, qui ont été intégrées dans le projet révisé de la Loi type dont était saisi le Groupe de travail à sa quinzième session, ont cependant suscité des commentaires et des propositions de révision de la part des délégués et des observateurs. Le Groupe de travail a décidé de surseoir à l'examen de ces propositions jusqu'à ce qu'il examine les conclusions du Secrétariat. La présente note présente les conclusions des travaux du Secrétariat. [Le projet de texte révisé de la Loi type, qui reflète les délibérations du Groupe de travail à sa quinzième session ("texte révisé de la Loi type") est présenté dans une note distincte (document A/CN.9/WG.I/WP.69 et additifs)].

4. Conformément à la décision adoptée lors de la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 280), les documents de la seizième session seront affichés dans les différentes langues sur le site de la CNUDCI, à mesure de leur disponibilité.

II. Conclusions du Secrétariat sur l'historique de certaines dispositions de la Loi type de 1994 et la façon dont sont traitées les questions posées par certaines de ces dispositions dans les instruments internationaux réglementant les marchés publics

A. Dispositions relatives à la conformité des offres (article 34-2 a) de la Loi type de 1994 et projet d'article 32-2 a) du texte révisé de la Loi type)

5. À sa quinzième session, il a été suggéré au Groupe de travail que la référence très générale à "toutes les conditions énoncées dans le dossier de sollicitation" pour considérer une offre comme conforme devrait être restreinte afin qu'il soit uniquement fait référence aux "conditions pertinentes" du dossier. Le Groupe de travail est convenu de différer l'examen de cette proposition et a prié le Secrétariat de la présenter entre crochets à cette fin. Ce dernier a également été prié d'étudier l'historique des dispositions concernées et la façon dont des questions similaires étaient traitées dans les instruments internationaux applicables et de faire part de ses

conclusions lorsque les dispositions seraient examinées (A/CN.9/668, par. 180 a) et 181).

6. Le Secrétariat a étudié l'historique de ces dispositions et examiné les dispositions pertinentes des instruments internationaux applicables. Ses conclusions sont présentées ci-après.

Historique des dispositions

7. Dans son premier projet de Loi type, le Secrétariat avait proposé de définir comme conforme une offre qui "correspond aux caractéristiques requises des biens ou des travaux requis, aux conditions contractuelles et aux autres exigences de la documentation relative au marché" (A/CN.9/WG.V/WP.24, projet d'article 28-4 a)). Dans son deuxième projet, le Secrétariat fait référence à la conformité de l'appel d'offres aux "exigences énoncées dans les documents de sollicitation, y compris celles concernant le cahier des charges des biens, travaux [ou services] à acquérir et aux conditions de fourniture des biens, travaux [ou services] du contrat". Dans ces deux textes, il était spécifié que des écarts mineurs par rapport aux conditions énoncées dans les documents de sollicitation étaient admis.

8. À ses onzième et douzième sessions, en 1990 et 1991, le Groupe de travail du nouvel ordre économique international, qui a examiné les deux projets en question, a souscrit au principe selon lequel "une offre devrait être rejetée si elle n'était pas entièrement conforme aux conditions énoncées dans la documentation relative au marché, sauf si elle ne comportait que des écarts mineurs par rapport à ces conditions" (A/CN.9/331, par. 156, et A/CN.9/343, par. 49). Le Groupe de travail est convenu "d'une règle générale suivant laquelle l'entité adjudicatrice pourrait considérer une offre comme conforme si celle-ci ne comportait que des écarts mineurs par rapport aux conditions énoncées dans la documentation relative au marché, et que la notion d'"offre conforme" devrait être définie dans l'article contenant les définitions (article 2 [de l'époque]). L'entité adjudicatrice aurait ainsi la possibilité de déterminer si un écart était mineur ou non dans le contexte bien précis du marché considéré." (A/CN.9/331, par. 156).

9. Suite à la décision adoptée par le Groupe de travail à sa douzième session (A/CN.9/343, par. 49 à 52), les dispositions ont été reformulées: il a été convenu de faire référence à "toutes les conditions fixées dans le dossier d'appel d'offres" et que le dernier membre de phrase de la définition ("y compris les conditions relatives") reproduit, *supra*, au paragraphe 7 était superflu et devait être supprimé. Lors de cette session, le Groupe de travail n'a pas retenu la proposition visant à ce que la définition fasse référence aux conditions "impératives" du dossier d'appel d'offres, afin que soit établie une distinction entre les spécifications ou dispositions du dossier d'appel d'offres auxquelles les offres doivent se conformer et celles auxquelles les offres n'ont pas à se conformer (par exemple, afin d'améliorer l'offre). Le Groupe de travail a en effet estimé que l'on pouvait déduire du mot "conditions" que la conformité était impérative (A/CN.9/343, par. 50).

10. La notion selon laquelle une offre conforme est une offre qui correspond à toutes les conditions fixées dans le dossier de sollicitation a été réitérée par le Groupe de travail à sa quatorzième session (A/CN.9/359, par. 155).

11. Lors de ses sessions ultérieures, le Groupe de travail a été saisi de nouvelles formulations des dispositions pertinentes. Elles reflétaient, en particulier, la décision

du Groupe de travail de ne pas inclure à l'article 2 de la Loi type la définition d'une "offre conforme" et de l'incorporer plutôt dans l'article traitant de l'examen, de l'évaluation et de la comparaison des offres (A/CN.9/WG.V/WP.36, projet d'article 28-1 *bis* a)). Les propositions tendant à remplacer dans les dispositions visées les mots "ne peut considérer" par le mot "considère" et de supprimer le terme "uniquement" n'ont pas été retenues (A/CN.9/371, par. 145 et 252 et annexe, article 29-2 a)).

12. Lorsque le projet de Loi type a été distribué, en 1994, pour examen et adoption au Groupe de travail et à la Commission, aucune proposition d'amendement n'a été formulée (A/CN.9/392, par. 106, et A/49/17, par. 44).

13. L'historique des dispositions ne permet pas de savoir si les auteurs du texte ont examiné conjointement les dispositions de l'article 34-2 a) et les dispositions de l'article 34-3. L'article 34-3 énumère les motifs de rejet des offres, dont l'absence des qualifications requises et la non-conformité des offres. Bien que ces deux conditions – les exigences applicables aux qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et les exigences relatives à la conformité des offres – doivent être énoncées dans les dossiers de sollicitation, le libellé de l'article ne permet pas de savoir si les auteurs ont voulu que les deux conditions ou seulement la dernière (c'est-à-dire, à l'exception des exigences applicables aux qualifications des fournisseurs) soient prises en compte dans la détermination de la conformité des offres. Les auteurs du texte de 1994 n'étaient pas persuadés qu'il faille spécifier les conditions dont il devrait être tenu compte pour déterminer la conformité des offres et ont préféré maintenir comme référence générale dans la Loi type la notion de "toutes les conditions fixées dans le dossier d'appel d'offres" (voir les paragraphes 7 à 9 ci-dessus).

Dispositions pertinentes des instruments internationaux applicables

14. L'Accord de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sur les marchés publics (AMP), entré en vigueur en 1994, requiert, en l'occurrence, que pour être considérées en vue de l'adjudication, les soumissions devront être conformes, au moment de leur ouverture, "aux conditions essentielles spécifiées dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres et avoir été déposées par un fournisseur remplissant les conditions de participation" (article XIII-4 a)). Les dispositions du texte provisoirement accepté de l'Accord révisé de l'OMC sur les marchés publics (AMP révisé[1]) sont globalement analogues: "Pour être considérée en vue de l'adjudication, une soumission devra être présentée par écrit et, au moment de son ouverture, être conforme aux prescriptions essentielles spécifiées dans les avis et dans la documentation relative à l'appel d'offres et émaner d'un fournisseur satisfaisant aux conditions de participation" (caractères gras ajoutés) (article XV-4). (L'AMP et l'AMP révisé de l'OMC sont désignés ci-après sous l'appellation "instruments de l'OMC".)

15. Les dispositions équivalentes de la Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 de l'Union européenne (UE) relative à la coordination des procédures de passation des

[1] Document GPA/W/297, décembre 2006, disponible à la date de publication du présent rapport sur le site: http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm.

marchés publics de travaux, de fournitures et de services (“Directive de l’UE”), qui figurent au deuxième tiret de l’article 41-2, portent sur les motifs de rejet de l’offre des soumissionnaires écartés. La Directive fait à cet égard référence aux spécifications techniques, aux motifs de la décision de l’autorité contractante de non-équivalence ou de sa décision selon laquelle les travaux, fournitures ou services ne répondent pas aux performances ou exigences fonctionnelles.

Options proposées pour examen au Groupe de travail

16. Le Groupe de travail souhaitera peut-être préciser, soit dans la Loi type, soit dans le Guide pour l’incorporation, que la référence à “toutes les conditions fixées dans le dossier d’appel d’offres” dans le cadre de la détermination de la conformité des offres s’entend comme les conditions pertinentes à ladite détermination et non comme toutes les conditions énoncées dans le dossier d’appel d’offres. Par exemple, le dossier d’appel d’offres peut énoncer les conditions applicables aux qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, ou les conditions relatives aux modalités et à la date limite de soumission des offres. Les conséquences du non-respect de ces conditions font l’objet d’autres articles de la Loi type, dont l’article 30-6 de la Loi type de 1994 qui traite des offres tardives.

B. Dispositions relatives à l’offre à retenir (articles 34-4 b) et 42-2 b) de la Loi type de 1994 et projets d’articles 32-4 b), 35-8 b) et 47-1 du texte révisé de la Loi type)

17. Lors de la quinzième session du Groupe de travail, il a été suggéré de réexaminer l’emploi de l’expression “la soumission la plus basse selon l’évaluation” dans le texte révisé de la Loi type. Il a en particulier été suggéré de remplacer les mots “la soumission la plus basse selon l’évaluation” par “la meilleure soumission selon l’évaluation”, puisque dans la pratique, la soumission qui était acceptée était la plus élevée ou la meilleure et non la plus basse. Les dispositions, a-t-on fait observer, telles que rédigées actuellement, pourraient prêter inutilement à confusion. Le Groupe de travail a noté que la formule la “soumission la plus basse” figurait dans le texte de 1994 (A/CN.9/668, par. 180 c) et 220). Le Groupe de travail a également relevé, à cet égard, que l’article 42 de la Loi type, “Procédure de sélection sans négociation” (qui fait l’objet de l’article 35 “Système de la double enveloppe” du projet révisé de la Loi type) n’utilise pas la formule “soumission la plus basse selon l’évaluation” mais dispose que la proposition à retenir est la proposition recueillant la meilleure évaluation compte tenu à la fois des critères autres que le prix visés au paragraphe premier de l’article et du prix (A/CN.9/668, par. 200).

18. Par ailleurs, il a également été suggéré que les articles pertinents de la Loi type révisée indiquent de manière explicite que lorsque le prix est le seul critère d’attribution, le contrat devrait être attribué à la soumission la plus basse et que lorsque l’attribution se fait en fonction du prix et d’autres critères, le contrat devait être attribué à la soumission la plus basse/la meilleure soumission selon l’évaluation (A/CN.9/668, par. 180 d)).

19. Le Groupe de travail est convenu de différer l’examen de ces propositions. Il a prié le Secrétariat de les présenter entre crochets, d’étudier l’historique des

dispositions concernées et la façon dont des questions similaires étaient traitées dans les instruments internationaux applicables et de faire part de ses conclusions lorsque les dispositions seraient examinées (A/CN.9/668, par. 180 et 181).

20. Le Secrétariat a étudié l'historique de ces dispositions ainsi que les dispositions pertinentes des instruments de l'OMC et de la Directive de l'UE. Ses conclusions sont présentées ci-après.

1. Emploi de la terminologie

Historique des dispositions

21. Dans son premier projet de Loi type, le Secrétariat a utilisé les mots "l'offre la plus avantageuse" qu'il a définie comme l'offre présentant le prix le plus bas ou comme l'offre la plus avantageuse économiquement (A/CN.9/WG.V/WP.24, projet d'article 28-7 c)).

22. Lors de l'examen du premier projet de texte à la onzième session du Groupe de travail du nouvel ordre économique international, des préoccupations ont été exprimées au sujet du terme "l'offre la plus avantageuse". Bien que l'expression ait été définie, on a fait observer qu'elle risquait d'être interprétée à tort comme impliquant que l'entité adjudicatrice disposait dans l'évaluation des offres de beaucoup plus de latitude qu'on ne l'entendait. Il a donc été convenu que l'expression serait remplacée par une autre, moins susceptible de donner lieu à une interprétation erronée (A/CN.9/331, par. 166).

23. Dans son deuxième projet de texte, le Secrétariat a utilisé l'expression "l'offre la plus économique" qu'il a définie comme étant soit l'offre présentant le prix le plus bas, soit l'offre évaluée la plus basse (A/CN.9/WG.V/WP.28, projet d'article 28-7 c)). Lorsque ce deuxième projet a été examiné par le Groupe de travail, des préoccupations ont été exprimées au sujet des deux nouvelles expressions proposées, "l'offre la plus économique" et "l'offre évaluée la plus basse" qui ont été considérées comme ne prenant pas suffisamment en compte le recours par l'entité adjudicatrice à des critères autres que le prix pour sélectionner l'offre à retenir. Des risques d'interprétation erronée similaires à ceux associés à l'expression utilisée dans le premier projet ont également été soulignés (voir le paragraphe 21 ci-dessus).

24. En ce qui concerne l'expression "l'offre la plus économique", on a généralement estimé qu'il fallait utiliser une expression plus neutre telle que "l'offre retenue" (A/CN.9/356, par. 22). Cette formule a été provisoirement maintenue en attendant une expression plus adéquate (A/CN.9/356, par. 27). Cependant, les documents de séance n'indiquent pas qu'un débat ait eu lieu au sujet d'une formule autre que "l'offre retenue" ou que cette expression ait suscité de quelconques préoccupations lors des sessions ultérieures du Groupe de travail et de l'adoption du texte de 1994 par la Commission. L'expression "offre retenue" est utilisée dans la Loi type de 1994 dans le contexte pertinent.

25. Bien que l'expression "l'offre évaluée la plus basse" ait suscité des préoccupations lors de la treizième session du Groupe de travail (voir le paragraphe 23 ci-dessus), elle a cependant continué d'être employée dans les formulations examinées par le Groupe de travail au cours de cette même session (A/CN.9/356, par. 26 et 31).

26. Dans son troisième projet, le Secrétariat a proposé et soumis pour examen au Groupe de travail, à la place de l'expression "l'offre la plus basse selon l'évaluation" la formule "l'offre la plus favorable" (A/CN.9/WG.V/WP.33, projet d'article 28-7 c) ii) et d), note de bas de page 13). Cette dernière formulation a reçu un appui au motif que l'expression "l'offre la plus basse selon l'évaluation" pouvait, d'une part, donner à penser que le prix était le facteur essentiel et, d'autre part, semblait obscure et contradictoire. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, l'expression "l'offre la plus favorable" avait une connotation trop subjective et l'expression existante, malgré ses inconvénients, était préférable parce qu'elle semblait avoir un caractère plus objectif (A/CN.9/359, par. 156).

27. L'expression "l'offre la plus basse selon l'évaluation" n'a soulevé de préoccupations ni lors des sessions ultérieures du Groupe de travail ni au moment de l'adoption du texte de 1994 par la Commission. Cette formulation est employée dans la Loi type de 1994 (article 34-4 b) ii) et c)).

Dispositions pertinentes des instruments internationaux applicables

28. À cet égard, les instruments de l'OMC indiquent que le contrat doit être attribué au soumissionnaire:

a) Dont la soumission sera la plus basse ou celle qui aura été reconnue comme étant la plus avantageuse selon les critères d'évaluation spécifiés dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres (article XIII-4 b) de l'AMP de l'OMC);

b) Qui aura présenté la soumission la plus avantageuse ou dans les cas où le prix sera le seul critère, le prix le plus bas (article XV-5 a) de l'AMP révisé de l'OMC).

29. La Directive de l'UE utilise à cet égard la formule "l'offre économiquement la plus avantageuse" (articles 53 et 54) [bien que dans certains cas, se réfère également à "la meilleure offre" (articles 32-4 d) et 33-6)].

Options proposées pour examen au Groupe de travail

30. S'agissant de l'expression "l'offre évaluée la plus basse" ou de son remplacement par d'autres telles que "la meilleure soumission/offre selon l'évaluation", comme proposé lors de la quinzième session du Groupe de travail (voir le paragraphe 17 ci-dessus), ce dernier voudra peut-être prendre en considération l'examen approfondi dont ont fait l'objet les différentes expressions à employer dans le contexte pertinent au moment de la rédaction du texte de 1994 et les avantages et problèmes propres à chacune. Le Groupe de travail voudra peut-être également tenir compte des conséquences qu'aurait pour les États qui ont promulgué la Loi type de 1994 dans son libellé actuel, une modification de la terminologie de cette dernière.

31. Comme l'ont reconnu les auteurs du texte de 1994, la formule "l'offre la plus basse selon l'évaluation" n'était pas sans défaut et pouvait prêter, dans la pratique, à confusion, en particulier dans le contexte des nouvelles dispositions sur les enchères électroniques inversées (où le soumissionnaire le mieux classé remporte le contrat lorsqu'il est tenu compte de critères autres que le prix). Le Groupe de travail voudra peut-être également tenir compte des préoccupations exprimées par les auteurs du

texte au sujet de la connotation trop subjective que d'autres formules risqueraient de conférer au processus d'identification de l'offre retenue.

32. Bien que la formulation "la meilleure soumission/offre selon l'évaluation" n'ait pas été examinée par les auteurs du texte de 1994, le Groupe de travail tiendra peut-être compte de la connotation subjective de cette formule, en particulier compte tenu de sa similarité avec l'expression "la meilleure offre définitive" couramment employée dans les méthodes d'attribution de marchés publics impliquant une négociation.

33. Le Groupe de travail pourrait considérer que les dérogations à l'utilisation du terme approprié pour les appels d'offres pourraient être justifiées dans d'autres dispositions de la Loi type, compte tenu des spécificités de la méthode de passation des marchés concernée. Par exemple, dans les dispositions relatives au "système de la double enveloppe" (voir le paragraphe 17 ci-dessus), la formule "l'offre la plus basse selon l'évaluation" serait trompeuse car elle laisserait supposer que les critères de prix et les critères autres que le prix sont évalués en même temps. Il pourrait donc être justifié de se référer dans les dispositions relatives au "système de la double enveloppe" à la proposition recueillant la meilleure évaluation[2] compte tenu à la fois des critères autres que le prix et du prix car cette formule reflèterait de manière plus adéquate le processus d'évaluation de cette méthode de passation de marchés. Il en va de même en ce qui concerne l'expression "la meilleure offre définitive" dans les autres méthodes impliquant une négociation.

2. Spécification du ou des critères d'attribution dans la définition de l'offre à retenir

Historique des dispositions

34. Le commentaire de l'article 28 du premier projet de Loi type expliquait que "l'offre la plus avantageuse" était l'offre présentant le prix le plus bas lorsqu'elle était évaluée sur la base des seuls critères du prix. Au cas où "l'offre la plus avantageuse" devait être l'offre économiquement la plus avantageuse, les critères s'ajoutant au prix seraient pris en compte (A/CN.9/WG.V/WP.25, par. 16 et 17 du commentaire du projet d'article 28). Ces idées ont par la suite été incorporées dans le commentaire correspondant du Guide pour l'incorporation de la Loi type de 1994.

35. Lorsque le projet de texte approuvé par le Groupe de travail du nouvel ordre économique international a été soumis, en 1993, pour examen à la Commission, il a été proposé de modifier les dispositions sur l'offre à retenir sur la base de la soumission présentant le prix le plus bas [alinéa b) i) du paragraphe 4] comme suit: "L'offre à retenir est i) l'offre du soumissionnaire dont il a été déterminé qu'il est tout à fait apte à exécuter le marché et dont l'offre propose le prix le plus bas." On a

---

[2] Il convient de noter que le premier projet faisait référence à "l'évaluation combinée la plus élevée" et qu'il a ensuite été convenu de lui préférer la formule "la meilleure évaluation combinée" compte tenu de l'ambiguïté qui pourrait résulter d'une juxtaposition de ce terme avec l'expression "prix le plus bas". Le Groupe de travail a également tenu compte du fait que (dans les marchés de services) les facteurs techniques ne seraient probablement pas exprimés ou quantifiés en termes monétaires et estimé qu'il était possible de recourir à un système de notation des propositions en fonction de leurs mérites au lieu d'ajuster le prix pour tenir compte du mérite technique relatif d'une proposition (A/CN.9/389, par. 73).

expliqué que l'objet de cet amendement était de permettre à l'entité adjudicatrice de prendre en compte, outre le prix, l'aptitude du soumissionnaire à exécuter le marché. Cette modification proposée n'a pas reçu un large appui. Il a été convenu qu'une fois qu'un entrepreneur ou fournisseur était jugé qualifié et que son offre était acceptée, de faibles variations quant à l'aptitude des fournisseurs ou entrepreneurs à exécuter le marché ne devraient pas être prises en compte lors de l'évaluation des offres. Sinon, on injecterait dans la procédure d'évaluation des offres un degré de subjectivité excessif qui ouvrirait la porte à des pratiques incorrectes. Afin de prévenir ce risque, la décision relative aux qualifications devait simplement consister à accepter ou rejeter et ne pas être un critère pour la comparaison des offres (A/48/17, par. 172).

Dispositions pertinentes des instruments internationaux applicables

36. L'AMP de l'OMC ne traite pas de cette question. Les dispositions pertinentes de l'AMP révisé prévoient que le marché sera adjugé au fournisseur qui aura présenté la soumission la plus avantageuse ou dans les cas où le prix sera le seul critère, le prix le plus bas (article XV-5 a) de l'AMP révisé).

37. Les dispositions pertinentes de la Directive de l'UE prévoient que les critères sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs se fondent pour attribuer les marchés publics sont: a) soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, divers critères liés à l'objet du marché public en question: 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; b) soit uniquement le prix le plus bas (article 53-1).

Options proposées pour examen au Groupe de travail

38. Les ajouts proposés lors de la quinzième session du Groupe de travail (voir le paragraphe 18 ci-dessus) ne semblent pas aller à l'encontre de l'intention des auteurs du texte et pourraient permettre d'harmoniser le texte modifié de la Loi type avec les instruments internationaux applicables dans la partie concernée. Il convient de noter que les modifications proposées sont également conformes à l'approche rédactionnelle adoptée pour les dispositions relatives aux enchères électroniques inversées (projet d'article 41-2 du texte révisé de la Loi type). Le Groupe de travail voudra peut-être incorporer les modifications proposées au texte révisé de la Loi type et faire référence à ces modifications dans le projet d'article 12 du texte révisé de la Loi type. Le Groupe de travail voudra peut-être également éclaircir davantage ces points dans le Guide.

C. Dispositions relatives au dédommagement pour préjudices (article 54-3 f) de la Loi type de 1994 et projet d'article 58-5 f) du projet révisé de la Loi type)

39. À sa quinzième session, le Groupe de travail a examiné les dispositions de la Loi type relatives au dédommagement des coûts ou préjudices. Le Groupe de travail a décidé:

a) De ne maintenir dans le paragraphe 5 f) du projet d'article visé (projet d'article 58 du texte révisé de la Loi type) que l'option I, dont le libellé devra être harmonisé avec les dispositions pertinentes des instruments internationaux, tels que l'article XX-7 c) de l'AMP et l'article XVIII-7 b) de l'AMP révisé;

b) De déplacer l'option II du paragraphe 5 f) aux fins de l'inclure dans le Guide en en expliquant les raisons, et en soulignant, en particulier, que le fait d'autoriser le dédommagement de pertes anticipées serait fortement pernicieux dans les procédures de passation de marchés du fait que cela ouvrirait la voie à la formation de réclamations additionnelles. Il a également été proposé que le Guide explique l'évolution des réglementations dans ce domaine et cite les dispositions pertinentes de l'AMP et de l'AMP révisé.

40. Le Secrétariat a examiné l'historique des dispositions pertinentes et les dispositions connexes des instruments de l'OMC. Ses conclusions sont présentées ci-après.

Historique des dispositions

41. Lors de la dixième session du Groupe de travail du nouvel ordre économique international, on s'est intéressé à la question des pertes donnant droit à dédommagement. Selon une manière de voir, les dommages et intérêts devraient alors couvrir uniquement les frais que le soumissionnaire aurait engagés pour établir et présenter sa soumission; le soumissionnaire ne devrait pas avoir droit à un dédommagement pour manque à gagner car l'entité adjudicatrice risquerait alors d'avoir à faire face à des actions portant sur des sommes éventuellement importantes. Le Groupe de travail ne s'est pas prononcé sur ce point durant la session (A/CN.9/315, par. 120).

42. Dans le premier projet de dispositions sur le recours administratif, le Secrétariat avait proposé de libeller comme suit la question de la compensation: "Le [insérer le nom de l'instance administrative] peut, sauf s'il déboute le requérant, accorder une ou plusieurs des réparations suivantes: … g) Exiger le versement d'un dédommagement [pour toute dépense raisonnable encourue dans le cadre de la procédure de passation du marché par le fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation] [Pour la perte ou le préjudice subi dans le cadre de la procédure de passation du marché par le fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation] qui résulte d'un acte de décision illicite ou de la procédure suivie par l'entité adjudicatrice" (A/CN.9/WG.V/WP.27, par. 2 g) du projet d'article 38). Le commentaire expliquait qu'en l'absence d'une décision du Groupe de travail, deux variantes étaient proposées: dans la première, les dépenses encourues n'incluaient pas les bénéfices non réalisés par suite du rejet de la soumission ou de l'offre du requérant; dans la seconde variante, les types de préjudice ouvrant droit à réparation pouvaient englober les bénéfices non réalisés dans certains cas appropriés (paragraphe 7 du commentaire sur le projet d'article 38 et paragraphe 3 du commentaire sur l'article 37, A/CN.9/WG.V/WP.27).

43. Aucune décision n'a été adoptée lors de la treizième session du Groupe de travail concernant les types de pertes devant être dédommagées. Sur une question connexe, le Groupe de travail est convenu que la notion d'intérêts ou de préjudices suffisants pour que la plainte du requérant soit recevable devrait être liée à la perte ou au préjudice réels ou potentiels subis du fait que l'entité adjudicatrice aurait

violé les obligations que lui imposent les dispositions en question (A/CN.9/356, par. 156).

44. Faute de décision prise en l'espèce par le Groupe de travail à sa treizième session, le même libellé lui a été soumis pour examen à sa session suivante. À sa quatorzième session, différents points de vue ont été exprimés sur les deux variantes proposées. Les paragraphes pertinents du rapport de la quatorzième session sont reproduits ci-après:

> "230. … Selon un avis, si l'on se contentait de prévoir uniquement le recouvrement des dépenses imputables à la préparation de la soumission ou de la proposition, l'indemnisation serait insuffisante. Dans le même temps, on a reconnu qu'il serait abusif de faire recourir à l'entité adjudicatrice une responsabilité pour d'autres préjudices subis, en particulier pour un manque à gagner, dans la mesure où l'indemnité serait prélevée sur des fonds publics. Il a donc été proposé que le dédommagement soit d'un montant qui se situe entre les frais de participation à la procédure de passation du marché et le manque à gagner. Selon l'opinion qui a prévalu, toutefois, la Loi type ne devrait pas recommander, comme condition nécessaire, l'adoption d'un niveau de dédommagement supérieur aux dépenses encourues dans le cadre de la procédure de passation du marché. En particulier, on a fait valoir que la Loi type ne devrait pas alourdir la charge subie par les entités adjudicatrices dans les pays en développement. Dans le même temps, il a été convenu que la Loi type ne devrait pas exclure la possibilité d'un dédommagement pour les dépenses autres que celles encourues dans le cadre de la procédure de passation du marché.
>
> 231. Plusieurs suggestions ont été examinées en vue de ménager la possibilité d'un tel dédommagement. Selon une suggestion, on pourrait indiquer que l'organe administratif peut exiger le versement d'un dédommagement "au moins" pour les dépenses encourues dans le cadre de la procédure de passation du marché. Selon une autre suggestion, un dédommagement supplémentaire serait possible sans que cela doive être précisé dans le corps du texte, étant entendu que le requérant pourrait obtenir un tel dédommagement auprès d'un tribunal. Le Groupe de travail a finalement décidé que la meilleure solution serait de conserver les deux approches actuellement énoncées à l'alinéa g) sous forme d'options entre lesquelles l'État ayant adopté la Loi type pourrait choisir et de traiter dans le commentaire du choix que devrait faire à cet effet le législateur."

45. La décision adoptée à la quatorzième session n'a pas été rediscutée au cours des sessions ultérieures du Groupe de travail et n'a pas été remise en question lors de l'adoption du texte de la Loi type par la Commission. Deux options pour les dispositions relatives à l'indemnisation ont été incorporées au texte de 1994 et le commentaire connexe a été incorporé dans le Guide (voir le paragraphe 10 du Guide sur l'article 54).

Dispositions pertinentes des instruments internationaux applicables

46. Les instruments pertinents de l'OMC disposent ce qui suit:

> "7. Les procédures de contestation prévoiront: … c) … la correction de la violation de l'Accord ou la compensation des pertes ou dommages subis, qui

pourra être limitée aux coûts de la préparation de la soumission ou de la contestation." (Article XX de l'AMP de l'OMC)

"7. Chaque Partie adoptera ou maintiendra des procédures prévoyant: … b) … des mesures correctives ou une compensation pour la perte ou les dommages subis, qui pourront être limitées aux coûts de la préparation de la soumission ou aux coûts afférents à la contestation, ou à l'ensemble de ces coûts." (Article XVIII de l'AMP révisé de l'OMC)

47. Commentant la signification de ces extraits, on a fait observer que ces dispositions pouvaient être interprétées comme limitant l'indemnisation pécuniaire aux coûts de la préparation de la soumission ou aux coûts afférents à la contestation et donc comme donnant la possibilité aux États d'indemniser les dommages subis, en plus de ces coûts. Le Groupe de travail relèvera peut-être que l'utilisation du verbe optionnel "pourront", en ce qui concerne la limitation de la compensation, plutôt que d'un verbe plus normatif (tel que "devront" ou "devraient"), constitue la base de certaines de ces interprétations (en dépit de l'adjonction des mots "ou à l'ensemble de ces coûts" à la fin de l'article XVIII de l'AMP révisé de l'OMC). Il a également été souligné que les dispositions de cet article visent à permettre aux États de les promulguer conformément aux traditions et pratiques en vigueur dans leur système de droit.

48. La Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les Directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, (la "Directive européenne sur les recours") demande aux États membres de prendre des mesures provisoires, d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, et d'accorder des dommages et intérêts aux personnes lésées par de telles décisions (article 2-1). La Directive européenne sur les recours ne définit ni les fondements juridiques d'octroi de dommages-intérêts, ni la base du calcul du montant des dommages-intérêts à accorder. La question de l'octroi de dommages-intérêts est laissée à l'appréciation des juridictions nationales.

49. Étant donné que la Directive européenne sur les recours n'est pas encore mise en œuvre dans tous les États membres de l'Union européenne, le Groupe de travail voudra peut-être examiner les procédures de recours mises en place par chacun des États membres de l'Union européenne. Dans la plupart des systèmes de droit, la question de l'octroi de dommages-intérêts s'inscrit dans la perspective plus large de la mise en place d'un système efficace de recours[3]. Par exemple, certains commentateurs ont observé que le fait que des instruments juridiques prévoient des voies de recours qui ne sont pas concrètement disponibles (par exemple en faisant dépendre l'octroi de dommages-intérêts de la démonstration par la preuve que la partie lésée aurait remporté le marché concerné) pourrait rendre le système inefficace.

---

[3] L'obligation d'établir une procédure de recours efficace sous-tend également les dispositions des instruments de l'OMC (articles XX.2 de l'AMP et XVIII de l'AMP révisé), de la Convention des Nations Unies contre la corruption (article 9.1.d)) et des Principes non contraignants de l'Association de coopération économique Asie-Pacifique sur les marchés publics (Annexe 3, paragraphe 4.1). Ces instruments prévoient également que les procédures de recours doivent être non discriminatoires, transparentes et efficaces.

50. Conformément aux conclusions des études sur les procédures de recours en vigueur dans les États membres de l'Union européenne menées par le Programme d'appui à l'amélioration de la gouvernance et de la gestion (SIGMA), du Comité de gouvernance de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE): "On s'accorde à reconnaître que les procédures efficaces d'examen des contestations contre les décisions prises devraient être opportunes, impartiales et rapides et proposer une compensation adéquate. Or, la pratique varie considérablement selon les pays[4]."

51. Selon une enquête conjointe de l'OCDE et de l'Union européenne[5], les procédures de recours établies par les États membres de l'Union européenne privilégient les mesures correctives (parfois appelées mesures conservatoires) et l'indemnisation pécuniaire, y compris des coûts de préparation de l'appel d'offres, de la procédure de contestation, et d'autres dommages-intérêts. Dans certains États, l'attribution de dommages-intérêts est considérée comme faisant partie intégrante d'un système de recours efficace et dans la plupart des systèmes de droit, le mode de réparation premier est une mesure corrective. Des dommages-intérêts peuvent être accordés lorsqu'une mesure corrective n'est pas envisageable ou réalisable ou dans d'autres cas (et peuvent comprendre non seulement le manque à gagner mais aussi le préjudice lié la privation de la possibilité de remporter le marché concerné, et (moins fréquemment) l'atteinte à la réputation commerciale). Les pratiques diffèrent en ce qui concerne les instances de recours susceptibles de faire droit aux demandes de versement de dommages-intérêts.

52. Plus précisément, lorsque les fondements juridiques nationaux admettent l'introduction d'une demande de compensation, les coûts afférents à l'appel d'offres sont remboursés dans tous les États membres de l'Union alors que seuls quelques-uns, comme l'Allemagne, le Danemark, la Finlande, la Hongrie, la Lettonie, la Lituanie, les Pays-Bas, le Portugal et le Royaume-Uni indemnisent le manque à gagner. En France, le manque à gagner est indemnisé si le demandeur avait une chance sérieuse de remporter le contrat. Dans la plupart des cas, les tribunaux, ordinaires ou administratifs, ont le pouvoir d'accorder des dommages-intérêts; au Danemark, une autorité de recours spécialisée dans les marchés publics a également cette faculté. Selon les spécialistes des réglementations communautaires relatives à la passation de marchés publics, certains États membres de l'Union européenne font de plus en plus droit aux demandes d'indemnisations présentées dans le cadre des règles relatives à la passation de marchés publics, y compris aux demandes formées sur la base d'un manque à gagner[6].

---

[4] E. Beth, L'intégrité dans les marchés publics: Les bonnes pratiques de A à Z (OCDE, 2007), disponible sur le site: ssrn: http//:ssrn.com/abstract=987026 et sur le site de l'OCDE.

[5] SIGMA, Étude n° 30, "Public Procurement Review Procedure" (en anglais seulement), disponible sur le site: http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/NISPAcee/UNPAN006807.pdf.

[6] Voir la série d'articles sur la question dans Public Procurement Law Review, 2006, vol. 15, p. 159 à 240; voir également S. Treumer "Damages for Breach of the EC Public Procurement Rules from a Danish Perspective," European Business Organization Law Review, 2004, et H. Leffler, "Damages Liability for Breach of EC Procurement Law: Governing Principles and Practical Solutions," Public Procurement Law Review, 2003, vol. 4, p. 151 à 161.

53. Dans l'ensemble, les systèmes de droit étudiés par l'OCDE sont conformes aux instruments de l'OMC qui accordent la primauté aux mesures correctives, bien qu'elles privilégient plus que ces derniers, semble-t-il, le versement de dommages-intérêts. Le fait que les pays communautaires et la Cour européenne de Justice[7] disposent d'une jurisprudence en la matière, conjugué au fait que la Directive européenne sur les recours ne soit pas encore totalement appliquée, montre que cette question est un domaine du droit en pleine évolution[8].

Options proposées pour examen au Groupe de travail

54. À la lumière de l'historique de ces dispositions, du libellé des instruments internationaux applicables et de leur interprétation tout sauf uniforme, le Groupe de travail voudra peut-être examiner la meilleure façon de mettre en œuvre les décisions qu'il a adoptées et qui sont énoncées au paragraphe 39 *supra*. Une option consisterait à être suffisamment prescriptif dans la formulation du texte de la Loi type de manière à prévenir l'attribution de dommages-intérêts liés à un manque à gagner, par exemple; une autre pourrait consister à retenir l'approche sans doute plus souple adoptée par les instruments de l'OMC. Le Groupe de travail voudra peut-être ajouter au Guide révisé les précisions supplémentaires qu'il juge appropriées à cet égard, par exemple au sujet d'un système efficace de recours, de l'équilibre à respecter entre les différents types de compensation, des questions spécifiques découlant de l'annulation de contrats et des différentes considérations applicables aux recours administratifs plutôt que judiciaires (y compris du risque potentiel d'abus si les systèmes administratifs sont les seules instances décisionnaires en l'espèce, en particulier en matière d'octroi de dommages et intérêts, ou si le pouvoir de décision est détenu par une petite structure ou quelques individus).

D. Dispositions relatives à d'autres voies de droit (article 54-3 a) de la Loi type de 1994 et projet d'article 58-5 a) du texte révisé de la Loi type)

55. Il a été proposé à la quinzième session du Groupe de travail d'incorporer le paragraphe 5 a) du projet d'article 60 (projet d'article 58 du texte révisé de la Loi type) dans le chapeau du paragraphe. Le paragraphe pertinent indique que l'instance administrative peut accorder un ou plusieurs types de réparations, et notamment dire les règles ou principes juridiques qui s'appliquent en l'espèce. On a expliqué que les types de réparations énumérés ne pouvaient pas être considérés comme une

---

[7] Pour un résumé de certaines affaires européennes antérieures à la Directive européenne sur les recours, voir http://www.sigmaweb.org/dataoecd/44/45/40443900.ppt, et pour des informations sur la violation de la législation européenne, consulter le site: http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/droit_com/index_en.htm

[8] Pour un résumé des recours introduits aux États-Unis au niveau fédéral par le United States Government Accountability Office (GAO), dans lesquels des "dommages-intérêts anticipés" (en gros les bénéfices perdus) ne sont pas accordés, voir "Bid Protests at GAO: a Descriptive Guide", 8e éd., 2006 (GAO-06-797SP), à l'adresse suivante: http://www.gao.gov/decisions/bidpro/bid/d06797sp.pdf. Pour les rapports publiés sur les affaires, voir les ressources à l'adresse suivante: http://www.gao.gov/legal/bidprotest.html

compensation, mais devaient plutôt être considérés comme une étape naturelle de la procédure de recours. Le Groupe de travail a demandé au Secrétariat d'examiner l'historique des dispositions concernées et de surseoir à l'examen de la proposition jusqu'à ce que les constatations du Secrétariat aient été examinées (A/CN.9/668, par. 264).

56. Le libellé en question et son emplacement dans le paragraphe ont été incorporés par le Secrétariat dans le premier projet de dispositions sur les recours administratifs et ont été maintenus tels quels tout au long de la négociation du texte de 1994. Aucune préoccupation n'a été soulevée quant au contenu ou à l'emplacement des dispositions. Lors de la dixième session du Groupe de travail du nouvel ordre économique international, il a été dit que l'on pourrait prévoir que les voies de droit dont le soumissionnaire pourrait se prévaloir seraient fonction de la nature de sa réclamation (A/CN.9/315, par. 121).

57. Il se peut ainsi que le fournisseur ou l'entrepreneur lésé présente sa réclamation à une instance administrative indépendante en alléguant que l'entité adjudicatrice a appliqué des règles ou principes juridiques incorrects à l'objet de sa réclamation (par exemple si l'entité adjudicatrice saisit l'instance administrative de la décision rendue par l'entité adjudicatrice en vertu de l'article 53 de la Loi type de 1994). Dans un tel cas, l'instance administrative accorderait la réparation prévue à l'article 54-3 a) du texte de 1994.

58. À la lumière de cette explication, le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il convient de maintenir le libellé en question tel qu'il figure dans le texte de 1994.

E. Exceptions à la divulgation (articles 11-3 a) et 55-3 de la Loi type de 1994 et projets d'articles 19-2 b), 22-4 a) et 59-3 et 5 du texte révisé de la Loi type)

59. Lors de la quinzième session du Groupe de travail, il a été observé que les exceptions aux dispositions sur la divulgation du paragraphe 2 b) du projet d'article 19 avaient été rédigées en termes trop généraux, qu'elles pourraient nuire à la transparence, et qu'elles devraient être modifiées pour faire référence uniquement aux informations confidentielles. Le Groupe de travail est convenu d'examiner à une session ultérieure la question de savoir s'il y avait lieu de réviser la formulation (A/CN.9/668, par. 131).

60. Comme cela a été souligné lors de cette session, les exceptions aux dispositions sur la divulgation du paragraphe 2 b) du projet d'article 19 sont liées au projet d'article 22-4 a) du texte révisé de la Loi type (article 11-3 a) de la Loi type de 1994 relatif au procès-verbal de la procédure de passation des marchés), dont elles sont issues (A/CN.9/668, par. 130). Il convient également de noter que les exceptions aux dispositions sur la divulgation figurent également à l'article 34-8 de la Loi type de 1994 (projet d'article 31-8 du texte révisé de la Loi type) qui se lit comme suit:

> "8. Les informations relatives à l'examen, à la clarification, à l'évaluation et à la comparaison des offres ne sont pas révélées aux fournisseurs ou entrepreneurs, ni à toute autre personne ne participant pas

officiellement à l'examen, à l'évaluation ou à la comparaison des offres et n'intervenant pas dans le choix de l'offre à retenir, sous réserve des dispositions de l'article 11."

61. Le Secrétariat a examiné l'historique des articles 11-3 a) et 34-8 de la Loi type de 1994 ainsi que les dispositions pertinentes des instruments internationaux applicables. Ses conclusions sont présentées ci-après.

Historique des dispositions

62. Le premier projet du Secrétariat sur les dispositions relatives au procès-verbal de la procédure de passation des marchés indiquait qu'"aucune information n'est divulguée en violation de toute loi [du présent État] relative à la confidentialité" (A/CN.9/WG.V/WP.24, projet d'article 33-2). Lorsque ce projet a été soumis au Groupe de travail du nouvel ordre économique international, il a été convenu que le champ d'application de la confidentialité devrait être élargi en précisant "que l'information ne devait pas être divulguée si la révéler était contraire à la loi ou devait en entraver l'application, allait à rencontre de l'intérêt général, portait atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des parties ou devait entraver le libre jeu de la concurrence". On a fait valoir en contrepartie de ce point de vue que, suivant le libellé actuel, un État qui appliquerait la loi pourrait fortement limiter la divulgation d'informations en adoptant des lois frappant de confidentialité divers aspects de la procédure de passation des marchés (A/CN.9/331, par. 210). Lors des sessions ultérieures, il a cependant été décidé de maintenir ces restrictions à la divulgation, mais d'ajouter dans la Loi type que l'entité adjudicatrice ne peut divulguer aucune information sauf injonction d'un tribunal compétent, et sous réserve des conditions d'une telle injonction (A/CN.9/356, par. 80).

63. Le premier projet du Secrétariat de ce qui est devenu l'article 34-8 de la Loi type de 1994 était pour l'essentiel analogue au texte actuel (A/CN.9/WG.V/WP.24, projet d'article 28-9). Lorsque ce projet a été examiné par le Groupe de travail du nouvel ordre économique international, il a été généralement convenu que les informations relatives à l'examen, à la clarification, à l'évaluation et à la comparaison des offres ne seraient pas révélées sous réserve des dispositions de l'article sur le procès-verbal de la procédure de passation des marchés. À cet égard, il a été explicitement fait référence à la possibilité qu'un tribunal compétent puisse ordonner la divulgation de l'information en question (A/CN.9/331, par. 211, et A/CN.9/356, par. 80). Ainsi, le Groupe de travail a finalement adopté le texte initial proposé par le Secrétariat dans son premier projet, avec quelques modifications rédactionnelles. Aucune préoccupation n'a été soulevée à propos du libellé de la disposition en question lors de l'adoption du texte de la Loi type par la Commission.

Dispositions pertinentes des instruments internationaux applicables

64. Comme l'a noté le Groupe de travail à sa quinzième session (A/CN.9/668, par. 131), le libellé en question utilisé dans la Loi type de 1994 et repris dans le texte révisé de la Loi type est similaire au libellé des dispositions connexes des instruments de l'OMC et de la Directive de l'UE. Le tableau ci-dessous présente les dispositions pertinentes de ces instruments aux fins de référence:

Accord de l'OMC sur les marchés publics (1994)	Accord révisé de l'OMC sur les marchés publics (2006)	Directive de l'Union européenne
Article XVIII **Information et examen concernant les obligations des entités** … 4. Toutefois, les entités pourront décider que certains renseignements concernant l'adjudication du marché, mentionnés aux paragraphes 1 et 2 c), ne seront pas communiqués dans les cas où leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait autrement contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre fournisseurs. **Article XIX** **Information et examen concernant les obligations des Parties** … 2. Le gouvernement d'un soumissionnaire non retenu qui est Partie au présent accord pourra, sans préjudice des dispositions de l'article XXII, demander les renseignements additionnels qui pourront être nécessaires sur la passation du marché pour s'assurer qu'elle a été effectuée dans des conditions d'équité et d'impartialité. À cet effet, l'autorité publique contractante fournira des renseignements sur les caractéristiques et les avantages relatifs de la soumission retenue et sur le prix d'adjudication. Normalement, ce dernier renseignement pourra être divulgué par le gouvernement du soumissionnaire non retenu à la condition qu'il use de ce droit avec discrétion. Au cas où cette divulgation serait de nature à nuire à la concurrence lors d'appels d'offres ultérieurs, ce renseignement ne sera divulgué qu'après consultation et avec l'accord de la Partie qui l'aura communiqué au gouvernement	**Article XVII** **Divulgation de renseignements** … *Non-divulgation de renseignements* 2. Nonobstant toute autre disposition du présent accord, une Partie, y compris ses entités contractantes, ne pourra communiquer des renseignements à un fournisseur particulier, qui pourraient nuire à une concurrence loyale entre fournisseurs. 3. Aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme obligeant une Partie, y compris ses entités contractantes, autorités et organes d'examen, à communiquer des renseignements confidentiels au titre du présent accord dans les cas où cette communication: a) ferait obstacle à l'application des lois; b) pourrait nuire à une concurrence loyale entre fournisseurs; c) porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes de personnes particulières, y compris la protection de la propriété intellectuelle; ou d) serait autrement contraire à l'intérêt public.	**Article 35** **Avis** … 4. … Certaines informations sur la passation du marché ou de la conclusion de l'accord-cadre peuvent ne pas être publiées au cas où leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'opérateurs économiques publics ou privés, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre ceux-ci. **Article 41** **Information des candidats et soumissionnaires** 1. Les pouvoirs adjudicateurs informent dans les meilleurs délais les candidats et les soumissionnaires des décisions prises concernant la conclusion d'un accord-cadre, l'adjudication d'un marché ou l'admission dans un système d'acquisition dynamique, y compris des motifs pour lesquels ils ont décidé de renoncer à conclure un accord-cadre, à passer un marché pour lequel il y a eu mise en concurrence et de recommencer la procédure ou à mettre en œuvre un système d'acquisition dynamique; cette information est donnée par écrit si la demande en est faite aux pouvoirs adjudicateurs. … 1. Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider de ne pas communiquer certains renseignements concernant l'adjudication des marchés, la conclusion d'accords-cadres ou l'admission dans un système d'acquisition dynamique, visés au paragraphe 1, lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois ou serait contraire à

Accord de l'OMC sur les marchés publics (1994)	Accord révisé de l'OMC sur les marchés publics (2006)	Directive de l'Union européenne
du soumissionnaire non retenu.		l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'opérateurs économiques publics ou privés ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre ceux-ci. **Article 69** **Avis** 2. … Au cas où leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les prestataires de services, de telles informations sur l'attribution du concours peuvent ne pas être publiées.

Options proposées pour examen au Groupe de travail

65. Le Groupe de travail considèrera peut-être que les préoccupations soulevées au sujet de ces dispositions ont été pleinement prises en compte par les auteurs de la Loi type de 1994 et qu'ils ont néanmoins préféré employer le libellé actuel, dont le libellé est conforme aux dispositions pertinentes des instruments internationaux applicables.

66. En outre, le Groupe de travail pourrait considérer que, quelle que soit la formulation retenue en ce qui concerne les restrictions à la divulgation, les dispositions de la Loi type révisée relatives à de telles restrictions devraient toutes être harmonisées. Outre les dispositions sur le procès-verbal de la procédure de passation des marchés, l'examen, l'évaluation et la comparaison des offres, et l'acceptation de l'offre à retenir (dispositions relatives au délai d'attente), d'autres dispositions du texte révisé de la Loi type s'inspirent du libellé de l'article 11-3 a) de la Loi type de 1994 pour définir les exceptions à la divulgation (par exemple, le projet d'article 59, qui est fondé sur l'article 55 de la Loi type de 1994 et qui a été amendé conformément aux délibérations du Groupe de travail à sa quinzième session (en particulier, pour ce qui est de la décision d'adjoindre les dispositions sur les exceptions à la divulgation, voir A/CN.9/668, par. 267).

67. En outre, le Groupe de travail pourrait vouloir assurer la cohérence interne de toutes les dispositions pertinentes, telles que celles relatives aux restrictions à la divulgation d'informations relatives à l'examen, la clarification, l'évaluation et la comparaison des offres figurant à l'article 34-8 de la Loi type de 1994 (projet d'article 31-8 du texte révisé de la Loi type).

A/CN.9/WG.I/WP.68/Add.1 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – historique de certaines dispositions de la Loi type et façon dont sont traitées les questions posées par certaines de ces dispositions dans les instruments internationaux réglementant les marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa seizième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

II. Conclusions du Secrétariat sur l'historique de certaines dispositions de la Loi type de 1994 et la façon dont sont traitées les questions posées par certaines de ces dispositions dans les instruments internationaux réglementant les marchés publics (*suite*) 1-43

F. Dispositions relatives au procès-verbal de la procédure de passation du marché (article 11-1 d) de la Loi type de 1994 et projet d'article 22-1 e) du texte révisé de la Loi type) 1-6

G. Dispositions relatives à la prolongation de la période de validité des offres et de la validité des garanties de soumission (article 31-2 a) de la Loi type de 1994 et projet d'article 30-2 a) du texte révisé de la Loi type) 7-14

H. Notification des fournisseurs ou entrepreneurs par une entité adjudicatrice de ses décisions et des motifs de celles-ci 15-43

II. Conclusions du Secrétariat sur l'historique de certaines dispositions de la Loi type de 1994 et la façon dont sont traitées les questions posées par certaines de ces dispositions dans les instruments internationaux réglementant les marchés publics (*suite*)

F. Dispositions relatives au procès-verbal de la procédure de passation du marché (article 11-1 d) de la Loi type de 1994 et projet d'article 22-1 e) du texte révisé de la Loi type)

1. À sa quinzième session, le Groupe de travail a examiné les dispositions suivantes de l'article 11-1 d) de la Loi type de 1994:

> "1) L'entité adjudicatrice dresse un procès-verbal de la procédure de passation du marché où figurent, au minimum, les éléments d'information suivants:
>
> …
>
> d) S'ils sont connus de l'entité adjudicatrice, le prix ou le mode de détermination du prix et une récapitulation des autres principales conditions de chaque offre, proposition ou prix ainsi que du marché;"

2. Lors de la quinzième session, on s'est demandé si les termes "s'ils sont connus de l'entité adjudicatrice" étaient appropriés dans le contexte du prix car il était peu probable que de tels éléments d'information ne soient pas connus de l'entité adjudicatrice. Le Groupe de travail est convenu que ces dispositions devraient être révisées pour plus de clarté (A/CN.9/668, par. 154).

3. Comme on l'a par ailleurs souligné au cours de la quinzième session, le commentaire accompagnant le Guide expliquait l'importance de la formule "S'ils sont connus de l'entité adjudicatrice" compte tenu de la nature spécifique de certains marchés. Le Guide indique en effet que:

> "La raison pour laquelle on limite la divulgation des informations requises au titre de l'article 11-1 d) aux informations connues de l'entité adjudicatrice est qu'il peut exister des procédures de passation des marchés dans lesquelles toutes les propositions n'auront pas été complètement élaborées ou mises au point par leurs auteurs, en particulier lorsque certaines n'atteignent pas le stade final de la procédure de passation d'un marché. La référence, dans le présent paragraphe, à un "mode de détermination du prix" vise à tenir compte des cas où, en particulier dans les marchés de services, les offres, les propositions ou les prix contiennent une formule permettant de déterminer le prix, et non un prix proprement dit."

4. L'historique de ces dispositions montre qu'elles ont fait l'objet de discussions au cours de la négociation du texte de 1994. En effet, le membre de phrase qui, à l'époque, précisait "lorsqu'ils sont connus de l'entité adjudicatrice" mais qui a été légèrement modifié pour spécifier "s'ils sont connus de l'entité adjudicatrice" lors de l'adoption du texte de 1994, a été incorporé dans le texte en réponse à la préoccupation selon laquelle les dispositions, telles qu'elles avaient auparavant été libellées, étaient axées sur les marchés de biens ou de travaux et n'étaient pas adaptées aux marchés de services, en particulier du fait que le prix de l'offre se voyait accorder une prééminence qu'il n'aurait peut-être pas nécessairement dans le cas d'un marché de services (A/CN.9/389, par. 33 et 92, et A/CN.9/392, par. 44 et 117 et annexe, article 11).

5. Lorsque le projet de texte a été examiné par la Commission, en 1994, on s'est demandé ce que signifiait la formule "lorsqu'ils sont connus de l'entité adjudicatrice". On a expliqué que cette précision se référait, par exemple, aux cas où l'entité adjudicatrice ne connaîtrait pas le prix avant que le fournisseur ou l'entrepreneur n'ait été évalué sur la base de ses qualifications, comme dans le "système de la double enveloppe", qui n'exigeait pas l'ouverture de "l'enveloppe contenant l'offre de prix" déposée par les fournisseurs ou entrepreneurs dont les propositions avaient été rejetées pour des raisons techniques (A/49/17, par. 31). Le commentaire connexe figurant dans le Guide explique que la référence aux éléments

d'information "connus" de l'entité adjudicatrice devrait se concentrer sur les cas où le prix de certaines propositions ne serait pas divulgué avant la conclusion des procédures de passation de marchés

6. Compte tenu de l'examen approfondi dont ont fait l'objet ces dispositions au sein du Groupe de travail et de la Commission lorsque le texte a été élaboré et adopté en 1994, le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander s'il convient de conserver les dispositions de la Loi type telles qu'actuellement libellées. Le Guide pourrait peut-être expliquer que puisque l'établissement du procès-verbal des procédures de passation de marchés est un exercice évolutif propre à chaque procédure de passation de marchés, les éléments d'information requis seraient joints au procès-verbal dès qu'ils seraient connus de l'entité adjudicatrice. Le Guide pourrait par ailleurs expliquer que le membre de phrase "s'ils sont connus de l'entité adjudicatrice" n'a pas pour objet de diminuer en quoi que ce soit l'obligation qui incombe à l'entité adjudicatrice de veiller à ce que le procès-verbal de la procédure de passation du marché soit complet à tous égards.

G. Dispositions relatives à la prolongation de la période de validité des offres et de la validité des garanties de soumission (article 31-2 a) de la Loi type de 1994 et projet d'article 30-2 a) du texte révisé de la Loi type)

7. À sa quinzième session, le Groupe de travail a été saisi d'une proposition visant à supprimer la deuxième phrase du paragraphe 2 a) du projet d'article 31 (projet d'article 30 du projet révisé de la Loi type), jugée superflue. L'auteur de cette proposition a également souhaité examiner plus avant l'origine de cette disposition et les raisons sous-tendant son inclusion dans la Loi type. Le Groupe de travail a reporté l'examen de ce projet d'article à un stade ultérieur (A/CN.9/668, par. 175 et 176).

8. Les dispositions en question sont libellées comme suit:

> "2 a) Avant l'expiration de la période de validité des offres, l'entité adjudicatrice peut demander aux fournisseurs ou entrepreneurs une prorogation jusqu'à une date qu'elle spécifie. Tout fournisseur ou entrepreneur peut refuser cette prorogation sans perdre sa garantie de soumission, et son offre cessera d'être valide à l'expiration de la période de validité non prorogée;"

9. Les dispositions reproduites ci-dessus ont été incorporées dans le premier projet de Loi type établi par le Secrétariat, à l'exception du dernier membre de la phrase, à savoir "et son offre cessera d'être valide à l'expiration de la période de validité non prorogée" (A/CN.9/WG.V/WP.24, projet d'article 25-2 a)). Cette formule a été ajoutée suite à la décision du Groupe de travail du nouvel ordre économique international d'indiquer clairement qu'un entrepreneur ou un fournisseur qui n'accepte pas de prolonger la période de validité de son offre ne pourra participer à la procédure de passation des marchés que durant la période de validité de sa soumission (A/CN.9/331, par. 124).

10. Un observateur participant aux travaux de la quinzième session du Groupe de travail a expliqué que la disposition en question a souvent été invoquée dans les

projets financés par la Banque mondiale et qu'elle se réfère aux situations où l'entité adjudicatrice n'est pas en mesure d'évaluer toutes les demandes à temps et est donc contrainte de prolonger la période de validité des offres. Dans de tels cas, a-t-on noté, les fournisseurs pourraient, mais ne devraient pas y être contraints, prolonger la période de validité de leur offre et un refus de leur part ne devrait pas invalider leur garantie de soumission (A/CN.9/668, par. 175).

11. De plus, le Secrétariat a expliqué de la manière suivante au Groupe de travail du nouvel ordre économique international les raisons justifiant, selon lui, l'incorporation de ces dispositions:

> "Lorsque l'appel d'offres n'aboutit pas ou que le marché ne peut pas être conclu pendant la période de validité prévue pour les offres, l'entité adjudicatrice doit demander une prorogation de cette période. Dans de nombreux pays, les textes stipulent que les soumissionnaires ne continuent d'être liés par leurs offres après l'expiration de la période de validité que s'ils l'acceptent. Dans d'autres pays, toutefois, l'entité adjudicatrice peut prolonger la période de validité en en avisant les soumissionnaires avant l'expiration de la période initiale. Bien que cette approche offre une plus grande sécurité pour les entités adjudicatrices, elle peut entraîner une majoration du prix des offres (...). Aussi, si l'on se soucie de l'économie et de l'efficacité du système des marchés, peut-il être préférable de fixer une période de validité réaliste et de stipuler que les soumissionnaires ne seront plus liés par leur offre après l'expiration de cette période, sauf s'ils l'acceptent." (A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 141)
>
> "On court le risque d'un renchérissement des offres car les soumissionnaires devront majorer leurs prix pour couvrir les dépenses et les risques qu'ils encourent pendant une telle période (par exemple, le coût de la garantie de soumission, l'obligation qu'ils ont d'affecter leurs ressources au projet, les risques d'une hausse du coût de la construction ou de la fabrication)." (A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 140)
>
> "L'alinéa a) du paragraphe 2 permet à l'entité adjudicatrice de demander une prolongation de cette période lorsque, par exemple, l'appel d'offres n'aboutit pas et que le marché ne peut être conclu durant le délai fixé. Il faudrait cependant éviter ces prolongations, qui peuvent faire perdre des offres avantageuses et gêner le bon déroulement de l'appel d'offres. L'entité adjudicatrice devrait, à cette fin, essayer de fixer, dans la documentation relative au marché, un délai aussi réaliste que possible." (A/CN.9/WG.V/WP.25, paragraphe 3 du commentaire du projet d'article 25)

12. Lorsque le Groupe de travail du nouvel ordre économique international a examiné le premier projet de texte et de commentaire devant figurer dans le Guide, il a été convenu qu'il convenait de décourager les demandes de prolongation de la période de validité des offres en stipulant que les prolongations ne sont accordées que dans des circonstances exceptionnelles. À ce propos, on a fait mention d'une pratique regrettable à laquelle ont parfois recours les entités adjudicatrices et qui consiste à exercer des pressions sur les entrepreneurs et les fournisseurs pour qu'ils prolongent la durée de validité des offres en menaçant de faire jouer la garantie de soumission fournie par ces derniers (A/CN.9/331, par. 124). La décision adoptée par le Groupe de travail lors de cette session était conforme aux vues exprimées

précédemment par le Groupe de travail selon lesquelles la Loi type devrait dissuader l'entité adjudicatrice de prolonger exagérément la période de validité (A/CN.9/315, par. 76).

13. Ces décisions ont été confirmées lors des phases ultérieures de négociation et au moment de l'adoption des dispositions pertinentes.

14. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si l'historique de ces dispositions explique l'avantage apporté par le maintien des dispositions actuelles dans la Loi type. Le Groupe de travail voudra peut-être également estimer que le maintien de ces dispositions est conforme à l'intention première des auteurs du texte, à savoir décourager les demandes de prolongation de la période de validité des offres. Il voudra peut-être en outre expliquer dans la version révisée du Guide que ces dispositions visent en particulier à éviter que les entités adjudicatrices exercent des pressions sur les entrepreneurs et les fournisseurs pour qu'ils prolongent la durée de validité des offres en menaçant de faire jouer la garantie de soumission fournie par ces derniers (voir le paragraphe 12 ci-dessus).

H. Notification des fournisseurs ou entrepreneurs par une entité adjudicatrice de ses décisions et des motifs de celles-ci

1. Notification obligatoire des décisions de l'entité adjudicatrice

15. En vertu de la Loi type de 1994, les fournisseurs ou les entrepreneurs doivent être informés:

a) Du rejet par l'entité adjudicatrice de toutes les offres ou propositions (article 12-3 de la Loi type, correspondant au projet révisé d'article 16-3)[1]. En outre, l'alinéa f) de l'article 11-1 du texte de 1994, correspondant à l'alinéa g) du projet révisé d'article 22-1, dispose que le procès-verbal de la procédure de passation du marché doit contenir la décision de l'entité adjudicatrice. En vertu d'autres dispositions de l'article 11, cette partie du procès-verbal est communiquée, à leur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs (ci-après "les fournisseurs ou entrepreneurs") qui ont soumis des offres ou qui ont présenté une demande de présélection, après que la procédure de passation de marchés a pris fin;

b) Du rejet par l'entité adjudicatrice d'une offre dont le fournisseur ou l'entrepreneur a proposé des incitations (article 15 de la Loi type, correspondant au projet révisé d'article 18-2). À cet égard, le texte de 1994 prévoit également que l'entité adjudicatrice doit exposer les motifs de sa décision. En outre, l'article 11-1 h), correspondant au projet révisé d'article 22-1 i), précise que la déclaration de rejet doit indiquer les motifs du non-aboutissement de la procédure. En vertu d'autres dispositions de l'article 11, cette partie du procès-verbal doit être communiquée, à leur demande et à tout moment, aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés;

---

[1] Voir les paragraphes 12 et 19 à 30 du présent document au sujet des débats suscités par l'obligation pour l'entité adjudicatrice de communiquer aux fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre a été rejetée les raisons qui l'ont amenée à conclure qu'il y avait motif à rejet.

c) De la décision de l'entité adjudicatrice de présélectionner un fournisseur ou entrepreneur; l'entité adjudicatrice doit également indiquer si elle juge satisfaisantes les justifications produites par chaque fournisseur ou entrepreneur prié de confirmer ses qualifications (article 7, paragraphes 6 et 8, correspondant aux projets révisés des articles 22-9 et 10-8 d))[2]. En outre, l'article 11-1 c) du texte de 1994, qui correspond à la version révisée du projet d'article 22-1 d), requiert que certains renseignements relatifs aux qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs figurent dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché. En vertu d'une autre disposition de l'article 11, cette partie du procès-verbal doit être communiquée aux fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des offres, à leur demande, après que la procédure de passation de marchés a pris fin. Seul un tribunal compétent peut ordonner que la divulgation de cette partie du procès-verbal soit faite plus tôt;

d) De l'éclaircissement et de la modification des dossiers d'appel d'offres (articles 28, 40, 46-4, 48-5, 49-2 et 50-1, correspondant aux projets révisés des articles 28, 38, 39, 40 et 36). En outre, l'article 11-1 m), correspondant au projet révisé d'article 22-1 m), dispose que doit figurer dans le procès-verbal un résumé des demandes d'éclaircissements concernant la documentation de présélection ou le dossier de sollicitation ainsi qu'un résumé de toute modification de la documentation de présélection ou du dossier de sollicitation. En vertu d'autres dispositions de l'article 11, cette partie du procès-verbal doit être communiquée, à leur demande et à tout moment, aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés après que la procédure de passation de marché a pris fin. Seul un tribunal compétent peut ordonner que la divulgation de cette partie du procès-verbal soit faite plus tôt;

e) Des corrections dans les offres soumises (article 34-1 b), correspondant au projet révisé d'article 32-1 b)). Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si l'entité adjudicatrice devrait en outre être tenue de faire figurer dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché des informations sur les corrections. L'article 11 du texte de 1994 ne contient aucune disposition contraignante à cet égard;

f) De la décision de l'entité adjudicatrice durant la procédure de sélection avec négociations consécutives (article 44 de la Loi type; aucun article correspondant ne figure pour le moment dans le texte révisé de la Loi type).

16. En vertu de la Loi type de 1994, l'entité adjudicatrice répond promptement à la demande de tout fournisseur ou entrepreneur de confirmer que l'émetteur proposé de la garantie de soumission remplit bien les conditions requises (article 32-1 d), correspondant au projet révisé d'article 14-1 d));

17. Le projet révisé de la Loi type prévoit que les fournisseurs ou entrepreneurs doivent en outre être informés:

a) De la décision d'une entité adjudicatrice de rejeter une soumission anormalement basse (projet révisé d'article 17). Ce projet d'article requiert

---

[2] Le Groupe de travail voudra peut-être amender ces dispositions afin que l'entité adjudicatrice soit également tenue de communiquer, à leur demande ou non, aux fournisseurs ou entrepreneurs qui n'ont pas été présélectionnés, les raisons qui l'ont amenée à conclure qu'il y avait motif à rejet.

également la notification des motifs qui en sont à l'origine et que la décision et les motifs qui en sont à l'origine doivent être consignés dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché. Les modifications correspondantes ont été incorporées dans le projet d'article 22-1 i). En vertu d'autres dispositions du projet révisé d'article 22, cette partie du procès-verbal doit être communiquée aux fournisseurs ou entrepreneurs intéressés, à leur demande, à tout moment;

b) De la notification par une entité adjudicatrice à tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation du marché sa décision d'accepter la soumission à retenir (projet révisé d'article 19-2). Cet article précise également que l'avis doit contenir des informations sur le nom et l'adresse du fournisseur ou de l'entrepreneur qui a présenté la soumission à retenir; le prix du marché ou, le cas échéant, un résumé des autres caractéristiques et avantages de la soumission à retenir. Ces dispositions ont été incluses suite à l'introduction d'un délai d'attente;

c) De la décision d'une entité adjudicatrice dans le cadre d'enchères électroniques inversées (projets révisés d'articles 44 et 45) et d'accords-cadres (projets révisés d'articles 51, 53 et 55). Dans l'ensemble, les dispositions actuelles requièrent la notification des décisions de l'entité adjudicatrice mais pas l'exposé des motifs sur lesquelles elles sont fondées. Le Groupe de travail voudra peut-être renforcer ces dispositions, en exigeant, le cas échéant, que les fournisseurs ou entrepreneurs soient informés des raisons sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour parvenir à sa décision. Les modifications correspondantes de la version révisée du projet d'article 22 seraient présentées au Groupe de travail pour examen en temps voulu.

2. Communication des motifs de la décision de l'entité adjudicatrice à la demande des fournisseurs ou entrepreneurs concernés

18. En vertu de la Loi type de 1994, une entité adjudicatrice est tenue:

a) De communiquer sur leur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs qui n'ont pas été présélectionnés, le motif de ce rejet (article 7-7, correspondant au projet révisé d'article 15-10); et

b) De communiquer à tout fournisseur ou entrepreneur qui en fait la demande[3], les motifs du rejet de toutes les offres ou propositions (article 12-1, correspondant au projet révisé d'article 16-1).

Disqualification

19. À sa quinzième session, le Groupe de travail a examiné les dispositions de l'article 7-7 du texte de 1994 qui disposent que "l'entité adjudicatrice communique sur leur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs qui n'ont pas été présélectionnés, le motif de ce rejet, mais elle n'est pas tenue d'indiquer les preuves retenues ni de donner les raisons qui l'ont amenée à conclure qu'il y avait motif à rejet". La signification du dernier membre de cette phrase, à savoir, "elle n'est pas

[3] La Loi type ne précise pas dans ce cas à la demande de qui les motifs doivent être donnés. On peut déduire que référence est faite, dans ce contexte, à la demande de tout fournisseur ou entrepreneur intéressé, comme défini au paragraphe 15 a) de la présente note.

tenue d'indiquer les preuves retenues ni de donner les raisons qui l'ont amenée à conclure qu'il y avait motif à rejet" a suscité des interrogations (A/CN.9/668, par. 107).

20. L'historique de ces dispositions révèle qu'elles ont été incorporées dans le texte de la Loi type de 1994 conformément à la décision adoptée par le Groupe de travail du nouvel ordre économique international aux fins d'énoncer clairement et de souligner davantage la distinction entre les "motifs" de rejet des offres présélectionnées et "les raisons qui les explicitaient" (A/CN.9/343, par. 156).

21. À sa quinzième session, le Groupe de travail I (Passation de marchés) a décidé de remanier la formulation actuelle à la lumière des dispositions renforcées relatives au recours incluses dans la Loi type révisée, afin de permettre à l'entité adjudicatrice de réaliser un véritable compte rendu et, si nécessaire, aux intéressés d'introduire un recours contre la décision. Il a également été convenu que le Guide devrait expliquer les raisons pour lesquelles ces dispositions du texte de 1994 ont été modifiées (A/CN.9/668, par. 107).

22. Conformément à la décision adoptée par le Groupe de travail, le membre de phrase "mais elle n'est pas tenue d'indiquer les preuves retenues ni de donner les raisons qui l'ont amenée à conclure qu'il y avait motif à rejet" a été supprimé des dispositions correspondantes du projet d'article 15-10 du texte révisé de la Loi type. Les dispositions telles que modifiées dans le projet de Loi type se lisent donc comme suit: "L'entité adjudicatrice communique sur leur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs qui n'ont pas été présélectionnés, le motif de ce rejet."

23. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si ces dispositions, telles qu'elles ont été modifiées, suffisent à assurer l'efficacité du compte rendu.

24. Il convient de noter que les dispositions en question sont complétées par celles de l'article 11-1 c) de la Loi type, correspondant au projet d'article 22-1 d) du texte révisé de la Loi type. L'article 11-1 c) requiert que "des renseignements relatifs aux qualifications, ou à l'insuffisance des qualifications, des fournisseurs ou des entrepreneurs qui ont présenté des soumissions, des offres ou des propositions" soient inclus dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché[4]. En vertu d'autres dispositions de l'article 11, cette partie du procès-verbal de la procédure de passation du marché doit être communiquée, à leur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés après que la procédure de passation de marché a pris fin. Seul un tribunal compétent peut ordonner que la divulgation de cette partie du procès-verbal soit faite plus tôt.

---

[4] Ce libellé exclurait les renseignements relatifs aux qualifications, ou à l'insuffisance des qualifications, des fournisseurs ou des entrepreneurs qui ont soumis une demande de présélection et qui, parce qu'ils n'ont pas été présélectionnés, ne sont pas habilités à participer à la suite de la procédure de passation de marchés. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de réviser les dispositions pour qu'elles mentionnent aussi les renseignements relatifs aux qualifications, ou à l'insuffisance des qualifications, de ce groupe de fournisseurs ou entrepreneurs.

Rejet de toutes les offres

25. À sa quinzième session, le Groupe de travail a examiné les dispositions de l'article 12-1 de la Loi type de 1994 selon lesquelles "l'entité adjudicatrice communique à tout fournisseur ou entrepreneur ayant présenté une soumission, qui en fait la demande, les motifs du rejet de toutes les soumissions, offres ou propositions mais elle n'est pas tenue de justifier ces motifs".

26. Lors de cette même session, on a proposé de supprimer l'incise "qui en fait la demande" du fait que l'entité adjudicatrice serait quoi qu'il en soit tenue de justifier sa décision de rejeter une offre dans tous les cas, même en l'absence d'une demande en ce sens d'un fournisseur ou entrepreneur (A/CN.9/668, par. 115).

27. On a également proposé de supprimer le dernier membre de phrase de cette disposition, "mais elle n'est pas tenue de justifier ces motifs", au motif qu'il était superflu. On est dans l'ensemble convenu que l'entité adjudicatrice ne devrait pas être tenue de fournir une quelconque justification de sa décision de rejeter toutes les offres mais qu'elle devrait informer les fournisseurs ou entrepreneurs concernés de sa décision et des motifs de celle-ci (A/CN.9/668, par. 114 et 115).

28. Aucune décision n'a été prise concernant le point de savoir si les dispositions en question devraient être révisées conformément à ces suggestions. Le Groupe de travail a reporté à une date ultérieure l'approbation du projet d'article tel qu'amendé à la quinzième session (A/CN.9/668, par. 115 et 116).

29. Le Secrétariat a étudié l'historique de ces dispositions. Ses conclusions sont présentées ci-après.

30. Le premier projet du Secrétariat ne mentionnait que l'obligation de notifier les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis une offre du rejet de toutes les offres (A/CN.9/WG.V/WP.24, projet d'article 29-3). Cette obligation n'a pas suscité de préoccupation et a été maintenue tout au long de la négociation du texte de 1994 ainsi que lors de son adoption par la Commission. Cette obligation figure à l'article 12-3 de la Loi type.

31. Le Groupe de travail du nouvel ordre économique international a décidé de compléter cette exigence en ajoutant que l'entité adjudicatrice est tenue de communiquer les motifs du rejet de toutes les soumissions à tout fournisseur ou entrepreneur qui en fait la demande. Il a été convenu que l'entité adjudicatrice ne devrait pas être tenue de justifier les motifs de sa décision de rejet (A/CN.9/331, par. 181).

32. Le deuxième projet de texte présenté par le Secrétariat a été modifié en conséquence. Alors que l'expression "qui en fait la demande" n'a posé aucun problème au cours des phases ultérieures de négociation du texte de 1994 non plus que lors de son adoption par la Commission, en revanche, le membre de phrase "mais elle n'est pas tenue de justifier ces motifs" a posé problème.

33. Lorsque le Groupe de travail a examiné le deuxième projet du Secrétariat, on a fait valoir que cette dernière formule pourrait faire difficulté dans les pays où les tribunaux sont compétents pour examiner les décisions administratives et donc pour approfondir les motifs avancés pour les justifier. De plus, a-t-on observé, il pourrait se présenter des cas où il serait approprié d'exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle justifie les motifs qui l'ont amenée à rejeter toutes les offres. On a fait valoir en

outre que la démarche retenue au moyen de cette formule pourrait compromettre la faculté des parties lésées de demander réparation. L'opinion prédominante, cependant, a été que les termes en question devraient être conservés. On a déclaré dans ce sens qu'une entité adjudicatrice devait être libre de ne pas conclure un marché, par exemple, pour des motifs économiques, sociaux ou politiques, et qu'elle ne devait pas être tenue de justifier sa décision. Il suffisait qu'elle en donne les raisons et il ne devait donc pas y avoir d'action en réparation contre l'entité adjudicatrice en cas de rejet de toutes les offres. Compte tenu de ces éléments, le Groupe de travail a décidé de conserver le membre de phrase en question et d'adopter le paragraphe dans le libellé proposé (A/CN.9/356, par. 47 et 48). Ce libellé n'a pas suscité de problème lors des phases ultérieures de négociation du texte de 1994 non plus que lors de son adoption par la Commission.

34. Partant, même s'il semble que les vues des auteurs du texte de 1994 et des membres du Groupe de travail concordent, au sens où tous considèrent que l'entité adjudicatrice ne devrait pas être tenue de justifier sa décision de rejeter toutes les offres en en donnant les raisons. Cependant, les auteurs de la Loi type n'ont pas considéré que la formule "mais elle n'est pas tenue de justifier ces motifs" était superflue et ont décidé de la conserver afin de signifier que les décisions pertinentes de l'entité adjudicatrice ne pouvaient pas être contestées par les fournisseurs ou entrepreneurs. Ces dispositions ont en outre été complétées par le paragraphe 2 de l'article 52 qui dispose que la décision de l'entité adjudicatrice de rejeter la totalité des offres ne peut faire l'objet d'un recours.

35. Comme cela a déjà été souligné dans le paragraphe 32 ci-dessus, le Groupe de travail du nouvel ordre économique international n'a pas non plus remis en cause la nécessité de maintenir les mots "à leur demande" dans cette disposition. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il devrait adopter une approche différente, à l'effet de dire que l'entité adjudicatrice sera toujours tenue de communiquer sa décision de rejeter toutes les offres, conformément aux dispositions de l'article 12-3 de la Loi type (correspondant au projet révisé d'article 16-3) ainsi que les raisons qui l'ont motivée.

36. Il convient de noter que les dispositions relatives au rejet de toutes les offres sont complétées par l'alinéa f) de l'article 11-1 de la Loi type, qui correspond à l'alinéa g) du projet révisé d'article 22-1. Ce dernier dispose que le procès-verbal de la procédure de passation du marché doit comprendre la déclaration motivée du rejet de toutes les offres. En vertu d'autres dispositions de l'article 11, cette partie du procès-verbal doit être communiquée à toute personne qui le demande après que la procédure de passation de marchés a pris fin.

3. Dispositions additionnelles de la Loi type devant être examinées compte tenu des dispositions renforcées relatives au recours et aux voies de droit

37. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner sa décision de supprimer l'article 52-2 de la Loi type dans le contexte des autres dispositions de celle-ci. Le Groupe de travail se souviendra que l'article 52-2 du texte de 1994 dispose que plusieurs types de décisions prises par l'entité adjudicatrice ne peuvent faire l'objet d'un recours, dont le choix d'une méthode de passation des marchés, le choix d'une procédure de sélection, la limitation de la participation à la procédure de passation du marché sur la base de la nationalité, la décision de l'entité adjudicatrice de

rejeter la totalité des offres et le refus de l'entité adjudicatrice de donner suite à une manifestation d'intérêt pour la participation à une procédure de sollicitation.

38. L'article 52-2 a été incorporé à la Loi type suite à la décision du Groupe de travail du nouvel ordre économique international de limiter le droit de recours à la perte ou au préjudice réel ou potentiel subis du fait que l'entité adjudicatrice aurait violé les obligations que lui imposent les dispositions de la Loi type (et notamment celles qui concernent les qualifications et la sélection de fournisseurs ou d'entrepreneurs) et de ne pas l'étendre aux cas où les pertes actuelles ou potentielles qui résulteraient d'une violation des dispositions octroyant à l'entité adjudicatrice un pouvoir discrétionnaire (A/CN.9/356, par. 156). On peut en déduire que dans l'ensemble, la Loi type contient des prescriptions minimales quant aux informations relatives à ses décisions que l'entité adjudicatrice doit communiquer aux fournisseurs ou entrepreneurs (voir la partie H.l., *supra*). La Loi type contient encore moins d'exigences pour ce qui concerne la communication des motifs des décisions (voir les parties H.l. et 2. *supra*).

39. S'agissant du rejet d'une offre non conforme (paragraphes 2 et 3 de l'article 34 de la Loi type), l'historique de cet article montre que l'intention explicite des auteurs de la Loi type était d'exempter l'entité adjudicatrice de l'obligation de communiquer les informations pertinentes relatives à sa décision (et les raisons de celle-ci) aux fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre avait été rejetée. Le Groupe de travail a expliqué son approche en invoquant le fait que l'inclusion d'une telle obligation entraînerait "une charge supplémentaire injustifiée pour l'entité adjudicatrice au moment où celle-ci serait occupée à évaluer les offres" et risquerait de donner à entendre que l'entité adjudicatrice aurait à prendre une décision spécifique concernant chaque offre en fonction de chacun des critères énumérés à l'actuel article 34-3 de la Loi type. En conséquence, il a été décidé de ne pas exiger d'acte officiel de rejet (A/CN.9/359, par. 152).

40. S'agissant d'autres situations, comme en cas de disqualification prononcée par l'entité adjudicatrice en vertu de l'article 6 du texte de 1994 ou de renvoi d'une offre reçue par l'entité adjudicatrice après la date limite de soumission des offres (article 30-6 e) du texte de 1994), l'historique des dispositions ne permet pas de savoir pourquoi, dans l'esprit des auteurs, l'entité adjudicatrice ne devait pas être tenue d'informer de sa décision les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre avait été rejetée (ni des motifs de sa décision). Il pourrait s'agir là d'une omission. Il convient de noter que l'article 11 de la Loi type n'exige pas que ces informations soient incluses par l'entité adjudicatrice dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché.

41. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si, dans chacune des situations énumérées ci-dessous, les dispositions pertinentes de la Loi type devraient exiger la notification i) de la décision de l'entité adjudicatrice et ii) des raisons sur lesquelles celle-ci s'est fondée. En outre, le Groupe de travail voudra peut-être se demander si ces informations ne devraient être communiquées aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés qu'à leur demande ou si elles pourraient l'être en l'absence d'une telle demande (dans les situations décrites aux alinéas a) à c) ci-après, les informations pertinentes ne pourraient être communiquées qu'à la demande des fournisseurs ou entrepreneurs concernés alors que dans d'autres situations, une telle demande ne serait pas concrètement nécessaire). Une autre alternative, dans certaines situations, pourrait consister à notifier l'avis (similaire à celui concernant

l'offre à retenir) aux intéressés. Dans sa décision à cet égard, le Groupe de travail devrait veiller à ce que la Loi type traite de manière cohérente les situations similaires:

a) **Limitation de la participation à des procédures de passation de marché sur la base de la nationalité** (article 8-2 de la Loi type, correspondant au projet révisé d'article 9-2). Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si les dispositions de l'article 11-1 l) du texte de 1994 (correspondant au projet révisé d'article 22-1 n)) seraient, à elles seules, suffisantes. En vertu de l'alinéa l) de l'article 11-1, l'entité adjudicatrice doit inclure dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché une déclaration motivée du rejet de toutes les offres ou propositions. En vertu d'autres dispositions de l'article 11 (projet d'article 22), cette partie du procès-verbal devrait être communiquée aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés à tout moment;

b) **Recours à une méthode de passation des marchés autre que l'appel d'offres**. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les dispositions de l'article 11-1 i) et j) (correspondant au projet révisé d'article 22-1 j) et l)) seraient, à elles seules, suffisantes. Les alinéas i) et j) de l'article 11-1 disposent que le procès-verbal de la procédure de passation du marché doit mentionner les motifs et les circonstances sur lesquels l'entité adjudicatrice s'est fondée pour justifier la procédure de sélection utilisée. En vertu d'autres dispositions de l'article 11, cette partie du procès-verbal devrait être communiquée aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés à tout moment;

c) **Sollicitation directe de propositions**. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si les dispositions de l'article 11-1 k) sur la sollicitation directe de propositions (correspondant à l'article 22-1 j)) seraient, à elles seules, suffisantes;

d) **Disqualifications en dehors des procédures de présélection** (article 6 de la Loi type, correspondant au projet révisé d'article 10). Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si les dispositions de l'article 11-1 c) de la Loi type (correspondant au projet révisé d'article 22-1 d)) seraient, à elles seules, suffisantes. En vertu de l'alinéa c) de l'article 11-1, les renseignements relatifs aux qualifications ou à l'insuffisance des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des offres, doivent figurer dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché. En vertu d'autres dispositions de l'article 11, cette partie du procès-verbal doit être communiquée aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés, à leur demande, après que la procédure de passation de marché a pris fin. Seul un tribunal compétent peut ordonner que la divulgation de cette partie du procès-verbal soit faite plus tôt;

e) **Renvoi d'une offre reçue après la date limite de soumission** (article 30-6 de la Loi type, correspondant au projet révisé d'article 29-6). Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si l'entité adjudicatrice devrait être tenue d'inclure les informations pertinentes dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché. L'article 11 du texte de 1994 ne mentionne aucune exigence à cet égard;

f) **Rejet des offres non conformes** (article 34-2 et 3 du texte de 1994, correspondant au projet révisé d'article 32-2 et 3). Le Groupe de travail voudra peut-être également se demander si l'article 11-1 e) de la Loi type de 1994,

correspondant au projet révisé d'article 22-1 f) requiert réellement que l'entité adjudicatrice fasse figurer dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché les éléments d'information portant sur la détermination de la conformité des offres. L'article 11-1 e) de la Loi type dispose que le procès-verbal doit contenir un résumé de l'évaluation et de la comparaison des offres, termes qui ne sont utilisés dans l'article 34-4 de cette même Loi (correspondant au projet révisé d'article 32-4) que dans le contexte des offres qui ont été acceptées. L'intitulé de l'article 34 de la Loi type, "Examen, évaluation et comparaison des offres", sous-entend que le mot "examen" porte sur la détermination de la conformité des offres. Le Groupe de travail voudra peut-être, par conséquent, envisager explicitement que le procès-verbal contienne des éléments d'information sur la détermination de la conformité des offres;

g) **Procédure de sélection sans négociation** (article 42 du texte de 1994, correspondant au projet révisé d'article 35 sur le système de la double enveloppe). Les dispositions de la Loi type ne requièrent pas la notification des fournisseurs ou entrepreneurs exclus de la procédure de passation de marchés parce que leur offre n'a pas atteint ou dépassé la note ou le seuil fixé. Ceci diffère de l'article 44 d) de la Loi type (Procédures de sélection avec négociations consécutives), qui n'a pas d'équivalent dans le projet révisé de la Loi type, qui demande à l'entité adjudicatrice d'informer les autres fournisseurs ou entrepreneurs qu'ils n'ont pas atteint le seuil requis. Le Groupe de travail voudra peut-être également se demander s'il ne devrait pas être requis de l'entité adjudicatrice d'inclure ces éléments d'information dans le procès-verbal. L'article 11 de la Loi type ne contient aucune obligation à cet égard;

h) **Sollicitation de propositions, négociation avec appel à la concurrence et sollicitation de prix** (articles 48 à 50 de la Loi type; les dispositions correspondantes relatives à la sollicitation de prix font l'objet du projet révisé d'article 36; aucune disposition sur la sollicitation de propositions ou sur la négociation avec appel à la concurrence ne figure actuellement dans le projet de Loi type révisée). Le Groupe de travail voudra peut-être considérer que la réglementation de ces procédures serait renforcée dans la Loi type révisée par l'application des dispositions relatives à l'acceptation des offres conformes, y compris par l'introduction d'un délai d'attente;

i) **Recours porté devant l'entité adjudicatrice** (articles 53 et 56 de la Loi type, correspondant aux projets révisés des articles 57 et 60). En vertu de l'article 56-5 de la Loi type, toute décision prise par l'entité adjudicatrice de faire aboutir la réclamation, de suspendre la procédure de passation du marché, ou de prolonger la suspension de la procédure ainsi que les motifs et les circonstances de l'adoption de cette décision doit être versée au dossier de la procédure de passation du marché mais ne contient aucune exigence de notification de ladite décision. Ces dispositions ont été incorporées dans le projet révisé d'article 60-3 aux fins d'examen par le Groupe de travail. Le Groupe de travail pourra peut-être se demander si ces dispositions seront suffisantes[5]; et

---

[5] Il convient de noter que, contrairement à d'autres situations similaires, l'obligation de faire figurer cet élément d'information dans le procès-verbal de la procédure de passation de marchés n'est établie que dans les articles 53 et 56 et ne figure pas à l'article relatif au procès-verbal de

j) **Procédure de passation de marché autre que l'appel d'offres n'ayant pas abouti à la conclusion d'un marché**. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si les dispositions de l'article 11-1 g) (correspondant au projet révisé d'article 22-1 h) seraient, à elles seules, suffisantes. En vertu de cet alinéa, si une procédure de passation de marché autre que l'appel d'offres n'a pas abouti à la conclusion d'un marché, une déclaration indiquant les motifs du non-aboutissement de la procédure doit figurer dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché. En vertu d'autres dispositions de l'article 11, cette partie du procès-verbal doit être communiquée aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés, à leur demande, après que la procédure de passation de marché a pris fin.

42. Le Groupe de travail voudra peut-être également envisager d'ajouter dans le texte de la version révisée du Guide un paragraphe pour souligner l'intérêt, dans les cas appropriés, d'un compte rendu des deux parties, à savoir entités adjudicatrices et fournisseurs ou entrepreneurs (comme cela existe dans certaines juridictions). Le Guide pourrait également mettre en exergue les préoccupations exprimées par les auteurs de la Loi type de 1994, à savoir que selon le stade auquel se trouve la procédure de passation d'un marché, des exigences étendues en matière de compte rendu pourraient s'avérer lourdes pour l'entité adjudicatrice, notamment dans les procédures traditionnelles plus que dans les procédures électroniques. Les exigences relatives à l'efficacité du compte rendu devraient cependant toujours être considérées en conjonction avec le droit des fournisseurs ou entrepreneurs concernés de faire appel des décisions de l'entité adjudicatrice au titre des dispositions renforcées de la Loi type révisée.

43. Dans ce contexte, le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'inclure dans la Loi type révisée des dispositions concernant le délai dans lequel les avis doivent être notifiés. Par exemple, certaines dispositions du projet révisé de la Loi type exigent déjà que les décisions que l'entité adjudicatrice compte prendre doivent être promptement communiquées aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner au cas par cas, s'il serait approprié d'exiger dans tous les cas que les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre n'a pas été acceptée soient informés sans tarder après que la décision a été prise. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi envisager d'inclure dans le Guide un paragraphe reprenant la discussion sur l'importance du délai dans lequel certains avis devraient être notifiés pendant la période d'attente.

---

la procédure. Le Groupe de travail voudra peut-être supprimer cette incohérence dans la version révisée de la Loi type.

J. Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa seizième session

(A/CN.9/WG.I/WP.69 et Add.1 à 5) [Original: anglais]

1. L'historique des travaux actuellement menés par le Groupe de travail I (Passation de marchés) pour revoir la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services ("Loi type") (A/49/17 et Corr.1, annexe I) est présenté aux paragraphes 8 à 89 du document A/CN.9/WG.I/WP.67, dont celui-ci est saisi à sa seizième session. Le Groupe de travail a pour tâche principale d'actualiser et de réviser la Loi type afin de tenir compte des évolutions récentes dans la passation des marchés publics.

2. À sa quinzième session, le Groupe de travail a achevé la première lecture du projet de Loi type révisée contenu dans une note du Secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1 à 4). Il a noté que, si un certain nombre de questions restaient en suspens, y compris le chapitre IV dans son intégralité, il était d'accord sur le cadre conceptuel. Il a également noté que certaines dispositions exigeaient une étude plus approfondie, en particulier pour s'assurer qu'elles étaient conformes aux instruments internationaux pertinents. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réviser le projet de texte présenté dans le document A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1 à 4 en tenant compte des délibérations de sa quinzième session pour examen ultérieur (A/CN.9/668, par. 11 et 12).

3. La présente note est soumise en réponse à la demande que le Groupe de travail a formulée à sa quinzième session. Elle contient le projet de Loi type révisée, qui tient compte des débats que le Groupe de travail a tenus à sa quinzième session (la "Loi type révisée proposée"), à l'exception du chapitre IV et des dispositions relatives aux accords-cadres permettant les procédures négociées. Le Groupe de travail souhaitera peut-être rappeler à cet égard qu'à sa quinzième session, il avait noté qu'il serait difficile d'achever les recherches en cours ainsi que l'élaboration du texte d'ici sa seizième session. En ce qui concerne les méthodes de passation reposant sur des négociations (chapitre IV), une délégation a accepté de présenter un document de séance proposant une version révisée du chapitre IV (A/CN.9/668, par. 278). Il a également été convenu que des dispositions autorisant les négociations dans le contexte des accords-cadres soient élaborées avec le chapitre IV (A/CN.9/668, par. 224).

4. Aussi, le projet de chapitre IV figurant dans le troisième additif à la présente note ne fait-il que regrouper les dispositions concernées de la Loi type de 1994 modifiées de façon à tenir compte des révisions convenues à ce stade. Cet additif contient également un projet d'article consolidé sur les sollicitations de propositions et la négociation avec appel à la concurrence, dont le Groupe de travail était saisi à sa quinzième session, mais qu'il n'a pas examiné (A/CN.9/668, par. 210 à 212). Toute autre proposition concernant des dispositions relatives aux méthodes de passation reposant sur des négociations sera mise à disposition lors de la session.

5. Conformément à l'accord intervenu à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 280), les documents de la seizième session seront publiés sur le site Web de la CNUDCI dès qu'ils seront disponibles dans les différentes langues.

A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.1 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa seizième session

ADDITIF

La présente note contient le préambule et les articles 1 à 14 du chapitre premier (Dispositions générales) d'un texte révisé de la Loi type.

L'attention du Groupe de travail est appelée sur les projets d'articles 7 et 12 dont l'examen a été repoussé à un stade ultérieur.

Les projets d'articles 2, 4-2, 10-8 et 13 ont été révisés suite à la demande formulée par le Groupe de travail à sa quinzième session. Ce dernier est donc saisi du texte révisé de ces articles pour la première fois.

À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé, sans changement ou en les modifiant, les dispositions restantes du projet révisé de la Loi type figurant dans le présent additif.

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes qui accompagnent le texte.

LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS[1]

Préambule[2]

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

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

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

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

---

[1] Le titre modifié reflète la décision du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 270).

[2] Le Groupe de travail a approuvé le préambule (A/CN.9/668, par. 271).

d) Garantir un traitement juste et équitable à tous les fournisseurs et entrepreneurs;

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

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

Le [Gouvernement] [Parlement] ... adopte la Loi ci-après.

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. Champ d'application

La présente Loi s'applique à tous les marchés passés par des entités adjudicatrices[3].

Article 2. Définitions[4]

Aux fins de la présente Loi:

a) Les mots "passation de marché" désignent l'acquisition, par un moyen quelconque, de biens, de travaux ou de services (l'"objet du marché")[5];

b) Les mots "entité adjudicatrice" désignent:

i) *Option I*

Tout département, organisme, organe ou autre service public du présent État, ou toute subdivision de l'un d'entre eux, qui passe des marchés, sauf ...; (et)

Option II

---

[3] Le projet d'article a été révisé conformément aux instructions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 17). Il a été convenu que le Guide préciserait que les États confrontés à une crise économique et financière pourraient exclure l'application de la Loi type au moyen de mesures législatives (qui seraient elles-mêmes examinées de près par le législateur) (A/CN.9/668, par. 63).

[4] Le projet d'article a été révisé conformément aux instructions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 272 à 274). Ce dernier souhaitera peut-être examiner l'introduction d'un glossaire des principaux termes dans le Guide pour l'incorporation, pour compléter l'article 2 du texte, et l'opportunité de présenter les définitions par ordre alphabétique.

[5] Le Groupe de travail a approuvé la présente définition révisée du texte de 1994 (article 2 a)) (A/CN.9/668, par. 273 b)). Il a été convenu (A/CN.9/668, par. 273 e)) que le texte du Guide accompagnant la présente définition contiendrait la substance des définitions des termes "biens", "travaux" et "services", reprises du texte de 1994 (article 2 c) à e)). Il a aussi été convenu à cette session que le Guide expliquerait que les mots "par un moyen quelconque" employés à l'alinéa signifiaient que la passation de marché se faisait non seulement par voie d'achat, mais également par d'autres moyens comme la location et que ces mots ne devraient donc pas être interprétés comme faisant référence à des moyens illicites (A/CN.9/668, par. 273 c)). Le Groupe de travail souhaitera peut-être s'inspirer de termes équivalents employés dans l'article I.2 de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC (AMP, 1994) et dans le texte adopté à titre provisoire de l'article II.2 b) de l'AMP révisé: "l'achat, le crédit-bail, et la location ou location vente, avec ou sans option d'achat".

Tout département, organisme, organe ou autre service du (“Gouvernement”, ou tout autre terme utilisé pour désigner le gouvernement national de l’État adoptant la Loi type), ou toute subdivision de l’un d’entre eux, qui passe des marchés, sauf ...; (et)

ii) (L’État adoptant la Loi type peut ajouter au présent alinéa et, si nécessaire, dans de nouveaux alinéas, d’autres entités ou entreprises, ou catégories d’entités ou d’entreprises, à inclure dans la définition de l’“entité adjudicatrice”)[6];

c) Les mots “fournisseur ou entrepreneur” désignent, selon le contexte, toute partie potentielle ou la partie prenant part à la procédure de passation avec l’entité adjudicatrice[7];

d) Le mot “marché” désigne un contrat conclu entre l’entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur à la suite d’une procédure de passation de marché[8];

e) Les mots “[garantie] de soumission” désignent une garantie que l’entité adjudicatrice exige des fournisseurs ou entrepreneurs, et qui lui est donnée pour assurer l’exécution de toute obligation visée à [l’alinéa l f) de l’article 14] et englobent des arrangements tels que les garanties bancaires, les cautionnements, les lettres de crédit stand-by, les chèques engageant au premier chef la responsabilité d’une banque, les dépôts en espèces, les billets à ordre et les lettres de change. Pour écarter tout doute, le terme exclut toute garantie de bonne exécution du marché[9];

f) Le mot “monnaie” englobe les unités de compte monétaires[10];

g) Le mot “soumission” désigne de façon collective ou générique une offre, une proposition, un prix ou une enchère[11];

h) Le mot “sollicitation” désigne la demande de présentation de soumissions adressée aux fournisseurs ou aux entrepreneurs[12];

i) Les mots “soumission à retenir” désignent la soumission que l’entité adjudicatrice a déterminée comme étant à retenir au regard des critères d’évaluation énoncés dans le dossier de sollicitation conformément à l’article [12] de la présente Loi[13];

---

[6] Le Groupe de travail a approuvé la présente définition extraite du texte de 1994 (article 2 b)) (A/CN.9/668, par. 272 à 274).

[7] Le Groupe de travail a approuvé la présente définition extraite du texte de 1994 (article 2 f)), telle qu’il l’a modifiée à sa quatorzième session (A/CN.9/668, par. 272 à 274) en remplaçant le terme “cocontractant” par “partie prenant part à la procédure de passation” (A/CN.9/664, par. 24).

[8] Le Groupe de travail a approuvé la présente définition extraite du texte de 1994 (article 2 g)) (A/CN.9/668, par. 272 à 274).

[9] Le Groupe de travail a approuvé cette définition, qui est fondée sur l’article 2 h) du texte de 1994 modifié pour tenir compte du projet d’article 14 (A/CN.9/668, par. 272 à 274).

[10] Le Groupe de travail a approuvé cette définition, reprise du texte de 1994 (article 2 i)) (A/CN.9/668, par. 272 à 274).

[11] Nouvelle définition approuvée par le Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 272 à 274).

[12] Ibid.

[13] Ibid.

j) Les mots “dossier de sollicitation” désignent l’ensemble des documents sollicitant des soumissions[14];

k) Le mot “description” désignent la description fournie conformément à l’article [11] de la présente Loi[15];

[l) Les mots “sollicitation ouverte” désignent une sollicitation dans ... (l’État adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel la sollicitation doit être publiée)[16];]

[m) Les mots “sollicitation directe” désignent la sollicitation d’un (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) [choisi(s)/identifié(s)[17];]

n) Une “procédure d’accord-cadre” est une passation de marché qui se déroule en deux étapes: une première pour la sélection du (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) devant être partie(s) à un accord-cadre avec une entité adjudicatrice, et une deuxième pour l’attribution d’un marché au titre de l’accord-cadre à un fournisseur ou entrepreneur partie à l’accord[18];

o) Un “accord-cadre” est un accord conclu entre l’entité adjudicatrice et le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) sélectionné(s) une fois la première étape de la procédure d’accord-cadre achevée[19];

p) Un “accord-cadre fermé” est un accord-cadre auquel aucun fournisseur ou entrepreneur qui n’y est pas initialement partie ne peut devenir partie ultérieurement[20];

q) Un “accord-cadre ouvert” est un accord-cadre auquel, en plus des parties initiales, un (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) peu(ven)t ultérieurement devenir partie(s)[21];

r) Une “procédure d’accord-cadre avec mise en concurrence lors de la deuxième étape” est une procédure d’accord-cadre dans laquelle certaines conditions de la passation de marché, qui ne peuvent être définies de façon

---

14 Ibid.

15 Nouvelle définition approuvée par le Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 273 d)). Ce paragraphe est fondé sur les articles 16 et 27 d) du texte de 1994.

16 Le Groupe de travail est convenu de placer cette nouvelle définition entre crochets à l’article 2 pour l’examiner plus avant (A/CN.9/668, par. 273 a)).

17 Ibid.

18 Le Groupe de travail est convenu de transférer cette nouvelle définition du projet d’article 49, dans le document A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.4, à l’article 2 pour l’examiner plus avant (A/CN.9/668, par. 273 f)).

19 Ibid.

20 Ibid. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi examiner si, afin d’éviter toute confusion au chapitre VI, cette définition détaillée pourrait aider à interpréter les dispositions du chapitre. Voir, en outre, la note 39 dans le document A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.4. Si des définitions détaillées sont conservées dans le présent article, le Groupe de travail souhaitera peut-être inclure d’autres définitions (comme celle des enchères électroniques inversées) pour créer un équilibre.

21 Ibid.

suffisamment précise lors de la conclusion de l'accord, doivent être définies ou précisées par une mise en concurrence lors de la deuxième étape[22];

s) Une "procédure d'accord-cadre sans mise en concurrence lors de la deuxième étape" est une procédure d'accord-cadre dans laquelle il n'y a pas de mise en concurrence lors de la deuxième étape pour définir ou préciser les conditions de la passation marché[23];

[t) Une "modification substantielle de la description de l'objet du marché ou de toutes les autres conditions de la passation de marché" désigne une modification qui rendrait non conformes les soumissions des fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre, qui rendrait conformes des soumissions précédemment non conformes, qui [pourrait entraîner] [entraînerait][24] un changement de situation des fournisseurs ou entrepreneurs en ce qui concerne leur qualification.][25]

Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)][26]

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

a) Tout traité ou autre forme d'accord auquel le présent État est partie avec un ou plusieurs autres États,

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

c) Tout accord entre le Gouvernement fédéral de [nom de l'État fédéral] et toute(s) subdivision(s) de [nom de l'État fédéral], ou entre deux desdites subdivisions ou plus,

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

---

[22] Ibid.

[23] Ibid.

[24] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si les mots "pourrait entraîner" conviendraient mieux que le mot "entraînerait" employé précédemment, du fait que les éléments des critères de qualification sont subjectifs (voir art. 10 proposé).

[25] Le Groupe de travail est convenu de transférer cette nouvelle définition du projet d'article 51, dans le document A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.4, à l'article 2 pour l'examiner plus avant (A/CN.9/668, par. 273 f)) en même temps que toute proposition que les délégations pourront présenter sur la question (A/CN.9/668, par. 237). Il est également convenu de refléter dans le Guide le contenu du texte supprimé à la fin du projet initial, figurant dans le document A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.4, de manière à expliquer les considérations de principe qui sous-tendaient la définition (A/CN.9/668, par. 236 et 237).

[26] Le Groupe de travail a approuvé cet article, qui reproduit l'article 3 du texte de 1994 (A/CN.9/668, par. 20).

Article 4. Règlements en matière de passation des marchés[27]

1) Le ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe ou l'autorité habilité à établir les règlements en matière de passation des marchés) est autorisé à établir des règlements à l'effet d'atteindre les objectifs et d'assurer l'exécution des dispositions de la présente Loi.

2) Les règlements en matière de passation des marchés contiennent un code de conduite pour les administrateurs ou employés des entités adjudicatrices traitant, entre autres, de la prévention des conflits d'intérêts dans les marchés publics et, s'il y a lieu, des mesures pour réglementer les questions touchant les personnels chargés de la passation des marchés, telles que l'exigence d'une déclaration d'intérêt pour certains marchés publics, des procédures de sélection desdits personnels et des exigences en matière de formation[28].

Article 5. Publication de textes juridiques[29]

1) Sous réserve des dispositions du paragraphe 2 du présent article, le texte de la présente Loi, des règlements en matière de passation des marchés et d'autres textes juridiques d'application générale relatifs à la passation des marchés régis par la présente Loi, ainsi que toutes les modifications audit texte, sont promptement rendus accessibles au public et systématiquement tenus à jour.

2) Les décisions judiciaires et les décisions administratives ayant valeur de précédent relatives à la passation des marchés régis par la présente Loi sont mises à la disposition du public et actualisées si nécessaire.

Article 6. Informations sur les projets de marché prévus[30]

Les entités adjudicatrices peuvent publier des informations concernant les projets de marché prévus pour les mois ou les années à venir. Cette publication ne constitue pas une sollicitation et n'oblige pas l'entité adjudicatrice à faire paraître des sollicitations pour les possibilités de marchés recensées.

---

[27] Le Groupe de travail a approuvé cet article, qui est fondé sur l'article 4 du texte de 1994, avec les révisions apportées au nouveau paragraphe 2 (A/CN.9/668, par. 26 et 27).

[28] Le Groupe de travail est convenu que le paragraphe devrait être complété par des dispositions dans le Guide reproduisant l'article 8-5 de la Convention des Nations Unies contre la corruption et traitant des questions d'application (A/CN.9/668, par. 28 et 29).

[29] Le Groupe de travail a approuvé cet article, qui est fondé sur l'article 5 du texte de 1994 (A/CN.9/668, par. 32).

[30] Le Groupe de travail a approuvé le projet d'article tel que révisé (A/CN.9/668, par. 37 et 38), et il est convenu que le Guide exposerait les avantages d'une telle publication pour la planification stratégique et opérationnelle et soulignerait que la publicité préalable effective des marchés futurs ne devait pas favoriser la collusion (A/CN.9/668, par. 37).

Article 7. Règles concernant les méthodes, techniques et procédures de passation et le type de sollicitation[31, 32]

1) Sauf disposition contraire de la présente Loi, une entité adjudicatrice passe un marché au moyen de la procédure d'appel d'offres[33].

2) Une entité adjudicatrice ne peut utiliser une méthode de passation des marchés autre que l'appel d'offres qu'en accord avec les paragraphes 3 à 5, et 7, du présent article, et elle choisit la méthode, la technique et la procédure la plus concurrentielle[34] adaptée aux circonstances de la passation concernée[35].

3) Lorsqu'il est possible de fournir une description détaillée de l'objet du marché et de définir les critères d'évaluation en termes quantifiables ou monétaires, mais lorsque l'utilisation d'une procédure d'appel d'offres ne conviendrait pas pour des raisons d'efficacité économique [d'économie et d'efficacité] [d'économie ou d'efficacité][36], une entité adjudicatrice peut avoir recours à une méthode de passation mentionnée au chapitre III de la présente Loi, à condition que les conditions d'utilisation de la méthode concernée, telles qu'elles sont spécifiées dans les dispositions pertinentes de ce chapitre, soient remplies[37].

4) Lorsque l'entité adjudicatrice n'est pas en mesure de donner une description détaillée de l'objet du marché et/ou de définir les critères d'évaluation en termes quantifiables ou monétaires, [ou dans les autres circonstances énumérées à l'article 37 de la présente Loi,[38]] l'entité peut utiliser une méthode de passation mentionnée au chapitre IV de la présente Loi, à condition que les conditions

---

31 Le Groupe de travail a reporté l'examen de ce projet d'article révisé (A/CN.9/668, par. 70).

32 Le titre a été modifié pour tenir compte des révisions apportées au paragraphe 2 du projet d'article approuvé par le Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 44 et 45).

33 Le Groupe de travail a approuvé le paragraphe, qui est fondé sur les dispositions de l'article 18-1 du texte de 1994 (A/CN.9/668, par. 40).

34 Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner comment le Guide devrait expliquer la notion de "concurrentielle" et la mesure dans laquelle elle peut être mise en œuvre, même sans recourir à des procédures pleinement "ouvertes".

35 Le Groupe de travail a approuvé le paragraphe révisé, qui est fondé sur les dispositions de l'article 18 du texte de 1994 (A/CN.9/668, par. 44 et 45). Le sens des mots "adaptée aux circonstances de la passation concernée" sera expliqué dans le Guide (A/CN.9/668, par. 42 et 43).

36 Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la mesure dans laquelle la référence à l'"efficacité économique" dans cet article devrait être alignée sur des références similaires ailleurs dans le texte (qui manquaient précédemment de cohérence dans l'emploi de la terminologie, comme les articles 20, 34 et 48-2 proposés). Voir aussi le commentaire accompagnant lesdits articles.

37 Le Groupe de travail a approuvé le paragraphe révisé, qui est fondé sur l'article 18 du texte de 1994 (A/CN.9/668, par. 46 à 48).

38 Le libellé entre crochets a été inséré afin que le Groupe de travail l'examine en même temps que le chapitre IV, à la lumière des conditions d'utilisation supplémentaires énumérées dans le projet d'article 37 (lui-même fondé sur l'article 19 du texte de 1994). Ces conditions supplémentaires ne sont pas couvertes par les cas visés au début du paragraphe: "Lorsque l'entité adjudicatrice n'est pas en mesure de donner une description détaillée de l'objet du marché et/ou de définir les critères d'évaluation en termes quantifiables ou monétaires", mais font référence à des situations comme l'urgence et l'échec de la procédure d'appel d'offres, ainsi qu'à des considérations de sécurité ou de défense nationale.

d'utilisation de cette méthode, telles qu'elles sont spécifiées dans les dispositions pertinentes de ce chapitre, soient remplies[39].

5) Une entité adjudicatrice peut utiliser l'enchère électronique inversée comme méthode de passation [à part entière] ou [, le cas échéant,] en combinaison avec d'autres méthodes de passation en accord avec les dispositions du chapitre V de la présente Loi, à condition que les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées de ce chapitre soient remplies[40].

6)[41] a) Sans préjudice de l'article 24 de la présente Loi, une entité adjudicatrice utilisant une méthode de passation autre que l'appel d'offres en accord avec les paragraphes 3 à 5 du présent article utilise la sollicitation ouverte, à moins que[42]:

i) Les conditions d'utilisation de la sollicitation directe spécifiées dans les articles [34, 36, 39 et 40] ne soient remplies; ou

ii) La sollicitation directe ne soit le seul moyen d'assurer la confidentialité ou ne soit nécessaire pour des raisons d'intérêt national;

à condition qu'en ayant recours à la sollicitation directe l'entité adjudicatrice sollicite des soumissions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une véritable concurrence.

b) Lorsque la sollicitation directe est utilisée pour assurer la confidentialité, et lorsque l'entité adjudicatrice en conclut que les procédures prévues aux articles 6, 15-9 concernant l'information du public, 20, 22-2, 24, ou [… les dispositions sur l'information du public dans le chapitre VII sur le recours à ajouter] de la présente Loi ne devraient pas s'appliquer, elle inclut dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché exigé en vertu de l'article 22 un exposé des motifs et circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier sa décision[43];

c) La sollicitation ouverte comprend la publication de l'invitation à présenter des soumissions, conformément à l'article 24-2, sauf[44]:

i) Si la participation à la procédure de passation de marché est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux en application de l'article [9-1]; ou

ii) Si l'entité adjudicatrice conclut, compte tenu de la faible valeur de l'objet du marché, que seuls des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux sont

---

[39] Le Groupe de travail a approuvé le paragraphe, qui est fondé sur les articles 18 et 19-1 a) du texte de 1994 (A/CN.9/668, par. 49).

[40] Le Groupe de travail a approuvé le paragraphe (A/CN.9/668, par. 50).

[41] Le Groupe de travail a reporté l'examen du paragraphe révisé, qui était présenté comme paragraphe 7 dans la version précédente (A/CN.9/668, par. 66 et 67). Il a été noté que les dispositions du paragraphe étaient fondées sur un certain nombre de dispositions répétitives du texte de 1994 figurant dans les articles 17, 23, 24 et 37. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l'ordre de présentation révisé de l'article aide le lecteur à en suivre les dispositions.

[42] L'alinéa est tel qu'il a été révisé par le Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 66 a) et b)).

[43] L'alinéa est tel qu'il a été approuvé à titre provisoire par le Groupe de travail, tous les renvois ayant été conservés et actualisés (A/CN.9/668, par. 66 e)).

[44] L'alinéa est tel qu'il a été révisé par le Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 66 f)). Toutefois, ce dernier pourra souhaiter examiner si le libellé actuel indique que l'article 24-1 ne s'appliquerait pas, et, dans l'affirmative, supprimer le renvoi.

susceptibles de vouloir présenter des soumissions, auquel cas elle inclut dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché prévu à l'article [22] de la présente Loi un exposé des motifs et circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier sa décision. L'État adoptant fixe dans les règlements en matière de passation des marchés un seuil en dessous duquel l'exception mentionnée dans le présent alinéa peut être invoquée[45].

7)[46] a) L'entité adjudicatrice peut recourir à la procédure de sollicitation d'une source unique dans les circonstances exceptionnelles suivantes:

i) Les biens, les travaux ou les services ne peuvent être obtenus qu'auprès d'un fournisseur ou entrepreneur donné, ou un fournisseur ou entrepreneur donné a des droits exclusifs sur les biens, les travaux ou les services, de sorte qu'il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable et qu'il serait impossible d'utiliser une méthode de passation concurrentielle[47, 48];

ii) Lorsque l'objet du marché est nécessité d'urgence et que, de ce fait, il ne serait pas réaliste de recourir à la procédure d'appel d'offres ou à toute autre méthode de passation des marchés à cause des retards que cela impliquerait, à condition que les circonstances qui sont à l'origine de l'urgence n'aient pu être prévues par l'entité adjudicatrice et ne résultent pas de manœuvres dilatoires de sa part[49];

iii) L'entité adjudicatrice, après s'être procuré des biens, des matériels, des technologies ou des services auprès d'un fournisseur ou entrepreneur, conclut qu'elle doit se procurer des fournitures supplémentaires auprès du même fournisseur ou entrepreneur pour des raisons de normalisation ou pour assurer

---

[45] L'alinéa est tel qu'il a été révisé par le Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 66 g)).

[46] Le Groupe de travail a approuvé le paragraphe révisé (présenté comme paragraphe 6 du projet d'article 7) (A/CN.9/668, par. 51 à 64). Il était fondé sur l'article 22 du texte de 1994, dont les dispositions ont été intégralement conservées, à l'exception du paragraphe 1 e) qui a été supprimé (A/CN.9/668, par. 58). Les décisions prises concernant des dispositions connexes (A/CN.9/668, par. 66 b)) et l'ajout de nouvelles dispositions dans le paragraphe ont fait qu'il a été nécessaire de scinder les dispositions dans les alinéas a), b) et c). Il a été convenu que le texte du Guide accompagnant le paragraphe préciserait que, dans certains États, les entités adjudicatrices seraient peut-être tenues d'obtenir préalablement l'approbation d'une autorité supérieure avant d'avoir recours à la procédure de sollicitation d'une source unique (A/CN.9/668, par. 53).

[47] Pour la notion de "concurrentielle", voir la note 34 ci-dessus.

[48] Le Groupe de travail a approuvé l'alinéa, qui est fondé sur l'article 22-1 a) du texte de 1994 (A/CN.9/668, par. 55). Il a été convenu que le texte du Guide accompagnant l'alinéa donnerait des explications suffisantes sur la portée voulue des dispositions ainsi que des exemples concrets.

[49] Le Groupe de travail a approuvé l'alinéa révisé, qui est fondé sur l'article 22-1 b) du texte de 1994 (A/CN.9/668, par. 56). Il a été convenu que le Guide: a) expliquerait que la procédure de sollicitation d'une source unique n'était possible que si le recours à la négociation avec mise en concurrence était exclu en cas d'urgence (s'il n'existait qu'un seul fournisseur ou entrepreneur, la procédure de sollicitation d'une source unique pourrait être utilisée conformément à l'alinéa a), que le marché doive être passé d'urgence ou non) et b) insisterait sur le fait que la justification concerne uniquement l'urgence et pas l'objet du marché, ce qui permettrait d'éviter les passations sans restrictions justifiées par une nécessité urgente initiale (voir note 26 dans le document A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1).

la compatibilité avec les biens, matériels, technologies ou services existants, compte tenu de la mesure dans laquelle le marché initial a répondu à ses besoins, de l'ampleur limitée du marché envisagé par rapport au marché initial, du caractère raisonnable du prix et de l'impossibilité de trouver d'autres biens ou services de remplacement qui conviennent[50];

iv) En cas de passation de marché pour des raisons de défense ou de sécurité nationales, lorsque l'entité adjudicatrice considère que l'utilisation de toute autre méthode de passation n'est pas appropriée[51];

v) Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation), et après avoir publié une annonce publique et donné aux intéressés l'occasion de formuler des observations[52], l'entité adjudicatrice peut recourir à la procédure de sollicitation d'une source unique lorsque la passation d'un marché avec un fournisseur ou entrepreneur donné est nécessaire pour promouvoir une politique visée à l'article 12-4 a), à condition qu'il soit impossible de promouvoir cette politique en attribuant le marché à un autre fournisseur ou entrepreneur[53];

b) L'entité adjudicatrice fait publier un avis de sollicitation d'une source unique dans ... (l'État adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel l'avis doit être publié). Ledit avis ne confère aucun droit aux fournisseurs ou entrepreneurs et, en particulier, il ne les autorise pas à exiger qu'une soumission soit évaluée[54];

c) La procédure exposée au paragraphe 6 b) du présent article et aux articles [6,][55] 20, 22-2 ou [[…] *les dispositions sur l'information du public dans le chapitre VII sur le recours à ajouter*] de la présente Loi ne s'applique pas à la procédure de sollicitation d'une source unique lorsque des considérations de confidentialité entrent en jeu ou pour des raisons d'intérêt national ou dans les situations d'urgence mentionnées à l'alinéa a) ii) du présent paragraphe. L'entité adjudicatrice inclut dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché

---

[50] Le Groupe de travail a approuvé l'alinéa révisé, qui est fondé sur l'article 22-1 d) du texte de 1994 (A/CN.9/668, par. 57). Il a été convenu que le Guide expliquerait que le recours à la procédure de sollicitation d'une source unique pour tout achat ultérieur devrait être exceptionnel et qu'il était préférable, pour une série d'achats, de conclure un accord-cadre. En l'absence d'un tel accord, le recours à une procédure de sollicitation d'une source unique pour tout achat ultérieur devrait être limité à la fois en taille et dans le temps (ibid.).

[51] Ce nouvel alinéa fait suite à une demande du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 59), qui a demandé également à ce que le Guide explique que les mots "défense ou sécurité nationales" pourraient aussi s'appliquer à un contexte régional (ibid.).

[52] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si les termes "donné aux intéressés l'occasion de formuler des observations" comprendrait l'examen de la décision et si cette référence est nécessaire.

[53] Le Groupe de travail a décidé d'inclure le libellé de l'article 22-2 du texte de 1994 (A/CN.9/668, par. 61).

[54] Ce nouveau paragraphe fait suite à une demande du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 66 b)). Ce dernier souhaitera peut-être examiner si la dernière phrase est conforme au champ d'application des dispositions sur le recours (chapitre VII).

[55] Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de renvoyer à l'article 6.

prévu à l'article [22] de la présente Loi un exposé des motifs et circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier sa décision[56].

8) L'entité adjudicatrice inclut dans le procès-verbal prévu à l'article [22] un exposé des motifs et circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier le recours à une méthode de passation autre que l'appel d'offres ou à la sollicitation directe, conformément aux paragraphes 2 à 7 du présent article[57].

Article 8. Communications dans la passation des marchés[58]

1) Les documents, notifications, décisions et autres informations générés lors de la passation d'un marché et communiqués de la manière exigée par la présente Loi, y compris en rapport avec une procédure de recours engagée conformément au chapitre [VII], dans le cadre d'une réunion ou en vue de l'établissement du procès-verbal de la procédure de passation conformément à l'article [22], sont présentés sous une forme qui atteste la teneur des informations et qui est accessible pour être consultée ultérieurement.

2) La communication d'informations entre les fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice visée aux articles [14-1 d)[59], 15-6 et 15-9[60], 19-4[61], 30-2 a)[62], 32-1[63], ...[64], et dans le cas de sollicitation directe conformément à l'article 7-6 a)[65],] peut se faire par un moyen n'attestant pas leur teneur à condition que, immédiatement après, [l'émetteur donne au destinataire] [confirmation de la communication] [soit donnée au destinataire] sous une forme qui atteste la teneur des informations et qui soit accessible pour être consultée ultérieurement.

3) L'entité adjudicatrice, lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, spécifie:

a) Toute condition de forme exigée;

---

[56] Voir la première partie de la note 53, ci-dessus.

[57] Le Groupe de travail a approuvé le paragraphe (A/CN.9/668, par. 69).

[58] Le Groupe de travail a approuvé le projet d'article, qui est fondé sur l'article 5 *bis* tel qu'il l'avait approuvé à titre préliminaire à sa douzième session (A/CN.9/640, par. 17 à 25), sous réserve de la mise à jour des renvois (A/CN.9/668, par. 71).

[59] Correspond à la référence antérieure à l'article 32-1 d).

[60] Correspond à la référence antérieure à l'article 7-4 et 7-6.

[61] Correspond à la référence antérieure à l'article 36-1, et le Groupe de travail souhaitera peut-être la modifier ou la supprimer selon la finalisation de ses modifications de l'article 19 proposé. La question est de savoir si un marché peut ou non entrer en vigueur sur la base, par exemple, d'un appel téléphonique, devant être suivi par une confirmation écrite. Voir aussi l'article 19-9 ci-dessous (s'inspirant de l'article 36-4 de la Loi type de 1994) concernant le sens d'expédier.

[62] Correspond à la référence antérieure au même article.

[63] Correspond à la référence antérieure à l'article 34-1.

[64] La référence manquante est une référence à l'article article 44 b) à f) (procédure de sélection suivie d'une négociation). Elle sera mise à jour à la lumière des modifications qui seront apportées au chapitre IV.

[65] Correspond à la référence antérieure aux articles 37-3 et 47-1 du texte de 1994.

b) Les moyens [à utiliser pour la communication des informations] [de communication] [par] [entre] l'entité adjudicatrice ou en son nom [à] [et] un fournisseur, [à] un entrepreneur ou [au] [le] public, ou [par] [entre] un fournisseur ou un entrepreneur [à] [et] l'entité adjudicatrice ou [à] une autre entité agissant en son nom;

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

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

4) [Les moyens mentionnés au paragraphe précédent doivent être] [L'entité adjudicatrice utilise des moyens de communication qui sont] facilement utilisables avec ceux couramment utilisés par les fournisseurs ou entrepreneurs dans le contexte considéré. [Les moyens à utiliser pour tenir] [En outre, l'entité adjudicatrice tient] une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs [en utilisant des moyens permettant] [doivent en outre permettre] à ceux-ci de participer pleinement et en direct à la réunion.

5) [L'entité adjudicatrice met en place des mesures appropriées] [Les mesures appropriées sont mises en place] pour garantir l'authenticité, l'intégrité et la confidentialité des informations concernées[66].

Article 9. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs[67]

1) Les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à participer aux procédures de passation de marché sans distinction de nationalité, sauf dans les cas où l'entité adjudicatrice décide, pour des motifs spécifiés dans les règlements en matière de passation des marchés ou conformément à d'autres dispositions de la législation, de limiter la participation à des procédures de passation de marché sur la base de la nationalité.

2) Si elle limite la participation sur la base de la nationalité conformément au paragraphe 1 du présent article, l'entité adjudicatrice indique dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché les motifs et circonstances motivant cette limitation.

3) Lorsqu'elle sollicite pour la première fois leur participation à une procédure de passation de marché, l'entité adjudicatrice informe les fournisseurs ou entrepreneurs qu'ils peuvent participer à cette procédure sans distinction de nationalité, cette déclaration ne pouvant être modifiée par la suite; cependant, si elle décide de limiter la participation conformément au paragraphe 1 du présent article, elle les informe de cette décision.

---

[66] Certaines dispositions de cet article ont été rédigées à la voix passive et le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager d'utiliser les variantes entre crochets, rédigées à la voix active, afin de préciser clairement que les obligations en question sont celles de l'entité adjudicatrice.

[67] Le Groupe de travail a approuvé le projet d'article, qui reproduit l'article 8 du texte de 1994 (A/CN.9/668, par. 72).

Article 10. Qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs[68]

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

2) Les fournisseurs ou entrepreneurs doivent satisfaire à ceux des critères ci-après que l'entité adjudicatrice juge appropriés pour ladite procédure:

i) Posséder les qualifications et les compétences professionnelles et techniques, les ressources financières, les équipements et autres moyens matériels, les compétences de gestion, la fiabilité, l'expérience, les normes éthiques, la réputation et le personnel nécessaires pour exécuter le marché;

ii) Avoir la capacité de contracter;

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

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

v) Ne pas avoir été, non plus que leurs administrateurs ou leurs dirigeants, condamnés pour une infraction pénale liée à leur conduite professionnelle ou consistant en des déclarations fausses ou fallacieuses quant aux qualifications exigées d'eux pour l'exécution du marché, durant une période de ... ans (l'État adoptant la Loi type spécifie cette période) précédant l'ouverture de la procédure de passation de marché, ou ne pas avoir été de toute autre manière disqualifiés à la suite d'une procédure administrative de suspension ou de radiation.

3) Sous réserve du droit qu'ont les fournisseurs ou entrepreneurs de protéger leur propriété intellectuelle ou leurs secrets professionnels, l'entité adjudicatrice peut exiger des fournisseurs ou entrepreneurs participant à une procédure de passation de marché qu'ils fournissent les pièces ou autres renseignements pertinents qu'elle pourra juger utiles pour s'assurer que lesdits fournisseurs ou entrepreneurs sont qualifiés conformément aux critères énoncés au paragraphe 2.

4) Toute condition requise en application du présent article est énoncée dans la documentation de présélection, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation ou tout autre document sollicitant des propositions ou des prix et s'applique également à tous les fournisseurs ou entrepreneurs. L'entité adjudicatrice n'impose, concernant les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, aucun critère, condition ou procédure autres que ceux prévus au présent article.

5) L'entité adjudicatrice évalue les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs conformément aux critères et procédures de qualification énoncés

---

[68] Le Groupe de travail a approuvé le projet d'article révisé, qui est fondé sur l'article 6 du texte de 1994, sous réserve de la mise à jour des renvois s'il y a lieu (A/CN.9/668, par. 75, 76 et 109).

dans la documentation de présélection, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation.

6) Sous réserve des dispositions de l'article 9-1, l'entité adjudicatrice n'impose aucun critère, condition ou procédure, en ce qui concerne les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, qui entraîne une discrimination à l'encontre de fournisseurs ou entrepreneurs, ou à l'encontre de catégories de fournisseurs ou entrepreneurs, sur la base de la nationalité, ou qui n'est pas objectivement justifiable.

7) Nonobstant le paragraphe 6 du présent article, l'entité adjudicatrice peut exiger que les pièces produites par le fournisseur ou l'entrepreneur présentant la soumission à retenir pour justifier de ses qualifications dans le cadre de la procédure de passation de marché soient authentifiées. Ce faisant, elle n'impose quant à l'authentification aucune condition autre que celles prévues dans la législation du présent État concernant l'authentification des pièces de cette nature.

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

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

c) Sauf dans les cas où l'alinéa a) du présent paragraphe s'applique, l'entité adjudicatrice ne peut disqualifier un fournisseur ou entrepreneur au motif que les informations qu'il a présentées concernant ses qualifications comportent des erreurs ou omissions non essentielles. Le fournisseur ou entrepreneur peut cependant être disqualifié s'il ne remédie pas promptement à ces erreurs ou omissions sur la demande de l'entité adjudicatrice.

d) L'entité adjudicatrice peut exiger qu'un fournisseur ou entrepreneur présélectionné conformément à l'article 15 de la présente Loi confirme ses qualifications conformément aux critères utilisés pour la présélection dudit fournisseur ou entrepreneur. Elle disqualifie tout fournisseur ou entrepreneur qui ne confirme pas ses qualifications alors qu'il en a été prié. Elle fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur prié de confirmer ses qualifications si elle juge satisfaisantes les justifications qu'il a produites[69].

---

[69] Cet alinéa a été ajouté afin de tenir compte de la préférence exprimée par le Groupe de travail à sa quinzième session pour la suppression du contenu du dernier paragraphe de l'article 15 et sa fusion avec le paragraphe 8 de l'article 10 (A/CN.9/668, par. 109).

Article 11. Règles concernant la description de l'objet du marché, et les conditions du marché ou des accords-cadres[70]

1) L'entité adjudicatrice fait figurer dans le dossier de sollicitation la description de l'objet du marché qu'elle utilisera pour [examiner les soumissions] [évaluer si une soumission est conforme][71]. Lorsque l'entité adjudicatrice fixe des seuils pour identifier les soumissions non conformes, elle les fait également figurer dans le dossier de sollicitation en précisant la manière de les appliquer dans [l'examen] [l'évaluation][72].

2) Elle ne doit inclure ni utiliser dans la documentation de présélection, le cas échéant, ni dans le dossier de sollicitation, de description de l'objet d'un contrat qui crée des obstacles, y compris des obstacles fondés sur la nationalité, à la participation de fournisseurs ou entrepreneurs à la procédure de passation de marché.

3) La description de l'objet du marché peut comprendre des spécifications, plans, dessins, modèles, conditions relatives aux essais et méthodes d'essai, à l'emballage, au marquage ou à l'étiquetage ou aux certificats de conformité, ainsi que des symboles et de la terminologie.

4) Dans la mesure où cela est faisable, toute description de l'objet du marché est objective, fonctionnelle et générique, et énonce les caractéristiques techniques et normes de qualité ou de performance pertinentes de cet objet[73]. Elle ne stipule ni ne mentionne de marque commerciale, appellation, brevet, conception, type, origine ou producteur particuliers, à moins qu'il y ait aussi un moyen notable, suffisamment précis et intelligible de décrire les caractéristiques de l'objet du marché et à condition que soient inclus des mots tels que "ou l'équivalent"[74].

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

---

[70] Le Groupe de travail a approuvé le projet d'article révisé, qui est fondé sur l'article 16 du texte de 1994 (A/CN.9/668, par. 78 à 80). Il est convenu que le texte du Guide pour l'incorporation accompagnant l'article attirerait l'attention des États adoptants sur les pratiques qui s'étaient avérées utiles dans certains États consistant à exiger que le dossier de sollicitation indique la source servant de référence aux termes techniques employés (par exemple, le vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV) de l'Union européenne).

[71] Le Groupe de travail souhaitera peut-être rappeler que le terme "examiner" sert à qualifier la vérification de la conformité des offres (voir par. 41 f) du document A/CN.9/WG.I/WP.68/Add.1, portant sur l'article 34 du texte de 1994), et se demander par conséquent s'il faudrait utiliser ce terme générique ou des termes descriptifs, et inclure une définition ou un renvoi à l'article 32-2 a), qui contient une définition de la conformité. Des explications supplémentaires seraient au besoin données dans le Guide.

[72] Ces dispositions sont nouvelles et se fondent sur la disposition législative type 11 d) de la Loi type de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (dispositions PIFP).

[73] Le Guide expliquerait que la condition placée en début de paragraphe vise à permettre l'insertion de spécifications techniques lorsque cela est nécessaire.

[74] Le libellé de la deuxième phrase a été aligné sur l'article VI-3 de l'AMP, conformément à la décision du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 79).

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

Article 12. Règles concernant les critères d'évaluation [l'évaluation des soumissions][75]

1) [Pour [examiner,][76] évaluer et comparer les soumissions et déterminer la soumission à retenir] [Afin de déterminer la soumission à retenir] (la procédure d'évaluation), l'entité adjudicatrice:

a) Utilise uniquement les critères [d'évaluation] [(les "critères d'évaluation")][77] qui ont trait à l'objet du marché [et qui ont été énoncés dans le dossier de sollicitation];

b) [Utilise uniquement les critères [d'évaluation] qui ont été énoncés dans le dossier de sollicitation; et

c)] [Les] applique [les critères [d'évaluation]] de la manière prévue dans le dossier de sollicitation.

2) Tout critère [d'évaluation] autre que le prix est, dans la mesure où cela est faisable, objectif et [quantifiable] [quantifié]. Tout critère [d'évaluation] est affecté d'un coefficient de pondération dans la procédure d'évaluation, [et/ou], lorsque cela est faisable, exprimé en termes pécuniaires[78].

3) Les critères [d'évaluation] ne peuvent porter que sur[79]:

---

[75] Le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de réviser le projet d'article et d'en modifier la structure et a reporté à une date ultérieure l'examen de l'article révisé (A/CN.9/668, par. 85 et 87). Le projet d'article est fondé sur les articles 27 e), 34-4, 38 m), 39 et 48-3 du texte de 1994 et la disposition législative type 11 d) des dispositions PIFP. Le Groupe de travail estimera peut-être qu'il sera essentiel d'étayer l'article par une discussion approfondie dans le Guide.

[76] Voir note 70 ci-dessus. Le Groupe de travail pourra se souvenir que l'insertion du terme "examiner" est envisagée pour faire référence à la vérification de la conformité des offres (voir par. 41 f) du document A/CN.9/WG.I/WP.68/Add.1), et souhaiter par conséquent le supprimer de l'article précédent.

[77] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l'insertion d'une définition est nécessaire ou utile et, dans l'affirmative, l'endroit où elle devrait être placée.

[78] Le paragraphe est fondé sur l'article 34-4 b) ii) du texte de 1994. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si la réserve "lorsque cela est faisable" est placée au bon endroit, s'il existe une différence de fond entre les expressions "en termes pécuniaires" et "quantifié", si les termes "quantifiable" et "affecté d'un coefficient de pondération" expriment des exigences similaires ou différentes, et si les dispositions sont suffisantes pour empêcher toute modification des coefficients de pondération.

[79] Le paragraphe est fondé sur l'article 34-4 c) i) et ii), l'article 39-1 a) à c), et l'article 48-3 du texte de 1994. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si des ajouts pourraient être faits à la liste (tels que des critères esthétiques ou environnementaux), qui seraient soumis aux exigences du paragraphe 2 et donc objectifs, quantifiables et affectés d'un coefficient de pondération, lorsque cela est faisable.

a) Le prix, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa d) du paragraphe 4 du présent article;

b) Le coût de l'utilisation, de l'entretien et de la réparation des biens ou des travaux, le délai de livraison des biens, d'achèvement des travaux ou de fourniture des services, les caractéristiques fonctionnelles des biens ou des travaux, les conditions de paiement et les conditions de garantie relatives à l'objet du marché, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa b) du paragraphe 4 du présent article;

c) Lorsque la passation de marché est menée en conformité avec l'article … [appel d'offres à deux enveloppes] ou le chapitre IV, et lorsque cela est pertinent, les qualifications, l'expérience, la réputation, la fiabilité et les compétences professionnelles et en matière de gestion du fournisseur ou entrepreneur et du personnel de celui-ci devant participer à la fourniture des services, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa b) du paragraphe 4 du présent article.

4) Si les règlements en matière de passation des marchés l'autorisent (et sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),), l'entité adjudicatrice peut aussi, dans la procédure d'évaluation[80]:

a) [Lorsqu'il détermine l'offre la plus basse selon l'évaluation][81] Prendre en compte l'effet que l'acceptation d'une soumission aurait sur la balance des paiements et les réserves en devises (du présent État), les arrangements d'échanges compensés proposés par les fournisseurs ou entrepreneurs, le contenu local, y compris en fabrication, main-d'œuvre et matériaux, les biens, les travaux ou services offerts par les fournisseurs ou entrepreneurs, le potentiel de développement économique offert par les soumissions, notamment les investissements et autres activités commerciales locaux, la promotion de l'emploi, le fait que certaines activités de production seront réservées à des fournisseurs locaux, le transfert de technologie et le développement des compétences en matière de gestion, et des compétences scientifiques et opérationnelles [...(l'État adoptant la Loi type peut développer cet alinéa en y incluant des critères supplémentaires)];

b) Accorder une marge de préférence aux soumissions de travaux présentées par des entrepreneurs nationaux, aux soumissions de biens produits localement ou de services de fournisseurs locaux. La marge de préférence est calculée conformément à la réglementation des marchés et est mentionnée dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché[82];

---

[80] Le paragraphe est fondé sur les dispositions de l'article 34-4 c) iii) et iv) et d) répétées dans l'article 39-1 d) et e) et 39-2 du texte de 1994.

[81] Le Groupe de travail se souviendra peut-être que l'article 34-4 c) du texte de 1994 ne permettait de prendre en compte ces facteurs que lorsque l'évaluation était fondée sur l'offre la plus basse selon l'évaluation (et non l'offre proposant le prix le plus bas), et souhaitera peut-être inclure la même restriction ici.

[82] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si une marge de préférence peut uniquement être une alternative à l'inclusion de facteurs socioéconomiques sans être un critère supplémentaire.

c) [Lorsqu'elle détermine l'offre la plus basse selon l'évaluation][83] Prendre en compte des considérations de défense et de sécurité nationales.

5) L'entité adjudicatrice fait figurer dans le dossier de sollicitation[84]:

a) Tous les critères [d'évaluation] établis conformément au présent article, y compris toute marge de préférence; et

b) Lorsque tous critères autres que le prix doivent être utilisés dans la procédure d'évaluation, le coefficient de pondération dont sera affecté chacun de ces critères [d'évaluation] (y compris le prix) et la façon dont ils seront appliqués dans la procédure d'évaluation.

[6) La procédure d'évaluation est conduite en appliquant les critères [d'évaluation] de la façon exposée dans le dossier de sollicitation, afin de déterminer la soumission à retenir comme suit[85]:

a) L'offre proposant le prix le plus bas, ou l'offre la [meilleure] [plus basse][86] selon l'évaluation, pour les procédures menées conformément au chapitre II et aux articles [35 et 39] de la présente Loi;

b) La proposition offrant le prix le plus bas, ou la proposition recueillant la meilleure évaluation compte tenu à la fois des critères autres que le prix et du prix[87] pour les procédures menées conformément à l'article [36] de la présente Loi;

c) L'offre au prix le plus bas répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice[88], pour les procédures menées conformément à l'article [37] de la présente Loi;

d) La proposition qui répond le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice[89], pour les procédures menées conformément à l'article [40] de la présente Loi; ou

e) La meilleure offre définitive, pour les procédures menées conformément à l'article [41] de la présente Loi.]

---

[83] Voir note 80 ci-dessus.

[84] Le paragraphe est fondé sur les dispositions de l'article 27 e), qui sont répétées dans l'article 38 m) du texte de 1994. Le Groupe de travail pourra envisager de faire figurer cette disposition plutôt dans l'article 27 (Teneur du dossier de sollicitation).

[85] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'utilité et l'emplacement de ces dispositions.

[86] Voir section II.B du document A/CN.9/WG.I/WP.68 pour un examen de ces termes.

[87] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la mesure dans laquelle ces notions sont substantiellement différentes des évaluations réalisées dans les procédures d'appel d'offres, et s'il peut malgré tout être d'une quelconque utilité de conserver une formulation à laquelle les utilisateurs de la Loi type sont habitués, ou si des considérations de cohérence et de simplification justifieraient l'harmonisation des termes utilisés dans les deux méthodes de passation de marché.

[88] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il s'agit d'un fondement suffisamment objectif pour déterminer l'offre à retenir, et la mesure dans laquelle il diffère concrètement de l'offre proposant le prix le plus bas.

[89] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il s'agit d'un fondement suffisamment objectif pour déterminer l'offre à retenir, et la mesure dans laquelle il diffère concrètement de l'offre la plus basse selon l'évaluation.

Article 13. Règles concernant la langue de la documentation[90]

1) La documentation de présélection, le cas échéant, et le dossier de sollicitation sont établis en ... (l'État adoptant la Loi type spécifie sa ou ses langues officielles) (et dans une langue d'usage courant dans le commerce international, sauf lorsque la participation à la procédure de passation de marché est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux en application de l'article [7-6 c) i) et ii)] de la présente Loi).

2) Les demandes de présélection, le cas échéant, et les soumissions peuvent être formulées et présentées dans toute langue dans laquelle la documentation de présélection, le cas échéant, et le dossier de sollicitation ont été publiés ou dans toute autre langue spécifiée par l'entité adjudicatrice dans la documentation de présélection, le cas échéant, et le dossier de sollicitation, respectivement.

Article 14. Garanties de soumission[91]

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

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

b) Le dossier de sollicitation peut spécifier que l'émetteur de la garantie de soumission et, le cas échéant, le confirmateur de la garantie, ainsi que la forme et les conditions de la garantie doivent être agréés par l'entité adjudicatrice;

c) Nonobstant les dispositions de l'alinéa b) du présent paragraphe, une garantie de soumission n'est pas rejetée par l'entité adjudicatrice au motif qu'elle n'a pas été émise par un émetteur du présent État si la garantie de soumission et l'émetteur satisfont par ailleurs aux conditions énoncées dans le dossier de sollicitation (, à moins que l'acceptation de la garantie de soumission par l'entité adjudicatrice ne soit contraire à une loi du présent État);

d) Avant de soumettre une soumission, tout fournisseur ou entrepreneur peut demander à l'entité adjudicatrice de confirmer que l'émetteur proposé de la garantie de soumission ou, le cas échéant, le confirmateur proposé, remplit bien les conditions requises; l'entité adjudicatrice répond promptement à une telle demande;

e) La confirmation que l'émetteur ou le confirmateur proposé remplit bien les conditions requises n'empêche pas l'entité adjudicatrice de rejeter la garantie de soumission au motif que l'émetteur ou le confirmateur, selon le cas, est devenu insolvable ou présente d'une autre manière un risque quant à la capacité de remboursement;

---

[90] Le Groupe de travail est convenu de fusionner les projets d'articles 13 et 29 pour traiter dans une même disposition de la langue de toute la documentation pertinente (A/CN.9/668, par. 169). En conséquence, l'article 13 révisé dans ce projet regroupe les dispositions des articles 17 et 29 du texte de 1994.

[91] Le Groupe de travail a approuvé le projet d'article, qui est fondé sur l'article 32 du texte de 1994 (A/CN.9/668, par. 91).

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

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

ii) Le défaut de signature du marché alors que la signature est exigée par l'entité adjudicatrice;

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

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

a) L'expiration de la garantie de soumission;

b) L'entrée en vigueur d'un marché et la fourniture d'une garantie de bonne exécution, si le dossier de sollicitation exige une telle garantie;

c) La clôture de la procédure de passation des marchés sans entrée en vigueur d'un marché;

d) Le retrait de la soumission avant la date limite de présentation des soumissions, à moins que l'interdiction d'un tel retrait ne soit spécifiée dans le dossier de sollicitation.

A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.2 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa seizième session

ADDITIF

La présente note contient les projets d'article 15 à 22 du chapitre premier (Dispositions générales) et les projets d'article 23 à 30 du chapitre II (Procédure d'appel d'offres) d'un texte révisé de la Loi type. Les projets d'article 31 à 33 du chapitre II figurent dans le document A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.3.

Le Secrétariat appelle l'attention du Groupe de travail sur les dispositions ci-après, dont le Groupe de travail, à sa quinzième session, a différé l'examen à une date ultérieure: projets d'article 16-1, 19-2 et 11, 21, 22 et 30.

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes accompagnant le texte et, lorsqu'ils sont dans le texte, entre crochets et en caractères gras.

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES (*suite*)

Article 15. Procédure de présélection[1]

1) L'entité adjudicatrice peut ouvrir une procédure de présélection en vue d'identifier, avant la sollicitation, les fournisseurs ou entrepreneurs qui sont qualifiés. Les dispositions de l'article [10] s'appliquent à la procédure de présélection[2].

2) Si l'entité adjudicatrice ouvre une procédure de présélection, elle veille à ce qu'une invitation à présenter une demande de présélection soit publiée ... (l'État adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou une autre publication officielle dans lequel l'invitation à présenter une demande de présélection doit être publiée). L'invitation à présenter une demande de présélection doit également être publiée, dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un journal de grande diffusion internationale ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique de grande diffusion internationale, sauf lorsque la participation

---

[1] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article tel que révisé à cette session (A/CN.9/668, par. 94 à 110).

[2] Ce paragraphe a été révisé conformément aux décisions prises par le Groupe de travail à sa quinzième session (A/CN.9/668, par. 95 et 96).

à la procédure de passation de marché est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux en application de l'article [7-6 c) i) et ii)] de la présente Loi[3].

3)[4] L'invitation à présenter une demande de présélection comporte, au minimum, les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) Un résumé des principales conditions du marché à conclure à l'issue de la procédure de passation de marché, y compris la nature, la quantité et le lieu de livraison des biens à fournir, la nature et l'emplacement des travaux à effectuer, ou la nature des services et le lieu où ils doivent être fournis, ainsi que le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou pour l'achèvement des travaux, ou le calendrier de la fourniture des services;

c) Les critères et procédures à appliquer pour s'assurer des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, conformément à l'article [10-2];

d) Une déclaration, qui ne pourra être modifiée par la suite, indiquant que les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent participer à la procédure de passation de marché sans distinction de nationalité, ou une déclaration indiquant que la participation est limitée sur la base de la nationalité conformément à l'article [9-1], selon le cas;

e) Les moyens, le mode et les modalités d'obtention de la documentation de présélection[5];

f) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la documentation de présélection et, après la présélection, pour la fourniture du dossier de sollicitation;

g) Sauf dans les cas où la participation à la procédure de passation de marché est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux en application de l'article [7-6 c) i) et ii)] de la présente Loi, la monnaie et les modalités de paiement de la documentation de présélection et, après présélection, du dossier de sollicitation;

h) Sauf dans les cas où la participation à la procédure de passation de marché est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux en application de l'article [7-6 c) i) et ii)] de la présente Loi, la ou les langues dans lesquelles la documentation de présélection est disponible et dans lesquelles, après présélection, le dossier de sollicitation sera disponible;

i) Le mode, les modalités et le délai de soumission des demandes de présélection. Le délai de soumission est exprimé sous la forme d'une date et d'une heure précises et laisse suffisamment de temps aux fournisseurs ou entrepreneurs

---

[3] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le paragraphe sans le modifier (A/CN.9/668, par. 97).

[4] Ibid.

[5] Cet alinéa a été modifié pour être rendu techniquement neutre et pour être aligné sur d'autres dispositions similaires de la Loi type.

pour préparer et soumettre leurs demandes, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice[6].

4) L'entité adjudicatrice fournit un exemplaire du dossier 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 refléter que le coût de la distribution de ladite documentation aux fournisseurs ou entrepreneurs[7].

5)[8] La documentation de présélection comporte, au minimum:

a) Des instructions pour l'établissement et la soumission des demandes de présélection;

b) Les pièces ou autres informations que doivent fournir les fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications;

c) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications en liaison avec la procédure de présélection, sans l'intervention d'un intermédiaire;

d) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de présélection;

e) S'ils sont déjà connus, le mode, les modalités et le délai de présentation des soumissions[9];

f) Toutes autres conditions pouvant être établies par l'entité adjudicatrice conformément à la présente Loi et aux dispositions des règlements en matière de passation des marchés relatives à la préparation et à la soumission des demandes de présélection et à la procédure de présélection.

6) L'entité adjudicatrice répond à toute demande d'éclaircissements relative à la documentation de présélection qu'elle reçoit d'un fournisseur ou entrepreneur dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des demandes de présélection. Sa réponse est donnée dans un délai raisonnable afin de permettre au fournisseur ou à l'entrepreneur de soumettre à temps sa demande de présélection. La réponse à toute demande dont on peut raisonnablement supposer qu'elle intéresse les autres fournisseurs ou entrepreneurs est communiquée, sans indication de l'origine de la demande, à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a envoyé la documentation de présélection[10].

---

[6] Ibid.

[7] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le paragraphe sans le modifier (A/CN.9/668, par. 97).

[8] Ibid.

[9] Cet alinéa a été modifié pour être rendu techniquement neutre et pour être aligné sur d'autres dispositions similaires de la Loi type.

[10] Ibid.

7) L'entité adjudicatrice prend une décision sur les qualifications de chaque fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une demande de présélection. Pour prendre cette décision, elle n'applique que les critères énoncés dans la documentation de présélection[11].

8) Seuls les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés sont habilités à participer à la suite de la procédure de passation de marché[12].

9) L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une demande de présélection s'il a ou non été présélectionné et communique à toute personne qui en fait la demande le nom de tous les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés[13].

10) L'entité adjudicatrice communique promptement[14], sur leur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs qui n'ont pas été présélectionnés le motif de ce rejet[15, 16].

Article 16. Rejet de toutes les soumissions[17]

1) L'entité adjudicatrice peut rejeter toutes les soumissions [annuler la passation de marché][18] à tout moment avant l'acceptation d'une soumission[19]. L'entité adjudicatrice communique à tout fournisseur ou entrepreneur ayant présenté une soumission[, qui en fait la demande,] les motifs du rejet de toutes les soumissions[, mais elle n'est pas tenue de justifier ces motifs][20].

---

[11] Ibid.

[12] Ibid.

[13] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé ce paragraphe en introduisant un changement mineur (A/CN.9/668, par. 105).

[14] Le Groupe de travail est convenu que le Guide expliquerait que l'avis devait être adressé avant la sollicitation (A/CN.9/668, par. 106).

[15] Ce paragraphe a été révisé conformément aux décisions prises par le Groupe de travail à sa quinzième session (A/CN.9/668, par. 106 à 108). Voir également A/CN.9/WG.I/WP.68/Add.1, section II.H.

[16] Le dernier paragraphe de ce projet d'article, dont le Groupe de travail était saisi à sa quinzième session, a été déplacé à l'article 10, conformément à la préférence exprimée par le Groupe de travail à cette session (A/CN.9/668, par. 109).

[17] À sa quinzième session, le Groupe de travail a remis à plus tard l'approbation du projet d'article, fondé sur l'article 12 de la Loi type de 1994, tel qu'il était proposé de le modifier à cette session (A/CN.9/668, par. 116).

[18] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'entité adjudicatrice aurait besoin d'une autorisation expresse pour annuler la passation avant de recevoir des soumissions et si, dans ce cas, il deviendrait inutile de faire référence au rejet de toutes les soumissions.

[19] Les deux premiers membres de phrase ont été supprimés conformément aux décisions prises par le Groupe de travail à sa quinzième session (A/CN.9/668, par. 112 et 113).

[20] À la quinzième session du Groupe de travail, il a été proposé de supprimer deux séries de mots entre crochets. Le Groupe de travail a remis à plus tard l'examen des modifications proposées (A/CN.9/668, par. 114 à 116). Voir également A/CN.9/WG.I/WP.68/Add.1, section II.H.

2) L'entité adjudicatrice n'encourt aucune responsabilité envers les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions du simple fait qu'elle invoque le paragraphe 1 du présent article[21].

3) Un avis de rejet de toutes les soumissions est promptement communiqué à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions.

Article 17. Rejet d'une soumission anormalement basse[22]

1) L'entité adjudicatrice peut rejeter une soumission si elle a déterminé que le prix indiqué, avec [et/ou] les éléments de la soumission, est anormalement bas par rapport à l'objet du marché et suscite des craintes quant à l'aptitude du fournisseur ou de l'entrepreneur à exécuter le marché, à condition:

a) Qu'elle ait demandé par écrit au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné des précisions sur les éléments de la soumission qui suscitent des craintes quant à l'aptitude du fournisseur ou de l'entrepreneur qui les a présentés à exécuter le marché;

b) Que, après avoir pris en compte les informations éventuellement fournies, elle continue cependant, pour des motifs raisonnables[23], d'entretenir des craintes; et

c) Qu'elle ait consigné ces craintes et les motifs qui en sont à l'origine, ainsi que toutes les communications échangées avec le fournisseur ou l'entrepreneur en vertu du présent article, dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché.

2) La décision de l'entité adjudicatrice de rejeter une soumission conformément au présent article et les motifs de cette décision sont consignés dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché et promptement communiqués au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné.

Article 18. Rejet d'une soumission au motif d'incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs ou d'un conflit d'intérêts[24]

1) L'entité adjudicatrice rejette une soumission si:

---

[21] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les incidences de cette disposition conjointement avec les dispositions révisées relatives aux voies de droit et à l'exécution, au chapitre VII de la Loi type révisée, qui prévoient la possibilité d'introduire un recours contre une décision de rejeter toutes les soumissions.

[22] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé l'article sans le modifier (A/CN.9/668, par. 120), tout en notant que les autres motifs de rejet (comme le blanchiment d'argent) seraient examinés dans le Guide.

[23] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le terme "raisonnables" "sur la base de toutes les informations communiquées par le fournisseur ou l'entrepreneur et dans la soumission" risque moins d'être interprété de manière subjective.

[24] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article tel que révisé à cette session (A/CN.9/668, par. 121 à 125).

a) Le fournisseur ou l'entrepreneur qui l'a présentée propose, donne ou convient de donner, directement ou indirectement, à tout administrateur ou employé, ou ancien administrateur ou employé, de l'entité adjudicatrice ou de toute autre autorité publique un avantage financier sous quelque forme que ce soit, toute offre d'emploi, tout autre objet de valeur ou toute offre de service pour influencer un acte, une décision ou une procédure de l'entité adjudicatrice lié à la procédure de passation de marché[25], ou

b) Le fournisseur ou l'entrepreneur a acquis un avantage compétitif injuste du fait d'un conflit d'intérêts en violation des normes applicables[26].

2) Le rejet de la soumission en application du présent article et ses motifs sont consignés dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché et promptement communiqués au fournisseur ou entrepreneur[27].

Article 19. Acceptation de la soumission et entrée en vigueur du marché[28]

1) À moins qu'elle ne la rejette conformément aux dispositions de la présente Loi, l'entité adjudicatrice accepte la soumission à retenir[29].

2) [Sauf en cas de sollicitation d'une source unique,] l'entité adjudicatrice notifie promptement à tous les fournisseurs ou entrepreneurs dont la soumission a été évaluée son intention d'accepter la soumission à retenir. L'avis doit contenir, au minimum, les informations suivantes[30]:

a) Le nom et l'adresse du fournisseur ou de l'entrepreneur qui a présenté la soumission à retenir;

b) Le prix du marché ou, le cas échéant, un résumé des autres caractéristiques et avantages de la soumission à retenir, sous réserve que l'entité adjudicatrice ne divulgue [aucune information confidentielle] [aucune information dont la divulgation serait contraire à la loi, en compromettrait l'application, ne serait pas dans l'intérêt général, porterait atteinte à des intérêts commerciaux

---

[25] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le paragraphe, qui reproduisait partiellement l'article 15 de la Loi type de 1994, avec la suppression des premiers mots relatifs à l'approbation d'une autorité supérieure (A/CN.9/668, par. 122).

[26] Les dispositions qui sont nouvelles, ont été incluses à la suite des décisions prises par le Groupe de travail à sa quinzième session (A/CN.9/668, par. 123 et 124).

[27] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le paragraphe, qui reproduisait partiellement l'article 15 de la Loi type de 1994, sans le modifier (A/CN.9/668, par. 121 à 125).

[28] Le Groupe de travail a remis à plus tard l'approbation du projet d'article, tel qu'il était proposé de le modifier à la quinzième session, en attendant en particulier d'examiner les paragraphes 2 et 11 révisés (A/CN.9/668, par. 126 à 145).

[29] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le paragraphe, qui est fondé sur la première phrase de l'article 36-1 de la Loi type de 1994, sans le modifier (A/CN.9/668, par. 127).

[30] Ce paragraphe est reproduit tel qu'il était proposé de le modifier à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 129).

légitimes des fournisseurs ou des entrepreneurs ou entraverait[31] le libre jeu de la concurrence][32]; et

c) Le délai qui précède l'entrée en vigueur du marché, et pendant lequel les fournisseurs ou les entrepreneurs concernés peuvent introduire un recours contre les décisions prises par l'entité adjudicatrice pour déterminer la soumission à retenir (délai d'attente). Ce délai est suffisamment long, pour permettre aux fournisseurs ou aux entrepreneurs concernés d'introduire, le cas échéant, un recours efficace conformément au chapitre VII de la présente Loi, et il court à partir de la date d'expédition de l'avis à tous les fournisseurs ou entrepreneurs concernés conformément au présent paragraphe[33].

3) Le paragraphe 2 du présent article ne s'applique pas aux marchés dont la valeur est inférieure à [...] ou lorsque l'entité adjudicatrice certifie qu'il est nécessaire de poursuivre la procédure de passation du marché, sans délai d'attente, pour des considérations urgentes d'intérêt général. Le certificat, qui doit énoncer les motifs ayant amené à conclure qu'il existe de telles considérations d'urgence, est versé au dossier de la procédure de passation du marché et est irréfragable à tous les stades de la procédure de recours en vertu du chapitre VII de la présente Loi, sauf au stade judiciaire[34].

4) À l'échéance du délai d'attente, ou en l'absence d'un délai d'attente applicable, l'entité adjudicatrice, après avoir déterminé la soumission à retenir, expédie promptement l'avis d'acceptation au fournisseur ou à l'entrepreneur ayant présenté la soumission, à moins que l'instance de recours ou un tribunal compétent n'en décident autrement[35].

5) À moins que la signature d'un marché écrit et/ou l'approbation par une autorité de tutelle ne soient exigées, un marché conforme aux conditions de la

---

[31] Le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'autres termes utilisés dans l'AMP de l'OMC et dans la Directive 2004/18/CE, comme "porter préjudice" (régulièrement utilisé dans l'AMP en relation avec les intérêts commerciaux légitimes et dans la Directive. Dans ce cas, il voudra peut-être prier le secrétariat d'apporter les changements nécessaires dans l'ensemble du texte (notamment dans les dispositions relatives au procès-verbal de la procédure et au recours).

[32] À la quinzième session du Groupe de travail, il a été observé que les exceptions aux dispositions sur la divulgation dans ce paragraphe avaient été rédigées en termes trop généraux, qu'elles pourraient nuire à la transparence, et qu'elles devraient être modifiées pour faire référence uniquement aux informations confidentielles. En réponse, il a été noté que la formulation proposée était similaire à celle que l'on trouvait dans l'AMP (article XVIII-4) et dans la Directive 2004/17/CE (article 49-2) et la Directive 2004/18/CE (articles 35-4, 41-3 et 69-2). Le Groupe de travail est convenu d'examiner à une session ultérieure la question de savoir s'il y avait lieu de réviser la formulation. Voir également le document A/CN.9/WG.I/WP.68, section E. Il a également été convenu qu'il serait expliqué dans le Guide que les mots "entraverait le libre jeu de la concurrence" devraient être interprétés comme faisant référence au risque d'entraver la concurrence non seulement dans la procédure de passation de marché en question mais également dans les passations ultérieures (A/CN.9/668, par. 131).

[33] Ce paragraphe est reproduit tel qu'il était proposé de le modifier à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 133).

[34] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le paragraphe tel que révisé à cette session (A/CN.9/668, par. 135 à 138).

[35] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le paragraphe sans le modifier (A/CN.9/668, par. 140).

soumission à retenir entre en vigueur lorsque l'avis d'acceptation a été expédié au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné, à condition qu'il l'ait été pendant que la soumission était encore en cours de validité[36].

6) Lorsque le dossier de sollicitation exige que le fournisseur ou l'entrepreneur dont la soumission a été acceptée signe un marché écrit conforme aux conditions de la soumission acceptée[37];

a) L'entité adjudicatrice (le ministère compétent) et le fournisseur ou l'entrepreneur concerné signent le marché dans un délai raisonnable après que l'avis d'acceptation a été expédié au fournisseur ou l'entrepreneur concerné;

b) À moins que le dossier de sollicitation ne stipule que le marché doit être approuvé par une autorité de tutelle, le marché entre en vigueur lorsqu'il est signé par le fournisseur ou l'entrepreneur concerné et par l'entité adjudicatrice (le ministère compétent). Entre le moment où l'avis d'acceptation est expédié au fournisseur ou l'entrepreneur concerné et l'entrée en vigueur du marché, ni l'entité adjudicatrice (le ministère compétent) ni le fournisseur ou l'entrepreneur ne prennent de mesures qui puissent compromettre l'entrée en vigueur du marché ou son exécution.

7) Lorsque le dossier de sollicitation stipule que le marché doit être approuvé par une autorité de tutelle, le marché n'entre pas en vigueur avant que l'approbation ne soit donnée. Le dossier de sollicitation spécifie le délai jugé nécessaire, à compter de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir l'approbation. La non-obtention de l'approbation dans le délai ainsi spécifié n'entraîne pas une prorogation de la période de validité des soumissions spécifiée dans le dossier de sollicitation ou de la période de validité de la garantie de soumission requise en application de l'article [14] de la présente Loi[38].

8) Si le fournisseur ou entrepreneur dont la soumission a été acceptée ne signe pas de marché écrit, lorsqu'il est invité à le faire, ou s'il ne fournit pas la garantie requise de bonne exécution du marché, l'entité adjudicatrice choisit la soumission à retenir, conformément aux dispositions applicables, parmi les soumissions [en vigueur] [valides] restantes, étant entendu qu'elle conserve le droit, conformément à l'article [16-1], de rejeter toutes les soumissions restantes. Les dispositions du présent article s'appliquent alors au fournisseur ou à l'entrepreneur ayant présenté cette soumission[39].

9) Les avis visés dans le présent article sont expédiés lorsqu'ils sont rapidement et dûment adressés ou envoyés et transmis de toute autre manière au fournisseur ou à l'entrepreneur, ou remis à une autorité compétente pour transmission au fournisseur ou à l'entrepreneur, par un moyen fiable spécifié conformément à l'article [8] de la présente Loi[40].

---

[36] Ibid.
[37] Ibid.
[38] Ibid.
[39] Ibid.
[40] Ce paragraphe a été modifié pour tenir compte de la demande formulée par le Groupe de travail, à sa quinzième session, d'indiquer que l'expédition des avis visés dans le présent article devait être faite rapidement et par des moyens fiables (A/CN.9/668, par. 132 et 140).

10) Dès l'entrée en vigueur du marché et la présentation par le fournisseur ou l'entrepreneur d'une garantie de bonne exécution du marché, si une telle garantie est exigée, un avis d'attribution du marché, dans lequel sont indiqués le nom et l'adresse du fournisseur ou de l'entrepreneur ayant conclu le marché et le prix de ce dernier, est communiqué aux autres fournisseurs ou entrepreneurs[41].

11) Les dispositions du présent article s'appliquent à la sélection de la ou des parties à un accord-cadre fermé conformément aux articles [...] de la présente Loi[, ainsi qu'à l'attribution de marchés en vertu d'un accord-cadre [ouvert ou] fermé conformément aux articles [...] de la présente Loi][42].

Article 20. Publication des avis d'attribution de marché et d'accord-cadre[43]

1) Dès l'entrée en vigueur du marché ou la conclusion de l'accord-cadre, l'entité adjudicatrice publie promptement l'avis d'attribution du marché ou de l'accord-cadre, en précisant le nom du fournisseur ou de l'entrepreneur auquel le marché a été attribué ou, dans le cas d'un accord-cadre, le nom du (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) avec lequel (lesquels) l'accord-cadre a été conclu.

2) Le paragraphe 1 n'est pas applicable aux marchés dont la valeur est inférieure à [...] ni à des marchés conclus en vertu d'un accord-cadre, à moins que le prix d'un marché conclu en vertu d'un tel accord dépasse [l'État adoptant indique un montant minimum [ou] le montant figurant dans les règlements en matière de passation de marchés]. L'entité adjudicatrice publie également des avis trimestriels de tous les marchés attribués au titre d'un accord-cadre ouvert.

3) Les règlements en matière de passation des marchés peuvent indiquer les modalités de publication des avis visés aux paragraphes 1 et 2 du présent article.

---

41 À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le paragraphe sans le modifier (A/CN.9/668, par. 140).

42 À sa quinzième session, le Groupe de travail a remis à plus tard l'examen de ce paragraphe. À cette session, les avis divergeaient quant à savoir s'il fallait prévoir un délai d'attente au stade de l'attribution de marchés en vertu d'un accord-cadre (A/CN.9/668, par. 141 à 144). Une solution pourrait consister à prévoir un délai d'attente bref, et apaiser ainsi les craintes relatives à la rapidité d'attribution convenant à un accord-cadre, tout en laissant suffisamment de temps aux fournisseurs, ce qui permettrait de résoudre les difficultés, plus limitées, que l'attribution d'un marché en vertu d'un accord-cadre pouvait poser. Ce délai pourrait être extrêmement bref pour les accords-cadres électroniques.

43 À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article, qui est fondé sur l'article 14 de la Loi type de 1994, tel qu'il avait été révisé à cette session (A/CN.9/668, par. 147 et 148).

Article 21. Confidentialité[44]

1) Sans préjudice des articles 19-2, 20, 22 et 31 de la présente Loi, l'entité adjudicatrice traite les demandes de présélection et les soumissions d'une manière qui évite la divulgation [inappropriée][45] de leur contenu aux fournisseurs ou entrepreneurs en compétition.

2) Toutes discussions, communications et négociations ayant eu lieu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou un entrepreneur conformément aux articles du chapitre IV de la présente loi sont confidentielles. Sauf si la loi ou une décision judiciaire l'exige ou si le dossier de sollicitation l'autorise, aucune partie aux négociations ne divulgue à aucune autre personne des informations techniques, des informations relatives aux prix ou d'autres informations concernant les négociations sans le consentement de l'autre partie.

[Article 22. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés[46]

1) L'entité adjudicatrice tient un procès-verbal de la procédure de passation du marché où figurent, au minimum, les éléments d'information suivants:

a) Une brève description de l'objet du marché[47];

b) Le nom et l'adresse des fournisseurs ou des entrepreneurs ayant présenté des soumissions, et le nom et l'adresse du fournisseur ou de l'entrepreneur avec lequel le marché est conclu et le prix du marché[48];

c) La décision de l'entité adjudicatrice quant au moyen de communication à utiliser dans la procédure de passation[49];

---

[44] Cet article est reproduit tel qu'il était proposé de le modifier à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 150 et 151). Le Groupe de travail a remis à plus tard l'examen du projet d'article révisé (A/CN.9/668, par. 152).

[45] À sa quinzième session, le Groupe de travail a noté que, s'agissant de précisions et de modifications des offres, ainsi que lors de leur ouverture publique, une certaine divulgation d'informations pourrait être nécessaire, mais il est convenu d'examiner la question à une date ultérieure, en même temps que le commentaire qui devrait être inséré dans le Guide à ce sujet (A/CN.9/668, par. 150 et 151).

[46] À sa quinzième session, le Groupe de travail a reporté à un stade ultérieur l'examen et l'approbation du projet d'article, en attendant que toutes les questions en suspens soient réglées (A/CN.9/668, par. 157). Le projet d'article, qui se fonde sur l'article 11 de la Loi type de 1994, a été modifié pour tenir compte des propositions de modification de la Loi type. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'ajourner l'examen du présent article jusqu'à ce que toutes les questions en suspens dans la Loi type révisée aient été réglées. Il voudra peut-être aussi examiner les dispositions relatives au procès-verbal de la procédure de passation des marchés en même temps que les questions soulevées dans le document A/CN.9/WG.I/WP.68 et Add.1, sections II E, F et H.

[47] Fondé sur l'article 11-1 a) de la Loi type de 1994, modifié pour tenir compte des nouvelles définitions proposées à l'article 2.

[48] Fondé sur l'article 11-1 b) de la Loi type de 1994, modifié pour tenir compte des nouvelles définitions proposées à l'article 2. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les modifications de cet alinéa à la lumière des dispositions sur les accords-cadres.

d) Des renseignements relatifs aux qualifications, ou à l'insuffisance des qualifications, des fournisseurs ou des entrepreneurs qui ont présenté des soumissions[50];

e) S'ils sont connus de l'entité adjudicatrice, le prix ou le mode de détermination du prix et un résumé des autres principales conditions de chaque soumission ainsi que du marché[51];

f) Un résumé de l'évaluation et de la comparaison des soumissions, y compris l'application de toute marge de préférence conformément à l'article [12-3 b)][52];

g) Si toutes les soumissions ont été rejetées en application de l'article [16] de la présente Loi, une déclaration motivée à cet effet, conformément à l'article [16-1][53];

h) Si une procédure de passation de marché autre que l'appel d'offres n'a pas abouti à la conclusion d'un marché, une déclaration indiquant les motifs du non-aboutissement de la procédure[54];

i) Les éléments d'information requis par les articles [17 et 18], si une soumission a été rejetée en application de ces dispositions[55];

j) L'exposé des motifs et des circonstances requis en application de l'article [7-8][56];

k) Dans une procédure de passation de marché impliquant le recours aux enchères électroniques inversées, des informations sur les motifs et les circonstances invoqués par l'entité pour justifier le recours à l'enchère, la date et l'heure d'ouverture et de clôture de l'enchère, des informations sur les motifs et les circonstances invoqués par l'entité pour justifier le rejet des offres soumises au cours de l'enchère et [toute autre information que le Groupe de travail décide d'ajouter][57];

---

[49] Ce nouvel alinéa est reproduit tel qu'il a été approuvé, à titre préliminaire, par le Groupe de travail à sa neuvième session (al. b) *bis*, A/CN.9/595, par. 49 à 51).

[50] Fondé sur l'article 11-1 c) de la Loi type de 1994, modifié pour tenir compte des nouvelles définitions proposées à l'article 2.

[51] Fondé sur l'article 11-1 d) de la Loi type de 1994, modifié pour tenir compte des nouvelles définitions proposées à l'article 2. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les modifications de cet alinéa à la lumière des dispositions sur les accords-cadres.

[52] Fondé sur l'article 11-1 e) de la Loi type de 1994, modifié pour tenir compte des nouvelles définitions proposées à l'article 2.

[53] Fondé sur l'article 11-1 f) de la Loi type de 1994, modifié pour tenir compte des nouvelles définitions proposées à l'article 2.

[54] Reproduit l'article 11-1 g) de la Loi type de 1994.

[55] Fondé sur l'article 11-1 h) de la Loi type de 1994, modifié pour tenir compte des nouvelles définitions proposées à l'article 2. En outre, l'alinéa a été modifié pour tenir compte de l'introduction de l'article relatif aux soumissions anormalement basses (voir art. 17 de la Loi type révisée).

[56] Fondé sur les alinéas 11-1 i), k) et l) de la Loi type de 1994, qui ont été fusionnés pour tenir compte du nouvel article 7 proposé.

[57] Cet alinéa est reproduit tel qu'il a été approuvé, à titre préliminaire, par le Groupe de travail à ses onzième et douzième sessions (al. i) *bis*, A/CN.9/623, par. 100 et A/CN.9/640, par. 91) et

[l) Dans une procédure de passation de marché de services conformément au chapitre IV, l'exposé, requis en application de l'article 41-2, des motifs et des circonstances sur lesquels l'entité adjudicatrice s'est fondée pour justifier la procédure de sélection utilisée;][58]

m) Un résumé des demandes d'éclaircissements concernant la documentation de présélection, le dossier de sollicitation, les réponses à ces demandes, ainsi qu'un résumé de toute modification de ces documents[59];

n) Dans une procédure de passation de marché où l'entité adjudicatrice, conformément à l'article 9-1, limite la participation sur la base de la nationalité, un exposé des motifs et des circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour imposer la restriction[60];

o) [D'autres informations à faire figurer dans le procès-verbal conformément aux dispositions de la présente Loi sont à ajouter][61].

2) Sous réserve des dispositions de l'article [31-3], la partie du procès-verbal visée aux alinéas [a) et b)] du paragraphe 1 du présent article est communiquée à toute personne qui le demande après qu'une soumission a été acceptée ou après que la procédure de passation de marché a pris fin sans aboutir à la conclusion d'un marché[62].

3) Sous réserve des dispositions de l'article [31-3], la partie du procès-verbal visée aux alinéas [d) à h) et m)] du paragraphe 1 du présent article est communiquée, à leur demande, aux fournisseurs ou aux entrepreneurs qui ont présenté une soumission, ou une demande de présélection, après qu'une soumission a été acceptée ou après que la procédure de passation de marché a pris fin sans aboutir à la conclusion d'un marché. Un tribunal compétent peut ordonner que la divulgation de la partie du procès-verbal visée aux alinéas [d) à f) et m)] soit faite plus tôt[63].

---

tient compte des suggestions formulées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 155). Le Groupe de travail doit examiner s'il convient d'ajouter d'autres informations pour remplacer les mots entre crochets.

58 Reproduit l'article 11-1 j) de la Loi type de 1994. À examiner conjointement avec le chapitre IV.

59 Fondé sur l'article 11-1 m) de la Loi type de 1994, modifié pour tenir compte des nouvelles définitions proposées à l'article 2.

60 Reproduit l'article 11-1 l) de la Loi type de 1994.

61 Le Groupe de travail voudra peut-être inclure une autre disposition spécifique, concernant par exemple les accords-cadres s'il décide que les contraintes technologiques peuvent limiter le nombre de fournisseurs qui peuvent être admis à un accord-cadre ouvert. En outre, d'autres informations ne figurant pas dans la Loi type de 1994 peuvent être ajoutées. Voir à cet égard les questions soulevées dans le document A/CN.9/WG.I/WP.68/Add.1, section H.

62 Fondé sur l'article 11-2 de la Loi type de 1994, dont les renvois ont été adaptés et qui a été modifié pour tenir compte des nouvelles définitions proposées à l'article 2.

63 Fondé sur les deux premières phrases de l'article 11-3 de la Loi type de 1994, dont les renvois ont été adaptés et qui a été modifié pour tenir compte des nouvelles définitions proposées à l'article 2. À la suite des propositions formulées à la douzième session du Groupe de travail (A/CN.9/640, par. 90), les dispositions restantes du paragraphe 3 ont été mises dans un nouveau paragraphe 4, ce qui a amené à renuméroter l'ancien paragraphe 4 en paragraphe 5. Les dispositions, telles que restructurées, ont été présentées au Groupe de travail, dans le document A/CN.9/WG.I/PW.59, afin qu'il les examine. Le Groupe de travail ne les a pas examinées en

4) Sauf injonction d'un tribunal compétent, et sous réserve des conditions d'une telle injonction, l'entité adjudicatrice ne divulgue:

a) Aucune information dont la divulgation serait contraire à la loi, en compromettrait l'application, ne serait pas dans l'intérêt général, porterait atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou des entrepreneurs ou entraverait le libre jeu de la concurrence;

b) Aucune information relative à l'examen, à l'évaluation et à la comparaison des soumissions ainsi qu'au montant des soumissions, à l'exception du résumé mentionné à l'alinéa f) du paragraphe 1 du présent article[64].

5) L'entité adjudicatrice n'est pas tenue de verser des dommages-intérêts aux fournisseurs ou aux entrepreneurs pour la simple raison qu'elle n'a pas dressé de procès-verbal de la procédure de passation de marché conformément au présent article[65].]

CHAPITRE II. PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES[66]

SECTION I. SOLLICITATION D'OFFRES

Article 23. Appel d'offres national[67]

Lorsque la participation à la procédure de passation de marché est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux en application de l'article [7-6 c) i) et ii)] de la présente Loi, l'entité adjudicatrice n'est pas tenue de recourir aux procédures prévues aux articles 14-1 c)[68], 24-2[69], 25 h) et i)[70] et 27 j), k) et s)[71] de la présente Loi[72].

---

détail.

64 Fondé sur la dernière phrase de l'article 11-3 de la Loi type de 1994, dont les renvois ont été adaptés et qui a été modifié pour tenir compte des nouvelles définitions proposées à l'article 2. Voir la note de bas de page précédente pour plus d'informations.

65 Reproduit l'article 11-4 de la Loi type de 1994. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner cette disposition, reprise de l'article 11-4 de la Loi type, à la lumière des décisions qu'il aura prises concernant les voies de droit et l'exécution.

66 Les dispositions du chapitre II de la Loi type de 1994 ont été incluses dans l'article 7 et les articles pertinents des chapitres III et IV de la Loi type révisée. Le chapitre II reproduit les dispositions du chapitre III de la Loi type, sauf modification indiquée pour tenir compte des révisions apportées à la Loi type.

67 À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article, qui se fonde sur l'article 23 de la Loi type de 1994, sans le modifier (A/CN.9/668, par. 158).

68 Correspond à la référence à l'article 32-1 c) dans l'article 23 de la Loi type de 1994.

69 Correspond à la référence au même article dans l'article 23 de la Loi type de 1994.

70 Correspond aux références aux articles 25-1 h) et 25-1 i) dans l'article 23 de la Loi type de 1994.

71 Correspond aux références aux articles 27 j), 27 k) et 27 s) dans l'article 23 de la Loi type de 1994.

72 Les références aux articles 25-2 c) et 25-2 d) dans l'article 23 de la Loi type de 1994 ont été intégrées dans les dispositions pertinentes de l'article 15 de la Loi type révisée, car elles avaient trait à la présélection.

Article 24. Procédures de sollicitation des offres[73]

1) L'entité adjudicatrice sollicite des offres en faisant publier une invitation à soumettre une offre dans ... (l'État adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel l'invitation à soumettre une offre doit être publiée).

2) L'invitation à soumettre une offre doit également être publiée, dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un journal de grande diffusion internationale ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle de grande diffusion internationale[74].

Article 25. Teneur de l'invitation à soumettre une offre[75]

L'invitation à soumettre une offre comporte, au minimum, les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) La nature, la quantité et le lieu de livraison des biens à fournir, la nature et l'emplacement des travaux à effectuer, ou la nature et l'emplacement des services à fournir, ou une combinaison adéquate de ces éléments;

c) Le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou pour l'achèvement des travaux, ou le calendrier pour la fourniture des services, ou une combinaison adéquate de ces éléments;

d) Les critères et procédures qui seront utilisés pour évaluer les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, conformément à l'article [10-2];

e) Une déclaration, qui ne pourra être modifiée par la suite, indiquant que les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent participer à la procédure de passation de marché sans distinction de nationalité, ou une déclaration indiquant que la participation est limitée sur la base de la nationalité conformément à l'article [9-1], selon le cas;

f) Les moyens, mode et modalités d'obtention du dossier de sollicitation[76];

g) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture du dossier de sollicitation;

h) La monnaie et les modalités de paiement du dossier de sollicitation;

---

[73] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article, qui se fonde sur l'article 24 de la Loi type de 1994, sans le modifier (A/CN.9/668, par. 159).

[74] Comme noté dans le document A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1, le Groupe de travail voudra peut-être inclure une définition de l'adjectif "internationale" (dans "publication internationale") pour simplifier la rédaction du présent article, et du projet d'article 15-2.

[75] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article, qui se fonde sur l'article 25-1 de la Loi type de 1994, en modifiant l'alinéa j) (A/CN.9/668, par. 161 et 162).

[76] Cet alinéa a été modifié de manière à être techniquement neutre.

i) La ou les langues dans lesquelles le dossier de sollicitation est disponible;

j) Le mode, les modalités et le délai de soumission des offres.

Article 26. Communication du dossier de sollicitation[77]

L'entité adjudicatrice fournit le dossier de sollicitation aux fournisseurs ou entrepreneurs, conformément aux procédures et conditions spécifiées dans l'invitation à soumettre une offre. Si une procédure de présélection a été ouverte, elle fournit le dossier de sollicitation à chaque fournisseur ou entrepreneur qui a été présélectionné et qui, le cas échéant, en acquitte le prix. Le prix que l'entité adjudicatrice peut demander pour le dossier de sollicitation ne doit refléter que le coût de la distribution du dossier aux fournisseurs ou entrepreneurs.

Article 27. Teneur du dossier de sollicitation[78]

Le dossier de sollicitation comporte, au minimum, les renseignements suivants:

a) Des instructions pour l'établissement des offres;

b) Les critères et procédures, conformément aux dispositions de l'article [10], relatifs à l'évaluation des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et à la confirmation des qualifications en application de l'article [33-6];

c) Les pièces ou autres éléments d'information exigés des fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications;

d) La description de l'objet du marché, conformément à l'article [11]; la quantité de biens à fournir et/ou de services à exécuter; le lieu où les travaux doivent être effectués ou celui où les services doivent être fournis; et, le cas échéant, le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens, l'exécution des travaux ou la fourniture des services;

e) Des informations relatives aux critères d'évaluation, à la procédure d'évaluation et à l'évaluation de la conformité des offres, en application de l'article [12-4 a)][79];

---

[77] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article, qui se fonde sur l'article 26 de la Loi type de 1994, en procédant à une modification (A/CN.9/668, par. 163 et 164).

[78] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article, qui se fonde sur l'article 27 de la Loi type de 1994 (A/CN.9/668, par. 166).

[79] Bien qu'il ait été convenu, à la quinzième session du Groupe de travail, qu'il devait être fait référence aux coefficients de pondération dans cet alinéa (A/CN.9/668, par. 165), le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le libellé proposé, avec le renvoi à l'article 12-4 a), serait suffisant pour assurer une certaine cohérence dans la Loi type. Le projet d'article 12-4 a) prévoit que le dossier de sollicitation indique le coefficient de pondération, le cas échéant (lorsque la sélection se fait uniquement en fonction du prix, ce point est sans objet), ainsi que d'autres

f) Les clauses et conditions du marché, dans la mesure où elles sont déjà connues de l'entité adjudicatrice, et, le cas échéant, le document contractuel à signer par les parties;

g) Si des variantes par rapport aux caractéristiques de l'objet du marché, aux conditions contractuelles ou autres conditions spécifiées dans le dossier de sollicitation sont autorisées, une mention le précisant et une description de la manière dont les offres comportant de telles variantes seront évaluées et comparées;

h) Si les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à soumettre des offres ne portant que sur une partie de l'objet du marché, une description de la partie ou des parties pour lesquelles des offres peuvent être soumises;

i) La manière dont le prix des offres doit être formulé et exprimé, y compris une mention indiquant si le prix doit couvrir des éléments autres que le coût de l'objet du marché, tels que tous frais de transport et d'assurance, droits de douane et taxes applicables;

j) La ou les monnaies dans lesquelles le prix des offres doit être formulé et exprimé;

k) La ou les langues, conformément à l'article [13], dans lesquelles les offres doivent être établies;

l) Toute stipulation de l'entité adjudicatrice en ce qui concerne l'émetteur, ainsi que la nature, la forme, le montant et les autres conditions principales de toute garantie de soumission exigée des fournisseurs ou entrepreneurs soumettant des offres en application de l'article 14, et toute stipulation concernant toute garantie de bonne exécution du marché exigée du fournisseur ou entrepreneur avec lequel le marché est conclu, y compris des garanties telles que les cautionnements sur la main-d'œuvre et sur les matériaux;

m) Si les fournisseurs ou entrepreneurs ne sont pas autorisés à modifier ou retirer leur offre avant la date limite de soumission des offres sans perdre leur garantie de soumission, une mention le précisant;

n) Le mode, les modalités et le délai de soumission des offres, conformément à l'article [29][80];

o) Les modalités selon lesquelles, en application de l'article [28], les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur le dossier de sollicitation, et une mention indiquant si l'entité adjudicatrice a l'intention, à ce stade, d'organiser une réunion de fournisseurs ou entrepreneurs;

p) La période de validité des offres, conformément à l'article [30];

---

informations. Il risque de se produire une confusion inutile s'il est uniquement fait référence, à l'alinéa e), aux coefficients de pondération, et non aux autres informations précisées à l'article 12-4 a).

[80] Le Groupe de travail voudra peut-être ajouter l'exigence d'un délai raisonnable pour permettre aux fournisseurs de préparer leur offre, comme il l'a prévu dans le contexte des accords-cadres. Une proposition de texte figure dans le projet d'article révisé 29-1, mais le Groupe de travail voudra peut-être aussi y faire référence dans le présent article.

q) Le mode, les modalités, la date et l'heure d'ouverture des offres, conformément à l'article [31][81];

r) Les procédures à suivre pour l'ouverture et l'examen des offres;

s) La monnaie qui sera utilisée pour l'évaluation et la comparaison des offres en application de l'article [32-5], et soit le taux de change qui sera appliqué pour la conversion des offres dans cette monnaie soit une mention précisant que sera appliqué le taux publié par un établissement financier donné en vigueur à une date donnée;

t) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation du marché;

u) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications au sujet de la procédure de passation du marché, sans l'intervention d'un intermédiaire;

v) Tout engagement devant être pris par le fournisseur ou entrepreneur extérieurement au marché, par exemple un engagement portant sur des échanges compensés ou sur le transfert de technologie;

w) Une notification du droit prévu à l'article [56] de la présente Loi d'engager une procédure de recours contre un acte, une décision ou une procédure illicites de l'entité adjudicatrice touchant la procédure de passation du marché;

x) Les formalités qui devront être accomplies, une fois une offre acceptée, pour que le marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la signature d'un marché écrit en application de l'article [19] et l'approbation par une autorité de tutelle ou par le gouvernement, ainsi que le laps de temps sur lequel il faudra compter, à la suite de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation;

y) Toutes autres règles arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la soumission des offres et d'autres aspects de la procédure de passation du marché.

---

[81] Cet alinéa a été modifié pour être rendu techniquement neutre et être aligné sur d'autres dispositions similaires de la Loi type.

Article 28. Clarification et modification du dossier de sollicitation[82]

1) Tout fournisseur ou entrepreneur peut adresser à l'entité adjudicatrice une demande d'éclaircissements sur le dossier de sollicitation. L'entité adjudicatrice y répond s'il reste un laps de temps raisonnable entre la réception de la demande et la date limite de soumission des offres. Elle donne sa réponse dans un délai raisonnable de façon à permettre au fournisseur ou entrepreneur de soumettre son offre en temps utile et, sans indiquer l'origine de la demande, communique les éclaircissements à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels elle a adressé le dossier de sollicitation.

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

3) Si elle convoque une réunion de fournisseurs ou entrepreneurs, l'entité adjudicatrice dresse un procès-verbal de la réunion dans lequel elle indique les demandes d'éclaircissements présentées à la réunion au sujet du dossier de sollicitation, et ses réponses à ces demandes, sans préciser l'origine de ces dernières. Le procès-verbal est communiqué promptement à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a adressé le dossier de sollicitation, afin qu'ils puissent en tenir compte pour l'établissement de leurs offres.

SECTION II. SOUMISSION DES OFFRES

Article 29. Soumission des offres[83]

1) Sans préjudice des paragraphes 2 à 5 du présent article, l'entité adjudicatrice fixe dans l'invitation à soumettre un offre, en application de l'article 25 j), et dans le dossier de sollicitation, en application de l'article 27 n), le mode, les modalités et le délai de soumission des offres. Le délai de soumission des offres consiste en une date et heure précises et laisse suffisamment de temps aux fournisseurs ou

---

[82] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article, qui se fonde sur l'article 28 de la Loi type de 1994, sans le modifier (A/CN.9/668, par. 167). Il a été convenu de mentionner, dans le commentaire du Guide accompagnant l'article, les dispositions qui traitaient de la prorogation du délai de présentation des soumissions (article 29-2 dans le projet actuel). On a en outre souligné que, dans le contexte des procédures de passation dématérialisées, il devrait être précisé que l'entité adjudicatrice ne serait tenue de fournir des explications à tel ou tel fournisseur ou entrepreneur que dans la mesure où elle avait connaissance de son identité (A/CN.9/668, par. 168).

[83] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article, qui se fonde sur l'article 30 de la Loi type de 1994, en apportant des changements au premier paragraphe (A/CN.9/668, par. 171).

entrepreneurs pour préparer et soumettre leurs offres, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice[84].

2) Si, conformément à l'article [28], elle publie une clarification ou une modification du dossier de sollicitation, ou si une réunion de fournisseurs ou entrepreneurs a lieu, l'entité adjudicatrice, avant la date limite de soumission des offres, reporte si nécessaire cette date afin que les fournisseurs ou entrepreneurs disposent d'un délai raisonnable pour tenir compte dans leur offre de la clarification ou de la modification, ou du procès-verbal de la réunion.

3) L'entité adjudicatrice peut, à son gré, avant la date limite de soumission des offres, reporter cette date si, en raison de circonstances indépendantes de leur volonté, un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs sont dans l'impossibilité de soumettre leur offre d'ici là.

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

5)[85] a) Les offres sont soumises par écrit et sont signées; et:

i) Si elles sont sous forme papier, sont placées dans une enveloppe scellée; ou

ii) Si elles se présentent sous une autre forme, respectent les exigences spécifiées par l'entité adjudicatrice, qui garantissent au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité, d'intégrité et de confidentialité;

b) L'entité adjudicatrice délivre aux fournisseurs ou entrepreneurs un reçu indiquant la date et l'heure auxquelles leur offre a été reçue[86];

c) L'entité adjudicatrice préserve la sécurité, l'intégrité et la confidentialité des offres et veille à ce que le contenu des offres ne soit examiné qu'après leur ouverture conformément à la présente Loi.

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.

---

[84] Les dispositions de ce paragraphe ont été modifiées pour être rendues techniquement neutres et assurer une certaine cohérence dans la Loi type.

[85] Le libellé du paragraphe 5 du présent article est reproduit tel qu'il a été approuvé, à titre préliminaire, par le Groupe de travail à sa douzième session (voir A/CN.9/640, par. 28).

[86] À sa quinzième session, le Groupe de travail a accepté la proposition tendant à ce que le Guide, dans le contexte de cet alinéa, examine la nature du reçu devant être délivré et indique que la certification de la réception par l'entité aurait un caractère irréfragable (A/CN.9/668, par. 173).

Article 30. Période de validité des offres; modification et retrait des offres[87]

1) Les offres restent valides pendant la période spécifiée dans le dossier de sollicitation.

2) a) Avant l'expiration de la période de validité des offres, l'entité adjudicatrice peut demander aux fournisseurs ou entrepreneurs une prorogation jusqu'à une date qu'elle spécifie. [Tout fournisseur ou entrepreneur peut refuser cette prorogation sans perdre sa garantie de soumission, et son offre cessera d'être valide à l'expiration de la période de validité non prorogée];

b) Les fournisseurs ou entrepreneurs qui acceptent de proroger la période de validité de leur offre prorogent ou font proroger la période de validité de leur garantie de soumission ou fournissent une nouvelle garantie portant sur la période supplémentaire de validité de leur offre. Tout fournisseur ou entrepreneur dont la garantie de soumission n'est pas prorogée ou qui n'a pas fourni de nouvelle garantie de soumission est réputé avoir refusé la prorogation de la période de validité de son offre.

3) Sauf stipulation contraire du dossier de sollicitation, tout fournisseur ou entrepreneur peut modifier ou retirer son offre avant la date limite de soumission des offres sans perdre sa garantie de soumission. La modification ou l'avis de retrait prennent effet si l'entité adjudicatrice les reçoit avant la date limite de soumission des offres.

---

[87] À sa quinzième session, le Groupe de travail a remis à plus tard l'examen du projet d'article, fondé sur l'article 31 de la Loi type de 1994, compte tenu des divergences de vues concernant la proposition tendant à supprimer la deuxième phrase du paragraphe 2 a) (A/CN.9/668, par. 175 et 176). Pour ce qui est de l'historique des dispositions, voir le document A/CN.9/WG.I/WP.68/Add.1, section G.

A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.3 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa seizième session

ADDITIF

La présente note contient les projets d'article 31 à 33 du chapitre II (Procédure d'appel d'offres) et le chapitre III (Conditions d'utilisation et procédures concernant l'appel d'offres restreint, le système de la double enveloppe et la sollicitation de prix) du projet de Loi type révisée.

L'attention du Groupe de travail est appelée sur les projets d'articles 32, 34 et 35, qu'il a décidé d'examiner à un stade ultérieur.

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes qui accompagnent le texte.

La présente note regroupe également les dispositions de la Loi type de 1994 qui se rapportent au projet de chapitre IV (Conditions d'utilisation et procédures concernant l'appel d'offres en deux étapes, la sollicitation de propositions et la négociation avec appel à la concurrence), avec les modifications découlant des révisions qu'il est convenu jusqu'ici d'apporter à la Loi type de 1994. Un projet d'article consolidé sur la sollicitation de propositions et la négociation avec appel à la concurrence dont le Groupe de travail avait été saisi à sa quinzième session mais qu'il n'avait pas examiné (A/CN.9/668, par. 210 à 212) est présenté dans le document A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.4. Comme il a été indiqué à la quinzième session du Groupe de travail, toute autre proposition concernant le texte révisé du chapitre IV qui serait soumise par les délégations (A/CN.9/668, par. 279) sera diffusée pour que le Groupe de travail les examine à la session.

CHAPITRE II. PROCEDURE D'APPEL D'OFFRES
(*suite*)

SECTION III. ÉVALUATION ET COMPARAISON DES OFFRES

Article 31. Ouverture des offres[1]

1) Les offres sont ouvertes au moment indiqué dans le dossier de sollicitation comme étant la date limite de soumission des offres, ou à la date spécifiée en cas de report de la date limite initiale, selon les modalités et les procédures spécifiées dans le dossier[2].

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. Les fournisseurs ou entrepreneurs sont réputés avoir été autorisés à être présents à l'ouverture des offres si la possibilité leur a été donnée d'être pleinement informés de l'ouverture des offres en direct.

3) Le nom et l'adresse de chaque fournisseur ou entrepreneur dont l'offre est ouverte, ainsi que le prix soumissionné, sont annoncés aux personnes présentes à l'ouverture des offres, communiqués, sur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis une offre mais n'étaient ni présents ni représentés à l'ouverture des offres, et consignés immédiatement au procès-verbal de la procédure d'appel d'offres prévu à l'article [22][3].

Article 32. Examen, évaluation et comparaison des offres[4]

1) a) L'entité adjudicatrice peut prier un fournisseur ou un entrepreneur de donner des éclaircissements sur son offre, afin d'en faciliter l'examen, l'évaluation et la comparaison. Aucune modification quant au fond, notamment une modification du prix ou des modifications visant à rendre conforme une offre non conforme, ne sera demandée, proposée ni autorisée;

---

[1] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article, qui est fondé sur l'article 33 de la Loi type de 1994 et sur le texte du paragraphe 2 qu'il avait approuvé à titre préliminaire à sa douzième session (voir A/CN.9/640, par. 38) sans modification. Il a été convenu que le Guide devrait préciser que les modalités fixées par l'entité adjudicatrice pour l'ouverture des offres (date, lieu le cas échéant et autres facteurs) devraient permettre la présence des fournisseurs ou des entrepreneurs (A/CN.9/668, par. 178).

[2] Ce paragraphe a été modifié pour être rendu techniquement neutre et conforme aux dispositions similaires de la Loi type.

[3] Le Groupe de travail se souviendra peut-être que les dispositions de l'article 22-1 b) prévoient que les mêmes éléments d'information sur tous ceux qui ont soumis des offres sont consignés au procès-verbal et voudra peut-être insérer une note dans le Guide pour expliquer que toutes les offres reçues après la date limite seront renvoyées sans avoir été ouvertes, mais que leur soumission (tardive) sera consignée au procès-verbal.

[4] À sa quinzième session, le Groupe de travail a reporté à un stade ultérieur l'examen du présent article, qui est fondé sur l'article 34 de la Loi type de 1994, en raison des avis divergents exprimés au sujet des propositions rédactionnelles y relatives (A/CN.9/668, par. 180 et 181). Comme l'a demandé le Groupe de travail, les propositions rédactionnelles ont été placées entre crochets dans le projet d'article pour qu'il les examine à un stade ultérieur. Le Secrétariat a également été prié de retrouver l'historique des dispositions concernées, d'étudier la façon dont des questions similaires étaient traitées dans les instruments internationaux applicables et de faire part de ses conclusions lorsque les dispositions seraient examinées. Il est rendu compte du résultat de ces travaux dans le document A/CN.9/WG.I/WP.68, sections II. A et B.

b) Nonobstant les dispositions de l'alinéa a) du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice corrige les erreurs purement arithmétiques qui sont découvertes durant l'examen des offres. Elle avise promptement de ces corrections le fournisseur ou entrepreneur qui a soumis l'offre.

2) a) Sous réserve des dispositions de l'alinéa b) du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice ne [peut considérer] [considère][5] une offre comme étant conforme [que][6] si elle satisfait [à toutes les conditions énoncées dans le dossier de sollicitation] [aux conditions pertinentes énoncées dans le dossier de sollicitation] [à la description de l'objet du marché et aux conditions du marché ou de l'accord-cadre [énoncés dans le dossier de sollicitation conformément à l'article 11 de la présente Loi]][7];

b) L'entité adjudicatrice peut considérer une offre comme conforme même si celle-ci comporte des écarts mineurs qui ne modifient pas essentiellement les caractéristiques, conditions et autres stipulations énoncées dans le dossier de sollicitation ou si elle comporte des erreurs ou des oublis qui peuvent être corrigés sans modifier l'offre quant au fond. Ces écarts sont quantifiés, dans la mesure du possible, et dûment pris en compte lors de l'évaluation et de la comparaison des offres[8].

3) L'entité adjudicatrice rejette une offre:

a) Si le fournisseur ou entrepreneur qui l'a soumise n'a pas les qualifications requises;

---

[5] Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de remplacer les mots "peut considérer" qui figurent dans le texte de 1994 par "considère", pour s'assurer que la conformité des offres est évaluée objectivement. Il voudra peut-être examiner si l'emploi des mots "peut considérer" dans ce contexte n'introduirait pas un degré de subjectivité imprévu et indésirable, et donne une description de ce qui pourrait être une offre conforme, plutôt qu'une définition de ce qu'elle est.

[6] Le Groupe de travail estimera peut-être que les mots "ne" et "que" sont superflus si le mot "considère" est retenu dans la disposition; à ce sujet, voir la note 5 ci-dessus.

[7] À sa quinzième session, le Groupe de travail a reporté à un stade ultérieur l'examen de ces variantes entre crochets et a prié le Secrétariat de retrouver l'historique des dispositions concernées, d'étudier la façon dont des questions similaires étaient traitées dans les instruments internationaux applicables et de faire part de ses conclusions lorsque les dispositions seraient examinées (A/CN.9/668, par. 180 a) et 181). Il est rendu compte du résultat de ces travaux dans le document A/CN.9/WG.I/WP.68, section II. A.

[8] Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si l'évaluation de la conformité est un processus qui devrait être réglementé dans certaines ou dans toutes les autres méthodes de passation, et la comparer à l'établissement d'un seuil conformément au projet d'article 35 révisé (Système de la double enveloppe). À la quinzième session, il a été proposé d'insérer, au paragraphe 3 c) de cet article, un renvoi au projet d'article 11 révisé (A/CN.9/668, par. 179 b)). La portée actuelle du projet d'article 11 révisé ne permet pas d'insérer un renvoi approprié, étant donné qu'il mentionne la description de l'objet du marché et les conditions du marché ou de l'accord-cadre et non l'évaluation de la conformité. Le Groupe de travail voudra donc peut-être examiner la question de savoir si le projet d'article 11 révisé devrait comprendre une disposition sur l'évaluation de la conformité en plus des dispositions sur la description de l'objet du marché (ce qui permettrait d'aligner l'article 11 sur les dispositions proposées dans le projet d'article révisé 12 en ce qui concerne l'évaluation).

b) Si le fournisseur ou entrepreneur qui l'a soumise n'accepte pas qu'une erreur arithmétique soit corrigée en application du paragraphe 1 b) du présent article;

c) Si l'offre n'est pas conforme;

d) Dans les circonstances visées aux articles [17 et 18].

4) a) L'entité adjudicatrice évalue et compare les offres qui n'ont pas été rejetées afin de déterminer l'offre à retenir, telle qu'elle est définie à l'alinéa b) du présent paragraphe, conformément aux procédures et critères énoncés dans le dossier de sollicitation. Aucun critère qui ne figure pas dans le dossier de sollicitation ne peut être utilisé;

b) L'offre à retenir est:

i) [Lorsque le prix est le seul critère d'attribution,][9] L'offre proposant le prix le plus bas, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'article [12]; ou

ii) [Lorsque l'attribution se fait en fonction du prix et d'autres critères,][10] Si l'entité adjudicatrice l'a stipulé dans le dossier de sollicitation, l'offre [la plus basse][11] selon les critères d'évaluation spécifiés dans le dossier de sollicitation conformément à l'article [12].

5) Lorsque les prix soumissionnés sont exprimés dans deux monnaies ou plus, ils sont, pour toutes les offres, convertis dans la même monnaie, conformément au taux spécifié dans le dossier de sollicitation en application de l'alinéa s) de l'article [27], aux fins de l'évaluation et de la comparaison des offres.

6) Qu'elle ait ou non ouvert une procédure de présélection en application de l'article [15], l'entité adjudicatrice peut exiger du fournisseur ou entrepreneur ayant soumis l'offre dont il a été déterminé qu'elle est l'offre à retenir conformément au paragraphe 4 b) du présent article, qu'il confirme ses qualifications selon des critères et procédures conformes aux dispositions de l'article [10]. Les critères et procédures à appliquer pour cette confirmation sont énoncés dans le dossier de

---

[9] À sa quinzième session, le Groupe de travail est convenu d'examiner à un stade ultérieur la proposition d'ajouter ces mots au début de l'alinéa et a prié le Secrétariat de retrouver l'historique des dispositions concernées, d'étudier la façon dont des questions similaires étaient traitées dans les instruments internationaux applicables et de faire part de ses conclusions lorsque les dispositions seraient examinées (A/CN.9/668, par. 180 d) et 181). Il est rendu compte du résultat de ces travaux dans le document A/CN.9/WG.I/WP.68, section II. B. 2.

[10] Ibid.

[11] À sa quinzième session, le Groupe de travail est convenu d'examiner à un stade ultérieur la possibilité d'employer une autre expression pour désigner l'offre la plus basse selon les critères d'évaluation, telle que la meilleure offre selon les critères d'évaluation, et a prié le Secrétariat de retrouver l'historique des dispositions concernées, d'étudier la façon dont des questions similaires étaient traitées dans les instruments internationaux applicables et de faire part de ses conclusions lorsque les dispositions seraient examinées (A/CN.9/668, par. 180 c), 181 et 220). Il est rendu compte du résultat de ces travaux dans le document A/CN.9/WG.I/WP.68, section II. B. 1. Voir également les dispositions du projet d'article 12 révisé, dans le document A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.1.

sollicitation. Si une procédure de présélection a été ouverte, les critères sont ceux qui ont été utilisés dans cette procédure.

7) Si le fournisseur ou entrepreneur ayant soumis l'offre à retenir est prié de confirmer ses qualifications conformément au paragraphe 6 du présent article, mais ne donne pas suite à cette demande, l'entité adjudicatrice rejette cette offre et en retient une autre, conformément au paragraphe 4 du présent article, parmi les offres restantes, étant entendu qu'elle se réserve le droit, conformément à l'article [16-1], de rejeter toutes les offres restantes.

8) Les informations relatives à l'examen, à la clarification, à l'évaluation et à la comparaison des offres ne sont pas révélées aux fournisseurs ou entrepreneurs, ni à toute autre personne ne participant pas officiellement à l'examen, à l'évaluation ou à la comparaison des offres et n'intervenant pas dans le choix de l'offre à retenir, sous réserve des dispositions des articles [19 et 22].

Article 33. Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs[12]

Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur au sujet d'une offre soumise par ledit fournisseur ou entrepreneur.

CHAPITRE III. CONDITIONS D'UTILISATION ET PROCEDURES CONCERNANT L'APPEL D'OFFRES RESTREINT, LE SYSTEME DE LA DOUBLE ENVELOPPE ET LA SOLLICITATION DE PRIX

Article 34. Appel d'offres restreint[13]

OPTION 1[14]

1) L'entité adjudicatrice peut, si cela est nécessaire pour des raisons [d'économie et d'efficacité] [d'économie ou d'efficacité] [d'efficacité économique][15], avoir recours à la procédure de l'appel d'offres restreint conformément au présent article, lorsque:

---

[12] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article qui se fonde sur l'article 35 de la Loi type de 1994, sans modification (A/CN.9/668, par. 182).

[13] À sa quinzième session, le Groupe de travail a reporté à un stade ultérieur l'examen de toutes les options pour cet article (A/CN.9/668, par. 192). Il a toutefois été convenu que, indépendamment de l'option retenue, le début du paragraphe 1 faisant référence à l'approbation d'une autorité supérieure serait supprimé (A/CN.9/668, par. 189). À cette session, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de rédiger une option 3 basée sur la proposition soumise à la session qui alignerait les dispositions de la Loi type relatives à l'appel d'offres restreint sur les dispositions relatives aux procédures d'appel d'offres sélectives de l'article X de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics (A/CN.9/668, par. 188).

[14] Fondé sur les articles 20 et 47 fusionnés de la Loi type de 1994. Le paragraphe 1 se fonde sur l'article 20 de la Loi type de 1994 et les paragraphes 2 à 4 sur son article 47.

[15] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner laquelle des trois expressions entre crochets devrait être retenue dans les dispositions, en tenant compte de l'article 7-3) proposé (qui parle

a) L'objet du marché, de par sa nature extrêmement [complexe ou][16] spécialisée, n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs; ou

b) Le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché.

2) a) Lorsque l'entité adjudicatrice lance un appel d'offres restreint pour des motifs visés à l'alinéa a) du paragraphe 1, elle sollicite des offres de tous les fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels l'objet du marché peut être obtenu;

b) Lorsque l'entité adjudicatrice lance un appel d'offres restreint pour des motifs visés à l'alinéa b) du paragraphe 1 du présent article, elle sélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels elle sollicitera des offres de manière non discriminatoire[17] et elle retient un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une concurrence véritable.

3) L'entité adjudicatrice fait publier un avis d'appel d'offres restreint dans ... (l'État adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel l'avis doit être publié)[18]. Ledit avis contient, au minimum, les renseignements demandés à l'article 25 de la présente Loi type[19]. Il ne confère aucun droit aux

---

"d'efficacité économique") et des dispositions existantes de la Loi type (qui ne sont pas conséquentes dans l'utilisation des deux autres expressions) (voir art. 20 et 48-2).

16 À la quinzième session du Groupe de travail, une certaine préférence a été exprimée pour l'option 1 au motif donné que l'appel d'offre restreint serait utile, non seulement dans les situations visées dans l'option 2 (la valeur du marché serait disproportionnée par rapport au temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres), mais aussi pour les marchés de produits spécialisés. La question de savoir si les marchés complexes concerneraient toujours des objets spécialisés, et si le recours à l'appel d'offre restreint pourrait par conséquent être justifié par le degré de complexité uniquement, n'a pas été examinée. Si le Groupe de travail estime que le libellé devrait autoriser plus de souplesse pour les marchés très complexes et spécialisés, il pourrait donc envisager de retenir l'option 1 (A/CN.9/668, par. 185).

17 Le Groupe de travail voudra peut-être également envisager comment donner des indications appropriées sur la signification de l'expression "de manière non discriminatoire" dans ce contexte et examiner les critères qui pourraient être utilisés pour sélectionner les participants. Il se souviendra peut-être de sa décision selon laquelle la présélection ne devrait pas être obligatoire dans le texte proposé de la Loi type, mais qu'elle pourrait être utilisée pour limiter l'accès à une passation de marché déterminée (A/CN.9/668, par. 95); cette notion se reflète dans l'option 3 de cet article, ci-après. En outre, il a été noté qu'il pouvait exister des critères de sélection objectifs en raison de la nature du marché (A/CN.9/668, par. 190). On a également fait observer que, pour la passation de marchés qui font l'objet d'un appel d'offres restreint pour le deuxième motif, les critères de qualification à eux seuls ne seront peut-être pas suffisants pour limiter l'accès à un nombre raisonnable de participants.

18 À cet égard, le Groupe de travail pourrait noter que cette disposition exige une publication nationale (comme prévu à l'article 24-1), mais pas une publication internationale (comme prévu à l'article 24-2). Une autre formulation possible serait de supprimer le paragraphe 3 de cet article et de remplacer le renvoi au paragraphe 4 de l'article 24 par un renvoi au paragraphe 2 de l'article 24.

19 La deuxième phrase du paragraphe 3 a été insérée conformément à la décision prise par le Groupe de travail à sa quinzième session (A/CN.9/668, par. 191).

fournisseurs ou entrepreneurs et, en particulier, il ne les autorise pas à exiger qu'une offre soit évaluée[20].

4) Les dispositions du chapitre II de la présente Loi, à l'exception de l'article [24], s'appliquent à la procédure d'appel d'offres restreint, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.

OPTION 2[21]

1) L'entité adjudicatrice peut, si cela est nécessaire pour des raisons [d'économie et d'efficacité] [d'économie ou d'efficacité] [d'efficacité économique][22], avoir recours à la procédure de l'appel d'offres restreint conformément au présent article, lorsque [l'objet du marché, de par sa nature extrêmement spécialisée, n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs, ou lorsque][23] le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché.

2) L'entité adjudicatrice sélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels elle sollicitera des offres de manière non discriminatoire[24] et elle retient un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une concurrence véritable.

3) L'entité adjudicatrice fait publier un avis d'appel d'offres restreint dans ... (l'État adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel l'avis doit être publié). Ledit avis contient, au minimum, les renseignements demandés à l'article 25 de la présente Loi type. Il ne confère aucun droit aux fournisseurs ou entrepreneurs et, en particulier, il ne les autorise pas à exiger qu'une offre soit évaluée[25].

4) Les dispositions du chapitre II de la présente Loi, à l'exception de l'article [24], s'appliquent à la procédure d'appel d'offres restreint, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.

---

[20] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les incidences de cette disposition en relation avec les articles révisés relatifs aux voies de droit et à l'exécution, au chapitre VII de la Loi type révisée.

[21] Les raisons de proposer l'option 2 sont indiquées aux paragraphes 38 à 40 du document A/CN.9/WG.I/WP.66.

[22] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner laquelle des trois expressions entre crochets devrait être retenue dans les dispositions, en tenant compte de l'article 7-3 proposé (qui parle "d'efficacité économique") et des dispositions existantes de la Loi type (qui ne sont pas conséquentes dans l'utilisation des deux autres expressions) (voir art. 20 et 48-2).

[23] Le texte entre crochets a été inséré à la suite de la proposition faite à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 186).

[24] Voir note 17 ci-dessus.

[25] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les incidences de cette disposition en relation avec les articles révisés relatifs aux voies de droit et à l'exécution, au chapitre VII de la Loi type révisée. Voir note 18 ci-dessus.

OPTION 3[26]

Article 34. Appel d'offres avec limitation du nombre de participants

1) L'entité adjudicatrice peut, si cela est nécessaire pour des raisons [d'économie et d'efficacité] [d'économie ou d'efficacité] [d'efficacité économique][27], avoir recours à la procédure de l'appel d'offres avec limitation du nombre de participants conformément au présent article, lorsque le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché.

2) Lorsque l'entité adjudicatrice a l'intention de recourir à la procédure de l'appel d'offres avec limitation du nombre de participants, elle ouvre une procédure de présélection conformément à l'article 15 de la présente Loi type sauf si:

a) L'invitation à présenter une demande de présélection et la documentation de présélection indiquent, outre les renseignements énumérés aux paragraphes 3 et 5 de l'article 15, qu'elle a l'intention, une fois la procédure de présélection terminée, de solliciter des offres d'un nombre limité seulement de fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés qui répondent le mieux aux critères de présélection;

b) L'invitation à présenter une demande de présélection et la documentation de présélection indiquent, outre le nombre maximum de fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés auprès desquels des offres seront sollicitées, qui doit être au moins [5], et la manière dont ils seront sélectionnés[28];

c) L'entité adjudicatrice note les fournisseurs et entrepreneurs qui satisfont aux critères de présélection en se fondant sur les critères appliqués pour évaluer leurs qualifications et établit la liste de ceux qui seront invités à présenter des soumissions une fois la phase de présélection terminée. En établissant la liste, elle applique uniquement le mode de notation qui est prévu dans le dossier de présélection. Elle sélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels elle sollicitera des offres de manière non discriminatoire et elle retient un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une concurrence véritable;

d) L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur s'il a ou non été présélectionné et communique à toute personne qui en fait la demande le nom de tous les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés.

---

[26] Fondée sur la proposition faite à la quinzième session du Groupe de travail, elle-même inspirée des dispositions de l'article X de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics et de l'article IX du texte révisé de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics. L'option est présentée pour la première fois au Groupe de travail afin qu'il l'examine, à la suite de la demande formulée à sa quinzième session (A/CN.9/668, par. 188).

[27] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner laquelle des trois expressions entre crochets devrait être retenue dans les dispositions, en tenant compte de l'article 7-3 proposé (qui parle "d'efficacité économique") et des dispositions existantes de la Loi type (qui ne sont pas conséquentes dans l'utilisation des deux autres expressions) (voir art. 20 et 48-2).

[28] En ce qui concerne certains critères qui pourraient être appliqués pour identifier les fournisseurs pertinents, voir note 17, ci-dessus.

L'entité adjudicatrice communique sur leur demande aux fournisseurs ou entrepreneurs qui n'ont pas été présélectionnés le motif de ce rejet.

3) L'entité adjudicatrice invite tous les fournisseurs ou entrepreneurs sélectionnés à soumettre des offres. Dans les cas où le dossier de sollicitation n'est pas rendu public à compter de la date de publication de l'invitation à présenter une demande de présélection, elle fait en sorte que le dossier soit communiqué en même temps à tous les fournisseurs ou entrepreneurs sélectionnés.

4) Les dispositions du chapitre II de la présente Loi s'appliquent à la procédure d'appel d'offres avec limitation du nombre de participants, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.

Article 35. Système de la double enveloppe[29]

1) [(Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),)][30] l'entité adjudicatrice peut avoir recours au système de la double enveloppe conformément au présent article [dans le cadre duquel la qualité et les aspects techniques des offres sont évalués indépendamment du prix][31].

2) L'entité adjudicatrice peut solliciter des offres par le biais de la sollicitation ouverte ou, dans les cas mentionnés à l'article [34-1], de la sollicitation directe[32].

3) En cas de sollicitation ouverte, les dispositions du chapitre II de la présente Loi [, à l'exception de l'article [31-2 et 3],] s'appliquent à la procédure en vertu du présent article, sauf dans la mesure où celui-ci déroge auxdites dispositions[33].

4) En cas de sollicitation directe, les dispositions de l'article [34-2 et 3] et les dispositions du chapitre II de la présente Loi[, à l'exception des articles [24 et 31],] s'appliquent à la procédure en vertu du présent article, sauf dans la mesure où celui-ci déroge auxdites dispositions[34].

---

[29] À sa quinzième session, le Groupe de travail, après avoir débattu de la question de savoir si les dispositions devraient être conservées dans le texte révisé de la Loi type, a décidé de conserver le projet d'article, qui était fondé sur le paragraphe 2 de l'article 42 de la Loi type de 1994, mais en a reporté l'examen à une date ultérieure (A/CN.9/668, par. 201). L'article proposé dans le présent document a été reformulé pour que la portée et l'objet que l'on souhaitait lui conférer apparaissent plus clairement, compte tenu des délibérations du Groupe de travail à sa quinzième session (A/CN.9/668, par. 193 à 201).

[30] Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il convient de conserver cette phrase, compte tenu de la décision prise à sa quinzième session de supprimer la disposition exigeant l'approbation d'une autorité supérieure dans des cas semblables. À cette session, il a décidé d'examiner la question de savoir si cette disposition devrait être appliquée au cas par cas (A/CN.9/668, par. 122).

[31] Fondé sur l'article 19-1 a) i) de la Loi type de 1994. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner quelles conditions devraient être imposées pour avoir recours à cette méthode.

[32] Fondé sur les dispositions de l'article 37 de la Loi type de 1994.

[33] Inspiré du chapitre IV de la Loi type de 1994. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les dispositions sur la transparence devraient s'appliquer aux procédures en vertu du présent article.

[34] Ibid. Le Groupe de travail voudra peut-être également examiner si les dispositions des

5) Dans le dossier de sollicitation, les fournisseurs ou entrepreneurs sont priés de soumettre simultanément à l'entité adjudicatrice des offres dans deux enveloppes: une enveloppe contenant la qualité et les aspects techniques et l'autre le prix.

6) L'entité adjudicatrice fixe un seuil concernant la qualité et les aspects techniques des offres au regard des critères d'évaluation autres que le prix énoncés dans le dossier de sollicitation, conformément à l'article 12 de la présente Loi[35].

7) L'entité adjudicatrice ouvre les enveloppes contenant la qualité et les aspects techniques des offres. Elle note la qualité et les aspects techniques de chaque offre sur la base des critères et des coefficients de pondération et modalités d'application de ces critères indiqués dans le dossier de sollicitation conformément à [l'article 12] de la présente Loi[36]. [Les enveloppes contenant la qualité et les aspects techniques des] [Les] offres qui ont obtenu une note inférieure au seuil [sont renvoyées aux fournisseurs ou entrepreneurs qui les ont soumises, et leurs offres] sont considérées comme non conformes.

8) Une fois l'examen, l'évaluation, la comparaison et la notation de la qualité et des aspects techniques des offres terminés, l'entité adjudicatrice ouvre seulement les enveloppes contenant des informations sur le prix des offres dont la qualité et les aspects techniques ont obtenu une note équivalente ou supérieure au seuil. Les enveloppes contenant les informations sur le prix des offres qui ont obtenu une note inférieure au seuil en ce qui concerne la qualité et les aspects techniques ne sont pas ouvertes [et sont renvoyées aux fournisseurs ou entrepreneurs qui les ont soumises].

9) L'entité adjudicatrice compare les prix et détermine sur cette base l'offre à retenir au regard des critères et de la procédure énoncés dans le dossier de sollicitation conformément à l'article 12. L'offre à retenir est:

a) L'offre proposant le prix le plus bas; ou

b) L'offre recueillant la meilleure évaluation compte tenu à la fois des critères autres que le prix visés au paragraphe 7 du présent article et du prix[37].]

---

articles 24 et 31 devraient s'appliquer.

[35] Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si la référence à l'établissement d'un seuil et à l'évaluation des offres dans cet article équivaut à une évaluation de la conformité, comme l'indique le paragraphe 7. Si c'est le cas, il voudra peut-être simplifier les dispositions en incluant un renvoi aux projets d'articles révisés 11 et 32 selon qu'il convient.

[36] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il y a chevauchement entre l'évaluation de la conformité et l'évaluation des offres dans les dispositions de ce paragraphe et des paragraphes suivants (fondés sur l'article 42 de la Loi type de 1994). Si c'est le cas, il voudra peut-être procéder de la même manière que dans la procédure d'appel d'offres normale, en utilisant des répétitions ou des renvois, avec des dispositions supplémentaires pour tenir compte du système des deux enveloppes. En outre, il pourra peut-être se rappeler que les rédacteurs du texte de 1994 indiquaient que la Loi type cherchait à éviter d'établir des mécanismes (mais énonçait plutôt des principes) et se demander si certains détails pourraient être examinés dans le Guide. Par exemple, l'article pourrait comprendre le paragraphe 1 et un paragraphe indiquant que les dispositions du chapitre II et des articles 34-2 et 3 s'appliquent, avec des dispositions supplémentaires autorisant le système des deux enveloppes et leur ouverture séquentielle. Voir aussi la note suivante concernant l'évaluation des offres.

[37] À la quinzième session du Groupe de travail, on s'est dit préoccupé par le fait que les dispositions de cet alinéa ne sont pas alignées sur d'autres dispositions similaires de la Loi type

Article 36. Sollicitation de prix[38]

1) L'entité adjudicatrice peut avoir recours à la procédure de sollicitation de prix conformément au présent article pour se procurer des biens ou des services immédiatement disponibles qui ne sont pas produits ou fournis spécialement pour répondre à ses descriptions[39] particulières et pour lesquels il existe un marché, à condition que la valeur estimée du marché soit inférieure au montant spécifié dans les règlements en matière de passation des marchés.

2) Il est interdit à l'entité adjudicatrice de scinder le marché afin de pouvoir invoquer les dispositions du paragraphe 1 du présent article.

3) L'entité adjudicatrice sollicite des prix auprès d'un aussi grand nombre de fournisseurs ou entrepreneurs que possible et auprès d'au moins trois si possible. Chaque fournisseur ou entrepreneur auquel est adressée une sollicitation de prix est avisé lorsque des éléments autres que les frais pour l'objet du marché, tels que tous frais de transport ou d'assurance, droits de douane et taxes applicables, doivent être inclus dans le prix.

4) Chaque fournisseur ou entrepreneur n'est autorisé à donner qu'un seul prix et n'est pas autorisé à le modifier. Il ne peut pas y avoir de négociations entre l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou entrepreneur au sujet d'un prix donné par ledit fournisseur ou entrepreneur.

5) L'offre à retenir est l'offre au prix le plus bas répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice[40].

(par exemple, l'article 32-4 b) ii) du présent texte proposé). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la différence entre accepter "l'offre la plus basse selon l'évaluation" et "l'offre recueillant la meilleure évaluation" au regard du prix et d'autres critères et déterminer s'il s'agit d'une différence de fond ou de terminologie. Il voudra peut-être également examiner, compte tenu de l'historique et des explications fournies dans le document A/CN.9/WG.I/WP.68, section II.B, s'il y a avantage à conserver une terminologie différente et une évaluation potentiellement différente, si les avantages d'une terminologie cohérente pourraient l'emporter sur les avantages du maintien de termes et de notions familiers, ou inversement, et en conséquence si les dispositions (par exemple) du projet d'article révisé 32-4) b) ii) pourraient s'appliquer ici. À cet égard, le Groupe de travail voudra peut-être se demander si la procédure exposée dans cet article pourrait présenter un avantage réel lorsque l'offre proposant le prix le plus bas est retenue et si l'on pourrait simplement à la place permettre le recours au système de la double enveloppe à titre optionnel dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres ordinaire, peut-être également lorsque l'évaluation se fonde sur l'offre recueillant la meilleure évaluation (ou l'offre la plus basse).

[38] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article, qui est fondé sur les articles 21 et 50 de la Loi type de 1994, tels que révisés à cette session (A/CN.9/668, par. 202 à 208).

[39] Les termes "biens et services" utilisés dans ce paragraphe sont descriptifs. Les termes utilisés précédemment "spécifications ou conditions" ont été remplacés pour assurer la cohérence avec les projets d'articles révisés 2 et 11 (et le Groupe de travail voudra peut-être examiner l'ampleur des renvois concernant des termes introduits dans le texte révisé proposé).

[40] Voir également le projet d'article révisé 12 en ce qui concerne la terminologie pour déterminer l'offre à retenir.

[CHAPITRE IV. CONDITIONS D'UTILISATION ET PROCÉDURES CONCERNANT L'APPEL D'OFFRES EN DEUX ÉTAPES, LA SOLLICITATION DE PROPOSITIONS ET LA NÉGOCIATION AVEC APPEL À LA CONCURRENCE[41, 42]

Article 37. Conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions ou de la négociation avec appel à la concurrence[43]

1) [(Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),)][44] l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation de marché en recourant à l'appel d'offres en deux étapes, à la sollicitation de propositions ou à la négociation avec appel à la concurrence, dans les circonstances suivantes:

a) L'entité adjudicatrice est dans l'impossibilité de formuler des spécifications détaillées pour l'objet du marché, ou de définir les caractéristiques qu'il doit posséder conformément à l'article [11] et, afin de trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins:

i) Elle sollicite des offres ou des propositions concernant les différentes possibilités de répondre à ses besoins; et[45]

ii) En raison du caractère technique ou de la nature de l'objet du marché, elle doit négocier avec les fournisseurs ou entrepreneurs;

---

41 À sa quinzième session, le Groupe de travail a reporté à un stade ultérieur l'examen du chapitre entier (A/CN.9/668, par. 212). Une délégation est convenue de présenter un document de séance contenant le chapitre IV révisé. Le Groupe de travail voudra donc peut-être examiner le chapitre IV proposé tel qu'il sera présenté dans ce document de séance.

42 Sans préjudice du texte proposé du chapitre IV qui doit être soumis par une délégation dans un document de séance, le présent document regroupe les dispositions pertinentes de la Loi type de 1994 avec des modifications tenant compte des révisions qu'il a été convenu d'apporter à ce jour au texte de 1994. En outre, à sa quinzième session, le Groupe de travail était saisi de la proposition des articles consolidés sur la négociation avec appel à la concurrence et la sollicitation de propositions (A/CN.9/668, par. 210 et 211). L'examen de cette proposition a été renvoyé à un stade ultérieur à cette session (ibid., par. 212). Le texte proposé est également présenté dans le présent chapitre avec les modifications que le Secrétariat a proposé d'apporter dans les notes.

43 Fondé sur l'article 19 de la Loi type de 1994, avec des changements découlant des modifications qu'il est proposé d'apporter à la Loi type et de la suppression de la définition des "biens, travaux ou services".

44 Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il convient de conserver cette phrase, étant donné la décision prise à sa quinzième session de supprimer la disposition exigeant l'approbation d'une autorité supérieure dans des cas semblables. À cette session, il a décidé qu'il examinerait la question de savoir si cette disposition devrait être appliquée au cas par cas (A/CN.9/668, par. 122).

45 "Et" remplace "ou".

b) L'entité adjudicatrice souhaite conclure un marché à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sauf lorsque le marché prévoit la production d'articles dans des quantités suffisantes pour assurer leur viabilité commerciale ou amortir les frais de recherche-développement;

c) Dans le cas de marchés intéressant la défense ou la sécurité nationales, l'entité adjudicatrice conclut que la méthode choisie est celle qui convient le mieux pour la passation du marché[46]; ou

d) Une procédure d'appel d'offres a été engagée, mais aucune offre n'a été soumise ou l'entité adjudicatrice a rejeté toutes les offres, en application des articles [16 et 32-3], et juge improbable qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres aboutisse à la conclusion d'un marché[47].

2) [(Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),)][48] l'entité adjudicatrice peut avoir recours à la négociation avec appel à la concurrence également lorsqu'il y a besoin d'urgence de l'objet du marché et qu'il ne serait donc pas réaliste de recourir à la procédure d'appel d'offres ou à d'autres méthodes de passation des marchés à cause des retards que cela impliquerait, à condition que l'entité adjudicatrice n'ait pu prévoir les circonstances qui sont à l'origine de l'urgence et que celles-ci ne résultent pas de manœuvres dilatoires de sa part[49].

Article 38. Appel d'offres en deux étapes[50]

1) Les dispositions du chapitre II de la présente Loi s'appliquent aux procédures d'appel d'offres en deux étapes, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.

2) Dans le dossier de sollicitation, les fournisseurs ou entrepreneurs sont priés de soumettre, durant la première étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, des offres initiales contenant leurs propositions, sans prix soumissionné. Le dossier de sollicitation peut solliciter des propositions en ce qui concerne tant les caractéristiques techniques, qualitatives ou autres de l'objet du marché que les conditions contractuelles de sa fourniture et, le cas échéant, les compétences et qualifications professionnelles et techniques des fournisseurs ou entrepreneurs.

---

[46] Modifié pour tenir compte du champ d'application élargi de la Loi type et des révisions qu'il a été décidé d'apporter aux dispositions similaires applicables dans le cadre de la procédure de sollicitation d'une source unique conformément à l'article 7-7 a) iv) (A/CN.9/668, par. 59).

[47] Modifié pour tenir compte de l'extension proposée de l'article premier.

[48] Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il convient de conserver cette phrase compte tenu de la décision prise à sa quinzième session de supprimer la disposition exigeant l'approbation d'une autorité supérieure dans des cas semblables. À cette session, il a décidé qu'il examinerait la question de savoir si cette disposition devrait être appliquée au cas par cas (A/CN.9/668, par. 122).

[49] Fondé sur l'article 19-2 de la Loi type de 1994, qui a été modifié pour tenir compte des révisions qu'il a été convenu d'apporter aux dispositions similaires applicables dans le cadre de la procédure de sollicitation d'une source unique conformément à l'article 7-7 a) ii) (A/CN.9/668, par. 56).

[50] Fondé sur l'article 46 de la Loi type de 1994.

3) L'entité adjudicatrice peut, durant la première étape, engager, avec tout fournisseur ou entrepreneur dont l'offre n'a pas été rejetée en application des articles [16 et 32-3] des négociations au sujet de tout aspect de son offre.

4) Durant la deuxième étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, l'entité adjudicatrice invite les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre n'a pas été rejetée à soumettre des offres finales accompagnées de prix correspondant aux descriptions de l'objet du marché[51]. Lorsqu'elle définit ces descriptions[52], l'entité adjudicatrice peut supprimer ou modifier tout aspect, initialement prévu dans le dossier de sollicitation, des caractéristiques techniques ou qualitatives de l'objet du marché et tout critère initialement énoncé dans ce dossier pour l'évaluation et la comparaison des offres et pour la détermination de l'offre à retenir, et elle peut ajouter de nouvelles caractéristiques ou de nouveaux critères conformes à la présente Loi. Ces suppressions, modifications ou ajouts sont portés à la connaissance des fournisseurs ou entrepreneurs dans l'invitation à soumettre une offre définitive qui leur est adressée. Le fournisseur ou entrepreneur qui ne souhaite pas soumettre une offre définitive peut se retirer de la procédure d'appel d'offres sans perdre la garantie de soumission qu'il aura pu être tenu de fournir. Les offres définitives sont évaluées et comparées en vue de déterminer l'offre à retenir conformément à l'article [32-4 b)][53].

Article 39. Sollicitation de propositions[54]

1) La sollicitation de propositions est adressée à autant de fournisseurs ou entrepreneurs que possible, mais à trois au moins si possible[55].

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 et d'efficacité] [d'économie ou d'efficacité] [d'efficacité économique][56]; ledit avis ne confère aucun droit aux fournisseurs ou

---

51 L'expression "descriptions de l'objet du marché" remplace le terme "spécifications" compte tenu de la nouvelle définition proposée à l'article 2.

52 Ibid.

53 Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si la Loi type devrait prévoir une autre procédure de sollicitation de propositions en deux étapes comme celle prévue dans les instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé qui ressemble à l'appel d'offres en deux étapes sauf qu'elle i) n'exige pas que le prix ne soit pas mentionné dans les propositions initiales, et ii) qu'elle autorise les négociations après la soumission des propositions correspondant à l'ensemble unique et définitif de spécifications.

54 Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il faudrait réviser cet article pour y incorporer les dispositions des articles 43, 44 et 48 de la Loi type de 1994 et pour l'aligner sur les dispositions pertinentes des instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé.

55 Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il convient de juxtaposer cet article et l'article suivant, et de modifier l'ordre des articles.

56 Le Groupe de travail voudra peut-être examiner laquelle des trois expressions entre crochets devrait être retenue dans les dispositions, en tenant compte de l'article 7-3 proposé (qui parle "d'efficacité économique") et des dispositions existantes de la Loi type (qui ne sont pas

entrepreneurs et, en particulier, il ne les autorise pas à exiger qu'une proposition soit évaluée[57].

3) La sollicitation de propositions émise par l'entité adjudicatrice comporte, au minimum, les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) La description de l'objet du marché, conformément à l'article [11], y compris les paramètres techniques et autres auxquels la proposition doit se conformer, ainsi que, pour un marché de travaux, l'emplacement des travaux à effectuer et, pour un marché de services, le lieu où les services doivent être fournis[58];

c) Les renseignements sur les critères d'évaluation, la procédure d'évaluation et l'évaluation de la conformité des propositions, comme spécifié dans l'article [12-4 a)[59]]; et

d) La forme sous laquelle la proposition doit être présentée et toutes instructions pertinentes, y compris les délais d'exécution éventuels.

4) Toute modification ou clarification de la sollicitation de propositions, y compris toute modification des critères d'évaluation des propositions, tels que spécifiés dans la sollicitation de propositions conformément au paragraphe 3 du présent article, est communiquée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de sollicitation de propositions.

5) L'entité adjudicatrice [peut négocier] [négocie][60] avec les fournisseurs ou entrepreneurs au sujet de leurs propositions et peut demander ou autoriser une modification de ces propositions, sous réserve que les conditions de l'article 21 soient remplies et la possibilité de participer aux négociations est donnée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des propositions qui n'ont pas été rejetées[61].

6) À l'issue des négociations, l'entité adjudicatrice prie tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui restent en compétition de soumettre, d'ici une date donnée, leur meilleure offre définitive couvrant tous les aspects de leurs propositions.

---

conséquentes dans l'utilisation des deux autres expressions) (voir art. 20 et 48-2).

[57] Le Groupe de travail est invité à examiner l'effet de ce dernier énoncé compte tenu de la suppression des exceptions à la procédure de recours. L'une des exceptions mentionnées à l'article 52-2 de la Loi type de 1994 (al. e)) correspondait au refus de l'entité adjudicatrice de donner suite à une manifestation d'intérêt pour la participation à une procédure de sollicitation de propositions conformément à l'article 48-2. L'intention des rédacteurs de la Loi type de 1994 était d'exclure expressément ces cas de la procédure de recours et de la responsabilité de la part de l'entité adjudicatrice. Des considérations similaires s'appliquent aux options 1 et 2 du nouvel article 34-3 proposé (voir plus haut).

[58] Modifié pour tenir compte du nouvel article 11 proposé.

[59] Modifié pour tenir compte du nouvel article 12 proposé.

[60] Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si le mot "peut" est approprié dans ce contexte (formulation de la Loi type de 1994).

[61] Fondé sur l'article 48-7 tel que modifié pour tenir compte du nouvel article 21 proposé.

7) L'entité adjudicatrice applique les méthodes suivantes pour l'évaluation des propositions:

a) Seuls les critères énoncés dans la sollicitation de propositions sont pris en considération[62];

b) La mesure dans laquelle une proposition permet de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice est évaluée indépendamment du prix;

c) Le prix d'une proposition n'est pris en considération par l'entité adjudicatrice qu'une fois l'évaluation technique achevée.

8) La proposition à retenir est celle qui répond le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice sur la base des critères d'évaluation des propositions et des coefficients de pondération ainsi que des modalités d'application de ces critères spécifiés dans la sollicitation de propositions, qui répond le mieux à ses besoins[63, 64].

Article 40. Négociation avec appel à la concurrence[65]

1) Dans la procédure de négociation avec appel à la concurrence, l'entité adjudicatrice engage des négociations avec un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour qu'il y ait réellement concurrence.

2) Les conditions, directives, documents, éclaircissements ou autres éléments d'information relatifs aux négociations qui sont communiqués par l'entité adjudicatrice à un fournisseur ou entrepreneur sont communiqués également à tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs ayant engagé des négociations sur la passation du marché avec l'entité adjudicatrice.

3) Une fois les négociations achevées, l'entité adjudicatrice demande aux fournisseurs ou entrepreneurs qui participent encore à la procédure de soumettre, à une date donnée, leur meilleure offre définitive concernant tous les aspects de leurs propositions.

4) L'offre à retenir est celle qui répond le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice[66].

---

[62] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner de quelle manière les dispositions de l'article 12 proposé devraient s'appliquer dans le contexte d'une passation de marchés négociée.

[63] Modifié pour tenir compte du nouvel article 19 proposé.

[64] Les procédures présentées aux paragraphes 5 à 8 du présent article, qui sont fondées sur les paragraphes 7 à 10 de l'article 48 de la Loi type de 1994, ressemblent aux procédures de sélection avec négociations simultanées exposées à l'article 43 de la Loi type de 1994. Étant donné que le chapitre IV de la Loi type de 1994 prévoit en outre la procédure de sélection suivie d'une négociation (art. 44), le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'élargir les dispositions sur la négociation dans le présent article révisé en prévoyant deux types de négociations dans le contexte de la sollicitation de propositions. Il voudra peut-être lire le projet d'article révisé en conjonction avec les articles 43 et 44 du texte de 1994.

[65] Fondé sur l'article 49 de la Loi type de 1994.

[66] Une définition de la proposition à retenir a été ajoutée pour tenir compte du projet d'article 19 modifié et de la nouvelle définition correspondante proposée à l'article 2. Voir toutefois le projet d'article 12 modifié et les commentaires s'y rapportant.

A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.4 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa seizième session

ADDITIF

La présente note contient un projet d'article unique sur la sollicitation de propositions et la négociation avec appel à la concurrence dont le Groupe de travail était saisi à sa quinzième session, mais qu'il n'a pas examiné (A/CN.9/668, par. 210 à 212). Ce texte vise à remplacer les dispositions correspondantes de la Loi type de 1994. La note contient également les dispositions proposées pour les chapitres V (Conditions d'utilisation et procédures concernant les enchères électroniques inversées) et VI (Procédures d'accords-cadres)[1].

L'attention du Groupe de travail est appelée sur les projets d'articles 48 et 50, qu'il avait décidé d'examiner à un stade ultérieur.

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes qui accompagnent le texte.

CHAPITRE IV. CONDITIONS D'UTILISATION ET PROCÉDURES CONCERNANT L'APPEL D'OFFRES EN DEUX ÉTAPES, LA SOLLICITATION DE PROPOSITIONS ET LA NÉGOCIATION AVEC APPEL À LA CONCURRENCE
(*suite*)

[1] À sa quinzième session, le Groupe de travail est convenu d'examiner des propositions rédactionnelles concernant le chapitre sur les procédures d'accords-cadres qui visent à autoriser les négociations dans le contexte des accords-cadres. Il a été convenu que les dispositions pertinentes seraient élaborées en même temps que le texte révisé du chapitre IV (A/CN.9/668, par. 224).

[Article [39]. Négociation avec appel à la concurrence[2]

1) Dans la procédure de négociation avec appel à la concurrence, l'entité adjudicatrice engage des négociations avec un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour qu'il y ait réellement concurrence.

2) La sollicitation de propositions est adressée à autant de fournisseurs ou entrepreneurs que possible, mais à trois au moins si possible.

3) 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 et d'efficacité] [d'économie ou d'efficacité] [d'efficacité économique][3]; 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.

4) L'entité adjudicatrice établit les critères à utiliser pour évaluer les propositions et fixe le coefficient de pondération dont sera affecté chacun de ces critères et la manière dont ils seront appliqués pour évaluer les propositions. Ces critères doivent permettre d'évaluer:

a) La compétence relative du fournisseur ou entrepreneur en matière de technique et de gestion;

b) La mesure dans laquelle la proposition présentée par le fournisseur ou entrepreneur permet de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice; et

c) Le prix proposé par le fournisseur ou entrepreneur pour mettre en œuvre sa proposition et le coût de l'exploitation, de l'entretien et de la réparation des biens ou travaux proposés[4].

---

[2] À sa quinzième session, le Groupe de travail était saisi de l'article proposé. Il a fusionné les articles sur la sollicitation de propositions et la négociation avec appel à la concurrence (articles 48 et 49 de la Loi type de 1994) au motif que la sollicitation de propositions était généralement utilisée pour lancer des négociations avec appel à la concurrence (A/CN.9/668, par. 211). Il a décidé de reporter à un stade ultérieur l'examen de l'article proposé et des autres dispositions du chapitre IV (A/CN.9/668, par. 212). Il voudra peut-être tenir compte du fait que la fusion de ces deux articles supprimerait le grand degré de souplesse actuellement prévu dans l'article sur la négociation avec appel à la concurrence (article 49 de la Loi type de 1994). Il voudra peut-être également examiner s'il faudrait et, le cas échéant, de quelle manière incorporer les dispositions de l'article 44 de la Loi type de 1994 sur les procédures de sélection avec négociations consécutives dans la Loi type révisée. L'article unique proposé ne prévoit que la procédure de sélection avec négociations simultanées.

[3] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner laquelle des trois expressions entre crochets devrait être retenue dans les dispositions, compte tenu de l'article 7-3 proposé (qui parle "d'efficacité économique") et des dispositions existantes de la Loi type (qui ne sont pas cohérentes dans l'utilisation des deux autres expressions) (voir articles 20 et 48-2).

[4] Le Groupe de travail voudra peut-être tenir compte du fait que les dispositions de ce paragraphe reprennent les dispositions de l'article 12 et qu'elles devraient donc être supprimées.

5) La sollicitation de propositions émise par l'entité adjudicatrice comporte, au minimum, les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) La description des besoins que le marché devra satisfaire, y compris les paramètres techniques et autres auxquels la proposition doit se conformer, ainsi que, pour un marché de travaux, l'emplacement des travaux à effectuer et, pour un marché de services, le lieu où les services doivent être fournis[5];

c) Les critères d'évaluation de la proposition, exprimés, dans la mesure du possible, en termes monétaires, le coefficient de pondération dont sera affecté chacun de ces critères et la manière dont ils seront appliqués pour l'évaluation de la proposition[6]; et

d) La forme sous laquelle la proposition doit être présentée et toutes instructions pertinentes, y compris les délais d'exécution éventuels.

6) Toute modification ou clarification de la sollicitation de propositions, y compris toute modification des critères d'évaluation des propositions visés au paragraphe 3 du présent article, est communiquée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de sollicitation de propositions.

7) L'entité adjudicatrice traite toutes les propositions d'une manière qui permet d'éviter que leur contenu soit divulgué aux fournisseurs ou entrepreneurs en concurrence[7].

8) L'entité adjudicatrice [peut négocier] [négocie][8] avec les fournisseurs ou entrepreneurs au sujet de leurs propositions et peut demander ou autoriser une modification de ces propositions, sous réserve que les conditions suivantes soient remplies:

a) Toute négociation entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur est confidentielle[9];

b) Sous réserve des dispositions de l'article [22], une partie aux négociations ne doit révéler à personne aucune information technique, aucune

---

[5] Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de modifier l'alinéa pour tenir compte de la nouvelle définition de la "description" qui figure dans l'article 2, de l'article 11 proposé et des révisions apportées aux dispositions similaires prévues dans le contexte des procédures d'appel d'offres (article 27 d)).

[6] Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de modifier l'alinéa pour l'aligner sur l'article 12 proposé et sur les révisions apportées aux dispositions similaires prévues dans le contexte des procédures d'appel d'offres (article 27 e)).

[7] Le Groupe de travail voudra peut-être tenir compte du fait que les dispositions de ce paragraphe reprennent les dispositions de l'article 21 et qu'elles devraient donc être supprimées.

[8] Le Groupe de travail voudra peut-être tenir compte du fait que, compte tenu du paragraphe 1 de l'article proposé, il faudrait utiliser le mot "négocie", et non les mots "peut négocier", comme cela est proposé.

[9] Le Groupe de travail voudra peut-être tenir compte du fait que les dispositions de ce paragraphe reprennent celles de l'article 21 proposé et sont donc superflues.

information relative au prix ni aucune autre information commerciale concernant les négociations, sans le consentement de l'autre partie[10];

c) La possibilité de participer aux négociations est donnée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des propositions qui n'ont pas été rejetées.

9) Les conditions, directives, documents, éclaircissements ou autres éléments d'information relatifs aux négociations qui sont communiqués par l'entité adjudicatrice à un fournisseur ou entrepreneur sont communiqués également à tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs ayant engagé des négociations sur la passation du marché avec l'entité adjudicatrice.

10) Les négociations entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs sont confidentielles et, sous réserve des dispositions de l'article [22], une partie aux négociations ne doit révéler à personne aucune information technique, aucune information relative au prix ni aucune autre information commerciale concernant les négociations, sans le consentement de l'autre partie[11].

11) Une fois les négociations achevées, l'entité adjudicatrice demande aux fournisseurs ou entrepreneurs qui participent encore à la procédure de soumettre, à une date donnée, leur meilleure offre définitive concernant tous les aspects de leurs propositions. L'entité adjudicatrice sélectionne l'offre à retenir sur la base de ces meilleures offres définitives[12].

12) L'entité adjudicatrice applique les méthodes suivantes pour l'évaluation des propositions:

a) Seuls les critères visés au paragraphe 3 du présent article qui sont énoncés dans la sollicitation de propositions sont pris en considération;

b) La mesure dans laquelle une proposition permet de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice est évaluée indépendamment du prix;

c) Le prix d'une proposition n'est pris en considération par l'entité adjudicatrice qu'une fois l'évaluation technique achevée.

13) L'entité adjudicatrice attribue le marché au fournisseur ou entrepreneur dont la proposition s'est avérée, sur la base des critères d'évaluation des propositions et des coefficients de pondération ainsi que des modalités d'application de ces critères spécifiés dans la sollicitation de propositions, être celle qui répond le mieux à ses besoins[13]."]

---

[10] Ibid.

[11] Ibid. En outre, le Groupe de travail voudra peut-être tenir compte du fait que les dispositions sont déjà contenues dans le paragraphe 8.

[12] Le Groupe voudra peut-être se demander si la deuxième phrase de ce paragraphe fait double emploi avec le paragraphe 13 proposé de cet article et pourrait, par conséquent, être supprimée.

[13] Le Groupe voudra peut-être se demander si le paragraphe devrait être aligné sur les articles 12 et 19 proposés et s'il applique de manière exacte la définition de la soumission à retenir de l'article 2.

CHAPITRE V. [CONDITIONS D'UTILISATION ET PROCÉDURES CONCERNANT LES] ENCHÈRES ÉLECTRONIQUES INVERSÉES

Article 41. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées[14]

1) L'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation de marché en recourant à une enchère électronique inversée ou utiliser une enchère électronique inversée pour déterminer la soumission à retenir dans d'autres méthodes de passation, selon le cas, conformément aux dispositions du présent chapitre et dans les conditions suivantes:

a) Lorsqu'il lui est possible de formuler des descriptions détaillées et précises de l'objet du marché;

b) Lorsqu'il y a un marché concurrentiel de fournisseurs ou d'entrepreneurs dont on pense qu'ils sont qualifiés pour participer à l'enchère électronique inversée de sorte qu'une concurrence effective soit assurée; et

c) Lorsque les critères à utiliser par l'entité adjudicatrice pour déterminer la soumission à retenir sont quantifiables et peuvent être exprimés en termes monétaires.

2) Les enchères électroniques inversées portent:

a) Sur le prix lorsque le marché doit être attribué au prix le plus bas; ou

b) Lorsque le marché doit être attribué à la soumission la plus basse résultant de l'évaluation, sur le prix et les autres critères à utiliser par l'entité adjudicatrice pour déterminer la soumission à retenir précisés conformément à l'article [12] et énoncés dans l'avis de l'enchère électronique inversée.

3) Lorsque le marché est attribué sur la base de la soumission la plus basse résultant de l'évaluation, l'enchère électronique inversée est précédée d'une évaluation de la conformité et d'une évaluation complète des soumissions initiales conformément aux critères à utiliser par l'entité adjudicatrice pour déterminer la soumission à retenir et au coefficient de pondération de ces critères, spécifiés conformément à l'article [12] et énoncés dans l'avis de l'enchère électronique inversée. L'invitation à participer à l'enchère est accompagnée du résultat de l'évaluation de la conformité et de l'évaluation complète des soumissions initiales conformément aux dispositions de l'article [44-4].

---

[14] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé l'article tel que révisé à cette session (A/CN.9/668, par. 216).

Article 42. Procédures pour solliciter la participation à une procédure de passation impliquant le recours aux enchères électroniques inversées[15]

1) Lorsqu'une enchère électronique inversée doit être utilisée comme méthode [autonome] de passation, l'entité adjudicatrice fait publier un avis d'enchère électronique inversée conformément aux procédures énoncées à l'article [24] de la présente Loi.

2) Nonobstant le paragraphe 1 du présent article, lorsque la participation à la procédure de passation de marché est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux en application de l'article [7-6 c) i) et ii)] de la présente Loi, l'entité adjudicatrice n'est pas tenue de recourir aux procédures prévues aux articles 14-1 c), 24-2, [25 h) et i), et 27 j), k) et s)] de la présente Loi[16].

3) Lorsqu'une enchère électronique inversée doit être utilisée dans une autre méthode de passation de marché, l'entité adjudicatrice, lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à cette procédure, leur annonce, selon qu'il convient, qu'une enchère électronique inversée sera tenue[17].

Article 43. Teneur de l'avis d'enchère électronique inversée[18]

1) L'avis d'enchère électronique inversée comporte, au minimum, [outre les informations requises pour la méthode de passation concernée], les renseignements suivants:

a) Lorsqu'une enchère électronique inversée doit être utilisée comme méthode [autonome] de passation, les informations énoncées à l'article [25 a), d) et e), et à l'article 27 d), f), h) à j) et t) à y)];

b) Les critères à utiliser par l'entité adjudicatrice pour déterminer la soumission à retenir, y compris tous critères autres que le prix, le coefficient de pondération de tous les critères, la formule mathématique à utiliser dans la

---

[15] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article sans modification (A/CN.9/668, par. 222).

[16] Le Groupe voudra peut-être se demander s'il faudrait indiquer expressément les dispositions de la Loi type qui, outre les dispositions d'application générale (des chapitres I et VII), s'appliqueraient aux enchères comme méthode autonome de passation. Certaines autres dispositions, telles celles énoncées à l'article 43-1 a), s'appliquent expressément dans cet article, mais le Groupe de travail pourra considérer qu'il peut exister une certaine incertitude quant à la mesure dans laquelle, par exemple, les dispositions pertinentes des chapitres II et III s'appliquent. Voir, notamment, la note de bas de page 20 ci-après.

[17] Le Groupe voudra peut-être se demander s'il faut indiquer expressément que l'annonce constitue un avis d'enchère électronique inversée aux fins de l'article suivant.

[18] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article sans modification (A/CN.9/668, par. 222).

procédure d'évaluation et l'indication de tout critère ne pouvant pas être modifié pendant le déroulement de l'enchère[19];

c) La manière dont on pourra accéder à l'enchère électronique inversée, et les renseignements concernant le dispositif électronique utilisé et les spécifications techniques de connexion;

d) Les modalités et, si ces renseignements sont déjà déterminés, les délais d'inscription pour participer à l'enchère;

e) Les critères de clôture de l'enchère et, si ces renseignements sont déjà déterminés, la date et l'heure de l'ouverture de l'enchère;

f) Si l'enchère comportera une seule phase ou plusieurs (et, s'il y en a plusieurs, leur nombre et la durée de chacune d'entre elles); et

g) Les règles de conduite de l'enchère électronique inversée, ainsi que les informations qui seront mises à la disposition des soumissionnaires au cours de l'enchère et les conditions dans lesquelles ils peuvent enchérir.

2) Lorsqu'une enchère électronique inversée doit être utilisée comme méthode [autonome] de passation, l'entité adjudicatrice peut décider d'imposer un nombre minimum et/ou maximum de fournisseurs ou entrepreneurs à inviter à l'enchère si elle a la certitude que, ce faisant, elle assure qu'une concurrence effective et un traitement équitable seront maintenus. Dans ce cas, l'avis de l'enchère électronique inversée indique ce nombre et, lorsque c'est le maximum qui est imposé, les critères et la procédure qui seront utilisés pour le déterminer[20].

3) L'entité adjudicatrice peut décider de faire précéder l'enchère électronique inversée d'une présélection [conformément à l'article [15]]. Dans ce cas, l'avis de l'enchère électronique inversée contient une invitation à présenter une demande de présélection [et comporte les informations énoncées à l'article [15-3]][21].

4) L'entité adjudicatrice peut décider de faire précéder l'enchère électronique inversée d'une évaluation pour déterminer si les soumissions sont ou non conformes. Dans ce cas, l'avis de l'enchère électronique inversée contient une invitation à présenter des soumissions initiales et comporte les renseignements énoncés aux articles [25 f) à j) et 27 a), k) à s) et z)], ainsi que des informations sur les procédures utilisées pour cette évaluation.

5) Lorsqu'une évaluation complète des soumissions initiales (en plus d'une évaluation de la conformité) est requise conformément aux dispositions de l'article [41-3], l'avis de l'enchère électronique inversée contient une invitation à présenter des soumissions initiales et comporte les renseignements énoncés aux

---

[19] Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si l'inclusion d'un renvoi exprès à l'article 12 proposé et d'une disposition prévoyant une formule mathématique serait préférable au libellé actuel, afin d'éviter toute divergence ou incohérence apparente entre cette disposition et l'article 12 proposé.

[20] Le Groupe de travail voudra peut-être assurer la cohérence entre cette disposition et celles relatives à la limitation du nombre de participants de l'article 34 proposé.

[21] Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il faudrait appliquer toutes les dispositions de l'article 15 proposé (Procédure de présélection) au moyen d'un renvoi, ou si un renvoi plus limité à l'article 15-3 suffirait.

articles [25 f) à j) et 27 a), k) à s) et z)], ainsi que des informations sur les procédures utilisées pour cette évaluation.

Article 44. Invitation à participer à l'enchère électronique inversée[22]

1) Sous réserve des dispositions des paragraphes 2 à 4 du présent article, l'avis de l'enchère électronique inversée constitue une invitation à participer à l'enchère et doit être complet à tous égards, y compris en ce qui concerne les renseignements énoncés au paragraphe 5 du présent article.

2) Lorsqu'une limite a été imposée au nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs à inviter à l'enchère conformément à l'article [43-2], l'entité adjudicatrice envoie une invitation à participer à l'enchère individuellement et simultanément à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs choisis, en fonction du nombre fixé et conformément aux critères et à la procédure spécifiés dans l'avis de l'enchère électronique inversée[23].

3) Lorsque l'enchère a été précédée d'une présélection des fournisseurs ou entrepreneurs conformément aux articles [15 et 43-3], l'entité adjudicatrice:

a) Fait promptement savoir à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs concernés s'ils ont été sélectionnés ou non et, lorsqu'un fournisseur ou entrepreneur qui n'a pas été sélectionné le demande, lui communique promptement les motifs de sa décision[24];

b) Envoie l'invitation à participer à l'enchère individuellement et simultanément à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés conformément à l'article [15] de la présente Loi.

4) Lorsque l'enchère a été précédée d'une évaluation de la conformité ou d'une évaluation complète des soumissions initiales [conformément aux articles [[11], [12], 26, 28 à 30, 31-1, 32-1 et 2 et 43-4 et 5,]], l'entité adjudicatrice:

a) Fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur concerné si sa soumission est conforme. Lorsque la soumission d'un fournisseur ou entrepreneur n'est pas conforme et est donc rejetée en application de l'article [32-3], l'entité adjudicatrice, sur demande, communique promptement au fournisseur ou

---

[22] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé l'article sans modification (A/CN.9/668, par. 222).

[23] Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si le Guide devrait expliquer que, lorsque le nombre de participants est inférieur au nombre maximum autorisé, tous les participants doivent être invités à participer.

[24] Disposition supplémentaire destinée à assurer la cohérence avec l'article 15 proposé. Comme il a été indiqué dans la note de bas de page 21 ci-dessus, le Groupe de travail voudra peut-être appliquer toutes les dispositions de l'article 15 proposé à cette procédure, auquel cas cette disposition supplémentaire ne serait plus nécessaire. Le Groupe voudra peut-être expliquer dans le Guide que l'avis informant le fournisseur qu'il a été sélectionné peut figurer dans l'invitation à participer (il en va de même pour toute évaluation de la conformité et pour le résultat de toute évaluation complète).

entrepreneur concerné les motifs pour lesquels sa soumission initiale a été jugée non conforme[25];

b) Envoie une invitation à participer à l'enchère individuellement et simultanément à chaque fournisseur ou entrepreneur dont la soumission initiale était conforme. L'entité adjudicatrice communique également à chaque fournisseur ou entrepreneur concerné le résultat de toute évaluation complète de sa soumission initiale respective[26].

5) L'invitation à participer à l'enchère électronique inversée contient les renseignements suivants, à moins qu'ils ne figurent déjà dans l'avis de l'enchère:

a) Les délais que doivent respecter les fournisseurs et entrepreneurs invités pour participer à l'enchère;

b) La date et l'heure d'ouverture de l'enchère;

c) Les formalités d'inscription et d'identification des soumissionnaires lors de l'ouverture de l'enchère;

d) Des informations concernant la connexion individuelle au dispositif électronique utilisé; et

e) Toute autre information concernant l'enchère électronique inversée qui peut être nécessaire pour permettre au fournisseur ou à l'entrepreneur de participer à l'enchère.

6) L'entité adjudicatrice veille à ce que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à participer à l'enchère soit suffisant pour assurer une concurrence effective.

Article 45. Inscription pour participer à l'enchère électronique inversée et délai pour tenir l'enchère[27]

1) L'inscription d'un fournisseur ou d'un entrepreneur pour participer à l'enchère est confirmée rapidement et individuellement.

2) Si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui se sont inscrits pour participer à l'enchère est, de l'avis de l'entité adjudicatrice, insuffisant pour assurer une concurrence effective, l'entité adjudicatrice peut annuler l'enchère électronique inversée. Cette annulation est communiquée rapidement et individuellement à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs inscrits.

---

[25] Disposition supplémentaire destinée à assurer la cohérence avec l'article 15 proposé. Comme il a été indiqué dans la note de bas de page 21 ci-dessus, le Groupe de travail voudra peut-être appliquer toutes les dispositions de l'article 15 proposé à cette procédure, auquel cas cette disposition supplémentaire ne serait plus nécessaire.

[26] Le Groupe de travail voudra peut-être se demander quelles indications devraient être données dans le Guide en ce qui concerne l'étendue des informations à fournir sur le résultat de l'évaluation complète. Voir, également, la note de bas de page 30 ci-après.

[27] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé l'article sans modification (A/CN.9/668, par. 222).

3) L'enchère ne débute pas avant l'expiration d'un délai adéquat à compter de la date de publication de l'avis de l'enchère électronique inversée ou, lorsque des invitations à participer à l'enchère sont envoyées, à compter de la date d'envoi des invitations à tous les fournisseurs ou entrepreneurs concernés. Ce délai est suffisamment long pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de se préparer à l'enchère, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice[28].

Article 46. Exigences pendant la phase d'enchère proprement dite[29]

1) Au cours d'une enchère électronique inversée:

a) Tous les soumissionnaires ont en permanence et dans des conditions d'égalité la possibilité de présenter leurs soumissions;

b) Toutes les soumissions font l'objet d'une évaluation automatique conformément aux critères et aux autres renseignements pertinents inclus dans l'avis de l'enchère électronique inversée;

c) Chaque soumissionnaire doit recevoir instantanément et de façon continue pendant l'enchère des informations suffisantes pour lui permettre de déterminer la position de sa soumission par rapport aux autres[30];

d) Aucune communication n'est échangée entre l'entité adjudicatrice et les soumissionnaires ou entre les soumissionnaires, sauf conformément aux alinéas a) et c) du présent paragraphe.

2) L'entité adjudicatrice ne révèle l'identité d'aucun soumissionnaire pendant l'enchère.

3) L'enchère est close suivant les critères énoncés dans l'avis de l'enchère électronique inversée.

4) L'entité adjudicatrice suspend l'enchère électronique inversée ou y met fin en cas de défaillance de son système de communication qui compromet le bon déroulement de l'enchère ou pour d'autres raisons énoncées dans les règles de conduite de l'enchère électronique inversée. L'entité adjudicatrice ne révèle l'identité d'aucun soumissionnaire lorsque l'enchère est suspendue ou qu'il y est mis fin.

---

[28] Les mots "compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice" ont été ajoutés pour assurer la cohérence avec d'autres dispositions similaires de la Loi type (voir, par exemple, les articles 15-3 i) et 29-1 du présent projet de texte).

[29] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé l'article sans modification (A/CN.9/668, par. 222).

[30] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé l'alinéa sans modification, mais est convenu que le Guide appellerait l'attention sur les risques de collusion qui pourraient survenir lorsque des informations sur d'autres offres sont fournies et donnerait des exemples de bonnes pratiques pour les limiter.

Article 47. Exigences après la phase d'enchère proprement dite[31]

1) La soumission dont il est établi, au moment de la clôture de l'enchère, qu'elle représente le prix le plus bas ou [la soumission la plus basse résultant de l'évaluation] [la meilleure soumission selon l'évaluation][32], selon le cas, est la soumission à retenir.

2) Qu'elle ait ou non ouvert une procédure de présélection en application de l'article [15], l'entité adjudicatrice peut exiger du soumissionnaire ayant présenté la soumission dont il a été déterminé, au moment de la clôture de l'enchère, qu'elle est la soumission à retenir, qu'il confirme ses qualifications selon des critères et procédures conformes aux dispositions de l'article [10]. S'il ne le fait pas, l'entité adjudicatrice rejette la soumission. À moins qu'elle n'ait décidé, en application de l'article [16-1], de rejeter toutes les soumissions restantes, elle retient la soumission suivante la plus basse ou la soumission suivante la plus basse résultant de l'évaluation, au moment de la clôture de l'enchère, sous réserve que, le cas échéant, le soumissionnaire qui l'a présentée puisse confirmer ses qualifications.

3) Lorsqu'elle n'a pas évalué la conformité des soumissions initiales avant l'enchère, l'entité adjudicatrice évalue après l'enchère la conformité de la soumission dont il a été déterminé, au moment de la clôture de l'enchère, qu'elle est la soumission à retenir. Elle rejette la soumission si elle la juge non conforme. À moins qu'elle n'ait décidé, en application de l'article [16-1], de rejeter toutes les soumissions restantes, elle retient la soumission suivante la plus basse ou la soumission suivante la plus basse résultant de l'évaluation, au moment de la clôture de l'enchère, sous réserve qu'elle soit jugée conforme.

4) L'entité adjudicatrice peut procéder de la manière décrite dans l'article [17] si la soumission dont il a été déterminé, au moment de la clôture de l'enchère, qu'elle est la soumission à retenir suscite des craintes quant à l'aptitude du soumissionnaire qui l'a présentée à exécuter le marché. Si l'entité adjudicatrice rejette la soumission pour les motifs mentionnés à l'article [17], elle retient la soumission suivante la plus basse ou la soumission suivante la plus basse résultant de l'évaluation, au moment

---

[31] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé l'article sous réserve de l'examen ultérieur de la proposition tendant à remplacer les mots "la soumission la plus basse résultant de l'évaluation" par les mots "la meilleure soumission selon l'évaluation", (A/CN.9/668, par. 222). Voir la note de bas de page suivante.

[32] À la quinzième session du Groupe de travail, il a été suggéré de remplacer les mots "la soumission la plus basse résultant de l'évaluation" par les mots "la meilleure soumission selon l'évaluation", puisque dans la pratique la soumission qui était acceptée était la plus élevée ou la meilleure, et non la plus basse, selon l'évaluation. Les dispositions, a-t-on fait observer, telles que rédigées actuellement pourraient prêter inutilement à confusion. Le Groupe de travail a noté que la modification suggérée devrait être examinée conjointement avec d'autres dispositions de la Loi type. Il a également été fait remarquer que les termes employés dans le projet d'article s'inspiraient de ceux employés dans le texte de 1994. Le Groupe de travail a décidé d'examiner la question à un stade ultérieur (A/CN.9/668, par. 220 et 222). Cette question a été examinée dans le contexte des articles 12 et 32-4 b) ii) proposés du présent projet de texte. Le Groupe de travail voudra peut-être, en conséquence, envisager d'harmoniser l'utilisation de ces termes et de termes similaires dans l'ensemble de la Loi type. Voir également le débat mené à ce sujet dans le document A/CN.9/WG.I/WP.68, section II.B.1.

de la clôture de l'enchère, étant entendu qu'elle se réserve le droit, conformément à l'article [16-1], de rejeter toutes les offres restantes.

CHAPITRE VI. PROCÉDURES D'ACCORDS-CADRES[33]

Article 48. Conditions d'utilisation d'une procédure d'accord-cadre[34]

1) Une entité adjudicatrice peut engager une procédure d'accord-cadre conformément au présent chapitre lorsqu'elle conclut que:

a) L'objet du marché [devrait être/sera] nécessaire de manière [récurrente ou indéterminée][35] pendant une période donnée; ou

b) L'objet du marché peut, de par sa nature, être nécessaire de façon urgente pendant une période donnée; ou

[c) Autres motifs et circonstances qui justifient le recours à une procédure d'accord-cadre.][36]

2) L'entité adjudicatrice inclut dans le procès-verbal prévu à l'article [22] de la présente Loi un exposé des motifs et des circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier le recours à une procédure d'accord-cadre et le type d'accord-cadre choisi[37].

---

[33] À la quinzième session du Groupe de travail, l'avis a été exprimé qu'il pourrait être nécessaire d'autoriser des procédures négociées après la conclusion d'un accord-cadre. Il a été proposé que les dispositions autorisant les négociations dans le contexte des accords-cadres soient élaborées avec le chapitre IV. Le Groupe de travail a accepté cette suggestion.

[34] À sa quinzième session, le Groupe de travail est convenu de déplacer vers l'article 2 les définitions qu'il avait été proposé de faire figurer dans cet article conformément à la note A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.4 établie par le Secrétariat (A/CN.9/668, par. 229 et 273 f)). Le Groupe de travail a repoussé à un stade ultérieur l'examen des autres révisions qu'il a été proposé d'apporter au projet d'article (A/CN.9/668, par. 229).

[35] L'une des questions dont l'examen a été repoussé à un stade ultérieur par le Groupe de travail était une proposition faite à la quinzième session de réexaminer l'insertion et l'étendue des conditions d'utilisation (A/CN.9/668, par. 227 à 229). Les variantes entre crochets ont été proposées au Secrétariat par les participants à la session en vue de leur examen ultérieur par le Groupe de travail, l'attention étant appelée sur le fait que le terme "indéterminée" renvoie à une durée et/ou à des quantités inconnues.

[36] À la quinzième session du Groupe de travail, il a par ailleurs été suggéré qu'on pourrait insérer un alinéa c) supplémentaire qui autoriserait, en termes généraux, l'entité adjudicatrice à avoir recours à des procédures d'accords-cadres sous réserve qu'elle justifie sa décision dans le procès-verbal de la procédure de passation (A/CN.9/668, par. 228).

[37] À la quinzième session du Groupe de travail, il a été suggéré de regrouper toutes les dispositions de ce chapitre ayant trait au procès-verbal de la procédure de passation afin de les examiner de manière plus poussée à une date ultérieure (A/CN.9/668, par. 229). Le Secrétariat a regroupé, dans ce paragraphe, le plus grand nombre possible de ces dispositions. L'idée est de les regrouper également dans un article sur le procès-verbal de la procédure de passation (article 22 du projet de Loi type révisée). Conformément à la décision prise par le Groupe de travail, l'examen des dispositions relatives au procès-verbal de la procédure de passation doit être repoussé en attendant que soient réglées toutes les questions de fond en suspens ayant trait à la

Article 49. Informations à fournir lorsque la participation à une procédure d'accord-cadre est sollicitée pour la première fois[38]

Lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à une procédure d'accord-cadre, l'entité adjudicatrice spécifie:

a) Son nom et son adresse;

b) Que la passation prendra la forme d'une procédure d'accord-cadre;

c) Le type d'accord-cadre qui sera conclu – accord-cadre ouvert ou fermé; dans le cas d'un accord-cadre fermé, s'il est avec ou sans mise en concurrence lors de la deuxième étape; et, dans le cas d'un accord-cadre fermé sans mise en concurrence lors de la deuxième étape, s'il doit être conclu avec un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs[39];

d) Toutes les informations minimales qui doivent figurer dans l'accord-cadre conformément à l'article [52] ou [54], selon le cas;

e) Dans les accords-cadres conclus avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs, le nombre minimum ou maximum éventuel de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui seront parties à l'accord;

f) Les procédures et critères que l'entité adjudicatrice utilisera pour sélectionner les parties à l'accord; pour les accords-cadres fermés, outre les critères d'évaluation, leur coefficient de pondération et la façon dont ils seront appliqués pour la sélection, et si cette dernière se fera en fonction du prix le plus bas ou de la soumission [la plus basse][40] selon l'évaluation;

g) Dans les procédures d'accords-cadres fermés, les renseignements mentionnés dans les articles 25 e) à j) et 27 a) à c) et g) à z), à moins que ceux-ci ne soient déterminés dans le cadre d'une mise en concurrence lors de la deuxième étape.

Loi type révisée, ce qui inclura également les autres dispositions de ce chapitre relatives au procès-verbal.

[38] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article tel que modifié à cette session (A/CN.9/668, par. 233).

[39] Cet alinéa a été révisé pour tenir compte des modifications apportées au projet d'article 48, notamment du déplacement de la description des différents types d'accords-cadres vers l'article consacré aux définitions (article 2 du présent projet de texte). Pour éviter de trop nombreux renvois, le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'inclure certaines des définitions les plus détaillées (indiquées dans les observations de l'article 2) dans le présent chapitre et de laisser les définitions plus générales à l'article 2.

[40] Voir la note de bas de page 27 plus haut.

Article 50. Interdiction de toute modification essentielle pendant la durée de l'accord-cadre[41]

Pendant la durée de l'accord-cadre, aucune modification des conditions de la passation de marché, ni du coefficient de pondération des critères d'évaluation, n'est permise si elle entraîne une modification essentielle de la description de l'objet du marché ou de toutes les autres conditions de la passation de marché établies lorsque la participation des fournisseurs ou entrepreneurs à une procédure d'accord-cadre est sollicitée pour la première fois conformément à l'article [49].

Article 51. [Sélection de la partie ou des parties à un accord-cadre fermé] [Première étape d'une procédure d'accord-cadre fermé][42]

1) L'entité adjudicatrice sélectionne la partie ou les parties avec laquelle ou lesquelles elle conclura un accord-cadre fermé[43]:

a) Au moyen d'une procédure d'appel d'offres, conformément aux dispositions du chapitre II de la présente Loi, sauf disposition contraire dans le présent article et dans l'article [52]; ou

b) Au moyen d'une méthode de passation du chapitre III conformément aux conditions de l'article [7-3] de la présente Loi et aux dispositions pertinentes du chapitre III, sauf disposition contraire dans le présent article et dans l'article [52];

c) Dans le cas d'un accord-cadre conclu avec un seul fournisseur ou entrepreneur, outre les méthodes de passation spécifiées dans les alinéas a) et b) du présent paragraphe, au moyen d'une procédure de sollicitation d'une source unique conformément aux conditions de l'article [7-7 a) i) et iii) à v)].

2) L'entité adjudicatrice inclut dans le procès-verbal prévu à l'article 22 de la présente Loi un exposé des motifs et des circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier l'utilisation d'une méthode de passation autre que l'appel d'offres pour sélectionner la partie ou les parties avec laquelle ou lesquelles elle conclut un accord-cadre fermé.

---

[41] À sa quinzième session, le Groupe de travail est convenu de déplacer vers l'article 2 la définition de "modification essentielle" qu'il avait été proposé de faire figurer dans cet article conformément à la note A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.4 établie par le Secrétariat (A/CN.9/668, par. 235 à 237 et 273 f)). Le Groupe de travail a repoussé à un stade ultérieur l'examen du projet d'article révisé (A/CN.9/668, par. 235 à 237).

[42] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article sans modification (A/CN.9/668, par. 238). La proposition consistant à modifier le titre (la première option entre crochets) vise à éviter toute confusion avec la sollicitation initiale prévue à l'article 49 proposé (qui serait la première étape de la procédure).

[43] Le paragraphe 1 du projet précédent a été supprimé pour assurer la cohérence avec les révisions apportées à l'article 48 proposé (déplacement des descriptions des types de procédures d'accords-cadres vers l'article 2) et parce que le type d'accord-cadre devrait déjà, à ce stade, avoir été choisi et être spécifié dans le dossier de sollicitation (voir article proposé 49 c) plus haut).

3) L'entité adjudicatrice sélectionne le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) avec le(s)quel(s) elle va conclure l'accord-cadre en se fondant sur les critères de sélection spécifiés, y compris leur coefficient de pondération et la façon dont ils seront appliqués. Elle avise promptement le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) retenus de leur sélection[44].

Article 52. Prescriptions minimales concernant les accords-cadres fermés[45]

1) Un accord-cadre fermé peut être conclu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur ou avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs[46].

2) Un accord-cadre fermé est conclu par écrit et stipule:

a) La durée d'un accord-cadre fermé ne dépasse pas [l'État adoptant spécifie un maximum] ans[47];

b) La description de l'objet du marché et toutes les autres conditions de la passation de marché déterminées au moment de la conclusion de l'accord;

c) Si elles sont connues, des estimations des conditions de la passation de marché qui ne peuvent pas être déterminées de façon suffisamment précise au moment de la conclusion de l'accord;

d) Si l'accord-cadre fermé conclu avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs prévoit, lors de la deuxième étape, une mise en concurrence pour l'attribution d'un marché au titre de l'accord[48] et, dans ce cas:

i) Les conditions qui doivent être déterminées ou précisées lors de cette mise en concurrence;

ii) La procédure et la fréquence possible[49] de cette mise en concurrence et les délais indicatifs de présentation des soumissions de la deuxième étape[50];

---

[44] Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si, compte tenu du renforcement des dispositions relatives aux recours, le paragraphe devrait également prévoir que l'entité adjudicatrice fait savoir aux fournisseurs ou entrepreneurs qu'ils n'ont pas été sélectionnés. Voir, à cet égard, le débat mené dans la note A/CN.9/WG.I/WP.68/Add.1, section H, établie par le Secrétariat.

[45] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article tel que révisé à cette session (A/CN.9/668, par. 245).

[46] Le paragraphe a été révisé suite à une proposition faite à la quinzième session du Groupe de travail selon laquelle il faudrait supprimer la référence à un nombre défini et laisser à l'État adoptant le soin de fixer le nombre requis (A/CN.9/668, par. 243).

[47] À la quinzième session du Groupe de travail, il a été convenu que le paragraphe 5 serait accompagné, dans le Guide, d'un commentaire qui soulignerait le danger des accords-cadres fermés de longue durée compte tenu du fait qu'ils risquaient de porter atteinte à la concurrence (A/CN.9/668, par. 244).

[48] Le chapeau a été remanié pour éviter de donner l'impression que tous les accords conclus avec plusieurs fournisseurs doivent comprendre une mise en concurrence lors de la deuxième étape.

[49] À la quinzième session du Groupe de travail, il a été convenu de modifier les mots "la fréquence avec laquelle celle-ci est envisagée" pour parler de la "fréquence possible" de la mise en concurrence (A/CN.9/668, par. 240).

iii) Si l'attribution d'un marché au titre de l'accord se fera en fonction du prix le plus bas ou de l'offre [la plus basse] selon l'évaluation [...];

iv) Les procédures et critères d'évaluation, y compris le coefficient de pondération de ces critères et la manière dont ils seront appliqués, conformément à l'article [12] de la présente Loi, pendant toute mise en concurrence lors de la deuxième étape. L'accord-cadre peut spécifier une fourchette dans laquelle ces coefficients de pondération pourront varier pendant cette mise en concurrence, à condition que cette variation n'entraîne pas de modification essentielle dans la passation de marché, telle que décrite à l'article [50].

3) Un accord-cadre fermé avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs prend la forme d'un accord unique entre toutes les parties, à moins que:

a) L'entité adjudicatrice estime qu'il est dans l'intérêt de l'une ou l'autre partie que des accords séparés soient conclus avec chaque fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord; et

b) L'entité adjudicatrice inclut dans le procès-verbal prévu à l'article [22] un exposé des motifs et des circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier la conclusion d'accords séparés; et

c) Les variations entre les conditions des différents accords pour une passation de marché donnée soient minimes, ne revêtent pas un caractère essentiel et portent uniquement sur les dispositions qui justifient la conclusion d'accords séparés.

4) Si l'entité adjudicatrice souhaite utiliser un accord-cadre fermé sous forme électronique, cet accord contient, outre les renseignements spécifiés dans d'autres dispositions du présent article, toutes les informations nécessaires à son bon fonctionnement, notamment des informations sur les modalités d'accès à l'accord-cadre électronique et aux avis de marchés à venir au titre de l'accord, sur le dispositif électronique utilisé, et sur les spécifications techniques de connexion.

---

[50] À la quinzième session du Groupe de travail, il a été estimé que des informations sur les délais indicatifs de présentation des soumissions de la deuxième étape devraient être communiquées aux fournisseurs ou aux entrepreneurs à l'avance. Ces informations étaient jugées importantes pour permettre à ceux-ci de décider s'ils souhaitaient devenir parties à l'accord-cadre. Il a été proposé d'aborder la question dans le contexte de l'article 49 g) dans la mesure où elle n'était pas encore traitée, et d'expliquer dans le Guide que les informations fournies revêtaient un caractère indicatif et ne liaient pas l'entité adjudicatrice (A/CN.9/668, par. 248). Le Groupe de travail voudra peut-être tenir compte du fait que dans la pratique, ce type d'information figurera plus probablement dans l'accord lui-même que dans l'avis de sollicitation. Vu que conformément à l'article 49 d) proposé, le contenu minimal de l'accord doit être dévoilé dès le début de la procédure de passation, le Groupe de travail voudra peut-être faire figurer les informations correspondantes dans le présent alinéa plutôt que dans l'article 49 g) proposé.

Article 53. Sélection des parties à une procédure d'accord-cadre ouvert[51]

1) L'entité adjudicatrice établit et gère un accord-cadre ouvert sous forme électronique.

2) Pour établir un accord-cadre ouvert, l'entité adjudicatrice publie un avis de procédure d'accord-cadre ouvert, conformément à l'article 24. L'avis contient les informations spécifiées à l'article [49].

3) Pendant la durée de l'accord-cadre ouvert, l'entité adjudicatrice:

a) Soit republie le plus souvent possible, mais au moins une fois par an, l'avis initial de la procédure d'accord-cadre ouvert, un avis d'attribution de l'accord-cadre ainsi qu'une invitation à présenter d'autres soumissions pour devenir partie à l'accord-cadre dans la ou les publications où est paru l'avis initial;

b) Soit conserve une copie des informations publiées à l'adresse du site Web ou autre adresse électronique prévue dans l'avis initial.

4) Les fournisseurs et entrepreneurs peuvent demander à devenir parties à l'accord-cadre ouvert à tout moment pendant la durée de celui-ci en présentant leurs soumissions à l'entité adjudicatrice conformément aux conditions énoncées dans l'avis de procédure d'accord-cadre ouvert.

5) L'entité adjudicatrice examine toutes les soumissions pour devenir partie à l'accord-cadre reçues pendant la durée de celui-ci dans un délai maximal de [...] jours conformément à la procédure prévue dans l'avis de la procédure d'accord-cadre ouvert.

6) L'accord-cadre est conclu avec tous les fournisseurs ou entrepreneurs, sauf si leurs soumissions ont été rejetées en application de l'article [32-3] de la présente Loi.

7) L'entité adjudicatrice peut imposer un nombre maximum de parties à l'accord-cadre ouvert en raison de limites techniques ou d'autres limites de capacité. Elle informe de l'imposition d'un tel maximum et du nombre maximum lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation à une procédure d'accord-cadre en application de l'article 49 de la présente Loi. Elle inclut, dans le procès-verbal prévu à l'article [22] de la présente Loi, un exposé des motifs et circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier l'imposition d'un tel maximum.

8) L'entité adjudicatrice fait promptement savoir aux fournisseurs ou entrepreneurs s'ils ont été sélectionnés pour être parties à l'accord-cadre[52].

---

[51] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article tel que révisé à cette session (A/CN.9/668, par. 250 à 253). Le titre intègre les changements qu'il a été proposé d'apporter au projet d'article 51.

[52] Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si, compte tenu du renforcement des dispositions relatives aux recours, le paragraphe devrait également prévoir que l'entité adjudicatrice fait savoir aux fournisseurs ou entrepreneurs qu'ils n'ont pas été sélectionnés. Voir, à cet égard, le débat mené dans la note A/CN.9/WG.I/WP.68/Add.1, section H, établie par le Secrétariat.

Article 54. Prescriptions minimales concernant les accords-cadres ouverts[53]

1) Un accord-cadre ouvert prévoit une mise en concurrence lors de la deuxième étape pour l'attribution d'un marché au titre de l'accord et comporte, en outre, au minimum les renseignements suivants:

a) La description de l'objet du marché et toutes les autres conditions de la passation de marché connues au moment de l'établissement de l'accord-cadre ouvert;

b) Les conditions qui peuvent être précisées dans le cadre de la mise en concurrence lors de la deuxième étape;

c) La ou les langues de l'accord-cadre ouvert et toutes les informations sur le fonctionnement électronique de l'accord, notamment sur les modalités d'accès à l'accord et aux avis de marchés à venir au titre de l'accord, sur le dispositif électronique utilisé et sur les arrangements et spécifications techniques;

d) Si une limite est imposée au nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs parties à l'accord, un nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs pouvant conclure l'accord-cadre;

e) Les conditions d'admission des fournisseurs ou entrepreneurs à l'accord-cadre ouvert, notamment:

i) Une clause indiquant expressément que les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander à devenir parties à l'accord-cadre à tout moment pendant la durée de celui-ci, sous réserve, le cas échéant, d'un nombre maximum de fournisseurs;

ii) Les informations spécifiées aux articles 25 e) et 27 b), c), t), u), w) et z); et

iii) Des instructions pour établir et soumettre des offres indicatives, y compris les informations mentionnées à l'article 27 i) à k);

f) Les procédures de mise en concurrence lors de la deuxième étape et la fréquence avec laquelle celle-ci est envisagée;

g) Une clause indiquant si l'attribution d'un marché au titre de l'accord-cadre se fera en fonction du prix le plus bas ou de l'offre la plus basse selon l'évaluation;

h) Les procédures et critères d'évaluation qui seront appliqués dans le cadre de la mise en concurrence de la deuxième étape, y compris le coefficient de pondération de ces critères et la manière dont ils seront appliqués conformément à l'article [12] de la présente Loi. L'accord-cadre peut spécifier une fourchette dans laquelle ces coefficients pourront varier pendant cette mise en concurrence, à condition que cette variation n'entraîne pas de modification essentielle dans la passation de marché, telle que décrite à l'article [50];

---

[53] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article tel que révisé à cette session (A/CN.9/668, par. 254).

i) La durée de l'accord-cadre[54].

2) L'entité adjudicatrice garantit, pendant toute la durée de l'accord-cadre ouvert, l'accès libre, direct et complet aux spécifications et aux conditions de l'accord ainsi qu'à toute autre information nécessaire en rapport avec son fonctionnement.

Article 55. Deuxième étape d'une procédure d'accord-cadre fermé[55]

1) Tout marché attribué au titre d'un accord-cadre l'est conformément aux conditions de ce dernier et aux dispositions du présent article.

2) Aucun marché au titre de l'accord-cadre fermé n'est attribué à des fournisseurs ou à des entrepreneurs qui n'étaient pas initialement parties à l'accord-cadre fermé.

3) a) Chaque marché envisagé au titre d'un accord-cadre fermé avec mise en concurrence lors de la deuxième étape et au titre d'un accord-cadre ouvert fait l'objet d'une invitation écrite à soumettre une offre;

b) L'entité adjudicatrice invite tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre ou, le cas échéant, tous les fournisseurs et entrepreneurs qui sont alors en mesure de répondre à ses besoins, à présenter leurs offres pour la fourniture des articles devant faire l'objet du marché;

c) L'invitation à soumettre une offre:

i) Rappelle les conditions de l'accord-cadre qui figureront dans le marché envisagé, énonce les conditions qui feront l'objet de la mise en concurrence lors de la deuxième étape et fournit de plus amples informations sur ces conditions lorsque cela est nécessaire;

ii) Rappelle les procédures et les critères de sélection pour l'attribution du marché envisagé (y compris leur coefficient de pondération et la manière dont ils seront appliqués), ainsi que les informations mentionnées à l'article 27 q) à s) et x) à z) de la présente Loi;

iii) Donne des instructions pour l'établissement des offres de la deuxième étape, y compris les informations spécifiées à l'article 27 g) à p);

iv) Fixe le moyen, les modalités et le délai de soumission des offres. Ce délai consiste en une date et heure précises et laisse suffisamment de temps aux fournisseurs ou entrepreneurs pour préparer et soumettre leurs offres, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice[56];

---

[54] À sa quinzième session, le Groupe de travail est convenu que l'article devrait faire référence à la durée de l'accord-cadre ouvert (A/CN.9/668, par. 254).

[55] À sa quinzième session, le Groupe de travail est convenu de fusionner les projets d'articles relatifs aux procédures de la deuxième étape pour les accords-cadres fermés et ouverts. Sous réserve de cette modification, il a approuvé le projet d'article quant au fond (A/CN.9/338, par. 247 et 255).

[56] Les dispositions de ce paragraphe ont été révisées afin de les rendre techniquement neutres et de les aligner sur les dispositions similaires d'autres articles du présent le projet de Loi type révisée.

d) L'entité adjudicatrice évalue toutes les offres reçues et détermine l'offre à retenir conformément aux critères d'évaluation et aux procédures prévus dans l'invitation à soumettre une offre;

e) [L'entité adjudicatrice accepte l'offre à retenir conformément à l'article 19][57].

4) L'entité adjudicatrice avise promptement par écrit tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre de l'attribution du marché, du nom et de l'adresse du fournisseur ou de l'entrepreneur auquel l'avis a été adressé et du prix du marché[58].

---

[57] À revoir en tenant compte de la décision que prendra le Groupe de travail en ce qui concerne le projet d'article 9-11, en particulier l'opportunité de prévoir un délai d'attente au stade de l'attribution des marchés conclus au titre d'accords-cadres (A/CN.9/668, par. 141 à 144).

[58] Ibid.

A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.5 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa seizième session

ADDITIF

La présente note contient les dispositions du chapitre VII (Recours) d'un texte révisé de la Loi type. Elle contient également un tableau indiquant les correspondances entre les articles du projet de Loi type révisée, ceux de la Loi type de 1994 et les nouvelles dispositions examinées à ce jour par le Groupe de travail.

CHAPITRE VII. RECOURS

Article 56. Droit de recours[1]

Tout fournisseur ou entrepreneur qui déclare avoir subi, ou qui peut subir, une perte ou un dommage causé par le non-respect des dispositions de la présente Loi peut introduire un recours conformément aux articles 57 à 61 et contester devant les instances appropriées, conformément au droit applicable, toute décision découlant de ce recours.

Article 57. Recours porté devant l'entité adjudicatrice ou devant l'autorité de tutelle[2]

1) Sans préjudice de son droit à introduire un recours directement devant une instance administrative indépendante, conformément à l'article 58 de la présente Loi, le fournisseur ou entrepreneur qui est fondé à introduire un recours en application de l'article 56 peut présenter une réclamation à l'entité adjudicatrice ou, le cas échéant, à l'autorité de tutelle[3]. Les réclamations sont présentées par écrit à condition que:

---

[1] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article sans modification (A/CN.9/668, par. 257).

[2] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé l'article tel qu'il a été révisé à cette session (A/CN.9/668, par. 259 et 260). En particulier, il a été convenu que les dispositions ne fixeraient pas de délais consistant en un nombre spécifique de jours, mais laisseraient cette information entre crochets pour que l'État adoptant la complète lui-même. Il a aussi été convenu que le Guide appellerait à cet égard l'attention des États adoptants sur le délai prévu dans l'Accord sur les marchés publics de l'OMC.

[3] Le paragraphe a été reformulé suite à la suggestion faite à la quinzième session du Groupe de travail de clarifier les dispositions de l'article proposé pour bien montrer que le recours prévu à l'article 59 était facultatif (A/CN.9/668, par. 259).

a) Les réclamations concernant les conditions de la sollicitation soient présentées au plus tard jusqu'à la date limite de présentation des soumissions;

b) Toutes les autres réclamations motivées par la procédure de passation de marché soient présentées avant l'entrée en vigueur du marché dans un délai de […] jours à compter du moment où le fournisseur ou entrepreneur auteur de la réclamation a connaissance des circonstances qui la motivent ou, au plus tard, à compter du moment où ledit fournisseur ou entrepreneur aurait dû avoir connaissance de ces circonstances.

2) À moins que la réclamation n'ait été réglée par accord entre les parties, l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle, selon le cas, rend une décision écrite, dans les […] jours qui suivent la présentation de la réclamation. Cette décision:

a) Est motivée; et

b) S'il est fait droit en tout ou en partie à la réclamation, énonce les mesures correctives qui seront prises.

3) Si l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle ne rend pas sa décision dans le délai visé au paragraphe 2 du présent article, le fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation ou l'entité adjudicatrice, selon le cas, pourra immédiatement engager la procédure prévue à l'article 58 ou 61. Une fois cette procédure engagée, l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle n'est plus compétente pour connaître de la réclamation.

Article 58. Recours porté devant une instance administrative indépendante[*, 4]

1) Le fournisseur ou entrepreneur qui est fondé à introduire un recours en application de l'article 56 peut présenter une réclamation à [insérer le nom de l'instance administrative].

2) Une réclamation est présentée par écrit dans un délai de […] jours à compter du moment où le fournisseur ou entrepreneur qui en est l'auteur a connaissance des circonstances qui motivent la réclamation ou, au plus tard, à compter du moment où

---

[*] Les États dont le système juridique ne prévoit pas de recours administratif hiérarchique contre les actions, décisions et procédures administratives pourront ignorer le présent article et ne prévoir qu'un recours judiciaire (art. 61) à condition que l'État adoptant possède effectivement un système de recours judiciaire, y compris un système d'appel, qui garantisse, conformément aux prescriptions de la Convention des Nations Unies contre la corruption, recours et réparation dans le cas où les règles et procédures de passation de marché éditées dans la présente Loi ne seraient pas respectées.

[4] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article tel que révisé à cette session, sous réserve de l'examen plus approfondi d'une question en suspens (voir la note ci-après) (A/CN.9/668, par. 265). Il a été convenu que le sens du terme "instance administrative indépendante" serait précisé dans le Guide, dans le contexte du présent article, en indiquant en particulier si cette instance devrait se composer d'experts externes. Il a été noté que le Guide pourrait insister sur le fait que l'absence d'indépendance lors de la prise de décision dans le cadre d'un recours risquait de nuire à la procédure de passation, car les décisions seraient susceptibles d'appel, ce qui retarderait encore les choses (A/CN.9/668, par. 262 g)).

ledit fournisseur ou entrepreneur aurait dû avoir connaissance de ces circonstances, à condition que les réclamations concernant les conditions de la sollicitation soient présentées au plus tard jusqu'à la date limite de présentation des soumissions.

3) La présentation [en temps voulu] d'une réclamation en application de l'article 57 entraîne la suspension du délai de présentation d'une réclamation en vertu du présent article pendant toute la durée de la procédure effectivement engagée conformément à l'article 57, suspension qui ne dépassera pas le délai maximum imposé à l'entité adjudicatrice ou à l'autorité de tutelle, selon le cas, pour rendre une décision conformément à l'article 57-2 et communiquer cette décision au fournisseur ou à l'entrepreneur conformément à l'article 60-3.

4) Dès réception d'une réclamation, le [insérer le nom de l'instance administrative] en avise promptement l'entité adjudicatrice et, le cas échéant, l'autorité de tutelle.

5) Le [insérer le nom de l'instance administrative] peut, sauf s'il déboute le requérant, accorder une ou plusieurs des réparations suivantes:

a) Énoncer les règles ou principes juridiques s'appliquant en l'espèce[5];

b) Interdire à l'entité adjudicatrice d'agir ou de prendre une décision illégalement ou d'appliquer une procédure illégale;

c) Exiger de l'entité adjudicatrice, qui a agi ou procédé illégalement ou qui a adopté une décision illégale, qu'elle agisse ou procède légalement ou qu'elle prenne une décision légale;

d) Annuler en tout ou en partie un acte illégal ou une décision illégale de l'entité adjudicatrice;

e) Réviser une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou lui substituer sa propre décision;

f) Exiger le versement d'un dédommagement pour toute dépense raisonnable encourue dans le cadre de la procédure de passation du marché par le fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation, et pour toute perte ou dommage subi, qui [peut être] [est] limité aux coûts de la préparation de la soumission ou [de la contestation] [aux coûts afférents à la contestation, ou à l'ensemble de ces coûts][6];

---

[5] À la quinzième session du Groupe de travail, il a été proposé d'insérer l'alinéa a) du paragraphe 5 dans le chapeau même du paragraphe. En réponse, le Secrétariat a été prié de retracer l'historique des dispositions. Le Groupe de travail a décidé de n'étudier la proposition qu'après avoir examiné les conclusions du Secrétariat (A/CN.9/668, par. 264). Les résultats de la recherche demandée sont exposés à la section D de la note A/CN.9/WG.I/WP.68 établie par le Secrétariat.

[6] À sa quinzième session, le Groupe de travail est convenu de ne conserver dans le paragraphe 5 f) que l'option I, dont le libellé devrait être aligné sur les dispositions pertinentes d'instruments internationaux que sont l'article XX 7 c) de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC (1994) (l'AMP) et l'article XVIII 7 b) du texte révisé de l'Accord sur les marchés publics adopté à titre provisoire (le projet révisé d'AMP). Le Groupe de travail est également convenu de supprimer, du paragraphe 5 f), l'option II pour l'insérer dans le Guide, et d'expliquer les motifs de cette suppression, notamment en précisant qu'une disposition

g) Ordonner qu'il soit mis fin à la procédure de passation du marché;

h) Annuler le marché entré en vigueur illégalement et, si un avis d'attribution du marché a été publié, ordonner la publication d'un avis d'annulation de l'attribution.

6) Le [insérer le nom de l'instance administrative] rend dans un délai de […] jours une décision écrite au sujet de la réclamation, dans laquelle sont énoncés les motifs de la décision et, le cas échéant, les réparations accordées.

7) Cette décision est définitive sauf si une action est intentée en vertu de l'article 63.

Article 59. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu des articles 57 et 58[7]

1) Dès la présentation d'une réclamation en application de l'article 57 ou 58, l'instance de recours avise tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation du marché[8] sur laquelle porte la réclamation ainsi que toute autorité gouvernementale dont les intérêts sont ou pourraient être lésés de la présentation de cette réclamation et de son contenu.

2) Chacun de ces fournisseurs ou entrepreneurs ou cette autorité gouvernementale a le droit de participer à cette procédure. Le fournisseur ou entrepreneur ou l'autorité gouvernementale qui ne participe pas à la procédure de recours ne peut formuler par la suite de réclamation du même type.

3) Les participants à la procédure de recours ont accès à toute la procédure et ont le droit d'être entendus avant que l'instance de recours ne se prononce sur la réclamation, le droit de se faire représenter et accompagner et le droit de demander que la procédure soit publique et que des témoins puissent être entendus. Aucune

---

prévoyant la réparation de tout préjudice éventuel s'avérait extrêmement préjudiciable aux procédures de passation, car elle incitait davantage à présenter des réclamations. Il a également été proposé que le Guide explique l'évolution de la réglementation sur la question et mette en avant les dispositions pertinentes des instruments de l'OMC. Pour les raisons exposées dans sa note A/CN.9/WG.I/WP.68, section C, le Secrétariat a éprouvé des difficultés à appliquer les instructions du Groupe de travail. Ce dernier souhaitera peut-être examiner le libellé proposé en même temps que les considérations soulevées dans la note en question. Les mots placés entre crochets tiennent également compte des différences de formulation entre l'article XX 7 c) de l'AMP et l'article XVIII 7 b) du projet révisé d'AMP. Enfin, le Groupe de travail souhaitera peut-être réviser la formulation de l'alinéa précédent afin d'y faire référence à des mesures correctives, qui est le terme employé dans l'AMP et l'AMP révisé.

[7] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article tel que révisé à cette session (A/CN.9/668, par. 267 et 268).

[8] À la quinzième session du Groupe de travail, il a été convenu de préciser dans le Guide que les mots "participant à la procédure de passation du marché" pourraient désigner un ensemble différent de participants en fonction du moment où se déroulait la procédure de recours et de l'objet de la réclamation, et de préciser, en outre, que ceux dont les soumissions avaient été rejetées pourraient ne pas être autorisés à participer à la procédure de recours si cette dernière portait sur les étapes de la procédure de passation postérieures au rejet et sans rapport avec ce dernier (A/CN.9/668, par. 267 c)).

information n'est divulguée si cette divulgation est contraire à la loi, en compromet l'application, n'est pas dans l'intérêt général, porte atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou entrepreneurs ou entrave le libre jeu de la concurrence[9].

4) En cas de recours devant l'autorité de tutelle ou le [insérer le nom de l'instance administrative], l'entité adjudicatrice fournit en temps voulu à l'instance de recours tous les documents relatifs à la réclamation, y compris le procès-verbal de la procédure de passation, à condition toutefois qu'aucune information ne soit divulguée si cette divulgation est contraire à la loi, en compromet l'application, n'est pas dans l'intérêt général, porte atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des parties ou entrave le libre jeu de la concurrence[10].

5) Une copie de la décision de l'instance de recours est remise, dans un délai de […] jours après que la décision a été rendue, aux participants à la procédure de recours. En outre, après que la décision a été rendue, la réclamation et la décision sont promptement mises à la disposition du public, pour examen, à condition toutefois qu'aucune information ne soit divulguée si cette divulgation est contraire à la loi, en compromet l'application, n'est pas dans l'intérêt général, porte atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des parties ou entrave le libre jeu de la concurrence[11].

6) Toute décision prise par l'instance de recours et les motifs et les circonstances de l'adoption de cette décision sont versés au dossier de la procédure de passation du marché.

Article 60. Suspension de la procédure de passation du marché[12]

1) La présentation [en temps voulu] d'une réclamation entraîne la suspension de la procédure de passation du marché pendant une période que déterminera l'instance de recours:

---

[9] À sa quinzième session, le Groupe de travail est convenu d'envisager de prévoir aux paragraphes 3 et 4 des exceptions à la communication d'informations pour des motifs de confidentialité, en expliquant dans le Guide que les considérations de confidentialité ne devraient pas priver les parties de leur droit à un procès équitable et à être entendues de manière équitable (A/CN.9/668, par. 267 b)). Le paragraphe a été reformulé en conséquence en ajoutant une deuxième phrase. Les dispositions ajoutées devraient être examinées en même temps que les dispositions similaires qui se trouvent dans d'autres articles du projet de Loi type révisée, comme le projet d'article 19-2 b) (voir document A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.2). À cette session, le Groupe de travail a reporté l'examen des éventuelles exceptions à la divulgation (A/CN.9/668, par. 131).

[10] Le présent paragraphe a été révisé conformément à la décision que le Groupe de travail a prise à sa quinzième session de lever toute ambiguïté concernant les mots "documents pertinents" et de prévoir dans le paragraphe des exceptions à la communication d'informations pour des motifs de confidentialité, en expliquant dans le Guide que les considérations de confidentialité ne devraient pas priver les parties de leur droit à un procès équitable et à être entendues de manière équitable (A/CN.9/668, par. 267 a) et b)). Pour les questions relatives à la confidentialité des dispositions, voir la note précédente.

[11] Ibid., en ce qui concerne les dispositions relatives à la confidentialité.

[12] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé sans modification le projet d'article, qui est fondé sur l'article 56 de la Loi type de 1994 (A/CN.9/668, par. 269).

a) Sous réserve que la réclamation ne soit pas futile et comporte une déclaration dont le contenu, s'il est prouvé, montre que le fournisseur ou entrepreneur subira un dommage irréparable s'il n'y a pas suspension de la procédure, que la réclamation aboutira vraisemblablement et que l'octroi d'une suspension n'entraînera pas un préjudice disproportionné pour l'entité adjudicatrice ou d'autres fournisseurs ou entrepreneurs;

b) À moins que l'entité adjudicatrice certifie qu'il est nécessaire de poursuivre la procédure de passation du marché pour des considérations urgentes d'intérêt général. Le certificat, qui doit énoncer les motifs ayant amené à conclure qu'il existe de telles considérations d'urgence et qui est versé au dossier de la procédure de passation du marché, est irréfragable à tous les stades de la procédure de recours, sauf au stade judiciaire.

2) L'instance de recours peut prolonger la période de suspension initiale afin de protéger les droits du fournisseur ou entrepreneur présentant la réclamation ou engageant l'action dans l'attente de l'issue de la procédure de recours, à condition que la durée totale de la suspension ne dépasse pas le délai qui lui est imposé pour rendre une décision conformément à l'article 57 ou 58 selon le cas.

3) La décision de suspension ou de prorogation de la suspension, indiquant la durée de cette suspension ou prorogation, est promptement communiquée à tous les participants à la procédure de recours. Lorsqu'elle décide de ne pas suspendre la procédure de passation du marché pour les raisons indiquées au paragraphe 1 du présent article, l'instance de recours avise le fournisseur ou l'entrepreneur concerné de cette décision et de ses motifs. Toute décision prise conformément au présent article et les motifs et les circonstances de l'adoption de cette décision sont versés au dossier de la procédure de passation du marché.

Article 61. Recours judiciaire[13]

Le [insérer le nom du tribunal ou des tribunaux] est compétent pour connaître des actions intentées conformément à l'article 56 et des actions récursoires judiciaires intentées contre les décisions rendues par les instances de recours ou contre le fait que ces instances n'ont pas rendu de décision dans le délai prescrit en vertu de l'article 57 ou de l'article 58.

---

[13] À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé sans modification le projet d'article, qui est fondé sur l'article 57 de la Loi type de 1994 (A/CN.9/668, par. 269).

Article de la Loi type révisée	**Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994**	**Nouvelles dispositions examinées par le Groupe de travail**
Chapitre premier. DISPOSITIONS GÉNÉRALES	**Chapitre premier. DISPOSITIONS GÉNÉRALES**	
Article premier. Champ d'application	Article premier. Champ d'application	Modifications de l'article premier de la Loi type de 1994 approuvées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 16 et 17)
Article 2. Définitions	Article 2. Définitions	Modifications de l'article 2 de la Loi type de 1994 approuvées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 272 à 274)
Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)]	Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)]	
Article 4. Règlements en matière de passation des marchés	Article 4. Règlements en matière de passation des marchés	Modifications de l'article 4 de la Loi type de 1994 approuvées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 26 et 27)
Article 5. Publication de textes juridiques	Article 5. Accès du public à la réglementation des marchés	Projet d'article 5, tel qu'il a été approuvé à titre préliminaire par le Groupe de travail à sa douzième session (A/CN.9/640, par. 30 à 34), à l'exception de son paragraphe 3, qui a fait l'objet d'un article 6 séparé (voir ci-dessous)
Article 6. Informations sur les projets de marchés à venir		Projet d'article 5, paragraphe 3, tel qu'approuvé à titre préliminaire par le Groupe de travail à sa douzième session (A/CN.9/640, par. 30 à 34) Modifications approuvées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 37 à 38)
Article 7. Règles concernant les méthodes de passation et le type de sollicitation (nouvelles dispositions, fondées sur le texte de 1994)	Articles 18, 17 a) et b), 19-1 a), 22, 23 a) et b), 37-2 et 37-3 c), et commentaire du Guide relatif à l'article 22 (qui ont servi de base	Modifications examinées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 39 à 70)

Article de la Loi type révisée	**Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994**	**Nouvelles dispositions examinées par le Groupe de travail**
	aux nouvelles dispositions)	
Article 8. Communications dans la passation des marchés	Article 9 remplacé. Forme des communications	Article 5 *bis*, tel qu'approuvé à titre préliminaire par le Groupe de travail à sa douzième session (A/CN.9/640, par. 17 à 25)
Article 9. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs	Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs	
Article 10. Qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs	Article 6. Qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs Article 10. Règles concernant les pièces produites par les fournisseurs ou entrepreneurs	Modifications approuvées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 73 à 76)
Article 11. Règles concernant l'objet du marché et les conditions du marché ou des accords-cadres	Article 16. Règles concernant la description des biens, des travaux ou des services	Modifications approuvées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 77 à 81)
Article 12. Règles concernant les critères d'évaluation (nouvelles dispositions fondées sur le texte de 1994)	Articles 27 e), 34-4, 38 m), 39 et 48-3 (qui ont servi de base aux nouvelles dispositions)	Modifications examinées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 82 à 87)
Article 13. Règles concernant la langue des documents	Article 17. Langue Article 29. Langue des offres	Modifications approuvées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 88 et 169)
Article 14. Garanties de soumission	Article 32. Garanties de soumission	
Article 15. Procédure de présélection	Article 7 (Procédure de présélection), ainsi que les dispositions relatives à la présélection des articles 23, 24 et 25	Modifications approuvées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 93 à 110)
Article 16. Rejet de toutes les soumissions	Article 12. Rejet de toutes les offres ou propositions, ou de tous les prix	Modifications examinées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 111 à 117)
Article 17. Rejet d'une soumission anormalement basse		Fondé sur l'article 12 *bis* tel qu'il a été approuvé à titre préliminaire par le Groupe de travail à sa douzième session (A/CN.9/640, par. 44 à 55)

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées par le Groupe de travail
Article 18. Rejet d'une soumission au motif d'incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs ou d'un conflit d'intérêts	Article 15. Incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs	Conflits d'intérêts (A/CN.9/664, par. 116) Proposition, par une délégation, d'un nouveau paragraphe 1 de l'article et modifications approuvées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 121 à 125)
Article 19. Acceptation de la soumission et entrée en vigueur du marché	Article 13. Entrée en vigueur du marché Article 36. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché	Délai d'attente (A/CN.9/664, par. 45 à 55 et 72) Modifications examinées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 126 à 145)
Article 20. Publication des avis d'attribution de marché et d'accord-cadre	Article 14. Publication des avis d'attribution de marché	Modifications approuvées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 146 à 148)
Article 21. Confidentialité	Article 45. Confidentialité	Modifications examinées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 149 à 152)
Article 22. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés	Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés	Paragraphe 1 b) *bis*, tel qu'il a été approuvé à titre préliminaire par le Groupe de travail à sa neuvième session (A/CN.9/595, par. 49) Paragraphe 1 i) *bis*, tel qu'il a été approuvé à titre préliminaire par le Groupe de travail à ses onzième et douzième sessions (A/CN.9/623, par. 100, et A/CN.9/640, par. 91) Paragraphe 3 restructuré, tel qu'il a été proposé à la douzième session du Groupe de travail (A/CN.9/640, par. 90). Le Groupe de travail n'a pas examiné en détail les dispositions restructurées. Modifications examinées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 153 à 157)

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées par le Groupe de travail
	Le chapitre II (MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES) a été supprimé (les articles 18 et 22 ont été repris dans le nouvel article 7, et les articles restants se trouvent dans les dispositions pertinentes des chapitres III et IV).	
Chapitre II. PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES	**Chapitre III. PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES**	Modifications approuvées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 161 à 166, et 169 à 172) Modifications examinées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 175 et 176, et 179 à 181)
Articles 23 à 28	Articles 23 à 28, modifiés en conséquence	Modifications approuvées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 161 à 166)
	L'article 29 (Langue des offres) a été supprimé et ses dispositions regroupées avec le projet d'article 13. Les règles concernant la langue des documents figurent dans le chapitre premier (Dispositions générales) afin de les rendre applicables à toutes les méthodes de passation de marchés	Modifications approuvées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 169)
Articles 29 et 30	Articles 30 et 31, modifiés en conséquence	Modifications approuvées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 170 à 172) Modifications examinées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 175 et 176)

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées par le Groupe de travail
	L'article 32 (Garanties de soumission) est devenu l'article 14 (Garantie de soumission) et a été placé dans le chapitre premier (Dispositions générales) afin de le rendre applicable à toutes les méthodes de passation de marchés	
Articles 31 à 33	Articles 33 à 35, modifiés en conséquence	Modifications examinées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 175 et 176, et 179 à 181)
	L'article 36 (Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché) est devenu l'article 19 et a été placé dans le chapitre premier (Dispositions générales) afin de le rendre applicable à toutes les méthodes de passation	
CHAPITRE III. CONDITIONS D'UTILISATION ET PROCÉDURES CONCERNANT L'APPEL D'OFFRES RESTREINT, L'APPEL D'OFFRES À DEUX ENVELOPPES ET LA SOLLICITATION DE PRIX	Chapitre II, articles 20 et 21; chapitre IV, article 42 et autres dispositions pertinentes; et chapitre V, articles 47 et 50	Modifications examinées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 183 à 201) Modifications approuvées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 202 à 208)
Article 34. Appel d'offres avec limitation du nombre Options 1 et 2 Option 3 Article 34. Appel d'offres avec limitation du nombre	Articles 20 (Conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint) et 47 (Appel d'offres restreint)	Article X de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC et article IX de l'Accord sur les marchés publics révisé Modifications examinées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 183 à 192)

Article de la Loi type révisée	**Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994**	**Nouvelles dispositions examinées par le Groupe de travail**
Article 35. Appel d'offres à deux enveloppes	Article 42. Procédure de sélection sans négociation et autres dispositions pertinentes du chapitre IV. Méthode principale pour la passation des marchés de services	Modifications examinées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 193 à 201)
Article 36. Sollicitation de prix	Articles 21 (Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation de prix) et 50 (Sollicitation de prix)	Modifications approuvées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 202 à 208)
[CHAPITRE IV. CONDITIONS D'UTILISATION ET PROCÉDURES CONCERNANT L'APPEL D'OFFRES EN DEUX ÉTAPES, LA SOLLICITATION DE PROPOSITIONS ET LA NÉGOCIATION AVEC APPEL À LA CONCURRENCE]	Chapitre II, article 19; chapitre IV, articles 43 et 44 et autres dispositions pertinentes; chapitre V, articles 46, 48 et 49; et dispositions pertinentes des instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé	Proposition de regroupement des articles 48 et 49 (A/CN.9/668, par. 210 et 211) faite par une délégation L'examen du chapitre est en attente
CHAPITRE V. CONDITIONS D'UTILISATION ET PROCÉDURES CONCERNANT LES ENCHÈRES ÉLECTRONIQUES INVERSÉES		Articles 22 *bis* et 51 *bis* à *septies* (voir A/CN.9/WG.I/WP.59, A/CN.9/WG.I/WP.61, par. 17, et A/CN.9/640, par. 56 à 89), modifiés en conséquence Modifications approuvées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 213 à 222)
CHAPITRE VI. PROCÉDURES D'ACCORDS-CADRES		Articles 22 *ter* et 51 *octies* à *quindecies* (voir A/CN.9/WG.I/WP.62, et A/CN.9/664, par. 75 à 110), modifiés en conséquence Modifications approuvées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 230 à 233 et 239 à 255) Modifications examinées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 226 à 229 et 235 à 237)

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées par le Groupe de travail
CHAPITRE VII. RECOURS	Chapitre VI. Recours	Modifications examinées à la quatorzième session du Groupe de travail (A/CN.9/664, par. 19 à 74) Modifications approuvées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 259 à 262, et 267 et 268) Modifications examinées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 264 et 267 b))
Article 56. Droit de recours	Article 52. Droit de recours	Modifications examinées à la quatorzième session du Groupe de travail (A/CN.9/664, par. 19 à 27)
Article 57. Recours porté devant l'entité adjudicatrice ou devant l'autorité de tutelle	Article 53. Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle)	Modifications examinées à la quatorzième session du Groupe de travail (A/CN.9/664, par. 28 à 33) Modifications approuvées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 259 et 260)
Article 58. Recours porté devant une instance administrative indépendante	Article 54. Recours administratif	Modifications examinées à la quatorzième session du Groupe de travail (A/CN.9/664, par. 34 à 58) Modifications approuvées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 262) Modifications examinées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 264)
Article 59. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu des articles 57 et 58	Article 55. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 53 [et de l'article 54]	Modifications examinées à la quatorzième session du Groupe de travail (A/CN.9/664, par. 59 et 60) Modifications convenues à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 267 et 268) Modifications examinées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 267 b))

Article de la Loi type révisée	**Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994**	**Nouvelles dispositions examinées par le Groupe de travail**
Article 60. Suspension de la procédure de passation du marché	Article 56. Suspension de la procédure de passation du marché	Modifications examinées à la quatorzième session du Groupe de travail (A/CN.9/664, par. 61 à 73)
Article 61. Recours judiciaire	Article 57. Recours judiciaire	

II. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL ET CONCILIATION

A. Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa quarante-neuvième session (Vienne, 15-19 septembre 2008)

(A/CN.9/665) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-8

II. Organisation de la session 9-15

III. Délibérations et décisions 16

IV. Révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI 17-141

Section I. Dispositions préliminaires 18-56

Section II. Composition du tribunal arbitral 57-118

Section III. Procédure arbitrale 119-141

I. Introduction

1. À sa trente et unième session (New York, 1er-12 juin 1998), la Commission, se référant aux discussions tenues lors de la "Journée de la Convention de New York" organisée en juin 1998 pour célébrer le quarantième anniversaire de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) ("la Convention de New York"), a estimé qu'il serait utile d'étudier la possibilité de travaux futurs dans le domaine de l'arbitrage. Elle a prié le Secrétariat de rédiger une note sur la base de laquelle elle examinerait cette possibilité à sa session suivante[1].

2. À sa trente-deuxième session (Vienne, 17 mai-4 juin 1999), la Commission était saisie d'une note intitulée "Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international" (A/CN.9/460). Se félicitant de l'occasion qui lui était donnée d'étudier s'il était souhaitable et possible de développer encore le droit de l'arbitrage commercial international, elle a jugé, dans l'ensemble, que l'heure était venue d'évaluer l'expérience, riche et positive, accumulée grâce à l'adoption de lois nationales incorporant la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) ("la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage") ainsi que l'utilisation du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ("le Règlement

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 17* (A/53/17), par. 235.

d'arbitrage" ou "le Règlement") et du Règlement de conciliation de la CNUDCI, et d'évaluer, au sein de l'instance universelle qu'elle formait, l'acceptabilité des idées et propositions d'amélioration des lois, règles et pratiques d'arbitrage[2]. Lors de l'examen de la question, la Commission n'a pas arrêté la forme que prendraient ses travaux futurs. Il a été convenu que les décisions sur ce point devraient être prises ultérieurement, lorsque la teneur des solutions proposées serait plus claire. Des dispositions uniformes pourraient ainsi prendre la forme d'un texte législatif (par exemple, des dispositions législatives types ou un traité) ou d'un texte non législatif (par exemple, des règles contractuelles types ou un guide de pratique)[3].

3. À sa trente-neuvième session (New York, 19 juin-7 juillet 2006), la Commission est convenue d'entreprendre en priorité la révision de son Règlement d'arbitrage. Elle a noté que le Règlement, qui était l'un des premiers instruments qu'elle avait élaborés dans le domaine de l'arbitrage, était considéré comme un texte très réussi, adopté par de nombreux centres d'arbitrage et utilisé dans de nombreuses affaires telles que, par exemple, les litiges entre investisseurs et États. Compte tenu du succès et du prestige du Règlement d'arbitrage, la Commission a généralement estimé qu'une éventuelle révision ne devrait pas en modifier la structure, l'esprit ni le style, et qu'elle devrait en respecter la souplesse au lieu de le compliquer. Il a été proposé que le Groupe de travail définisse soigneusement la liste des thèmes qu'il faudrait peut-être aborder dans une version révisée du Règlement[4].

4. L'arbitrabilité, a-t-on dit, était aussi une importante question à examiner en priorité. On a déclaré qu'il appartiendrait au Groupe de travail de déterminer si les questions susceptibles d'arbitrage pouvaient être définies de manière générique, éventuellement au moyen d'une liste illustrative, ou si la disposition législative à élaborer sur l'arbitrabilité devrait indiquer les questions non susceptibles d'arbitrage. Il a été estimé que l'étude de la question de l'arbitrabilité dans le contexte des biens immeubles, de la concurrence déloyale et de l'insolvabilité pourrait être utile aux États. On a toutefois appelé l'attention sur le fait que le concept d'arbitrabilité soulevait des questions d'ordre public, qu'il était notoirement difficile à définir de manière uniforme, et qu'une liste prédéfinie de questions arbitrables risquait d'empêcher inutilement les États de répondre à certaines préoccupations d'ordre public susceptibles d'évoluer dans le temps[5].

5. Parmi les autres thèmes susceptibles de faire l'objet de travaux futurs au sein du Groupe de travail figuraient les questions posées par le règlement des conflits en ligne. Il a été dit que le Règlement d'arbitrage, lorsqu'il était lu conjointement avec d'autres instruments, comme la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et la Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux, résolvait déjà un certain nombre de questions qui se posent dans le contexte en ligne. Un autre thème mentionné était l'arbitrage dans le domaine de l'insolvabilité. Une autre suggestion, encore, a été d'examiner l'incidence des injonctions antipoursuites ("anti-suit injunctions") sur l'arbitrage international. On a proposé, en outre, d'envisager de

---

[2] Ibid., *cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 337.
[3] Ibid., par. 338.
[4] Ibid., *soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 184.
[5] Ibid., par. 185.

clarifier les notions, employées au paragraphe 1 de l'article premier de la Convention de New York, de "sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées" ou de "sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées", dont on a dit qu'elles avaient été source d'incertitudes dans certaines juridictions étatiques. La Commission a également écouté avec intérêt une déclaration faite au nom du Comité consultatif international du coton, dans laquelle il était proposé qu'elle engage des travaux pour promouvoir la discipline contractuelle, l'efficacité des conventions d'arbitrage et l'exécution des sentences dans ce secteur[6].

6. Après discussion, la Commission a généralement estimé que le Groupe de travail pourrait aborder plusieurs questions parallèlement. Elle est convenue qu'il reprendrait ses travaux sur la révision du Règlement d'arbitrage. Elle est également convenue qu'il devrait aussi examiner la question de l'arbitrabilité. Pour ce qui était du règlement des conflits en ligne, elle est convenue que le Groupe de travail inscrirait cette question à son programme, mais qu'il devrait, du moins dans un premier temps, traiter des incidences des communications électroniques dans le cadre de la révision du Règlement d'arbitrage[7].

7. À sa quarantième session, la Commission a noté que le Règlement d'arbitrage n'avait pas été modifié depuis son adoption en 1976, et que la révision devrait avoir pour objet de le moderniser et de promouvoir une plus grande efficacité dans la procédure arbitrale. D'une manière générale, elle est convenue que le mandat du Groupe de travail, qui était de conserver la structure initiale et l'esprit du Règlement, avait guidé utilement jusqu'ici ses délibérations et devrait continuer à inspirer ses travaux[8]. Elle a noté qu'un large soutien avait été exprimé au sein du Groupe de travail en faveur d'une approche générique visant à définir les dénominateurs communs à tous les types d'arbitrage, quel que soit l'objet du litige, de préférence à une solution qui consistait à traiter de situations particulières. Elle a toutefois noté que le Groupe de travail devrait encore examiner, lors de ses sessions futures, la mesure dans laquelle le Règlement d'arbitrage révisé devrait prendre en compte le règlement des litiges entre investisseurs et États ou l'arbitrage institutionnel[9].

8. À sa quarante et unième session (New York, 16 juin-3 juillet 2008), la Commission a noté que le Groupe de travail avait décidé de poursuivre la révision du Règlement d'arbitrage sous sa forme générique et de lui demander si, une fois cette tâche terminée, il devrait examiner plus avant la spécificité de l'arbitrage fondé sur des traités et, dans l'affirmative, quelle forme devraient prendre ces travaux. À l'issue de la discussion, la Commission est convenue qu'il ne serait pas souhaitable d'inclure des dispositions concernant l'arbitrage fondé sur des traités dans le corps du Règlement lui-même, et que tout examen des litiges entre investisseurs et États que le Groupe serait éventuellement amené à réaliser à l'avenir ne devrait pas retarder la révision du Règlement sous sa forme générique. Pour ce qui est du déroulement des travaux, elle est convenue que la question de la

---

[6] Ibid., par. 186.
[7] Ibid., par. 187.
[8] Ibid., *soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 174.
[9] Ibid., par. 175.

transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités méritait d'être examinée à l'avenir et devrait être traitée en priorité, immédiatement après l'achèvement de l'actuelle révision du Règlement[10].

II. Organisation de la session

9. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quarante-neuvième session à Vienne, du 15 au 19 septembre 2008. Ont participé à cette session les États membres du Groupe de travail ci-après: Algérie, Allemagne, Arménie, Australie, Autriche, Bahreïn, Bélarus, Bolivie, Bulgarie, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Colombie, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Grèce, Guatemala, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Liban, Malaisie, Mexique, Namibie, Norvège, Pakistan, Paraguay, Pologne, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Suisse, Thaïlande et Venezuela (République bolivarienne du).

10. Ont aussi participé à la session des observateurs des États suivants: Argentine, Belgique, Croatie, Finlande, Hongrie, Indonésie, Irlande, Jordanie, Maurice, Pays-Bas, Philippines, Portugal, République dominicaine, République-Unie de Tanzanie, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Soudan, Suède, Turquie, Ukraine et Yémen.

11. Y ont également participé des observateurs des organisations internationales intergouvernementales ci-après, invitées par la Commission: Cour permanente d'arbitrage (CPA).

12. Ont en outre participé à la session des observateurs des organisations internationales non gouvernementales ci-après, invitées par la Commission: American Arbitration Association (AAA), American Bar Association (ABA), Asia Pacific Regional Arbitration Group (APRAG), Association internationale du barreau, Association pour la promotion de l'arbitrage en Afrique (AFRICARBI), Association suisse de l'arbitrage (ASA), Center for International Environmental Law (CIEL), Center for International Legal Studies (CILS), Centre international d'arbitrage de la Chambre économique fédérale d'Autriche, Chartered Institute of Arbitrators (CIArb), Club d'arbitres de la Chambre d'arbitrage de Milan, Conseil international pour l'arbitrage commercial, Construction Industry Arbitration Council – Singapore International Arbitration Centre (CIAC–SIAC), Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG), Fédération interaméricaine des avocats (FIA), International Law Institute (ILI), Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (KLRCA), London Court of International Arbitration (LCIA), Moot Alumni Association (MAA) du Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis et Union Internationale des Avocats (UIA).

13. Le Groupe de travail a élu le Bureau ci-après:

Président: M. Michael E. Schneider (Suisse)

Rapporteur: M. Sainivalati Navoti (Fidji)

---

[10] Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, quarante et unième session (A/63/17), par. 314.

14. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: a) ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.150); b) notes du Secrétariat sur la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI conformément aux délibérations de ses quarante-sixième à quarante-huitième sessions (A/CN.9/WG.II/WP.151, A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1 et A/CN.9/WG.II/WP.152).

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

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

16. Le Groupe de travail a repris ses travaux sur le point 4 de l'ordre du jour en se fondant sur les notes établies par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.151, A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1 et A/CN.9/WG.II/WP.152). Il est rendu compte de ses délibérations et décisions sur ce point au chapitre IV. Le Secrétariat a été prié d'élaborer un projet de version révisée du Règlement d'arbitrage en tenant compte des délibérations et décisions du Groupe de travail.

IV. Révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

17. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait achevé sa première lecture de la version révisée du Règlement à sa quarante-huitième session et qu'il avait commencé sa deuxième lecture des articles 1 et 2. Il est convenu de reprendre ses discussions sur la révision du Règlement en se fondant sur le document A/CN.9/WG.II/WP.151 et les propositions de révisions qui y figuraient.

Section I. Dispositions préliminaires

Champ d'application

Article premier

Paragraphe 1

18. Le Groupe de travail a examiné le paragraphe 1. On a dit craindre que la suppression de l'exigence de l'écrit pour la convention d'arbitrage ne crée des difficultés dans la pratique. Aussi devrait-il, a-t-on dit, y avoir des preuves convaincantes de l'existence d'une telle convention. En réponse, on a rappelé que le Groupe de travail était convenu de supprimer cette exigence (A/CN.9/646, par. 71) compte tenu du fait que certains systèmes juridiques et un certain nombre de règlements d'arbitrage n'imposaient pas la forme écrite pour la convention

d'arbitrage (voir A/CN.9/614, par. 29, et A/CN.9/619, par. 28 et 29). On a fait observer que le Règlement ne spécifiait pas la forme de la convention d'arbitrage car il était préférable que cette question soit régie par la loi applicable. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail a adopté sans aucune modification le paragraphe 1 figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151.

Paragraphe 1* bis – *Version applicable du Règlement d'arbitrage

19. Le Groupe de travail a examiné le paragraphe 1 *bis*, qui établissait une présomption quant à la version applicable du Règlement. Du point de vue rédactionnel, on a suggéré de remplacer les mots "une autre version" dans la première ligne du paragraphe par "une version particulière" afin de préciser que la volonté des parties prévaudrait en toutes circonstances. Cette proposition a été adoptée.

Paragraphe 2

20. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 2 quant au fond, sans aucune modification.

Libellé type de clause compromissoire pour les contrats

"voudront peut-être" – "devraient"

21. Le Groupe de travail a examiné une proposition visant à remplacer les mots "voudront peut-être" dans le chapeau de la note relative au libellé type de clause compromissoire par "devraient" afin de souligner l'importance pour les parties d'envisager l'inclusion des éléments énumérés. On a exprimé la crainte qu'un tel remplacement n'ait des répercussions sur la validité de la clause si les parties omettaient dans leur convention d'arbitrage l'un des points énumérés. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail est convenu que cette crainte était sans fondement et a décidé de remplacer les mots "voudront peut-être" par "devraient". Le libellé type de clause compromissoire a été adopté quant au fond sans aucune autre modification.

Emplacement

22. On a observé que le libellé type de clause compromissoire se présentait, dans la version de 1976 du Règlement, sous la forme d'une note se rapportant à l'exigence d'un écrit énoncée au paragraphe 1 de l'article premier. Cette exigence ayant été supprimée, le Groupe de travail est convenu d'examiner ultérieurement s'il fallait placer le libellé type à la fin du Règlement avec les autres dispositions types, comme les déclarations d'indépendance types.

Notification, calcul des délais

Article 2

***Paragraphes 1 et 1* bis**

23. Le Groupe de travail a rappelé qu'il était convenu d'insérer dans le Règlement une disposition autorisant expressément à la fois la communication électronique et les formes traditionnelles de communication (A/CN.9/619, par. 50). Il a été dit que, si la version de 1976 du Règlement n'excluait certes pas les communications

électroniques, le Règlement révisé pourrait peut-être utilement fournir à ses utilisateurs des indications claires sur la question. Étant donné, en particulier, que le paragraphe 1 faisait référence notamment au fait que la notification était remise "en mains propres du destinataire" ou "à sa résidence habituelle", il était nécessaire de mentionner explicitement les communications électroniques pour éviter les controverses sur la question de savoir si le Règlement visait tous les moyens de communication, y compris les communications dématérialisées.

24. Le débat s'est centré sur la relation entre les paragraphes 1 et 1 *bis* et la manière de réorganiser ces dispositions pour en clarifier davantage l'objet et éviter les éventuels chevauchements. On a souligné que le paragraphe 1 avait pour but d'établir une présomption (par l'emploi du mot "réputée") concernant la réception et la remise de la notification d'arbitrage. Le paragraphe 1 *bis* énumérait quant à lui les modes de communication concrets auxquels il était permis de recourir pour remettre la notification. Plusieurs propositions ont été formulées pour clarifier les fonctions des deux dispositions.

25. Une première proposition consistait à supprimer le paragraphe 1 *bis* et à insérer au paragraphe 1 une disposition tenant compte de l'utilisation des communications électroniques, disposition qui serait libellée à peu près comme suit: "Aux fins du présent Règlement, une notification, y compris une communication ou une proposition, est réputée être arrivée à destination si elle a été remise en mains propres du destinataire ou si elle a été remise (y compris au moyen d'une communication électronique qui fournit une preuve de cette transmission) à sa résidence habituelle, à son établissement ou à son adresse désignée." Une autre proposition était d'employer, en lieu et place du terme "communication électronique", l'expression "toute forme de communication", dont on estimait qu'elle englobait tous les modes possibles de communication, y compris les moyens de télécommunication futurs ainsi que les techniques actuelles, comme la télécopie, qui devenaient rapidement obsolètes.

26. Une autre proposition encore était de préciser que la communication pourrait être envoyée à une adresse postale ou électronique en modifiant le paragraphe 1 à peu près comme suit: "soit à sa résidence habituelle, à son établissement, à son adresse postale ou à son adresse électronique désignée". Bien que la proposition s'inspire de la terminologie employée dans la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux de 2005, elle a suscité des objections au motif qu'elle exigerait peut-être des explications détaillées et l'emploi de concepts supplémentaires comme celui de "message de données", jugé inutile dans le contexte du Règlement.

27. On a fait observer, à l'appui du maintien de deux paragraphes distincts, qu'il ne serait peut-être pas souhaitable de fusionner une règle indiquant les moyens de communication susceptibles d'être utilisés par les parties et une règle énonçant les conditions dans lesquelles l'utilisation de ces moyens de communication pourrait créer une présomption de réception. Il a été proposé de conserver tel quel le paragraphe 1 *bis*. Une autre proposition a été avancée, à savoir modifier ce paragraphe pour éviter d'avoir à énumérer des moyens de communication précis et pour en élargir la portée. Le paragraphe serait libellé à peu près comme suit: "Une notification, y compris une communication ou une proposition, peut être remise par tout moyen de communication, y compris une communication électronique, permettant de fournir une preuve de cette transmission." On s'est inquiété de ce que

les mots “preuve de cette transmission” (“record of transmission”) posaient un certain nombre de problèmes techniques et juridiques qui ne pouvaient être traités dans le Règlement. À cela il a été répondu qu’une terminologie comparable (à savoir le terme “record”) avait été employée par certaines institutions arbitrales dans leur règlement d’arbitrage international, ainsi que dans d’autres instruments de la CNUDCI, comme la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, apparemment sans soulever de difficultés pratiques.

28. En ce qui concerne la structure, on a jugé préférable de décrire d’abord les moyens de communication acceptables, ce que faisait actuellement le projet de paragraphe 1 *bis*, et de n’établir qu’après seulement une présomption concernant la réception de la notification d’arbitrage remise par l’un de ces moyens de communication. Il a donc été proposé d’intervertir les paragraphes. La proposition a été appuyée.

29. À l’issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu d’insérer un paragraphe sur les moyens de communication que les parties pourraient utiliser dans le cadre du Règlement et de faire en sorte que le Règlement accepte tous les moyens de communication. À cette fin, il est convenu d’intervertir les paragraphes 1 et 1 *bis*. Le premier paragraphe poserait le principe selon lequel une notification pourrait être remise par tout moyen susceptible de prouver cette transmission. Le deuxième poserait quant à lui le principe selon lequel la notification, si elle n’était pas remise en mains propres du destinataire, pourrait l’être à sa résidence habituelle, à son établissement ou à toute autre adresse à laquelle le destinataire a indiqué qu’il souhaitait recevoir la notification “ou, aucun de ces lieux n’ayant pu être trouvé après une enquête raisonnable, à la dernière résidence ou au dernier établissement connus du destinataire. La notification est réputée être arrivée à destination le jour d’une telle remise.”

30. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat d’établir une version révisée des paragraphes 1 et 1 *bis*, en tenant compte des principes dont il était convenu.

Paragraphe 2

31. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 2 quant au fond, sans aucune modification.

Notification d’arbitrage et réponse à la notification d’arbitrage

Article 3

32. On a fait observer que l’article 3 traitait à la fois de la notification d’arbitrage et de la réponse à cette notification, et qu’il serait peut-être préférable de faire figurer les dispositions relatives à la réponse dans un article séparé.

Paragraphe 1

33. En ce qui concerne le paragraphe 1, il a été proposé de remplacer le mot “communique” par le mot “remet” afin d’aligner le libellé de l’article 3 sur celui de l’article 2. Cette proposition n’a pas été appuyée. Il a également été proposé de mentionner l’autorité de nomination comme destinataire de la notification. Cette proposition n’a pas été appuyée non plus. Il a toutefois été noté que l’on ne voyait

pas d'objection à ce qu'une partie mentionne l'autorité de nomination dans la notification d'arbitrage.

34. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1 quant au fond, sans aucune modification.

Paragraphes 2 et 3

35. Le Groupe de travail a adopté les paragraphes 2 et 3 quant au fond, sans aucune modification.

Paragraphe 4

Alinéa c)

36. Le Groupe de travail a examiné s'il fallait maintenir la possibilité qui était donnée au demandeur de communiquer sa requête en même temps que la notification d'arbitrage. Il a été proposé de supprimer l'alinéa c) et d'insérer la phrase ci-après à la fin du paragraphe 1 de l'article 3: "Le demandeur peut décider de considérer la notification d'arbitrage visée au paragraphe 3 de l'article 3 comme une requête." On s'est opposé à l'inclusion d'une telle disposition dans le paragraphe 1 au motif que la décision de considérer la notification d'arbitrage comme une requête ne devrait être exigée qu'une fois que le défendeur aurait présenté sa réponse. Autrement, le demandeur ne saurait pas s'il devait continuer à développer son argumentation. Le Groupe de travail est convenu de supprimer l'alinéa c) et d'insérer la phrase proposée dans l'article 18.

37. Sous réserve de la suppression de l'alinéa c), le Groupe de travail a adopté le paragraphe 4 quant au fond, sans autre modification.

Paragraphe 5

38. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots "dans la mesure du possible" figurant entre crochets dans le chapeau du paragraphe 5.

Alinéa a)

39. On a fait observer qu'il y avait peut-être une contradiction entre l'alinéa a), qui obligeait le défendeur à mentionner toute exception d'incompétence dans sa réponse à la notification d'arbitrage, et le paragraphe 2 de l'article 21 du Règlement, qui disposait qu'une telle exception devait être soulevée au plus tard lors du dépôt de la réponse. Il a donc été suggéré de supprimer l'alinéa a). En réponse à cette suggestion, il a été proposé de déplacer l'alinéa a) pour l'insérer dans le paragraphe 6, qui énumérait les éléments facultatifs pouvant être inclus dans la réponse à la notification d'arbitrage. Cette proposition a été adoptée par le Groupe de travail.

40. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 5 quant au fond sous réserve des modifications convenues dans le paragraphe 39 ci-dessus et dans le paragraphe 67 ci-dessous.

Paragraphe 6

41. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 6 quant au fond, sous réserve d'y insérer la disposition de l'alinéa a) supprimé du paragraphe 5 (voir ci-dessus, par. 39 et 40).

Paragraphe 7

42. Il a été suggéré de remplacer "impeded" par le mot "hindered" ("entravée") dans le texte anglais. Cette suggestion a été largement appuyée et le Groupe de travail a adopté le paragraphe 7 ainsi modifié.

Représentation et assistance

Article 4

43. Un large appui a été exprimé en faveur du maintien du texte figurant entre crochets qui, a-t-on estimé, rendait compte des différentes approches suivies dans différents systèmes juridiques pour administrer la preuve des pouvoirs conférés et promouvoir de bonnes pratiques en matière d'arbitrage international.

44. Il a été proposé de modifier le texte de la première phrase du paragraphe 4 de manière à ce qu'il se lise comme suit: "Chaque partie peut se faire représenter ou assister par des personnes qu'elle a choisies." Dans la deuxième phrase, après le mot "parties", il a également été proposé de mentionner le tribunal comme destinataire supplémentaire de la communication. Ces deux propositions ont été largement appuyées.

45. Le Groupe de travail a adopté l'article 4 sous réserve des modifications susmentionnées.

Autorités de désignation et de nomination

Article 4 *bis*

46. La disposition numérotée à titre provisoire article 4 *bis* énonçait le principe selon lequel l'autorité de nomination pourrait être désignée par les parties à tout moment au cours de la procédure d'arbitrage, et non pas seulement dans les cas actuellement prévus dans la version de 1976 du Règlement. Elle visait également à clarifier, pour les utilisateurs du Règlement, l'importance du rôle d'une telle autorité. Le Groupe de travail a confirmé l'idée d'inclure dans le Règlement une disposition portant sur les rôles respectifs des autorités de désignation et de nomination.

47. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quarante-sixième session, il avait été proposé de prévoir, comme règle supplétive, que si les parties n'étaient pas en mesure de convenir d'une autorité de nomination, le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage (CPA) devrait directement agir en cette qualité au lieu de désigner une telle autorité (A/CN.9/619, par. 71). Il a également été déclaré que, pour répondre aux craintes exprimées au sujet de cette proposition (A/CN.9/619, par. 72), on avait suggéré en outre d'exclure l'application de cette règle lorsque les parties étaient expressément convenues que le Secrétaire général de la CPA ne devrait pas agir en qualité d'autorité de nomination ou lorsque, compte tenu des

circonstances, celui-ci estimait qu'une autre autorité de nomination devrait être désignée.

48. Les propositions susmentionnées ont été réitérées. On a déclaré, en faveur de l'inclusion de la règle supplétive proposée, que celle-ci fournissait aux parties une procédure simple, rationnelle et efficace. Le représentant de la CPA a rappelé que le Secrétaire général de la Cour avait accepté de s'acquitter des fonctions prévues dans le projet de règlement révisé et serait disposé à agir en qualité d'autorité de nomination si les parties n'en avaient pas désigné. Il a aussi rappelé au Groupe de travail le rapport du Secrétaire général de la CPA sur ses activités au titre du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI depuis 1976 qui avait été présenté à la quarantième session de la Commission (A/CN.9/634).

49. Toutefois, il a rappelé qu'à la quarante-sixième session du Groupe de travail, l'opinion qui avait prévalu était que cette proposition s'écartait de manière importante et inutile du Règlement d'arbitrage actuel (A/CN.9/619, par. 72 et 74). Des opinions divergentes ont été exprimées sur le point de savoir si le Groupe de travail devrait débattre à nouveau de cette question.

50. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail est convenu qu'il devrait peut-être revenir sur cette question après avoir achevé sa deuxième lecture du Règlement, en se fondant sur une proposition écrite à soumettre à temps au Secrétariat pour qu'elle soit traduite avant sa prochaine session. On a aussi exprimé l'avis que, indépendamment du fait que le Groupe de travail puisse ou non parvenir à un consensus au sujet d'une éventuelle règle supplétive, la question était de nature politique et ne pouvait être tranchée que par la Commission.

Paragraphe 1

51. Le Groupe de travail est convenu de préciser, dans le paragraphe 1, que le Secrétaire général de la CPA était expressément habilité à agir en qualité d'autorité de nomination en vertu du Règlement en le citant comme exemple d'institution pouvant remplir cette fonction. S'agissant du libellé, on a proposé d'ajouter les mots "de La Haye" après "Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage". Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1 quant au fond ainsi modifié.

Paragraphe 2

52. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 2 quant au fond, sans aucune modification.

Paragraphe 3

53. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 3 quant au fond, sans aucune modification.

Paragraphe 4

54. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots "si elle le juge possible" à la première phrase du paragraphe 4 et d'ajouter les mots "de toute manière qu'elle juge appropriée" à la fin de cette phrase afin de mieux rendre compte du pouvoir d'appréciation dont jouissait l'autorité de nomination pour obtenir les vues des parties.

Paragraphe 5

55. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 5 quant au fond, sans aucune modification.

Paragraphe 6

56. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 6 quant au fond, sans aucune modification.

Section II. Composition du tribunal arbitral

Nombre d'arbitres

Article 5

57. Le Groupe de travail a examiné les deux options proposées dans l'article 5 pour le nombre d'arbitres, lesquelles tenaient compte des discussions tenues à sa quarante-sixième session (A/CN.9/619, par. 79 à 82). Les deux options ont été appuyées.

58. L'option 1 disposait que, si les parties n'étaient pas convenues du nombre d'arbitres dans les 30 jours suivant la réception de la notification d'arbitrage par le défendeur, trois arbitres étaient nommés. Cette option a été appuyée au motif qu'une règle supplétive prévoyant la constitution d'un tribunal arbitral de trois arbitres pourrait donner une plus grande légitimité à ce tribunal et mieux garantir l'impartialité et l'équité de la procédure si les parties ne pouvaient pas se mettre d'accord sur le nombre d'arbitres. On a fait observer que, dans le cas d'arbitrages complexes, une règle supplétive prévoyant un seul arbitre risquait de ne pas fonctionner. On a souligné qu'une règle supplétive prévoyant trois arbitres était la solution la plus proche de la version de 1976 du Règlement ainsi que de la solution retenue au paragraphe 2 de l'article 10 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage.

59. L'option 2 disposait que, si les parties n'étaient pas convenues du nombre d'arbitres, il était nommé un arbitre à moins que le demandeur, dans sa notification d'arbitrage, ou le défendeur, dans les 30 jours suivant la réception de cette notification, n'ait demandé la nomination de trois arbitres. Cette option a été soutenue parce qu'elle réduisait le risque d'imposer la constitution d'un tribunal arbitral composé de trois arbitres lorsque le litige était peu important. À l'appui de cet argument, on a fait observer que les arbitrages régis par le Règlement de la CNUDCI qui étaient portés à l'attention de la CPA concernaient souvent des litiges peu importants, dans lesquels une règle supplétive prévoyant trois arbitres pourrait imposer une charge trop lourde aux parties. On a aussi fait observer que l'option 2 était particulièrement utile lorsqu'une partie ne participait pas au processus, car elle donnait à l'autre partie la possibilité de fixer le nombre d'arbitres. Il a été dit toutefois que l'option 2 pouvait engendrer un déséquilibre entre les parties car le demandeur devait, dès le stade de la notification d'arbitrage, opter ou non pour la solution d'un tribunal à trois arbitres, alors que le défendeur pouvait le faire ultérieurement, dans sa réponse à la notification d'arbitrage, c'est-à-dire à un moment où le degré de complexité du litige pourrait être déterminé plus clairement.

60. Une autre proposition a été avancée, à savoir que, si les parties ne pouvaient pas se mettre d'accord, le nombre d'arbitres serait fixé par l'autorité de nomination. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait rejeté une proposition similaire à ses quarante-cinquième (A/CN.9/614, par. 60) et quarante-sixième (A/CN.9/619, par. 80) sessions parce que le fait de demander à une autorité de nomination d'intervenir à un stade aussi précoce d'une procédure d'arbitrage pourrait entraîner des retards inutiles.

61. À l'issue de ses débats, le Groupe de travail n'est pas parvenu à un consensus en faveur de l'une ou l'autre option et a donc décidé que la règle supplétive énoncée dans l'article 5 de la version de 1976 du Règlement serait maintenue, sous réserve des ajustements nécessaires pour assurer la cohérence entre l'article 5 et les autres articles révisés du Règlement.

Rôle de l'autorité de nomination dans la détermination du nombre d'arbitres

62. On s'est inquiété de ce que, dans la pratique, la règle supplétive énoncée à l'article 5 de la version de 1976 du Règlement avait pour effet d'entraîner la constitution d'un tribunal arbitral composé de trois arbitres, même si le demandeur, dans sa notification d'arbitrage, avait proposé la nomination d'un seul arbitre, parce que le défendeur n'avait pas répondu à cette proposition. Il a été suggéré d'ajouter dans l'article 5 ou dans l'article 7 une nouvelle disposition pour traiter le cas particulier où les parties n'étaient pas convenues antérieurement du nombre d'arbitres et le défendeur n'avait pas réagi à la proposition du demandeur de nommer un seul arbitre. Dans ces circonstances, et si le défendeur ne nommait pas un deuxième arbitre, il a été proposé que l'autorité de nomination puisse, à la requête du demandeur, nommer un seul arbitre si elle constatait que, compte tenu des circonstances de l'espèce, cela serait plus approprié.

63. Cette proposition a été appuyée. Il a été dit qu'elle constituait un mécanisme de correction utile lorsque le défendeur ne participait pas au processus et que le litige sur lequel portait l'arbitrage ne justifiait pas la constitution d'un tribunal arbitral composé de trois arbitres. En outre, on a noté que la disposition proposée n'engendrerait pas de retard, car de toute façon l'autorité de nomination devait intervenir dans le processus de nomination. On a fait observer que, conformément au paragraphe 5 de l'article 4 *bis*, l'autorité de nomination disposerait de toutes les informations pertinentes pour fixer le nombre d'arbitres. En ce qui concerne la question de savoir où placer cette nouvelle disposition, on a exprimé une préférence pour son inclusion en tant que nouveau paragraphe, dans l'article 5 plutôt que dans l'article 7, ce qui serait plus conforme à l'enchaînement logique des dispositions.

64. À l'issue du débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir, à partir de la proposition ci-dessus, une disposition qu'il examinerait à sa prochaine session.

Cohérence entre l'article 3-5 d) et l'article 5 concernant les délais pour la détermination du nombre d'arbitres

65. On a fait observer que l'article 3-5 d) contenait une disposition relative au nombre d'arbitres devant être proposé par le défendeur en vertu de laquelle celui-ci disposait d'un délai de 30 jours pour faire sa proposition. Par contre, l'article 5 donnait aux parties un délai de 15 jours à compter de la notification d'arbitrage pour se mettre d'accord sur le nombre d'arbitres, faute de quoi la règle supplétive

s'appliquerait. On a dit qu'il fallait remédier à l'incohérence entre les délais prévus par ces deux articles.

66. Diverses propositions ont été faites à cet égard. Il a été proposé notamment que le délai de 15 jours prévu à l'article 5 commence à courir à l'expiration du délai fixé pour répondre à la notification d'arbitrage. On a dit que ce délai supplémentaire était nécessaire pour permettre aux parties de poursuivre leurs échanges sur cette question. Il a été répondu que ce délai supplémentaire de 15 jours ne serait peut-être pas nécessaire car le délai de 30 jours fixé par l'article 3, paragraphe 5, pour répondre à la notification d'arbitrage était suffisant pour que les parties tentent de se mettre d'accord sur cette question. Il a donc été proposé de ne pas mentionner de délai dans l'article 5 car cet article s'appliquerait à un moment où les parties avaient déjà eu la possibilité de communiquer la notification d'arbitrage et la réponse à cette notification.

67. À l'issue du débat, le Groupe de travail est convenu de modifier l'article 3, paragraphe 5 c), en y ajoutant un renvoi à l'article 3, paragraphe 3 g), afin qu'il n'y ait plus de doute sur le fait que le défendeur devait donner une réponse au demandeur en ce qui concerne le nombre d'arbitres. Par conséquent, l'article 3, paragraphe 5 d), serait supprimé. En outre, il a été convenu d'indiquer dans l'article 5 que la règle supplétive prévoyant trois arbitres s'appliquerait si les parties ne parvenaient pas à se mettre d'accord sur le nombre d'arbitres avant l'expiration du délai de 30 jours prévu à l'article 3, paragraphe 5, pour répondre à la notification d'arbitrage.

Nomination des arbitres

Article 6

68. On a fait observer que les mots "à la requête d'une partie" figuraient dans le paragraphe 2 mais non dans le paragraphe 1. Par souci de cohérence, il a été convenu de faire figurer ces mots à la fin du paragraphe 1 et de supprimer les mots "à la requête d'une partie" de la première phrase du chapeau du paragraphe 2 et les mots "à la demande d'une partie" de l'alinéa a) du paragraphe 2. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a adopté l'article 6 quant au fond.

Article 7

69. Le Groupe de travail a adopté l'article 7 quant au fond, sans aucune modification.

Article 7 *bis*

70. On a fait observer que l'article 7 *bis* ne fixait aucun délai. Il a été répondu que cela était inutile car il n'y avait pas lieu de fixer de délais précis pour la nomination des arbitres en cas d'arbitrage multipartite. On a fait observer en outre que la disposition énoncée dans l'article 7 *bis* figurait souvent dans les règlements d'arbitrage international d'autres institutions arbitrales et ne soulevait aucune difficulté dans la pratique.

71. Le Groupe de travail a adopté l'article 7 *bis* quant au fond, sans aucune modification.

Article 8

72. Le Groupe de travail a rappelé qu'il était convenu de supprimer l'article 8, dont les dispositions avaient été intégrées dans l'article 4 *bis* relatif aux autorités de désignation et de nomination (A/CN.9/619, par. 94).

Récusation d'arbitres (articles 9 à 12)

Article 9

Titre

73. Le Groupe de travail est convenu d'ajouter, dans le titre de la section, les mots "Déclarations des arbitres et" afin de mieux rendre compte du contenu de l'article 9.

Membres du tribunal arbitral

74. Le Groupe de travail est convenu d'ajouter "et aux autres membres du tribunal arbitral" après le mot "parties" dans la deuxième phrase de l'article 9 afin de préciser qu'un arbitre devrait signaler non seulement aux parties mais aussi aux autres membres du tribunal arbitral les circonstances de nature à soulever des doutes légitimes quant à son impartialité ou son indépendance. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a adopté l'article 9 quant au fond.

Déclarations d'indépendance types

75. Le Groupe de travail a rappelé qu'il était convenu à sa quarante-sixième session que des indications devraient être données dans le Règlement sur les éléments à signaler, par exemple sous la forme d'une déclaration d'indépendance type qui figurerait dans une note de bas de page se rapportant à l'article 9 ou dans un commentaire accompagnant le texte (A/CN.9/619, par. 96 à 99).

Titre

76. Le Groupe de travail est convenu que l'intitulé précédant les déclarations d'indépendance types devrait être libellé comme suit: "Déclarations types faites en application de l'article 9 du Règlement".

"Impartial et indépendant"

77. On s'est déclaré préoccupé par le fait que les déclarations d'indépendance types n'étaient pas entièrement cohérentes avec l'article 9, car la première phrase de chacune des deux déclarations faisait mention de l'indépendance de l'arbitre mais pas de son impartialité. À l'issue du débat, le Groupe de travail est convenu que la première phrase de chacune des deux déclarations devrait se lire comme suit: "Je suis impartial et indépendant de chacune des parties, et j'entends le rester."

Contenu des déclarations

78. On a dit que la première déclaration visait les cas où il n'y avait "aucune circonstance à signaler" tout en faisant intervenir un élément subjectif fondé sur l'affirmation de l'arbitre selon laquelle, à son avis, aucune circonstance ne devait soulever des doutes légitimes quant à son indépendance et son impartialité, alors que, dans la deuxième déclaration, les relations et les circonstances qui seraient

mentionnées devaient, a contrario, nécessairement être considérées comme susceptibles de susciter de tels doutes. On a estimé que cela n'était peut-être pas approprié. Il a été suggéré d'établir une distinction plus nette entre les deux déclarations, la première devant insister davantage sur l'absence totale de relation entre l'arbitre et les parties. Il a été proposé de remplacer la deuxième phrase de la première déclaration d'indépendance par un libellé tel que le suivant: "À ma connaissance, aucune relation professionnelle, d'affaires ou autre, passée ou présente, avec les parties, ni aucune autre circonstance ne pourrait conduire une partie à mettre en doute mon impartialité ou mon indépendance." Il a été répondu que l'inclusion d'un tel libellé dans la première déclaration était inutile et irait trop loin. Le Groupe de travail n'a pas adopté cette proposition.

79. Afin de répondre à la préoccupation susmentionnée, le Groupe de travail est convenu d'ajouter dans la deuxième déclaration d'indépendance intitulée "circonstances à signaler", après les mots "[inclure la déclaration]", une phrase supplémentaire qui pourrait se lire comme suit: "Néanmoins, je ne considère pas que ces circonstances sont de nature à soulever des doutes légitimes sur mon impartialité ou mon indépendance."

80. Le Groupe de travail a adopté les deux déclarations d'indépendance types quant au fond, sous réserve des modifications dont il est convenu aux paragraphes précédents.

Article 10

81. Le Groupe de travail a adopté l'article 10 quant au fond, sans aucune modification.

Article 11

Paragraphe 1

82. Il a été proposé d'ajouter les mots "aurait dû avoir connaissance" à la fin du paragraphe 1 afin qu'une notification de récusation envoyée 15 jours après la date à laquelle une partie aurait dû avoir connaissance des circonstances provoquant la récusation ne soit pas recevable. Il a été répondu qu'il incomberait à la partie récusant l'arbitre de déterminer quand ces circonstances étaient effectivement connues. On a fait observer qu'il serait préférable de traiter ce point dans l'article 12-2, qui prévoyait que l'autorité de nomination puisse se prononcer à ce sujet. Le Groupe de travail est convenu de ne pas faire figurer le libellé proposé dans le paragraphe 1 et d'envisager, lors de l'examen de l'article 12-2 (voir plus loin, par. 99 à 102) la possibilité d'inclure dans le Règlement une disposition fondée sur la connaissance supposée des circonstances donnant lieu à la récusation.

83. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1 sans aucune modification.

Paragraphe 2

84. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots "se fait par écrit et" apparaissant entre crochets et, sous réserve de cette modification, a adopté le paragraphe 2 quant au fond.

Paragraphe 3

"[toutes les autres parties] [la ou les parties qui ont nommé l'arbitre récusé]"

85. Le Groupe de travail a examiné si, en cas de récusation d'un arbitre par une partie, l'accord de toutes les parties était nécessaire pour que la récusation aboutisse, ou si l'accord de la partie ayant nommé l'arbitre récusé était suffisant. La solution consistant à exiger l'accord de toutes les parties a été fermement appuyée. On a dit que cette solution serait conforme à celle adoptée dans la version de 1976 du Règlement, qui exigeait l'accord de "l'autre partie". On a rappelé que les mots "toutes les parties" avaient été proposés pour tenir compte de l'arbitrage multipartite.

86. On a avancé, en faveur de la solution consistant à exiger l'accord de la ou des parties ayant nommé l'arbitre récusé, que s'il y avait deux défendeurs et si l'un d'entre eux récusait l'arbitre nommé par l'unique demandeur, le fait d'exiger l'accord de toutes les parties donnerait à l'autre défendeur un droit de veto provisoire sur la récusation, ce qui obligerait la partie récusante à porter la récusation devant une autorité de nomination, bien que le demandeur ayant nommé l'arbitre récusé soit disposé à accepter la récusation. Cette situation risquait de se produire lorsque, par exemple, un défendeur souhaitait pour des raisons tactiques retarder la procédure arbitrale en imposant un processus de récusation plus long. On a dit qu'il pourrait être nécessaire de prévoir un libellé supplémentaire pour tenir compte du cas où l'arbitre récusé était l'arbitre unique ou l'arbitre-président.

87. Il a été répondu qu'une fois qu'une partie avait nommé un arbitre, elle ne devait pas avoir plus d'intérêt que les autres dans la participation future de cet arbitre à la procédure. On a dit que le fait d'établir une distinction entre les arbitres en fonction de l'origine de leur nomination serait contraire au principe fondamental selon lequel tous les arbitres étaient nommés de la même manière pour servir l'objectif d'ensemble de l'arbitrage. On a également dit que le fait d'exiger l'accord de la ou des parties ayant nommé l'arbitre récusé ajouterait un degré inutile de complexité pour faire face à des situations qui se produisaient rarement dans la pratique étant donné que les arbitres envisageraient normalement de se déporter d'eux-mêmes. On a en outre affirmé que, si l'accord de la seule autorité de nomination était nécessaire pour que l'arbitre soit récusé, une partie aurait un droit absolu à récuser ou révoquer un arbitre qu'elle avait nommé. On a ajouté que, dans les faits, la proposition consistant à exiger l'acceptation de la récusation par l'ensemble des parties était mieux adaptée aux récusations des arbitres uniques ou présidents qui n'étaient pas nommés par une partie.

88. À l'issue du débat, le Groupe de travail est convenu d'insérer les mots "toutes les parties" comme cela avait été proposé dans la première option figurant entre crochets dans la première phrase du paragraphe 3.

Cessation du mandat de l'arbitre

89. Le Groupe de travail a examiné s'il fallait indiquer expressément dans le paragraphe 3 qu'une fois que les parties avaient accepté la récusation, le mandat de l'arbitre prendrait fin, que l'arbitre récusé ait ou non accepté de se déporter. Il a été dit que si cet ajout était apporté, les mots "et l'arbitre récusé ne se déporte pas" pourraient être supprimés à l'article 12 (voir plus loin, par. 94 à 98). On a considéré que cette proposition permettait de préciser la date à laquelle la révocation de

l'arbitre prendrait effet. On a fait observer que cette question était importante dans la pratique, à savoir lorsque la récusation intervenait pendant la procédure arbitrale et que, par exemple, des mesures provisoires devaient être prises par le tribunal arbitral.

90. On a objecté à cette proposition que, dans certains États, la loi applicable contenait des dispositions concernant le mandat des arbitres, auquel il ne pouvait simplement être mis fin par une convention des parties. Le Groupe de travail a noté que l'absence de mention expresse de la cessation du mandat de l'arbitre ne semblait pas avoir créé beaucoup de difficultés dans la pratique et qu'il était donc inutile d'ajouter une telle mention.

91. Le Groupe de travail est convenu de supprimer la dernière phrase du paragraphe 3 car elle faisait double emploi avec l'article 13-1, qui énonçait une disposition générique concernant le remplacement d'un arbitre. Il est convenu, afin de donner des précisions concernant la révocation de l'arbitre et la procédure applicable, d'inclure une phrase à la fin du paragraphe 3 du type: "Dans les deux cas, le remplacement de l'arbitre se fait conformément à la procédure de l'article 13". Le Groupe de travail est convenu qu'un libellé similaire devrait être inclus dans l'article 12. On a noté qu'une formulation de ce type n'était pas forcément nécessaire dans les articles 11 et 12 si la question était traitée de façon adéquate dans l'article 13.

92. À l'issue du débat, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 3, sous réserve de la modification mentionnée plus haut aux paragraphes 88 et 91.

Article 12

Paragraphe 1

"une partie"

93. Conformément à ce qui avait été décidé à propos de l'article 11-3, le Groupe de travail est convenu d'insérer les mots "une partie" après "la notification de la récusation," dans la première phrase du paragraphe 1 (voir, ci-dessus, par. 85 à 88).

"et l'arbitre récusé ne se déporte pas"

94. On a dit qu'avec le libellé actuel du paragraphe 1 on courait le risque, dans la situation exceptionnelle où un arbitre refuserait de se déporter malgré l'acceptation de la récusation par les parties, que ce refus empêche les parties de persévérer dans leur démarche. Afin d'éviter ce risque, on a suggéré de remplacer "et" par "ou".

95. On a objecté à cette proposition que la version de 1976 du Règlement employait le mot "et", emploi qui n'avait jamais créé de difficultés.

96. On a fait observer, en faveur du remplacement proposé, que la conjonction "ou" correspondrait mieux à la structure de l'article 11-3, dont la première phrase visait la situation où toutes les parties acceptaient la récusation et la deuxième prévoyait que l'arbitre pourrait se déporter. On a dit que, dans la situation où toutes les parties acceptaient la récusation mais où l'arbitre récusé refusait de se déporter, ce dernier serait quand même révoqué sans qu'il soit nécessaire de poursuivre la procédure de récusation. Aussi l'utilisation de la conjonction "ou" clarifierait-elle la procédure applicable.

97. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de remplacer "et" par "ou" après les mots "n'accepte pas la récusation" dans la première phrase du paragraphe 1.

98. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1 sous réserve des modifications mentionnées ci-dessus. Il a prié le Secrétariat de réfléchir à la possibilité de simplifier la rédaction du paragraphe.

Paragraphe 2

99. On a fait observer que le paragraphe 2, qui ne figurait pas dans la version de 1976 du Règlement, avait pour objet de traiter de l'éventuelle utilisation abusive de la procédure de récusation par une partie pour retarder la procédure arbitrale. L'idée selon laquelle l'autorité de nomination devrait pouvoir prendre en compte le facteur décrit au paragraphe 2 pour prendre sa décision concernant l'acceptation ou le rejet d'une récusation a été appuyée.

100. On s'est vivement inquiété du fait que le paragraphe 2 serait difficile à appliquer dans les faits. Il placerait l'autorité de nomination dans une situation où elle aurait à déterminer si la partie récusante aurait dû connaître les motifs de récusation à une étape antérieure de la procédure, ce qui supposerait qu'elle mène des recherches qui pourraient s'avérer impossibles à effectuer pour une autorité de nomination. On a signalé que cette disposition était inutile, puisque l'autorité de nomination pouvait de toute façon rejeter une récusation pour tout motif qu'elle jugeait approprié, y compris dans la situation visée par le paragraphe 2. On a dit que ce paragraphe pourrait avoir comme effet non voulu de limiter les motifs pour lesquels l'autorité pourrait rejeter une récusation. On a indiqué qu'un autre effet non voulu de cette disposition était qu'une partie pourrait se sentir obligée de soulever des motifs de récusation prématurément afin d'éviter l'effet de forclusion de la disposition. Cet effet serait une source de difficultés particulières dans les arbitrages auxquels participaient des États car ces derniers étaient généralement réticents à engager une procédure de récusation tant que l'exactitude d'allégations graves n'était pas établie.

101. On a fait observer en outre que l'inclusion d'un mécanisme fondé sur la connaissance supposée serait une nouveauté dans le Règlement et risquerait d'entraîner des incohérences avec d'autres dispositions du texte, comme l'article 30 sur la renonciation au droit d'objection, qui se fondait sur la notion de connaissance effective.

102. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de supprimer le paragraphe 2.

Remplacement d'un arbitre

Article 13

Paragraphe 1

103. Le Groupe de travail a examiné le paragraphe 1, qui énonçait une règle générale concernant la procédure de remplacement à appliquer lorsqu'il était nécessaire de nommer un remplaçant pendant la procédure d'arbitrage. Il est

convenu que le renvoi aux articles 6 à 9 devrait être remplacé par un renvoi aux articles 6, 7 et 7 *bis*. Il a adopté le paragraphe 1 quant au fond, sans autre modification.

Paragraphes 2 et 3

104. Les paragraphes 2 et 3 décrivaient la procédure à appliquer pour remplacer un arbitre lorsque celui-ci avait démissionné pour des raisons non valables, refusait d'agir ou n'agissait pas ou était récusé. Le paragraphe 2 prévoyait que, lorsqu'un arbitre avait démissionné pour des raisons non valables ou refusait d'agir ou n'agissait pas, l'autorité de nomination pouvait, à la demande d'une partie, soit remplacer cet arbitre, soit autoriser les autres arbitres à poursuivre l'arbitrage et à rendre toute décision ou sentence. Le paragraphe 3 prévoyait que, dans ces circonstances ou lorsqu'une récusation était admise conformément à l'article 12, l'autorité de nomination devait décider si elle devait procéder elle-même à la nomination d'un remplaçant.

105. On a fait observer qu'il fallait examiner attentivement ces deux paragraphes, car ils avaient pour conséquence de priver les parties du droit fondamental de nommer un arbitre. Il a donc été dit qu'il faudrait, dans ces paragraphes, prévoir des garanties pour qu'ils ne s'appliquent qu'en des circonstances exceptionnelles.

106. On a fait observer que le paragraphe 2 traitait de situations de nature différente, dont certaines impliquaient une faute de la part des parties ou des membres du tribunal arbitral et d'autres étaient dues au fait que l'arbitre n'avait pas pu s'acquitter de sa mission pour des raisons légitimes. On a fait observer qu'il fallait mieux définir les situations qui entraînaient l'application de la procédure exceptionnelle mentionnée au paragraphe 2 et en distinguer les conséquences en fonction de leur nature. Le Groupe de travail a examiné les différentes situations visées aux paragraphes 2 et 3, puis a étudié l'incidence de ces situations sur la procédure de remplacement à appliquer.

Situations entraînant l'application de procédures exceptionnelles de remplacement d'un arbitre

107. Le Groupe de travail a commencé par examiner la situation dans laquelle un arbitre refuserait d'agir ou n'agirait pas et n'exercerait donc pas sa mission, pour quelque raison que ce soit, sans qu'il y ait nécessairement faute. L'attention du Groupe de travail s'est portée sur les situations objectives où l'autorité de nomination devrait procéder à une nomination, par exemple lorsqu'une décision de justice ou une autre autorité publique interdirait à un arbitre de participer à la procédure. En réponse à la question de savoir si, dans de telles circonstances, le Règlement devrait opérer une distinction entre une absence temporaire et durable de l'arbitre, on a fait observer qu'une telle distinction pourrait compliquer le mécanisme et que les règlements d'arbitrage international l'appliquaient rarement. On a fait observer que le paragraphe 2 de l'article 13 de la version de 1976 du Règlement prévoyait simplement que la procédure de récusation et de remplacement d'un arbitre devrait s'appliquer. Il a été souligné qu'une disposition similaire figurait à l'article 14 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage.

108. À des fins de cohérence de la structure des articles 12 et 13 du Règlement, il a été proposé d'ajouter, à l'article 12, un paragraphe disposant que, en cas de carence

ou d'impossibilité de droit ou de fait d'un arbitre de remplir sa mission, la procédure de récusation devait s'appliquer. Cette proposition a été adoptée par le Groupe de travail.

109. Quant à la situation dans laquelle il fallait remplacer un arbitre qui avait donné sa démission ou refusait d'agir ou n'agissait pas pour des raisons non valables, on s'est déclaré préoccupé par l'expression "raisons non valables". Il a été dit que l'expression "non valables" était vague et prêtait à diverses interprétations. D'autres qualificatifs ont été proposés, comme "insuffisantes", "injustifiables", "injustifiées", "non fondées" ou "objectivement futiles". On a fait observer que, dans une formulation légèrement différente, la notion de validité des raisons était utilisée dans d'autres instruments de la CNUDCI, comme au paragraphe 2 de l'article 14 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, ce qui n'avait pas entraîné de difficultés d'interprétation. Il a été proposé d'utiliser une expression positive du type "sans raisons valables" pour souligner que les arbitres qui se désistaient devaient justifier leur désistement. Il a été proposé de fixer une règle encore plus stricte en incluant des mots tels que "manifestement" avant "sans raisons valables" et "dans des circonstances exceptionnelles".

110. Il a été proposé d'utiliser la notion de "comportement fautif" qui, a-t-il été dit, recouvrait mieux les situations d'abus et de manipulation, lesquelles risquaient de ne pas être couvertes par la notion de "raisons non valables". Cette proposition a suscité des objections au motif qu'avec certaines des expressions proposées ci-dessus, la notion de "comportement fautif" impliquait une évaluation subjective du comportement de l'arbitre par l'autorité de nomination, ce qui pourrait être contraire à l'objectif de prévisibilité et de cohérence de l'application du Règlement, surtout en cas d'intervention d'autorités de nomination moins expérimentées. Il a été dit que le libellé à retenir devrait indiquer clairement les situations qui entraîneraient l'intervention de l'autorité de nomination et non se référer au comportement fautif d'une partie.

Pouvoir d'appréciation de l'autorité de nomination pour la nomination d'un arbitre remplaçant et la mise en place d'un tribunal incomplet

111. On a fait observer qu'il était possible soit d'opter pour une description générique des cas où une partie devrait être privée du droit de nommer l'arbitre remplaçant soit d'énumérer ces cas. L'idée d'adopter une approche générique donnant à l'autorité de nomination un large pouvoir d'appréciation pour décider de procéder ou non elle-même au remplacement de l'arbitre, sous réserve de préciser qu'elle ne pourrait exercer un tel pouvoir que dans des circonstances exceptionnelles, a recueilli un certain soutien. On a dit qu'il pourrait être nécessaire de nommer directement un arbitre dans diverses situations et pas seulement en cas de faute d'une partie ou d'un arbitre. Selon une opinion, qu'il soit décidé ou non d'inclure une disposition spécifique dans l'article 13, le pouvoir d'appréciation dont jouissait l'autorité de nomination, tel qu'il était généralement reconnu par le Règlement, était suffisamment étendu pour lui permettre de remplacer un arbitre.

112. Des opinions divergentes ont été exprimées sur le point de savoir si l'autorité de nomination devait être autorisée de manière plus générale à procéder elle-même à la nomination d'un arbitre remplaçant. On a fait observer qu'une partie ne devrait être privée de son droit de nommer un arbitre qu'à titre de sanction en cas de faute de sa part ou d'un arbitre. Il a été répondu que cette disposition traitait la question

du remplacement d'un arbitre de la façon la plus efficace et n'avait donc aucun rapport avec la notion de sanction. Il a été avancé, en faveur d'une liste énumérant les cas où une partie serait privée de son droit de nommer un arbitre remplaçant, qu'une telle liste offrirait davantage de garanties aux parties. Cependant, selon l'opinion qui a prévalu, une disposition donnant à une autorité de nomination la possibilité de nommer directement un arbitre devrait se limiter aux cas de comportements fautifs et devrait demeurer générique de manière à couvrir toutes les situations possibles.

113. Il a été dit que la disposition du paragraphe 2, qui envisageait un tribunal incomplet, devrait mettre l'accent sur les rares cas dans lesquels un tel mécanisme interviendrait. Il a été convenu qu'une disposition devrait indiquer quels types de comportements déclencheraient ce mécanisme et à partir de quel moment celui-ci pourrait commencer à fonctionner (uniquement après l'achèvement de la procédure orale, ou avant, éventuellement). Il a été convenu qu'une disposition autorisant l'autorité de nomination à opter pour un tribunal incomplet devrait comprendre toutes les restrictions nécessaires pour que cette option ne puisse être exercée que dans des circonstances exceptionnelles, compte tenu de l'état d'avancement de la procédure. On a fait observer que d'autres règlements d'arbitrage international régissaient la question du tribunal incomplet, notamment celui de la Chambre de commerce internationale ("Règlement de la CCI") et celui de l'American Arbitration Association ("Règlement de l'AAA"). On a rappelé que l'article 10 du Règlement de l'AAA disposait que l'administrateur devait déterminer s'il existait des raisons suffisantes d'accepter la démission d'un arbitre.

114. Il a été proposé de limiter strictement dans le temps l'application du mécanisme, par exemple en précisant qu'il n'interviendrait qu'après la clôture de la procédure orale. On a fait observer que, dans le Règlement de la CCI, la décision de mettre en place un tribunal incomplet ne pouvait être prise qu'à la clôture de la procédure. On a répondu à cette observation en rappelant que l'un des objectifs de la révision du Règlement de la CNUDCI était d'assouplir les délais pour la mise en place d'un tribunal incomplet, afin de remédier aux difficultés que soulevait dans la pratique le désistement d'arbitres tout le long de la procédure arbitrale.

Proposition

115. Afin de répondre aux diverses préoccupations exprimées en ce qui concerne les paragraphes 2 et 3, il a été proposé de remplacer ces deux paragraphes par une disposition qui pourrait être libellée comme suit: "Si, à la demande d'une partie, l'autorité de nomination détermine que la nécessité de remplacer un arbitre est due à un comportement fautif dans des circonstances qui justifient qu'une partie n'ait pas le droit de nommer l'arbitre remplaçant, elle peut, après avoir donné aux parties, aux arbitres et à l'arbitre à remplacer la possibilité d'exprimer leurs vues: a) procéder elle-même à la nomination de l'arbitre remplaçant; ou b) si cette situation se produit à un stade tardif de la procédure, autoriser les autres arbitres à poursuivre l'arbitrage et à rendre toute décision ou sentence."

116. Cette proposition a été largement appuyée. Cependant, un certain nombre d'observations ont été faites quant à son libellé. On a fait remarquer que la proposition faisait référence au "comportement fautif dans des circonstances", notion qui pourrait être trop vague. On a proposé de parler plutôt de "comportement justifiant qu'une partie soit privée du droit de nommer un arbitre remplaçant". Il a

été noté que l'emploi du terme "droit" risquait d'être inapproprié et que le mot "possibilité" rendrait peut-être mieux l'idée. Une autre proposition était de remplacer les mots "comportement fautif dans des circonstances" par les mots "tentative d'entraver la procédure". On a souligné que l'on ne savait pas si le terme générique "comportement fautif" visait seulement les arbitres ou les parties aussi. À cela on a répondu qu'il conviendrait peut-être que l'autorité de nomination nomme elle-même l'arbitre ou autorise la mise en place d'un tribunal incomplet en cas de comportement fautif d'un arbitre dans des circonstances qui justifiaient qu'une partie se voie privée du droit de nommer l'arbitre remplaçant. On a suggéré d'ajouter les mots "circonstances exceptionnelles" afin de mieux préciser les conditions dans lesquelles les dispositions des alinéas a) et b) s'appliqueraient. On a mis en doute la nécessité de donner à l'arbitre remplacé la possibilité d'être entendu. On a dit que la notion de "stade tardif de la procédure" était ambiguë et devrait être remplacée par une expression plus précise, telle que "la clôture de la procédure" ou "un stade considérablement avancé de la procédure".

117. À l'issue du débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir, afin qu'il l'examine à un stade ultérieur, une version révisée de la proposition mentionnée dans le paragraphe 115 ci-dessus.

Répétition orale en cas de remplacement d'un arbitre

Article 14

118. Le Groupe de travail a adopté le texte de l'article 14 quant au fond, sans aucune modification.

Section III. Procédure arbitrale

Dispositions générales – Article 15

Paragraphe 1

119. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1 quant au fond, sans aucune modification.

Paragraphe 1 bis

120. On a précisé que le paragraphe 1 *bis* ne s'appliquait qu'aux délais relatifs à la procédure d'arbitrage et non aux délais fondamentaux relatifs au litige sur lequel portait l'arbitrage.

121. On a exprimé la crainte que le paragraphe 1 *bis* ne crée des difficultés pratiques lorsque les lois nationales ne permettaient pas aux arbitres de prolonger les délais dans la procédure d'arbitrage. On a répondu que la pratique de la Cour d'arbitrage de la CCI, qui prolongeait fréquemment les délais de la procédure d'arbitrage, ne semblait pas avoir posé de problèmes et que la question des dispositions de la loi nationale non susceptibles de dérogation était déjà traitée à l'article premier du Règlement.

122. On s'est également déclaré préoccupé par le fait que le paragraphe 1 *bis*, dans sa rédaction actuelle, n'invitait les parties à exprimer leurs vues qu'en cas de

prolongation ou d'abrègement d'un délai dont elles étaient convenues, comme le prévoyait l'alinéa b), mais pas à propos de tout délai prescrit par le Règlement, dont il était question à l'alinéa a). On a signalé que les parties avaient le droit fondamental d'exprimer leurs vues et que ce droit devrait s'appliquer à l'ensemble des cas visés dans les deux alinéas. Plus généralement, on a dit que ce droit s'appliquait à de nombreux cas différents dans le cadre du Règlement et qu'il pourrait être malvenu d'y faire expressément référence dans le paragraphe 1 *bis* uniquement. On a donc proposé de supprimer cette référence. Toutefois, le Groupe de travail a estimé dans son ensemble qu'il importerait de signaler aux tribunaux arbitraux qu'il était essentiel de ne pas modifier les délais sans faire participer les parties à sa prise de décision.

123. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail est convenu que les parties seraient invitées à exprimer leurs vues dans les deux cas et que, pour ce faire, le membre de phrase "après avoir invité les parties à exprimer leur vues" serait placé après "Le tribunal arbitral peut".

124. On a attiré l'attention du Groupe de travail sur le fait que la décision du tribunal arbitral de prolonger ou d'abréger un délai devait être prise avec prudence car elle passait outre l'accord des parties. On a en outre fait observer que le libellé laissait une grande marge d'interprétation, ce qui risquait d'être particulièrement dangereux si les arbitres étaient inexpérimentés. Afin de répondre à ces craintes, on a suggéré de limiter la marge de décision du tribunal arbitral en insérant une formule telle que "si nécessaire", "dans des circonstances exceptionnelles" ou, par référence à l'article 23, en parlant de prorogation ou d'abrègement "motivé".

125. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a adopté quant au fond le paragraphe 1 *bis*, sous réserve de la modification mentionnée dans le paragraphe 123 ci-dessus.

Paragraphe 2

126. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le paragraphe 2, sans aucune modification.

Paragraphe 3

127. On a fait observer qu'une communication de l'une des parties au tribunal arbitral ne pourrait pas toujours être communiquée en même temps par cette partie à toutes les autres, comme l'exigeait le paragraphe 3, en particulier en cas de requête aux fins d'ordonnance préliminaire présentée au tribunal. On a donc proposé de supprimer soit le paragraphe 3 dans son intégralité, soit uniquement les mots "en même temps". En réponse, on a souligné que la suppression proposée irait à l'encontre de la pratique actuelle de l'arbitrage international consistant à envoyer les communications en même temps aux parties et au tribunal arbitral. On a en outre fait observer que cette manière de procéder contribuait à faciliter la procédure arbitrale et qu'elle ne devrait pas être modifiée. Pour rapprocher ces points de vue, on a suggéré d'inclure dans le paragraphe 3 une formulation du type "sauf décision contraire du tribunal arbitral ou disposition contraire du Règlement". Cette proposition a été appuyée et, à l'issue de sa discussion, le Groupe de travail est convenu que le Secrétariat devrait élaborer une version révisée de ce paragraphe en tenant compte des propositions précédentes.

Paragraphe 4

128. Le paragraphe 4 examiné par le Groupe de travail avait pour objet de permettre à une ou plusieurs personnes de se joindre à l'arbitrage en tant que parties, à condition que celles-ci y aient consenti et soient également parties à la convention d'arbitrage. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quarante-sixième session il était convenu que la disposition sur la participation de tiers à la procédure modifierait considérablement le Règlement et avait pris note des vues divergentes exprimées sur la question (A/CN.9/619, par. 126).

"et y ait consenti"

129. Il a été rappelé que ce paragraphe employait le mot "tiers" ("third person") et non "tierce partie" ("third party"), étant donné que les personnes se joignant à la procédure arbitrale étaient parties à la convention d'arbitrage. Le Groupe de travail est convenu que les personnes se joignant à l'arbitrage devaient être parties à la convention d'arbitrage et que l'emploi du terme "tierce partie" devait continuer d'être évité.

130. Il a été proposé de supprimer les mots "et y ait consenti" dans la première phrase du paragraphe 4. On a fait observer que ces mots ne seraient pas nécessaires car la disposition exigeait déjà que la personne se joignant à la procédure arbitrale soit partie à la convention d'arbitrage. En convenant d'appliquer le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, les parties seraient supposées consentir à l'application de la disposition sur la participation de tiers à la procédure arbitrale et à la possibilité que le tribunal arbitral soit constitué sans leur consentement. Le fait d'exiger en outre l'accord de la personne devant se joindre à la procédure donnerait à cette dernière un droit de veto, qui ne serait peut-être pas justifié.

131. On a exprimé la crainte qu'en l'absence de consentement exprès d'une partie devant se joindre à la procédure d'arbitrage, cette dernière, au moment de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale, n'oppose le fait qu'elle n'a pas participé à la constitution du tribunal arbitral et que ce dernier n'a donc pas été constitué conformément à l'accord des parties.

132. Plusieurs propositions ont été avancées pour apaiser cette crainte. Il a été proposé d'insérer à l'article 3 une disposition selon laquelle les parties qui envisageaient de demander la jonction d'une autre partie devraient le faire à un stade précoce de la procédure, avant la constitution du tribunal arbitral. On a fait observer que cette solution ne serait peut-être pas applicable dans toutes les circonstances.

133. Il a été fait observer que l'article 20 du Règlement apportait peut-être déjà une solution à la question, en disposant qu'une partie avait la possibilité de modifier ou de compléter sa requête ou sa réponse, à moins que le tribunal arbitral considère ne pas devoir l'y autoriser, en raison du préjudice que subiraient les autres parties ou de toute autre circonstance.

134. Une autre proposition a été faite afin de répondre expressément à cette crainte dans la disposition sur la participation de tiers à la procédure arbitrale, à savoir remplacer les mots "et y ait consenti" par un libellé du type: "à moins que le tribunal arbitral ne constate, après avoir donné à toutes les parties, y compris la personne devant se joindre à la procédure, la possibilité d'être entendues, que cette

jonction ne devrait pas être autorisée en raison du préjudice qu'elle causerait à l'une de ces parties". Après discussion, le Groupe de travail a décidé qu'il faudrait préciser que le tribunal arbitral pourrait décider de joindre une personne à la procédure arbitrale sans son consentement mais, qu'avant de prendre cette décision, il devrait donner à cette personne la possibilité d'être entendue et se prononcer sur le préjudice. Le Secrétariat a été prié d'établir un texte prenant en compte la décision du Groupe du travail. Il a en outre été suggéré d'élargir le texte proposé en parlant de "toutes les circonstances que le tribunal arbitral estime pertinentes et applicables", comme à l'article 4.2 du Règlement suisse d'arbitrage international. Cette suggestion n'a pas été adoptée.

135. Le Groupe de travail est convenu d'insérer les mots "ou des sentences" après "sentence" dans la deuxième phrase du paragraphe 4.

Lieu de l'arbitrage

Article 16

Paragraphe 1

136. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots "y compris les convenances des parties" du fait qu'il n'était pas justifié de mentionner une circonstance uniquement et que d'autres circonstances pouvaient être plus importantes. Il a adopté le paragraphe 1 quant au fond, sous réserve de supprimer les mots en question.

Paragraphe 2

137. On s'est inquiété de ce que la rédaction actuelle du paragraphe 2 laissait entendre que les arbitres n'étaient pas libres de se réunir en tout lieu, sauf si les parties en convenaient autrement. Pour répondre à cette préoccupation, il a été proposé de scinder le paragraphe en deux phrases, afin de bien préciser que les arbitres pourraient délibérer en tout lieu qu'ils jugeaient approprié. La proposition a été adoptée par le Groupe de travail.

138. Il a été proposé de supprimer le mot "consultations", qui faisait double emploi avec les mots "réunions et délibérations". Cette proposition a été adoptée par le Groupe de travail.

139. Afin de clarifier le texte, le Groupe de travail est également convenu de supprimer les mots "Nonobstant les dispositions du paragraphe 1". Il a adopté le paragraphe 2 quant au fond, sous réserve des modifications susmentionnées.

Langue

Article 17

140. Le Groupe de travail a rappelé sa décision de supprimer du Règlement le mot "langues" au pluriel (A/CN.9/619, par. 145). Il a été informé que cette modification de l'article 17 risquait d'avoir pour effet négatif de priver le tribunal arbitral de la possibilité d'utiliser plus d'une langue.

141. Le Groupe de travail a adopté l'article 17 quant au fond, en y conservant le mot "langues" au pluriel.

B. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa quarante-neuvième session

(A/CN.9/WG.II/WP.151 et Add.1) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-3

II. Projet révisé de Règlement d'arbitrage de la CNUDCI 1-39

Section I. Dispositions préliminaires (article 1 à article 4 *bis*) 1-16

Section II. Composition du tribunal arbitral (article 5 à article 14) 17-33

Section III. Procédure arbitrale (article 15 à article 17). 34-39

I. Introduction

1. À sa trente-neuvième session (New York, 19 juin-7 juillet 2006), la Commission est convenue, en ce qui concerne les activités futures du Groupe de travail, d'accorder la priorité à une révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 (ci-après dénommé le "Règlement d'arbitrage de la CNUDCI" ou le "Règlement")[1]. À sa quarantième session (Vienne, 25 juin-12 juillet 2007), la Commission a noté que le Règlement d'arbitrage n'avait pas été modifié depuis son adoption en 1976, et que la révision devrait avoir pour objet de le moderniser et de promouvoir une plus grande efficacité dans la procédure arbitrale. D'une manière générale, elle est convenue que le mandat du Groupe de travail, qui était de conserver la structure initiale et l'esprit du Règlement, avait guidé utilement jusqu'ici ses délibérations et devrait continuer à inspirer ses travaux[2]. À sa quarante et unième session (New York, 16 juin-3 juillet 2008), la Commission a exprimé l'espoir que le Groupe de travail achèverait ses travaux sur la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous sa forme générique de sorte que l'examen final et l'adoption du texte aient lieu, au plus tard, à la quarante-deuxième session de la Commission en 2009[3].

2. À sa quarante-cinquième session (Vienne, 11-15 septembre 2006), le Groupe de travail a entrepris de déterminer les domaines où une révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pourrait être utile. À cette même session, il a donné des indications préliminaires sur diverses options à examiner concernant les révisions proposées, en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.II/WP.143 et Add.1, afin

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 182 à 187.

[2] Ibid., *soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), première partie, par. 175.

[3] Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 308 à 316.

que le Secrétariat puisse préparer un projet révisé du Règlement qui en tienne compte. Le rapport de cette session a été publié sous la cote A/CN.9/614. À ses quarante-sixième (New York, 5-9 février 2007), quarante-septième (Vienne, 10-14 septembre 2007) et quarante-huitième (New York, 4-8 février 2008) sessions, le Groupe de travail a examiné un projet de version révisée du Règlement qui figure dans les documents A/CN.9/WG.II/WP.145 et Add.1. Les rapports de ces sessions ont été publiés sous les cotes A/CN.9/619, A/CN.9/641 et A/CN.9/646, respectivement.

3. La présente note contient un projet annoté de version révisée du Règlement de la CNUDCI, qui tient compte des délibérations du Groupe de travail de ses quarante-sixième à quarante-huitième sessions et des commentaires reçus par le Secrétariat lors des conférences et des réunions organisées pour débattre de la révision du Règlement. Elle a été élaborée afin d'être examinée par le Groupe de travail lors de la deuxième lecture de la version révisée du Règlement, en remplacement des documents A/CN.9/WG.II/WP.147 et Add.1, et A/CN.9/WG.II/WP.149, car il semblait plus clair de proposer un projet complet de version révisée plutôt que d'ajouter des annotations et des commentaires à ces documents antérieurs. La présente note porte sur les projets d'articles 1 à 17 de la version révisée du Règlement et les projets d'articles 18 à 41, ainsi que les projets de dispositions additionnelles, font l'objet du document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1.

II. Projet révisé de Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

Section I. Dispositions préliminaires (article 1 à article 4 *bis*)

Champ d'application

Article premier

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

1 *bis.* À moins qu'elles ne soient convenues d'appliquer une autre version du Règlement, les parties à une convention d'arbitrage conclue après [date d'adoption par la CNUDCI de la version révisée du Règlement] sont réputées s'être référées au Règlement ayant effet à la date à laquelle commence la procédure d'arbitrage. Cette présomption ne s'applique pas lorsque cette convention a été conclue par acceptation, après [date d'adoption par la CNUDCI de la version révisée du Règlement], d'une offre faite avant cette date. **[2]**

2. Le présent Règlement régit l'arbitrage, sous réserve cependant qu'en cas de conflit entre l'une de ses dispositions et une disposition de la loi applicable à l'arbitrage à laquelle les parties ne peuvent déroger, c'est cette dernière disposition qui prévaut. **[3]**

Remarques sur le projet d'article premier

1. Le Groupe de travail n'a pas modifié quant au fond le paragraphe 1) à sa quarante-huitième session (A/CN.9/646, par. 71).

2. Les dispositions du paragraphe 1 *bis* ne figuraient pas dans la version de 1976 du Règlement. Ce paragraphe vise à déterminer quelle version du Règlement s'applique aux procédures d'arbitrage. Le projet proposé se fonde sur les débats du Groupe de travail à sa quarante-huitième session (A/CN.9/646, par. 72 à 77). Il énonce une présomption destinée à guider les arbitres au cas où les parties n'ont pas expressément indiqué la version du Règlement qui s'appliquerait. Cette présomption, qui veut que les parties se sont référées au Règlement en vigueur à la date de commencement de la procédure d'arbitrage, s'applique uniquement aux conventions d'arbitrage conclues après l'adoption de la version révisée du Règlement. Elle ne s'applique pas lorsque ces conventions sont formées par acceptation, de la part d'une ou de plusieurs parties, d'une offre ouverte d'arbitrage faite par l'autre ou les autres parties avant la date d'adoption de la version révisée du Règlement (A/CN.9/646, par. 75 et 76).

3. Le paragraphe 2, qui est reproduit sans modification par rapport à la version de 1976 du Règlement, a été adopté quant au fond par le Groupe de travail à sa quarante-huitième session (A/CN.9/646, par. 78).

*** LIBELLÉ TYPE DE CLAUSE COMPROMISSOIRE POUR LES CONTRATS [4]**

Tout litige, controverse ou réclamation né du présent contrat ou se rapportant au présent contrat ou à une contravention au présent contrat, à sa résolution ou à sa nullité, sera tranché par voie d'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

Note – Les parties voudront peut-être ajouter les indications suivantes: **[5]**

a) L'autorité de nomination sera ... (nom de la personne ou de l'institution);

b) Le nombre d'arbitres est fixé à ... (un ou trois);

c) Le lieu de l'arbitrage sera ... (ville et pays);

d) La langue à utiliser pour la procédure d'arbitrage sera ...

Remarques sur le projet de clause compromissoire type

4. Le projet de clause compromissoire type a été adopté quant au fond par le Groupe de travail à sa quarante-huitième session (A/CN.9/646, par. 79).

5. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si les mots "voudront peut-être" dans le chapeau de la note sur le libellé type de la clause compromissoire devraient être remplacés par "devraient" de manière à indiquer aux parties l'importance de s'entendre sur les questions énumérées.

Notification, calcul des délais

Article 2

1. Aux fins du présent Règlement, une notification, y compris une communication ou une proposition, est réputée être arrivée à destination si elle a été remise soit en mains propres au destinataire, soit à sa résidence habituelle, à son établissement ou à son adresse désignée, soit encore – aucune de ces adresses n'ayant pu être trouvée après une enquête raisonnable – à la dernière résidence ou au dernier établissement connu du destinataire. La notification est réputée être arrivée à destination le jour d'une telle remise. **[6]**

[1 *bis*. Une notification, y compris une communication ou une proposition, est remise contre reçu, par lettre recommandée ou par service de messagerie, ou est transmise par télex, télécopie ou autres moyens de télécommunication, y compris les communications électroniques permettant de fournir une preuve de la transmission.] **[7]**

2. Aux fins du calcul d'un délai aux termes du présent Règlement, ledit délai commence à courir le lendemain du jour où la notification, la communication ou la proposition est arrivée à destination. Si le dernier jour du délai est un jour férié ou chômé au lieu de la résidence ou de l'établissement du destinataire, le délai est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. Les jours fériés et chômés qui tombent pendant que court le délai sont comptés. **[8]**

Remarques sur le projet d'article 2

6. Le paragraphe 1 reflète la décision du Groupe de travail à sa quarante-huitième session de conserver les mots "en mains propres" et de remplacer la référence à une adresse postale par l'expression "adresse désignée" (A/CN.9/646, par. 80 à 82). Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le paragraphe 1 devrait traiter expressément des cas où les tentatives de remise d'une notification sont restées infructueuses en modifiant le paragraphe 1 comme montré en gras: "Aux fins du présent Règlement, une notification, y compris une communication ou une proposition, est réputée être arrivée à destination si elle a été remise soit en mains propres au destinataire, soit à sa résidence habituelle, à son établissement ou à son adresse désignée. **Si** aucune de ces adresses n'a pu être trouvée après une enquête raisonnable, **la remise a lieu, ou est tentée**, à la dernière résidence ou au dernier établissement connu du destinataire. La notification est réputée être arrivée à destination le jour d'une **telle remise ou tentative de remise**."

7. Les dispositions du paragraphe 1 *bis* ne figuraient pas dans la version de 1976 du Règlement. Ce paragraphe fait suite à la décision du Groupe de travail d'insérer une disposition autorisant expressément tant les formes électroniques que les autres formes traditionnelles de communication (A/CN.9/614, par. 39). Le projet proposé, qui correspond à une disposition communément adoptée dans d'autres règlements d'arbitrage, n'apporte toutefois pas de réponse entièrement satisfaisante au problème de la preuve de la réception ou de l'envoi de la communication. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si une telle disposition devrait être ajoutée dans le Règlement étant donné que le paragraphe 1 englobe toutes sortes de

communications, qu'elles soient traditionnelles ou électroniques, et que l'absence d'une telle disposition ne semble pas avoir été source de difficultés par le passé.

8. Le paragraphe 2, qui est reproduit sans modification par rapport à la version de 1976 du Règlement, a été adopté quant au fond par le Groupe de travail à sa quarante-huitième session (A/CN.9/646, par. 84).

Notification d'arbitrage et réponse

Article 3

1. La partie ou les parties (ci-après dénommée(s) "le(s) demandeur(s)") qui prend l'initiative de recourir à l'arbitrage communique à l'autre partie ou aux autres parties (ci-après dénommée(s) "le(s) défendeur(s)") une notification d'arbitrage. **[9]**

2. La procédure d'arbitrage est réputée commencer à la date à laquelle la notification d'arbitrage est reçue par le défendeur. **[10]**

3. La notification d'arbitrage doit contenir les indications ci-après: **[11]**

a) La demande tendant à ce que le litige soit soumis à l'arbitrage;

b) Les noms et coordonnées des parties;

c) Des éléments identifiant la convention d'arbitrage invoquée;

d) Des éléments identifiant tout contrat ou autre instrument juridique duquel est né le litige ou auquel il se rapporte ou, en l'absence d'un tel contrat ou instrument, une brève description de la relation considérée;

e) Une brève description du litige et, le cas échéant, une estimation de la somme sur laquelle il porte;

f) L'objet de la demande;

g) Une proposition quant au nombre d'arbitres, à la langue et au lieu de l'arbitrage, à défaut d'accord sur ces points conclu précédemment entre les parties.

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

a) Une proposition tendant à nommer une autorité de nomination visée à l'article 4 *bis*, paragraphe 1;

a *bis*) Une proposition tendant à nommer un arbitre unique, visé à l'article 6, paragraphe 1;

b) La notification de la nomination d'un arbitre, visée à l'article 7 ou à l'article 7 *bis* [;

c) La requête visée à l'article 18.] **[12]**

5. Dans les trente jours de la réception de la notification d'arbitrage, le défendeur communique au demandeur une réponse qui contient [, dans la mesure du possible,] les indications suivantes: **[13]**

a) Toute exception d'incompétence d'un tribunal arbitral constitué en vertu du présent Règlement;

b) Le nom et les coordonnées de chaque défendeur;

c) Une réponse aux informations figurant dans la notification d'arbitrage, conformément à l'article 3, paragraphe 3 c), d), e) et f);

d) Une proposition quant au nombre d'arbitres, à la langue et au lieu de l'arbitrage, à défaut d'accord sur ces points conclu précédemment entre les parties.

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

a) Une proposition tendant à nommer une autorité de nomination, visée à l'article 4 *bis*, paragraphe 1;

b) Une proposition tendant à nommer un arbitre unique, visé à l'article 6, paragraphe 1;

c) La notification de la nomination d'un arbitre, visée à l'article 7 ou à l'article 7 *bis*;

d) Une brève description des demandes reconventionnelles éventuelles ou des droits éventuellement invoqués aux fins de compensation, y compris, le cas échéant, une estimation des sommes correspondantes, et de l'objet de la demande.

7. La constitution du tribunal arbitral n'est pas entravée par: a) un désaccord quelconque relatif au caractère suffisant de la notification d'arbitrage, qui sera tranché définitivement par le tribunal arbitral; ou b) l'absence de réponse du défendeur à la notification d'arbitrage. Dans les deux cas, le tribunal arbitral prend les mesures qu'il juge appropriées. **[14]**

Remarques sur le projet d'article 3

9. Les mots "ou les parties" ont été ajoutés dans le paragraphe 1 pour tenir compte de l'arbitrage multipartite, comme décidé par le Groupe de travail à sa quarante-sixième session (A/CN.9/619, par. 51).

10. Le paragraphe 2, qui est reproduit sans modification par rapport à la version de 1976 du Règlement, a été adopté quant au fond par le Groupe de travail.

11. Le paragraphe 3 contient les modifications adoptées par le Groupe de travail à sa quarante-sixième session (A/CN.9/619, par. 52 et 54).

12. Le Groupe de travail est convenu à sa quarante-sixième session d'examiner plus avant la question de savoir si le demandeur ne devrait décider que sa notification d'arbitrage constituerait sa requête qu'au stade de la procédure visé à l'article 18 (A/CN.9/619, par. 57). Si cette option est retenue, le paragraphe 4 c)

pourrait être supprimé et la disposition suivante ajoutée à l'article 18: "Le demandeur peut décider de traiter sa notification d'arbitrage visée à l'article 3, paragraphe 3, comme une requête" (voir document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1, par. 1). Une solution similaire serait ensuite proposée en ce qui concerne la réponse à la notification pour permettre au défendeur de décider si sa réponse devrait être traitée comme une réponse visée à l'article 19. Le paragraphe suivant serait ajouté à l'article 19: "Le défendeur peut choisir de traiter sa réponse à la notification d'arbitrage visée à l'article 3, paragraphe 5, comme une réponse" (voir document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1, par. 2).

13. Les paragraphes 5 et 6, qui traitent de la réponse à la notification d'arbitrage, ne figuraient pas dans la version de 1976 du Règlement et le projet tient compte des commentaires formulés au sein du Groupe de travail, selon lesquels une formule plus précise devait être utilisée (A/CN.9/619, par. 58 et 60).

14. Les dispositions du paragraphe 7 ne figuraient pas dans la version de 1976. Ce paragraphe fait suite à la décision du Groupe de travail d'ajouter une disposition indiquant qu'une notification d'arbitrage incomplète ou l'absence de réponse du défendeur à la notification d'arbitrage ne devrait pas faire obstacle à la constitution du tribunal arbitral et que les conséquences de ces manquements devraient être déterminées par le tribunal arbitral (A/CN.9/619, par. 55 et 56).

Représentation et assistance

Article 4 [15]

Les parties peuvent se faire représenter ou assister par des personnes qu'elles ont choisies. Les noms et adresses de ces personnes doivent être communiqués à toutes les parties. Cette communication doit préciser si la désignation est faite en vue d'une représentation ou d'une assistance. [Lorsqu'une personne doit agir en qualité de représentant d'une partie, le tribunal arbitral peut, de sa propre initiative où à la demande d'une partie quelconque, requérir, à tout moment, la preuve des pouvoirs conférés au représentant sous la forme qu'il aura déterminée.]

Remarques sur le projet d'article 4

15. L'article 4 contient les modifications convenues par le Groupe de travail à sa quarante-sixième session, à savoir de remplacer les mots "de leur choix" dans la première phrase par "qu'elles ont choisies" (A/CN.9/619, par. 63) et de supprimer les mots "par écrit" dans la deuxième phrase car l'article 2 traitait déjà des modalités d'échange des communications entre les parties et le tribunal arbitral (A/CN.9/619, par. 68). Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si la dernière phrase sur la communication de la preuve des pouvoirs, qui constitue un ajout par rapport à la version de 1976, est nécessaire (A/CN.9/619, par. 64 à 67).

Autorités de désignation et de nomination

Article 4 *bis* [16]

1. À moins que l'autorité de nomination n'ait déjà été choisie, une partie peut à tout moment proposer le nom d'une ou plusieurs institutions ou personnes [y compris le Secrétaire général de la Cour permanente

d'arbitrage (ci-après la "CPA"),] susceptibles d'exercer les fonctions d'autorité de nomination.

2. Si toutes les parties ne se sont pas entendues sur le choix d'une autorité de nomination dans les trente jours de la réception par toutes les autres parties d'une proposition faite conformément au paragraphe 1, toute partie peut demander au Secrétaire général de la CPA de désigner cette autorité.

3. Si l'autorité de nomination refuse d'agir ou ne nomme pas d'arbitre dans les trente jours de la réception d'une demande d'une partie en ce sens, toute partie peut demander au Secrétaire général de la CPA de désigner une autorité de nomination. Si l'autorité de nomination refuse de prendre une décision à propos des honoraires des membres du tribunal arbitral, ou ne prend pas de décision à cet égard, dans les trente jours de la réception d'une demande d'une partie en ce sens visée par l'article 39, paragraphe 4, toute partie peut demander au Secrétaire général de la CPA de prendre cette décision.

4. Lorsqu'elle s'acquitte de sa mission en vertu du présent Règlement, l'autorité de nomination peut demander à toute partie les renseignements dont elle estime avoir besoin et, si elle le juge possible, donner aux parties l'occasion d'exposer leur position. Toutes les communications entre une partie et l'autorité de nomination ou le Secrétaire général de la CPA sont également adressées, par l'expéditeur, à toutes les autres parties.

5. Lorsqu'il est demandé à l'autorité de nomination de nommer un arbitre conformément aux articles 6, 7, 7 *bis* ou 13, la partie qui fait cette demande lui adresse des copies de la notification d'arbitrage et, si celle-ci existe, de la réponse à cette notification.

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

Remarques sur le projet d'article 4 bis

16. L'article 4 *bis* ne figurait pas dans la version de 1976 du Règlement. Son objet est de clarifier, pour les utilisateurs du Règlement, l'importance du rôle d'une telle autorité, en particulier dans le contexte d'arbitrages ad hoc. Le projet s'efforce de mieux préciser le rôle des autorités de désignation et de nomination, comme le Groupe de travail en a débattu à sa quarante-sixième session (A/CN.9/619, par. 69 à 78). Ce dernier voudra peut-être se demander si le paragraphe 1 devrait faire référence au Secrétaire général de la CPA comme l'une des institutions susceptibles de faire office d'autorité de nomination.

Section II. Composition du tribunal arbitral (article 5 à article 14)

Nombre d'arbitres

Article 5 [17]

1. *Option 1*: [Si les parties ne sont pas convenues antérieurement du nombre d'arbitres et si, dans les trente jours de la réception par le défendeur de la notification d'arbitrage, les parties ne sont pas convenues qu'il n'y aura qu'un seul arbitre, il sera nommé trois arbitres.]

Option 2: [Si les parties ne sont pas convenues antérieurement du nombre d'arbitres, il sera nommé un arbitre, à moins que le demandeur, dans sa notification d'arbitrage, ou le défendeur, dans les trente jours de la réception de la notification d'arbitrage, demande que soient nommés trois arbitres, auquel cas il sera nommé trois arbitres.]

Remarques sur le projet d'article 5

17. L'article 5 contient deux propositions sur le nombre d'arbitres, qui reflètent les débats du Groupe de travail à sa quarante-sixième session (A/CN.9/619, par. 79 à 82).

Nomination des arbitres (art. 6 à 8)

Article 6 [18]

1. Si les parties sont convenues qu'il doit être nommé un arbitre unique et si, dans les trente jours de la réception par toutes les autres parties d'une proposition tendant à nommer un arbitre unique, les parties ne se sont pas entendues sur le choix d'un arbitre unique, celui-ci est nommé par l'autorité de nomination.

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

a) À la demande d'une partie, l'autorité de nomination communique à chacune des parties une liste identique comprenant au moins trois noms;

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

c) À l'expiration du délai susmentionné, l'autorité de nomination nomme l'arbitre unique parmi les personnes dont le nom

figure sur les listes qui lui ont été renvoyées et en suivant l'ordre de préférence indiqué par les parties;

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

Remarques sur le projet d'article 6

18. L'article 6 a été adopté quant au fond par le Groupe de travail à sa quarante-sixième session (A/CN.9/646, par. 84). Conformément à la recommandation du Groupe de travail d'étudier si d'autres dispositions du Règlement pourraient être simplifiées suite à l'adoption du projet d'article 4 *bis*, les paragraphes 1 et 2 de l'article 6 de la version de 1976 du Règlement ont été fusionnés et le paragraphe 4 supprimé car son contenu est repris dans le projet d'article 4 *bis*, paragraphe 6 (A/CN.9/619, par. 69).

Article 7 [19]

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

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

3. Si, dans les trente jours de la nomination du deuxième arbitre, les deux arbitres ne se sont pas entendus sur le choix de l'arbitre-président, ce dernier est nommé par l'autorité de nomination, conformément à la procédure prévue à l'article 6 pour la nomination de l'arbitre unique.

Remarques sur le projet d'article 7

19. L'article 7 a été adopté quant au fond par le Groupe de travail à sa quarante-sixième session (A/CN.9/646, par. 85). Le paragraphe 2 b) de l'article 7, qui figurait dans la version de 1976 du Règlement, a été supprimé pour les mêmes raisons que celles mentionnées au paragraphe 18 ci-dessus.

Article 7 *bis* [20]

1. Aux fins du premier paragraphe de l'article 7, lorsqu'il est nommé trois arbitres et qu'il y a pluralité de parties, que ce soit en qualité de demandeurs ou de défendeurs, à moins que les parties ne soient convenues d'une autre méthode de nomination des arbitres, les parties agissant conjointement, en qualité de demandeurs ou en qualité de défendeurs, nomment un arbitre.

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

3. À défaut de constitution du tribunal arbitral conformément aux paragraphes 1 et 2, l'autorité de nomination constitue, à la demande d'une partie, le tribunal arbitral et peut, ce faisant, annuler toute nomination déjà faite et nommer ou renommer chacun des arbitres et désigner l'un d'eux arbitre-président.

Remarques sur le projet d'article 7 bis

20. L'article 7 *bis* ne figurait pas dans la version de 1976 du Règlement. L'objectif du premier paragraphe est de traiter de l'arbitrage multipartite, et le projet cherche à préciser la manière dont les arbitres sont nommés lorsqu'il y a pluralité de parties, en qualité de demandeurs ou de défendeurs, et que les parties sont convenues de nommer trois arbitres. Le deuxième paragraphe traite des situations où les parties sont convenues de nommer un nombre d'arbitres autre que un ou trois, c'est-à-dire des situations qui ne sont pas visées par les articles 6 et 7 (A/CN.9/619, par. 83). Le troisième paragraphe prévoit une solution en cas de non-constitution d'un tribunal arbitral dans ces situations, en tenant compte des propositions formulées par le Groupe de travail (A/CN.9/619, par. 88 à 91).

Remarques sur l'article 8 de la version de 1976 du Règlement

21. Le Groupe de travail est convenu de supprimer l'article 8, dont le contenu a été déplacé à l'article 4 *bis* sur les autorités de désignation et de nomination (A/CN.9/619, par. 94).

Récusation d'arbitres (art. 9 à 12)

Article 9 [22]

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

Déclarations d'indépendance types [23]

Aucune circonstance à signaler: Je suis indépendant de chacune des parties et entends le rester. À ma connaissance, il n'existe pas de circonstances, passées ou présentes, susceptibles de soulever des doutes légitimes sur mon impartialité ou mon indépendance. Je m'engage par la présente à notifier promptement aux parties et aux autres membres du tribunal arbitral de telles circonstances qui pourraient par la suite venir à ma connaissance au cours du présent arbitrage.

Circonstances à signaler: Je suis indépendant de chacune des parties et entends le rester. Est jointe à la présente une déclaration concernant a) mes relations professionnelles, d'affaires et autres, passées et présentes, avec les parties et b) toute autre circonstance qui pourrait conduire une partie à mettre en doute mon impartialité ou mon indépendance. [Inclure la déclaration] Je m'engage par la présente à

notifier promptement aux parties et aux autres membres du tribunal arbitral toute autre relation ou circonstance de cette nature qui pourrait par la suite venir à ma connaissance au cours du présent arbitrage.

Remarques sur le projet d'article 9 et les déclarations d'indépendance types

22. Le Groupe de travail a adopté l'article 9 quant au fond à sa quarante-sixième session (A/CN.9/619, par. 95).

23. Les déclarations d'indépendance types ne figuraient pas dans la version de 1976 du Règlement. Il a été suggéré de les inclure dans la nouvelle version pour donner des indications sur les éléments devant être divulgués (A/CN.9/619, par. 96).

Article 10 [24]

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

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

Remarques sur le projet d'article 10

24. L'article 10 a été adopté quant au fond par le Groupe de travail à sa quarante-sixième session (A/CN.9/619, par. 100).

Article 11 [25]

1. Toute partie qui souhaite récuser un arbitre doit notifier sa décision dans les quinze jours suivant la date à laquelle la nomination de cet arbitre lui a été notifiée ou dans les quinze jours suivant la date à laquelle elle a eu connaissance des circonstances visées aux articles 9 et 10.

2. La récusation est notifiée à toutes les autres parties, à l'arbitre récusé et aux autres membres du tribunal arbitral. La notification [se fait par écrit et] doit être motivée. **[26]**

3. Lorsqu'un arbitre a été récusé par une partie, [toutes les autres parties] [la ou les parties qui ont nommé l'arbitre récusé] peuvent accepter la récusation. L'arbitre récusé peut également se déporter. Cette acceptation ou ce déport n'impliquent pas la reconnaissance des motifs de la récusation. Dans ces deux cas, la procédure prévue aux articles 6, 7 ou 7 *bis* est appliquée à la nomination du remplaçant même si une partie n'a pas exercé son droit de nommer ou de participer à la nomination de l'arbitre récusé. **[27]**

Remarques sur le projet d'article 11

25. L'article 11 a été adopté quant au fond par le Groupe de travail à sa quarante-sixième session (A/CN.9/619, par. 101).

26. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les mots "se fait par écrit et", qui sont entre crochets au deuxième paragraphe, doivent être supprimés, car l'article 2 traite déjà des modalités d'échange des informations.

27. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner, au paragraphe 3, si, lorsqu'un arbitre a été récusé par une partie, toutes les parties devraient avoir le droit de s'opposer à la récusation, ou si ce droit devrait être limité à la partie qui a nommé l'arbitre récusé. La même question se pose en relation avec le premier paragraphe de l'article 12 (voir plus loin, par. 28).

Article 12

1. Si, dans les quinze jours à compter de la date de la notification de la récusation, [toute autre partie] [la ou les parties qui ont nommé l'arbitre récusé] n'accepte pas la récusation et l'arbitre récusé ne se déporte pas, la partie récusante peut persévérer dans sa démarche. Dans ce cas, elle peut demander qu'une décision relative à la récusation soit prise par l'autorité de nomination dans les trente jours à compter de la date de la notification de la récusation. Si aucune autorité de nomination n'a été nommée ou désignée, une décision peut être demandée dans les quinze jours à compter de la date de la nomination ou de la désignation de l'autorité de nomination. **[28]**

2. L'autorité de nomination peut rejeter la récusation si la partie récusante aurait raisonnablement dû connaître les motifs de récusation à une étape antérieure de la procédure. **[29]**

Remarques sur le projet d'article 12

28. Les textes figurant entre crochets, au premier paragraphe, posent la question de savoir si toutes les parties doivent avoir le droit de s'opposer à la récusation, ou si ce droit doit être limité à la partie qui a nommé l'arbitre récusé (voir par. 27 ci-dessus). Le premier paragraphe reflète la décision du Groupe de travail d'écourter les délais de récusation (A/CN.9/619, par. 102). Les paragraphes 1 a) à c) de l'article 12 de la version de 1976 du Règlement, consacrés à l'autorité de nomination, sont supprimés, car l'article 4 *bis* traite déjà de la question (A/CN.9/619, par. 69).

29. Le deuxième paragraphe ne figurait pas dans la version de 1976 du Règlement. Il a pour objectif de donner des indications à l'autorité de nomination, afin de limiter les manœuvres dilatoires lorsqu'une partie a abusé à plusieurs reprises de la procédure de récusation. Le paragraphe 2 de l'article 12 de la version de 1976 du Règlement, qui traite de la nomination d'un remplaçant si la récusation est admise, a été repris à l'article 13, qui porte sur le remplacement d'un arbitre (voir par. 32 ci-dessous).

Remplacement d'un arbitre

Article 13

1. Sous réserve des paragraphes 2 et 3, s'il est nécessaire de remplacer un arbitre pendant la procédure d'arbitrage, un remplaçant est nommé ou choisi selon la procédure prévue aux articles 6 à 9 qui était applicable à la nomination ou au choix de l'arbitre devant être remplacé. Cette procédure s'applique même si une partie n'a pas exercé son droit de nommer ou de participer à la nomination de l'arbitre récusé. **[30]**

2. Si un arbitre a donné sa démission pour des raisons non valables ou refuse d'agir ou n'agit pas, l'autorité de nomination peut, à la demande d'une partie, soit remplacer cet arbitre, soit autoriser les autres arbitres à poursuivre l'arbitrage et à rendre toute décision ou sentence. **[31]**

3. Si la récusation en vertu de l'article 12 est admise ou si un arbitre est remplacé conformément au paragraphe 2, l'autorité de nomination décide d'appliquer la procédure de nomination d'un arbitre prévue aux articles 6 à 9 qui était applicable à la nomination ou au choix de l'arbitre devant être remplacé ou de procéder elle-même à la nomination d'un remplaçant. **[32]**

Remarques sur le projet d'article 13

30. Le premier paragraphe établit une règle générale sur la nomination d'un remplaçant "lorsqu'il est nécessaire de remplacer un arbitre", quel que soit le motif du remplacement. Les situations particulières de la démission pour des raisons non valables et de la récusation sont traitées aux paragraphes 2 et 3 respectivement. Il est proposé d'ajouter la dernière phrase de ce paragraphe afin d'aligner ce dernier sur le troisième paragraphe de l'article 11.

31. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si le deuxième paragraphe tient compte des observations formulées en son sein à sa quarante-sixième session (A/CN.9/619, par. 107 à 112).

32. Le troisième paragraphe figurait auparavant au paragraphe 2 de l'article 12 de la version de 1976 du Règlement (voir ci-dessus, par. 29). Il est suggéré de reprendre cette disposition à l'article 13, car son contenu touche à la nomination d'un remplaçant. Il est rappelé qu'à sa quarante-sixième session, le Groupe de travail est convenu que cette disposition devait permettre à l'autorité de nomination de nommer directement un arbitre si elle considérait que les circonstances de l'arbitrage étaient telles qu'une partie devait être privée du droit de nommer un remplaçant (A/CN.9/619, par. 103 et 105).

Répétition orale en cas de remplacement d'un arbitre

Article 14 [33]

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

Remarques sur le projet d'article 14

33. L'article 14 a été adopté quant au fond par le Groupe de travail à sa quarante-sixième session (A/CN.9/619, par. 113). La référence aux articles 11 à 13, qui figurait dans la version de 1976 de l'article, a été supprimée car il pourrait ne pas être nécessaire de limiter l'application de cette disposition.

Section III. Procédure arbitrale (article 15 à article 17)

Dispositions générales

Article 15

1. Sous réserve des dispositions du Règlement, le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié, pourvu que les parties soient traitées sur un pied d'égalité et qu'à un stade approprié de la procédure chaque partie ait une possibilité de faire valoir ses droits et proposer ses moyens. Le tribunal, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, conduit la procédure de manière à éviter les retards et les dépenses inutiles et à assurer un règlement équitable et efficace du litige entre les parties. **[34]**

1 *bis*.Le tribunal arbitral peut à tout moment prolonger ou abréger: a) tout délai prescrit par le Règlement; ou b) après avoir invité les parties à exprimer leur vues, tout délai dont elles sont convenues. **[35]**

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

3. Toutes les communications de l'une des parties au tribunal arbitral doivent être communiquées en même temps par elle à toutes les autres parties. **[36]**

[4. À la demande d'une partie, le tribunal arbitral peut autoriser un ou plusieurs tiers à se joindre comme partie à l'arbitrage, à condition que ce tiers y ait consenti et qu'il soit partie à la convention d'arbitrage. Le tribunal arbitral peut rendre une sentence à l'égard de toutes les parties impliquées dans l'arbitrage.] **[37]**

Remarques sur le projet d'article 15

34. Le paragraphe 1 a été adopté quant au fond par le Groupe de travail à sa quarante-sixième session (A/CN.9/619, par. 114).

35. Le paragraphe 1 *bis* ne figurait pas dans la version de 1976 du Règlement. Il reflète la décision du Groupe de travail selon laquelle le Règlement devrait conférer au tribunal le pouvoir de modifier les délais qui s'y trouvent prescrits mais non les délais généraux qui pourraient être fixés par les parties dans leurs accords sans consultation préalable desdites parties (A/CN.9/619, par. 136).

36. Les paragraphes 2 et 3 ont été adoptés quant au fond par le Groupe de travail à sa quarante-sixième session. Par souci de cohérence de la terminologie utilisée dans le Règlement, il est proposé de remplacer au paragraphe 3 les mots "pièces ou informations que l'une des parties fournit" par les mots "communications de l'une des parties".

37. Le Groupe de travail est convenu qu'une disposition relative à la participation des tiers à l'instance arbitrale modifierait considérablement le Règlement et a pris note des vues divergentes exprimées sur la question (A/CN.9/619, par. 121 à 126). Il est convenu d'étudier celle-ci à une session ultérieure, à partir des informations sur la fréquence et l'utilité pratique d'une telle participation que les institutions arbitrales fourniraient au Secrétariat (A/CN.9/619, par. 126). À la suite de consultations, ce dernier a reçu des commentaires de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI), de la London Court of International Arbitration (LCIA) et de l'Association suisse de l'arbitrage (ASA). Dans un article intitulé "L'arbitrage à pluralité de parties ou de contrats: l'expérience récente de la Chambre de commerce internationale"[4], la CCI décrit brièvement certains aspects de son expérience en matière de jonction des parties à l'instance. Elle a généralement adopté une position conservatrice en considérant que le Règlement permet au seul demandeur d'identifier les parties à l'arbitrage[5]. Toutefois, son approche a fait l'objet d'un certain assouplissement dans trois affaires récentes, où elle a autorisé l'introduction d'une nouvelle partie dans la procédure d'arbitrage, à la demande d'un défendeur. Il semble que la CCI n'autorise une nouvelle partie à se joindre à l'arbitrage à la demande du défendeur que si deux conditions sont réunies. Premièrement, le tiers doit avoir signé la convention d'arbitrage sur laquelle est fondée la demande d'arbitrage. Deuxièmement, le défendeur doit avoir formulé une demande contre la nouvelle partie. La LCIA a fait savoir au secrétariat que des demandes de participation sur le fondement de l'article 22-1 h) de son Règlement[6] avaient été déposées dans une dizaine de cas depuis que cette disposition avait été introduite dans le Règlement en 1998, et que ces demandes avaient rarement abouti. L'ASA a signalé qu'elle privilégie une solution souple comme celle figurant à l'article 4-2 du Règlement suisse[7], qui donne au tribunal arbitral la liberté de décider de la participation d'un tiers après consultation de toutes les parties et en tenant compte de toutes les circonstances

---

[4] L'arbitrage à pluralité de parties ou de contrats: l'expérience récente de la Chambre de commerce internationale, par Anne Marie Whitesell et Eduardo Silva-Romero, publié dans le Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, supplément spécial 2003 – publication 688F, l'Arbitrage complexe.

[5] La CCI a indiqué que son Règlement ne contient pas de disposition sur la question et que, bien que l'article 4-6 soit parfois considéré comme une disposition sur la "jonction des parties", il concerne en fait la jonction des chefs de demande lorsque plusieurs procédures d'arbitrage ont été engagées entre les mêmes parties. La Cour de la CCI a instauré une pratique par laquelle, dans certaines circonstances, elle autorise de nouvelles parties à se joindre à l'arbitrage à la demande d'un défendeur.

[6] L'article 22-1 h) du Règlement de la LCIA est libellé comme suit: "Sauf accord écrit contraire conclu à tout moment par les parties, le tribunal arbitral a le pouvoir, à la demande de l'une d'elles ou de sa propre initiative, mais en tout cas seulement après avoir donné aux parties une possibilité raisonnable d'exprimer leurs vues: h) d'autoriser, mais seulement à la demande d'une partie, un ou des tiers à se joindre comme partie à l'arbitrage, à condition que ce ou ces tiers et la partie qui a fait cette demande y aient consenti par écrit, et ensuite de rendre une sentence finale unique, ou des sentences séparées, à l'égard de toutes les parties ainsi impliquées dans l'arbitrage".

[7] L'article 4-2 du Règlement suisse est libellé comme suit: "Lorsqu'un tiers demande à intervenir dans une procédure arbitrale déjà pendante sous le présent Règlement ou lorsqu'une partie à une procédure arbitrale sous l'égide du présent Règlement a l'intention d'appeler en cause un tiers, le tribunal arbitral décide de la requête après consultation de toutes les parties, en tenant compte de toutes les circonstances qu'il estime pertinentes et applicables."

pertinentes et applicables. Le Règlement suisse n'exige pas qu'une des parties à l'arbitrage donne son consentement à la participation du tiers. Jusqu'à présent, aucune décision relative à la participation d'un tiers en vertu de l'article 4-2 du Règlement suisse n'a été signalée.

Lieu de l'arbitrage

Article 16 [38]

1. À défaut d'accord préalable des parties sur le lieu de l'arbitrage, ce lieu est déterminé par le tribunal arbitral compte tenu des circonstances de l'affaire, y compris les convenances des parties. La sentence est réputée avoir été rendue au lieu de l'arbitrage.

2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, le tribunal arbitral peut, sauf convention contraire des parties, se réunir en tout lieu qu'il jugera approprié pour des consultations, des auditions, des réunions et des délibérations.

Remarques sur le projet d'article 16

38. On a dit au sein du Groupe de travail qu'il serait peut-être nécessaire de faire une distinction entre le lieu juridique et le lieu physique de l'arbitrage, et qu'une modification de la terminologie utilisée irait dans le sens de la clarté (A/CN.9/619, par. 138). Le projet proposé cherche à établir une distinction entre le lieu de l'arbitrage (à savoir, le siège juridique) et le lieu où le tribunal pourrait se réunir dans des termes similaires à ceux adoptés dans l'article 20 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

Langue

Article 17 [39]

1. Sous réserve de l'accord des parties, le tribunal arbitral fixe sans retard, dès sa nomination, la langue [ou les langues] de la procédure. Cette décision s'applique à la requête, à la réponse et à tout autre exposé écrit et, en cas de procédure orale, à la langue [ou aux langues] à utiliser au cours de cette procédure.

2. Le tribunal arbitral peut ordonner que toutes les pièces jointes à la requête ou à la réponse et toutes les pièces complémentaires produites au cours de la procédure qui ont été remises dans leur langue originale soient accompagnées d'une traduction dans la langue [ou les langues] choisie[s] par les parties ou fixée[s] par le tribunal arbitral.

Remarques sur le projet d'article 17

39. La suppression de la référence au pluriel "langues" dans le Règlement, qui a été envisagée par le Groupe de travail au cours de sa quarante-sixième session (A/CN.9/619, par. 145), peut être interprétée comme indiquant que les arbitres devraient choisir une seule langue de procédure. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il est souhaitable de supprimer cette référence étant donné que l'arbitrage commercial international implique souvent des parties de différents pays

qui ne maîtrisent pas nécessairement une même langue. L'utilisation de plusieurs langues peut donc, dans certaines circonstances, permettre au tribunal arbitral de surmonter les difficultés qui se posent si les parties ne choisissent pas une langue de procédure unique.

A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa quarante-neuvième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-3

II. Projet révisé de Règlement d'arbitrage de la CNUDCI 1-44

Section III. Procédure arbitrale (article 18 à article 30) 1-21

Section IV. La sentence (article 31 à article 41) 22-42

Projets de dispositions supplémentaires 43-44

I. Introduction

1. À sa trente-neuvième session (New York, 19 juin-7 juillet 2006), la Commission est convenue, en ce qui concerne les activités futures du Groupe de travail, d'accorder la priorité à une révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 ("le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI" ou "le Règlement")[1]. À sa quarantième session (Vienne, 25 juin-12 juillet 2007), la Commission a noté que le Règlement d'arbitrage n'avait pas été modifié depuis son adoption en 1976 et que la révision devait avoir pour objet de le moderniser et de promouvoir une très grande efficacité dans la procédure arbitrale. D'une manière générale, elle est convenue que le mandat du Groupe de travail, qui était de conserver la structure initiale et l'esprit du Règlement, avait guidé utilement jusqu'ici ses délibérations et devrait continuer à inspirer ses travaux[2]. À sa quarante et unième session (New York, 16 juin-3 juillet 2008), la Commission a exprimé l'espoir que le Groupe de travail achèverait ses travaux sur la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous sa forme générique de sorte que l'examen final et l'adoption de texte aient lieu, au plus tard, à sa quarante-deuxième session en 2009[3].

2. À sa quarante-cinquième session (Vienne, 11-15 septembre 2006), le Groupe de travail a entrepris de déterminer les domaines où une révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pourrait être utile. À cette même session, il a donné des indications préliminaires sur diverses options examinées concernant les révisions

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 182 à 187.

[2] Ibid., *soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), première partie, par. 175.

[3] Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 308 à 316.

proposées, en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.II/WP.143 et Add.1, afin que le Secrétariat puisse préparer un projet de version révisée du Règlement qui en tienne compte. Le rapport de cette session a été publié sous la cote A/CN.9/614. À ses quarante-sixième (New York, 5-9 février 2007), quarante-septième (Vienne, 10-14 septembre 2007) et quarante-huitième (New York, 4-8 février 2008) sessions, le Groupe de travail a examiné un projet de version révisée du Règlement, qui figurait dans les documents A/CN.9/WG.II/WP.145 et Add.1. Les rapports de ces sessions ont été publiés sous les cotes A/CN.9/619, A/CN.9/641 et A/CN.9/646, respectivement.

3. La présente note contient un projet annoté de version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, qui tient compte des délibérations du Groupe de travail à ses quarante-sixième à quarante-huitième sessions et des commentaires reçus par le Secrétariat à l'occasion des conférences et réunions organisées pour débattre de la révision du Règlement. Elle a été établie pour que le Groupe de travail l'examine lorsqu'il procédera à la deuxième lecture de la version révisée du Règlement, en lieu et place des documents A/CN.9/WG.II/WP.147 et Add.1, et A/CN.9/WG.II/WP.149, puisqu'il semble préférable de proposer un projet complet de version révisée du Règlement, au lieu d'ajouter des annotations et commentaires aux documents antérieurs. La présente note porte sur les projets d'articles 18 à 41 de la version révisée du Règlement et comprend des projets de dispositions supplémentaires. Les projets d'articles 1 à 17 font l'objet du document A/CN.9/WG.II/WP.151.

II. Projet révisé de Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

Section III. Procédure arbitrale (article 18 à article 30)

Requête

Article 18 [1]

1. Le demandeur adresse sa requête écrite au défendeur et à chacun des arbitres, dans le délai fixé à cet effet par le tribunal arbitral. Le demandeur peut décider de considérer sa notification d'arbitrage visée au paragraphe 3 de l'article 3, comme une requête.

2. La requête comporte les indications ci-après:

a) Les noms et coordonnées des parties;

b) Un exposé des faits présentés à l'appui de la requête;

c) Les points litigieux;

d) L'objet de la demande;

e) Les moyens de droit ou arguments invoqués.

3. Une copie de tout contrat, ou autre instrument juridique, et de la convention d'arbitrage doit être jointe à la requête. Dans la mesure du possible, la requête devrait être accompagnée par toutes pièces et autres éléments de preuve invoqués par le demandeur ou mentionner ceux-ci.

Remarques sur le projet d'article 18

1. Les paragraphes 1, 2 et 3 tiennent compte des modifications adoptées par le Groupe de travail à sa quarante-sixième session (A/CN.9/619, par. 147 à 154). Il est proposé d'ajouter la dernière phrase du paragraphe 1 pour traiter d'une situation où le demandeur décide de considérer sa notification d'arbitrage comme sa requête. Elle vise à permettre au demandeur de reporter la décision quant à la question de savoir si sa notification d'arbitrage constitue une requête jusqu'au moment où le tribunal arbitral l'oblige à présenter sa requête, au lieu de prendre cette décision lors du dépôt de la notification d'arbitrage. Si cette phrase est adoptée par le Groupe de travail, le paragraphe 4 c) de l'article 3 devrait être supprimé (voir document A/CN.9/WG.II/WP.151, par. 12).

Réponse

Article 19

1. Le défendeur adresse sa réponse écrite au demandeur et à chacun des arbitres dans le délai fixé à cet effet par le tribunal arbitral. Le défendeur peut décider de considérer sa réponse à la notification d'arbitrage visée au paragraphe 5 de l'article 3 comme une conclusion en défense. **[2]**

2. Le défendeur répond aux alinéas b), c), d) et e) de la requête (art. 18, par. 2). Dans la mesure du possible, la réponse est accompagnée par toutes pièces ou autres éléments de preuve invoqués par le défendeur ou mentionne ceux-ci.

3. Dans sa réponse, ou à un stade ultérieur de la procédure arbitrale, si le tribunal arbitral décide que ce délai est justifié par les circonstances, le défendeur peut former une demande reconventionnelle ou invoquer un droit comme moyen de compensation [*option 1*: fondé sur le même rapport de droit, contractuel ou non contractuel.] [*option 2*: à condition que cette demande entre dans le cadre de la convention d'arbitrage.] **[3]**

4. Les dispositions du paragraphe 2 de l'article 18 s'appliquent à la demande reconventionnelle et au droit invoqué comme moyen de compensation.

Remarques sur le projet d'article 19

2. Il est proposé d'ajouter la dernière phrase du paragraphe 1 pour traiter du cas où le défendeur décide de considérer sa réponse à la notification d'arbitrage comme sa conclusion en défense (voir document A/CN.9/WG.II/WP.151, par. 12).

3. Le Groupe de travail est convenu que le paragraphe 3 devrait contenir une disposition relative aux moyens de compensation et que la compétence du tribunal arbitral pour examiner les demandes reconventionnelles et les moyens de compensation devrait, sous certaines conditions, ne pas être limitée au contrat sur lequel est fondée la demande principale et s'appliquer à un éventail de situations plus large (A/CN.9/614, par. 93 et 94; A/CN.9/619, par. 157 à 160). Pour étendre cette compétence, il était proposé, dans l'option 1, de remplacer les mots "fondés sur le même contrat" qui figuraient dans la version de 1976 du paragraphe par les

mots “fondés sur le même rapport de droit, contractuel ou non contractuel” (A/CN.9/619, par. 157). L’option 2 reflète l’avis selon lequel la disposition ne devrait pas exiger de lien entre la demande principale et la demande reconventionnelle ou le moyen de compensation, laissant au tribunal arbitral tout pouvoir d’appréciation pour trancher la question (A/CN.9/619, par. 158).

Modifications de la requête ou de la réponse

Article 20 [4]

Au cours de la procédure arbitrale, une partie peut modifier ou compléter sa requête ou sa réponse à moins que le tribunal arbitral considère ne pas devoir autoriser ledit amendement en raison du retard avec lequel il est formulé, du préjudice qu’il causerait aux autres parties ou de toute autre circonstance. Cependant, une requête ne peut être amendée ou complétée au point qu’elle sorte du cadre de la convention d’arbitrage.

Remarques sur le projet d’article 20

4. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet d’article 20 à sa quarante-sixième session (A/CN.9/619, par. 161). Conformément à sa décision de ne pas faire de distinction entre la “clause compromissoire” et la “convention d’arbitrage” (voir article 3-3 c)), les mots “clause compromissoire” qui figuraient dans la deuxième phrase de l’article 20 ont été supprimés. Il est proposé d’insérer les mots “ou complétée” dans la seconde phrase par souci de cohérence avec le libellé adopté dans la première phrase de l’article 20.

Déclinatoire de compétence arbitrale

Article 21 [5]

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

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

3. Le tribunal arbitral peut statuer sur l’exception visée au paragraphe 2 du présent article soit en la traitant comme une question

préalable, soit dans sa sentence sur le fond. Il peut poursuivre la procédure arbitrale et rendre une sentence, nonobstant toute contestation relative à sa compétence pendante devant une juridiction étatique.

Remarques sur le projet d'article 21

5. Le projet du paragraphe 1 tient compte de l'avis, exprimé au sein du Groupe de travail, selon lequel la version existante des paragraphes 1 et 2 de l'article 21 devait être reformulée dans le sens du paragraphe 1 de l'article 16 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ("Loi type") afin de préciser que le tribunal arbitral est habilité à soulever des questions sur l'existence et la portée de sa propre compétence et à statuer à ce sujet (A/CN.9/614, par. 97). Le paragraphe 2 a été adopté quant au fond par le Groupe de travail (A/CN.9/619, par. 163). Le paragraphe 3, qui remplace le paragraphe 4 de l'article 21 de la version de 1976 du Règlement, contient une disposition alignée sur le paragraphe 3 de l'article 16 de la Loi type, conformément aux discussions qui se sont tenues au sein du Groupe de travail (A/CN.9/614, par. 99 à 102; A/CN.9/619, par. 164; A/CN.9/641, par. 18).

Autres pièces écrites

Article 22 [6]

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

Remarques sur le projet d'article 22

6. L'article 22, repris sans modification de la version de 1976 du Règlement, a été adopté quant au fond par le Groupe de travail à sa quarante-septième session (A/CN.9/641, par. 19).

Délais

Article 23 [7]

Les délais fixés par le tribunal arbitral pour la communication des écritures (y compris la requête et la réponse) ne devraient pas dépasser quarante-cinq jours. Toutefois, ces délais peuvent être prorogés par le tribunal arbitral si celui-ci juge que cette prorogation est motivée.

Remarques sur le projet d'article 23

7. L'article 23, repris sans modification de la version de 1976 du Règlement, a été adopté quant au fond par le Groupe de travail à sa quarante-septième session (A/CN.9/641, par. 20).

Preuves

Article 24 [8]

1. Chaque partie doit apporter la preuve des faits sur laquelle elle fonde sa requête ou sa réponse.

2. [Supprimé]

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

Remarques sur le projet d'article 24

8. Les paragraphes 1 et 3, repris sans modification de la version de 1976 du Règlement, ont été adoptés quant au fond par le Groupe de travail à sa quarante-septième session (A/CN.9/641, par. 21 et 26). Le paragraphe 2 de l'article 24 de la version de 1976 du Règlement a été supprimé conformément à l'avis qui l'a largement emporté au sein du Groupe de travail, selon lequel il n'était pas courant qu'un tribunal arbitral prie les parties de présenter un résumé des pièces (A/CN.9/641, par. 22 à 25).

Audiences, témoins et experts [9]

Article 25

1. En cas de procédure orale, le tribunal arbitral notifie aux parties suffisamment à l'avance la date, l'heure et le lieu de la procédure. **[10]**

1 *bis*. Les témoins et experts présentés par les parties peuvent être entendus selon les conditions fixées par le tribunal arbitral. Aux fins du présent Règlement, un témoin est toute personne témoignant devant le tribunal arbitral sur toute question de fait, qu'elle soit ou non partie à l'arbitrage. **[11]**

2. Si des témoins et experts doivent être entendus, chaque partie communique, quinze jours au moins avant l'audience, au tribunal arbitral et à toutes les autres parties, les noms et adresses des témoins et experts qu'elle se propose de produire en précisant l'objet des exposés des témoins et experts et la langue dans laquelle ils seront présentés.

3. Le tribunal arbitral prend des dispositions pour faire assurer la traduction des exposés oraux faits à l'audience et établir un procès-verbal de l'audience, s'il juge que l'une ou l'autre de ces mesures s'impose eu égard aux circonstances de l'espèce ou si les parties en sont convenues et ont notifié cet accord au tribunal arbitral quinze jours au moins avant l'audience. **[10]**

4. L'audience se déroule à huis clos, sauf convention contraire des parties. Le tribunal arbitral peut demander qu'un témoin se retire pendant la déposition, sauf si le témoin est partie à l'arbitrage. Le tribunal arbitral est libre de fixer la manière dont les témoins et experts sont interrogés. **[12]**

5. La preuve par témoins et experts peut également être administrée sous la forme de déclarations écrites signées par les témoins et experts et d'exposés oraux par des moyens qui n'exigent pas la présence de ces derniers à l'audience. **[13]**

6. Le tribunal arbitral est juge de la recevabilité, de la pertinence, et de l'importance des preuves présentées. **[10]**

Remarques sur le projet d'article 25

9. Afin de tenir compte de la décision du Groupe de travail de préciser que l'article 25 traite des témoins et experts présentés par les parties, il a été proposé de modifier le titre des articles 24 et 25 (A/CN.9/641, par. 27 et 61). Dans la version de 1976 du Règlement, les articles 24 et 25 étaient intitulés "Preuves et audiences". Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si, dans l'intérêt de la clarté, l'article 24 pourrait être intitulé "Preuves" et l'article 25 "Audiences, témoins et experts". Il est proposé d'insérer la référence aux experts aux endroits appropriés de l'article 25 pour préciser qu'il s'applique aux experts appelés comme témoins, comme le Groupe de travail l'a suggéré à sa quarante-septième session (A/CN.9/641, par. 27).

10. Les paragraphes 1, 3 et 6, repris sans modification de la version de 1976 du Règlement, ont été adoptés quant au fond par le Groupe de travail à sa quarante-septième session (A/CN.9/641, par. 28, 39 et 45).

11. Le paragraphe 1 *bis* fait suite à la décision du Groupe de travail de prévoir une disposition confirmant que le tribunal arbitral est libre de fixer les conditions auxquelles il peut entendre des témoins et des experts et établissant que toute personne, y compris une partie à l'arbitrage qui témoigne devant le tribunal arbitral doit être considérée comme un témoin aux fins du Règlement (A/CN.9/641, par. 38). Ce paragraphe a été placé avant le paragraphe 2 compte tenu de l'avis exprimé selon lequel il est préférable de décrire d'abord les conditions auxquelles les témoins et experts pourraient être entendus et le pouvoir d'appréciation dont disposerait le tribunal arbitral pour leur audience, comme le fait le paragraphe 1 *bis*, et de n'entrer dans les détails procéduraux concernant les témoins et experts que par la suite (A/CN.9/641, par. 34). Les mots "aux fins du présent Règlement" sont insérés afin d'introduire une règle plus neutre, en particulier dans les États où il est interdit aux parties d'être entendues comme témoins (A/CN.9/641, par. 31 et 38). Cette disposition ne donne pas d'exemple de catégories de témoins, pour écarter le risque d'une interprétation restrictive (A/CN.9/641, par. 32).

12. Il a été proposé d'ajouter les mots "sauf si le témoin est partie à l'arbitrage" dans la dernière phrase du paragraphe 4 pour tenir compte du fait qu'une partie, comparaissant comme témoin, ne devrait pas être priée de se retirer pendant la déposition d'autres témoins, car sa capacité de faire valoir ses droits et proposer ses moyens pourrait s'en trouver altérée (A/CN.9/641, par. 41).

13. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la modification proposée au paragraphe 5 tient compte de l'avis selon lequel ce paragraphe devrait autoriser l'administration de preuves par témoins sous la forme de déclarations écrites signées, mais aussi sous la forme de déclarations orales par des moyens n'exigeant pas leur présence physique (A/CN.9/641, par. 43).

Mesures provisoires

Article 26 [14]

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

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

a) De préserver ou de rétablir le statu quo en attendant que le différend ait été tranché;

b) De prendre des mesures, de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer, un préjudice immédiat ou imminent ou une atteinte au processus arbitral lui-même;

c) De fournir un moyen de sauvegarder des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence ultérieure; ou

d) De sauvegarder les éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du différend.

3. La partie demandant une mesure provisoire en vertu des alinéas a), b) et c) du paragraphe 2 ou requérant une ordonnance préliminaire visée au paragraphe 5 convainc le tribunal arbitral:

a) Qu'un préjudice ne pouvant être réparé de façon adéquate par l'octroi de dommages-intérêts sera probablement causé si la mesure n'est pas ordonnée, et qu'un tel préjudice l'emporte largement sur celui que subira probablement la partie contre laquelle la mesure est dirigée si celle-ci est accordée; et

b) Qu'elle a des chances raisonnables d'obtenir gain de cause sur le fond du différend. La décision à cet égard ne porte pas atteinte à la liberté d'appréciation du tribunal arbitral lorsqu'il prendra une décision ultérieure quelconque.

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

5. Si le tribunal arbitral considère que la communication d'une demande de mesure provisoire à la partie contre laquelle elle est dirigée risque de compromettre la mesure, aucune disposition du présent Règlement ne l'empêche, lorsqu'il notifie la demande à cette partie, de rendre une ordonnance préliminaire enjoignant à la partie de ne pas compromettre la mesure demandée. Le tribunal arbitral donne à la partie une possibilité de faire valoir ses droits dès que possible et décide ensuite d'accorder ou non la mesure. [15]

6. Le tribunal arbitral peut modifier ou peut suspendre ou rétracter une mesure provisoire ou une ordonnance visée au paragraphe 5 qu'il a prononcée à la demande de l'une des parties ou, dans des circonstances

exceptionnelles et à condition de la notifier préalablement aux parties, de sa propre initiative.

7. Le tribunal arbitral peut exiger que la partie qui demande une mesure provisoire ou qui requiert une ordonnance visée au paragraphe 5 constitue une garantie appropriée en rapport avec la mesure ou l'ordonnance.

8. Le tribunal arbitral peut exiger d'une partie quelconque qu'elle communique sans tarder tout changement important des circonstances sur la base desquelles la mesure provisoire ou l'ordonnance visée au paragraphe 5 a été demandée ou prononcée.

9. La partie qui demande une mesure provisoire ou qui requiert une ordonnance visée au paragraphe 5 peut être responsable de tous les frais ou de tous les dommages causés par la mesure ou l'ordonnance à une partie quelconque si le tribunal arbitral décide par la suite qu'en l'espèce la mesure ou l'ordonnance n'aurait pas dû être prononcée. Le tribunal arbitral peut accorder réparation pour ces frais et dommages à tout moment pendant la procédure.

10. Une demande de mesure provisoire ou une requête aux fins d'une ordonnance visée au paragraphe 5 adressée par une partie quelconque à une autorité judiciaire ne doit pas être considérée comme incompatible avec la convention d'arbitrage ni comme une renonciation au droit de se prévaloir de ladite convention. **[16]**

Remarques sur le projet d'article 26

14. Les paragraphes 1 à 4 et 6 à 9 s'inspirent des dispositions relatives aux mesures provisoires figurant au chapitre IV A de la Loi type. Le Groupe de travail a adopté quant au fond ces paragraphes (A/CN.9/641, par. 46 à 51), à l'exception des mots "l'ordonnance visée au paragraphe 5", qui sont ajoutés pour assurer la cohérence avec le nouveau paragraphe 5 proposé.

15. Le Groupe de travail a noté que le chapitre IV A de la Loi type traitait des ordonnances préliminaires et est convenu d'examiner un projet de paragraphe aux termes duquel le tribunal arbitral aurait le droit de faire le nécessaire pour empêcher qu'une mesure intérimaire qu'il pourrait ordonner ne soit mise en échec (A/CN.9/641, par. 60). Il est rappelé que le Groupe de travail a estimé d'une manière générale que, sauf interdiction par la loi régissant la procédure arbitrale, compte tenu de la grande liberté d'appréciation dont jouissait le tribunal arbitral pour la conduite de cette procédure conformément à l'article 15-1, le Règlement, en soi et à lui seul, n'empêchait pas le tribunal arbitral de prononcer des ordonnances préliminaires (A/CN.9/641, par. 59).

16. Le paragraphe 10 correspond au paragraphe 3 de l'article 26 de la version de 1976 du Règlement que le Groupe de travail est convenu de conserver dans le Règlement (A/CN.9/641, par. 52). Dans un souci de cohérence avec le paragraphe 5, il est proposé d'ajouter les mots "une requête aux fins d'une ordonnance visée au paragraphe 5".

Experts nommés par le tribunal arbitral

Article 27 [17]

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

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

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

4. À la demande d'une partie quelconque, l'expert, après la remise de son rapport, peut être entendu à une audience à laquelle les parties ont la possibilité d'assister et de l'interroger. À cette audience, une partie quelconque peut faire venir en qualité de témoins des experts qui déposeront sur les questions litigieuses. Les dispositions de l'article 25 sont applicables à cette procédure.

Remarques sur le projet d'article 27

17. L'ajout des mots "nommés par le tribunal arbitral" dans le titre de l'article 27 a pour but de préciser que cet article vise les experts ainsi nommés (A/CN.9/641, par. 61).

Défaut

Article 28

1. Si, dans le délai fixé par le présent Règlement ou par le tribunal arbitral, sans invoquer d'empêchement légitime: **[18]**

a) Le demandeur n'a pas présenté sa requête, le tribunal arbitral ordonne la clôture de la procédure arbitrale, à moins que le défendeur n'ait présenté une demande reconventionnelle;

b) Le défendeur n'a pas présenté sa réponse à la notification d'arbitrage ou ses conclusions en défense, le tribunal arbitral ordonne la poursuite de la procédure, sans considérer ce défaut en soi comme une acceptation des allégations du demandeur. Les dispositions du présent paragraphe s'appliquent aussi lorsqu'un demandeur n'a pas présenté de réplique à une demande reconventionnelle.

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

3. Si une partie, régulièrement invitée par le tribunal arbitral à produire des preuves complémentaires, ne les présente pas dans les délais fixés, sans invoquer d'empêchement légitime, le tribunal arbitral peut statuer sur la base des éléments de preuve dont il dispose. **[19]**

Remarques sur le projet d'article 28

18. Le Groupe de travail pourrait examiner s'il faudrait réorganiser le paragraphe 1 en le scindant en deux parties, à savoir: l'alinéa a) visant la situation où le demandeur n'a pas présenté sa requête; et l'alinéa b) visant la situation où le défendeur n'a pas présenté sa réponse, de même que celle où le demandeur n'a pas présenté de réplique à une demande reconventionnelle. Cette proposition suit la structure de l'article 25 de la Loi type (A/CN.9/641, par. 62).

19. Au paragraphe 3, il est proposé de remplacer le mot "documents" par "preuves complémentaires", le Groupe de travail ayant décidé d'aligner le libellé des articles 24-3 et 28-3 (A/CN.9/641, par. 64).

Clôture des débats

Article 29 [20]

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

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

Remarques sur le projet d'article 29

20. L'article 29 repris sans modification de la version de 1976 du Règlement a été adopté quant au fond par le Groupe de travail à sa quarante-septième session (A/CN.9/641, par. 65).

Renonciation au droit de faire objection

Article 30 [21]

Toute partie qui, bien qu'elle sache que l'une des dispositions du présent Règlement ou des conditions énoncées dans la convention d'arbitrage n'a pas été respectée, poursuit néanmoins l'arbitrage, sans formuler d'objection promptement ou, s'il est prévu un délai à cet effet, dans ledit délai, est réputée avoir renoncé à son droit de faire objection.

Remarques sur le projet d'article 30

21. Les modifications apportées à l'article 30 tiennent compte de la décision du Groupe de travail d'aligner le libellé de l'article 30 sur celui de l'article 4 de la Loi type (A/CN.9/641, par. 67).

Section IV. La sentence (article 31 à article 41)

Décisions

Article 31 [22]

1. *Option 1*: En cas de pluralité d'arbitres, toute sentence ou autre décision du tribunal arbitral est rendue à la majorité, sauf convention contraire des parties.

Option 2, *Variante 1*: En cas de pluralité d'arbitres et lorsque les arbitres ne peuvent dégager de majorité sur le fond du litige, toute sentence ou autre décision est rendue par le seul arbitre-président. *Variante 2*: En cas de pluralité d'arbitres et lorsque les arbitres ne peuvent dégager de majorité sur le fond du litige, toute sentence ou autre décision est rendue par le seul arbitre-président, si les parties en sont précédemment convenues.

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

Remarques sur le projet d'article 31

22. Faute de consensus sur la question du processus de prise de décisions par le tribunal arbitral, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de rédiger plusieurs projets de textes. L'option 1 suit le libellé de l'article 29 de la Loi type de manière à poser la règle de la majorité tout en permettant aux parties de ne pas l'appliquer (A/CN.9/641, par. 73 et 76). La variante 1 de l'option 2 dispose qu'en l'absence de majorité, la sentence est rendue par le seul arbitre-président (A/CN.9/641, par. 71). La variante 2 reflète l'avis selon lequel la solution de l'arbitre-président ne devrait s'appliquer que si les parties en sont expressément convenues (A/CN.9/641, par. 75).

Forme et effet de la sentence

Article 32

1. Le tribunal arbitral peut rendre des sentences séparées sur différentes questions litigieuses à des moments différents. Lesdites sentences ont le même statut et le même effet que toute autre sentence rendue par le tribunal arbitral. [23]

2. Toutes les sentences sont rendues par écrit. Elles sont définitives et s'imposent aux parties. Les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence. Elles sont réputées avoir renoncé à leur droit d'exercer toute forme d'appel, de révision ou de recours devant toute juridiction étatique ou autre autorité compétente, pour autant qu'elles puissent y renoncer valablement. Il ne peut être renoncé au droit de demander l'annulation d'une sentence que si les parties en conviennent expressément. [24]

3. Le tribunal arbitral motive sa sentence, à moins que les parties ne soient convenues que tel ne doit pas être le cas. [25]

4. La sentence est signée par les arbitres, porte mention de la date à laquelle elle a été rendue et indique le lieu de l'arbitrage. En cas de pluralité d'arbitres et lorsque la signature de l'un d'eux manque, le motif de cette absence de signature est mentionné dans la sentence. **[26]**

5. La sentence peut être publiée avec le consentement de toutes les parties ou dans les cas et la mesure où cette publication est requise d'une partie en vertu d'une obligation légale pour la protection ou l'exercice d'un droit ou en rapport avec une procédure judiciaire engagée devant une juridiction étatique ou une autre autorité compétente. **[27]**

6. Des copies de la sentence signées par les arbitres sont communiquées par le tribunal arbitral aux parties. **[28]**

7. [Supprimé] **[29]**

Remarques sur le projet d'article 32

23. Comme convenu par le Groupe de travail, on a évité d'employer des adjectifs qualifiant la nature de la sentence, tels que "définitive", "provisoire" ou "interlocutoire" et le paragraphe 1 précise que le tribunal arbitral peut rendre des sentences sur différentes questions au cours de la procédure. Le libellé est inspiré de l'article 26.7 du Règlement d'arbitrage de la London Court of International Arbitration (Règlement de la LCIA) (A/CN.9/641, par. 78 à 80). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si une formule plus générale serait préférable qui pourrait être libellée comme suit: "Toutes les sentences ont le même statut et le même effet".

24. Le Groupe de travail a examiné si la première phrase du paragraphe 2 de la version anglaise devrait être modifiée pour préciser que le mot "binding" ("s'impose aux parties") signifiait que les parties devaient se conformer à la sentence et le mot "final" (définitive) que le tribunal ne pouvait réviser la sentence (A/CN.9/641, par. 81 à 84). Il pourrait examiner plus avant les options suivantes (A/CN.9/641, par. 82): conserver la formule "est définitive et s'impose aux parties" au motif qu'elle est couramment utilisée dans les règlements de presque tous les centres d'arbitrage et ne semble pas avoir posé de problèmes; supprimer le mot "définitive" et prévoir qu'"une sentence est rendue par écrit et revêt un caractère obligatoire pour les parties", comme à l'article 28-6 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale; expliquer le sens du mot "définitive", en adoptant un libellé du type: "Une sentence est rendue par écrit et s'impose aux parties. Une fois rendue, une sentence n'est pas susceptible de révision par le tribunal arbitral, sous réserve des dispositions de l'article 26-6 concernant les mesures provisoires prononcées sous forme de sentence, et des articles 35 et 36."

Conformément à une proposition faite au sein du Groupe de travail, le texte ajouté dans le paragraphe 2 vise à empêcher les parties d'exercer, devant des juridictions étatiques, des recours auxquels elles pourraient librement renoncer. Il ne prive cependant pas les parties du droit de contester la sentence en invoquant des motifs d'annulation, sauf convention contraire conclue entre elles (A/CN.9/641, par. 85 à 92).

25. Le paragraphe 3 repris sans modification de la version de 1976 du Règlement a été adopté quant au fond par le Groupe de travail à sa quarante-septième session (A/CN.9/641, par. 93).

26. Le Groupe de travail est convenu de modifier la première phrase du paragraphe 4 dans un souci de cohérence avec l'article 16-4 du Règlement qui renvoie au lieu où la sentence est "réputée" avoir été rendue. Dans la deuxième phrase, il est proposé de remplacer les mots "Lorsque les arbitres sont au nombre de trois" par "En cas de pluralité d'arbitres", au motif que les parties peuvent décider, en vertu de l'article 7 *bis*, que le tribunal arbitral sera composé d'un nombre d'arbitres autre que un ou trois (A/CN.9/641, par. 94).

27. Le paragraphe 5 a été modifié pour tenir compte de la situation où la loi oblige une partie à publier la sentence (A/CN.9/641, par. 95 à 99).

28. Le paragraphe 6 repris sans modification de la version de 1976 du Règlement a été adopté quant au fond par le Groupe de travail à sa quarante-septième session (A/CN.9/641, par. 100).

29. Le Groupe de travail est convenu à sa quarante-septième session de supprimer le paragraphe 7 de la version de 1976 du Règlement au motif qu'il était inutile, dans la mesure où il prévoyait que le tribunal arbitral devait satisfaire à une règle d'enregistrement impérative dans la loi nationale applicable (A/CN.9/641, par. 105).

Loi applicable, amiable compositeur

Article 33

1. Le tribunal arbitral applique les règles de droit désignées par les parties comme étant celles applicables au fond du litige. À défaut d'une telle indication par les parties, le tribunal arbitral applique la loi [*variante 1*: avec laquelle le litige a le lien le plus étroit] [*variante 2*: qu'il juge appropriée]. **[30]**

2. Le tribunal arbitral ne statue en qualité d'"amiable compositeur" (*ex aequo et bono*) que si le tribunal arbitral y a été expressément autorisé par les parties et si ce type d'arbitrage est permis par la loi applicable à la procédure arbitrale. **[31]**

3. Dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations de tout contrat applicable et tient compte de tous usages du commerce applicables à la transaction. **[32]**

Remarques sur le projet d'article 33

30. Le Groupe de travail est convenu que le tribunal arbitral devrait appliquer les règles de droit désignées par les parties et qu'il faudrait donc employer les mots "règles de droit" en lieu et place du mot "loi" dans la première phrase de l'article 33 (A/CN.9/641, par. 107). S'agissant de la deuxième phrase du paragraphe 1, des avis divergents ont été exprimés sur le point de savoir si le tribunal devrait avoir lui aussi la liberté de désigner des "règles de droit" lorsque les parties n'avaient pas fixé la loi applicable. Il a été estimé que le Règlement devrait être conforme à l'article 28-2 de la Loi type en vertu duquel le tribunal applique la "loi", et non les "règles de droit", qu'il juge applicable (A/CN.9/641, par. 108 et 109). Le Groupe de

travail s'est prononcé largement en faveur d'un libellé comme celui des variantes 1 ou 2 figurant dans la deuxième phrase du paragraphe 1, dont on a dit qu'il permettait de moderniser le Règlement en autorisant le tribunal arbitral à décider directement de l'applicabilité d'instruments internationaux. La variante 2 tient compte d'une proposition tendant à donner au tribunal arbitral une plus grande liberté d'appréciation dans la détermination de l'instrument applicable (A/CN.9/641, par. 106 à 112).

31. Le paragraphe 2 repris sans modification de la version de 1976 du Règlement a été adopté quant au fond par le Groupe de travail.

32. On a modifié le paragraphe 3 en faisant référence à "tout contrat applicable" et à "tous usages du commerce" de façon à étendre l'application du Règlement aux litiges qui ne sont pas nécessairement fondés sur un contrat.

Transaction ou autres motifs de clôture de la procédure

Article 34 [33]

1. Si, avant que la sentence ne soit rendue, les parties conviennent d'une transaction qui règle le litige, le tribunal arbitral rend une ordonnance de clôture de la procédure arbitrale ou, si les parties lui en font la demande et s'il l'accepte, constate le fait par une sentence arbitrale rendue d'accord parties. Cette sentence n'a pas à être motivée.

2. Si, avant que la sentence ne soit rendue, il devient inutile ou impossible pour une raison quelconque non mentionnée au paragraphe 1 de poursuivre la procédure arbitrale, le tribunal arbitral informe les parties de son intention de rendre une ordonnance de clôture de la procédure. Le tribunal arbitral est autorisé à rendre cette ordonnance à moins que l'une des parties ne soulève des objections fondées.

3. Le tribunal arbitral adresse aux parties une copie de l'ordonnance de clôture de la procédure arbitrale ou de la sentence rendue d'accord parties, dûment signée par les arbitres. Les dispositions des paragraphes 2 et 4 à 6 de l'article 32 sont applicables aux sentences arbitrales rendues d'accord parties.

Remarques sur le projet d'article 34

33. Conformément à sa décision de tenir compte de l'arbitrage multipartite, le Groupe de travail est convenu de remplacer les mots "les deux parties" par "les parties" au paragraphe 1 (A/CN.9/641, par. 114).

Interprétation de la sentence

Article 35

1. Dans les trente jours de la réception de la sentence, une partie peut, moyennant notification aux autres, demander au tribunal arbitral d'en donner une interprétation. **[34]**

2. L'interprétation est donnée par écrit dans les quarante-cinq jours de la réception de la demande. L'interprétation fait partie intégrante de la

sentence et les dispositions des paragraphes 2 à 6 de l'article 32 lui sont applicables.

Remarques sur le projet d'article 35

34. Le paragraphe 1 a été modifié conformément à la décision du Groupe de travail de tenir compte de l'arbitrage multipartite (A/CN.9/641, par. 115).

Rectification de la sentence

Article 36 [35]

1. Dans les trente jours de la réception de la sentence, une partie quelconque peut, moyennant notification aux autres, demander au tribunal arbitral de rectifier dans le texte de la sentence toute erreur de calcul, toute erreur matérielle ou typographique, ou toute erreur ou omission de même nature. Le tribunal arbitral peut, dans les trente jours de la communication de la sentence aux parties, faire ces rectifications de sa propre initiative.

2. Ces rectifications sont faites par écrit et les dispositions des paragraphes 2 à 6 de l'article 32 leur sont applicables.

Remarques sur le projet d'article 36

35. Le Groupe de travail est convenu d'adopter quant au fond le paragraphe 1 (A/CN.9/641, par. 116). Le Groupe de travail pourrait examiner s'il faudrait prévoir au paragraphe 2 un délai dans lequel le tribunal arbitral devrait faire des rectifications, en s'inspirant des dispositions de l'article 35-2.

Sentence additionnelle

Article 37 [36]

1. Dans les trente jours de la réception de la sentence, une partie peut, moyennant notification aux autres, demander au tribunal arbitral de rendre une sentence additionnelle sur des chefs de demande exposés au cours de la procédure d'arbitrage mais omis dans la sentence.

2. Si le tribunal arbitral juge la demande justifiée, il complète sa sentence dans les soixante jours qui suivent la réception de la demande. Il peut prolonger, si nécessaire, le délai dans lequel il doit rendre une sentence additionnelle.

3. Les dispositions des paragraphes 2 à 6 de l'article 32 sont applicables à la sentence additionnelle.

Remarques sur le projet d'article 37

36. Le paragraphe 2 a été modifié pour tenir compte de l'avis du Groupe de travail selon lequel il faudrait permettre au tribunal arbitral de tenir des audiences et de solliciter des preuves supplémentaires lorsque cela est nécessaire (A/CN.9/641, par. 117 à 121).

Frais (articles 38 à 40)

Article 38 [37]

Le tribunal arbitral fixe les frais d'arbitrage dans sa sentence. Les "frais" comprennent uniquement:

a) Les honoraires des membres du tribunal arbitral, indiqués séparément pour chaque arbitre et fixés par le tribunal lui-même conformément à l'article 39;

b) Les frais raisonnables de déplacement et autres dépenses faites par les arbitres;

c) Les frais raisonnables encourus pour toute expertise ou pour toute autre aide demandée par le tribunal arbitral;

d) Les frais raisonnables de déplacement et autres indemnités des témoins, dans la mesure où ces dépenses ont été approuvées par le tribunal arbitral;

e) Les frais en matière de représentation ou d'assistance encourus par les parties, lorsque ces frais constituent l'un des chefs de la demande d'arbitrage et dans la mesure où le tribunal arbitral en juge le montant raisonnable;

f) Le cas échéant, les honoraires et frais de l'autorité de nomination, ainsi que les frais du Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye.

Remarques sur le projet d'article 38

37. Le Groupe de travail est convenu à sa quarante-huitième session d'ajouter aux alinéas b) à d) le qualificatif "raisonnable" (A/CN.9/646, par. 18), de supprimer l'adjectif "juridique" après le mot "assistance" et de remplacer les mots "la partie qui triomphe" par les mots "les parties" à l'alinéa e) (A/CN.9/646, par. 19).

Article 39

1. Le montant des honoraires des membres du tribunal arbitral doit être raisonnable, compte tenu du montant en litige, de la complexité de l'affaire, du temps que les arbitres lui ont consacré et de toutes autres circonstances pertinentes de l'espèce.

2. Si une autorité de nomination a été choisie par les parties d'un commun accord ou désignée par le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye et si cette autorité a publié ou adopté un barème pour les honoraires des arbitres nommés dans des litiges internationaux qu'elle administre, le tribunal arbitral fixe le montant de ses honoraires en tenant compte de ce barème dans la mesure où il le juge approprié dans les circonstances de l'espèce. **[38]**

3. Rapidement après sa constitution, le tribunal arbitral communique aux parties les modalités de fixation des honoraires de ses membres qu'il envisage. Dans la décision sur les frais d'arbitrage qu'il prend en vertu

de l'article 38, le tribunal arbitral expose le mode de calcul des sommes dues, conformément à ces modalités. **[39]**

4. Dans les quinze jours suivant la date à laquelle une proposition ou décision quelconque est communiquée par le tribunal arbitral aux parties, une partie quelconque peut en référer à l'autorité de nomination ou, si aucune autorité de nomination n'a été choisie d'un commun accord ou désignée, au Secrétaire général de la CPA pour détermination finale conformément aux critères visés au paragraphe 1. Toute modification des honoraires décidée par l'autorité de nomination ou le Secrétaire général de la CPA est réputée faire partie de la sentence. **[39]**

Remarques sur le projet d'article 39

38. Il est proposé d'ajouter les mots "ou adopté" après le mot "publié" pour tenir compte des cas où une autorité de nomination applique un barème des honoraires défini par d'autres autorités ou règlements, qu'elle a adopté.

39. Les paragraphes 3 et 4 ne figuraient pas dans la version de 1976 du Règlement et ils constituent de nouvelles règles régissant la question des honoraires et le contrôle, par les autorités de nomination ou par le Secrétaire général de la CPA, des honoraires demandés par les arbitres. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si ces dispositions tiennent compte de la décision qu'il a prise à sa quarante-huitième session (A/CN.9/646, par. 20, 21 et 24 à 27).

Article 40 **[40]**

1. Les frais d'arbitrage sont en principe à la charge de la partie [ou des parties] qui succombe[nt]. Toutefois, le tribunal arbitral peut les répartir entre les parties, dans la mesure où il le juge approprié dans les circonstances de l'espèce.

2. [Supprimé]

3. Lorsque le tribunal arbitral rend une ordonnance de clôture de la procédure arbitrale ou une sentence d'accord parties, il fixe les frais d'arbitrage visés aux article 38 et paragraphe 1 de l'article 39 dans le texte de cette ordonnance ou de cette sentence.

4. Le tribunal arbitral ne peut percevoir d'honoraires supplémentaires pour interpréter ou rectifier sa sentence ou rendre une sentence additionnelle, conformément aux articles 35 à 37. [Le tribunal arbitral peut percevoir les frais visés aux alinéas b) à f) de l'article 38 au titre de l'interprétation ou de la rectification d'une sentence ou du prononcé d'une sentence additionnelle, conformément aux articles 35 à 37.] **[41]**

Remarques sur le projet d'article 40

40. Au paragraphe 1, les mots "ou des parties" ont été ajoutés pour tenir compte de l'arbitrage multipartite. Comme le Groupe de travail l'avait décidé à sa quarante-huitième session, le paragraphe 2 a été supprimé (A/CN.9/646, par. 28 à 36).

41. À sa quarante-huitième session, le Groupe de travail est convenu d'examiner plus avant la question du maintien du paragraphe 4. La deuxième phrase, entre crochets, de ce paragraphe tient compte d'une proposition faite au sein du Groupe de travail selon laquelle la portée du paragraphe 4 devrait être limitée aux honoraires, sans altérer la capacité du tribunal arbitral de percevoir les autres frais supplémentaires énumérés à l'article 38 (A/CN.9/646, par. 31 à 36).

Consignation du montant des frais

Article 41 [42]

1. Dès qu'il est constitué, le tribunal arbitral peut demander aux parties de consigner une même somme à titre d'avance à valoir sur les frais visés à l'article 38, paragraphes a), b) et c).

2. Au cours de la procédure d'arbitrage, le tribunal arbitral peut demander aux parties de consigner des sommes supplémentaires.

3. Si une autorité de nomination a été choisie par les parties d'un commun accord ou désignée par le Secrétaire général de la CPA et lorsqu'à la demande d'une partie l'autorité de nomination accepte cette mission, le tribunal arbitral ne fixe le montant des sommes ou sommes supplémentaires à consigner qu'après avoir consulté l'autorité de nomination qui peut adresser au tribunal arbitral toutes observations qu'elle juge appropriées concernant le montant de ces consignations.

4. Si les sommes dont la consignation est requise ne sont pas intégralement versées dans les trente jours de la réception de la requête, le tribunal arbitral en informe les parties afin que l'une ou l'autre d'entre elles puisse effectuer le versement demandé. Si ce versement n'est pas effectué, le tribunal arbitral peut ordonner la suspension ou la clôture de la procédure d'arbitrage.

5. Après le prononcé de la sentence, le tribunal arbitral rend compte aux parties de l'utilisation des sommes reçues en dépôt; il leur restitue tout solde non dépensé.

Remarques sur le projet d'article 41

42. Le Groupe de travail a adopté quant au fond l'article 41 à sa quarante-huitième session (A/CN.9/646, par. 37).

Projets de dispositions supplémentaires

Principes généraux [43]

Les questions concernant les matières régies par le Règlement qui ne sont pas expressément réglées par lui sont tranchées selon les principes généraux dont il s'inspire.

Remarques

43. Le Groupe de travail est convenu à sa quarante-huitième session d'examiner s'il fallait insérer dans le Règlement une disposition visant à en combler les lacunes éventuelles (A/CN.9/646, par. 50 à 53).

Responsabilité des arbitres [44]

Les membres du tribunal arbitral, l'autorité de nomination, le Secrétaire général de la CPA et les experts nommés par le tribunal ne sont pas responsables d'un acte ou d'une omission quelconque en relation avec l'arbitrage, dans toute la mesure autorisée par la loi applicable.

Remarques

44. La disposition sur la responsabilité vise à tenir compte des commentaires faits au sein du Groupe de travail à sa quarante-huitième session, selon lesquels la disposition devrait établir une immunité pour le plus grand nombre de participants au processus d'arbitrage et garantir l'exonération dans des cas où la loi applicable autorise l'exonération contractuelle de responsabilité, dans toute la mesure autorisée par cette loi (A/CN.9/646, par. 38 à 45).

C. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI – proposition du Gouvernement suisse, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa quarante-neuvième session

(A/CN.9/WG.II/WP.152) [Original: anglais]

I. Introduction

1. Le Gouvernement suisse a présenté deux propositions de révision des articles 19 et 26 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, afin que le Groupe de travail les examine à sa quarante-neuvième session. La version anglaise de ces propositions a été soumise au Secrétariat le 8 septembre 2008. On trouvera en annexe la traduction du texte communiqué par le Gouvernement suisse, tel qu'il a été reçu par le Secrétariat.

Annexe

Règlement d'arbitrage de la CNUDCI – Révision

Article 19, paragraphe 3 – proposition de modification

3. Dans sa réponse, ou à un stade ultérieur de la procédure arbitrale si le tribunal arbitral décide que ce délai est justifié par les circonstances, le défendeur peut former une demande reconventionnelle ou invoquer un droit comme moyen de compensation.

Le tribunal arbitral est compétent pour connaître d'une exception de compensation même si le droit sur lequel se fonde la compensation n'entre pas dans le champ de la convention d'arbitrage et même s'il fait l'objet d'une convention d'arbitrage différente ou d'une clause d'élection de for, pour autant que soient satisfaites les conditions de compensation prévues dans le droit matériel applicable à la demande principale.

Une demande reconventionnelle n'est recevable que si elle entre dans le champ d'une convention d'arbitrage conclue entre les parties pour recourir à l'arbitrage conformément au présent Règlement et a un lien suffisant avec la demande principale.

Article 26 – proposition de version courte

1. Le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner les mesures provisoires qu'il juge nécessaires pour un règlement équitable et efficace du litige. Il peut également, à la demande de l'une des parties ou, dans des circonstances exceptionnelles, de sa propre initiative, modifier, suspendre ou rétracter les mesures qu'il a ordonnées.

2. Avant de se prononcer sur une demande de mesures provisoires, le tribunal arbitral peut enjoindre à toute autre partie de ne pas compromettre la mesure demandée. De telles ordonnances préliminaires peuvent être prononcées avant que la demande ne soit communiquée à toute autre partie, à condition que celle-ci soit communiquée au plus tard en même temps que l'ordonnance préliminaire et que cette autre partie se voie donner immédiatement la possibilité d'être entendue.

[une autre solution serait de supprimer le paragraphe 3 de l'article 15, qui en tout état de cause contredit la pratique des institutions d'arbitrage et des tribunaux arbitraux qui exigent des parties qu'elles fassent leurs déclarations devant l'institution ou le tribunal qui en communique ensuite copie aux autres parties.]

3. Le tribunal arbitral peut exiger que la partie demandant une mesure provisoire ou requérant une ordonnance préliminaire constitue une garantie appropriée.

4. Le tribunal arbitral peut exiger d'une partie quelconque qu'elle communique sans tarder tout changement important des circonstances sur la base desquelles la mesure provisoire a été demandée ou accordée ou l'ordonnance préliminaire a été requise ou prononcée.

5. Le tribunal arbitral peut à tout moment se prononcer sur une demande en réparation de tout préjudice causé injustement par la mesure provisoire ou l'ordonnance préliminaire.

6. Une demande de mesures provisoires de quelque nature qu'elle soit adressée par l'une ou l'autre partie à une autorité judiciaire ne doit pas être considérée comme incompatible avec la convention d'arbitrage ni comme une renonciation au droit de se prévaloir de ladite convention.

D. Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquantième session (New York, 9-13 février 2009)

(A/CN.9/669) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-8
II.	Organisation de la session	9-16
III.	Délibérations et décisions	17
IV.	Révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI	18-119
	Section III. Procédure arbitrale	19-119
V.	Organisation des travaux futurs	120-121

I. Introduction

1. À sa trente et unième session (New York, 1er-12 juin 1998), la Commission, se référant aux discussions tenues lors de la "Journée de la Convention de New York" organisée en juin 1998 pour célébrer le quarantième anniversaire de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) ("la Convention de New York"), a estimé qu'il serait utile d'étudier la possibilité de travaux futurs dans le domaine de l'arbitrage. Elle a prié le Secrétariat de rédiger une note sur la base de laquelle elle examinerait cette possibilité à sa session suivante[1].

2. À sa trente-deuxième session (Vienne, 17 mai-4 juin 1999), la Commission était saisie d'une note intitulée "Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international" (A/CN.9/460). Se félicitant de l'occasion qui lui était donnée d'étudier s'il était souhaitable et possible de développer encore le droit de l'arbitrage commercial international, elle a jugé, dans l'ensemble, que l'heure était venue d'évaluer l'expérience, riche et positive, accumulée grâce à l'adoption de lois nationales incorporant la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) ("la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage") ainsi que l'utilisation du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ("le Règlement d'arbitrage" ou "le Règlement") et du Règlement de conciliation de la CNUDCI, et d'évaluer, au sein de l'instance universelle qu'elle formait, l'acceptabilité des idées et propositions d'amélioration des lois, règles et pratiques d'arbitrage[2]. Lors de l'examen de la question, la Commission n'a pas arrêté la forme que prendraient ses

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 17* (A/53/17), par. 235.

[2] Ibid., *cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 337.

travaux futurs. Il a été convenu que les décisions sur ce point devraient être prises ultérieurement, lorsque la teneur des solutions proposées serait plus claire. Des dispositions uniformes pourraient ainsi prendre la forme d'un texte législatif (par exemple, des dispositions législatives types ou un traité) ou d'un texte non législatif (par exemple, des règles contractuelles types ou un guide de pratique)[3].

3. À sa trente-neuvième session (New York, 19 juin-7 juillet 2006), la Commission est convenue d'entreprendre en priorité la révision de son Règlement d'arbitrage. Elle a noté que le Règlement, qui était l'un des premiers instruments qu'elle avait élaborés dans le domaine de l'arbitrage, était considéré comme un texte très réussi, adopté par de nombreux centres d'arbitrage et utilisé dans de nombreuses affaires telles que, par exemple, les litiges entre investisseurs et États. Compte tenu du succès et du prestige du Règlement d'arbitrage, la Commission a généralement estimé qu'une éventuelle révision ne devrait pas en modifier la structure, l'esprit ni le style, et qu'elle devrait en respecter la souplesse au lieu de le compliquer. Il a été proposé que le Groupe de travail définisse soigneusement la liste des thèmes qu'il faudrait peut-être aborder dans une version révisée du Règlement[4].

4. L'arbitrabilité, a-t-on dit, était aussi une importante question à examiner en priorité. On a déclaré qu'il appartiendrait au Groupe de travail de déterminer si les questions susceptibles d'arbitrage pouvaient être définies de manière générique, éventuellement au moyen d'une liste illustrative, ou si la disposition législative à élaborer sur l'arbitrabilité devrait indiquer les questions non susceptibles d'arbitrage. Il a été estimé que l'étude de la question de l'arbitrabilité dans le contexte des biens immeubles, de la concurrence déloyale et de l'insolvabilité pourrait être utile aux États. On a toutefois appelé l'attention sur le fait que le concept d'arbitrabilité soulevait des questions d'ordre public, qu'il était notoirement difficile à définir de manière uniforme, et qu'une liste prédéfinie de questions arbitrables risquait d'empêcher inutilement les États de répondre à certaines préoccupations d'ordre public susceptibles d'évoluer dans le temps[5].

5. Parmi les autres thèmes susceptibles de faire l'objet de travaux futurs au sein du Groupe de travail figuraient les questions posées par le règlement des conflits en ligne. Il a été dit que le Règlement d'arbitrage, lorsqu'il était lu conjointement avec d'autres instruments, comme la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et la Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux, résolvait déjà un certain nombre de questions qui se posent dans le contexte en ligne. Un autre thème mentionné était l'arbitrage dans le domaine de l'insolvabilité. Une autre suggestion, encore, a été d'examiner l'incidence des injonctions antipoursuites ("anti-suit injunctions") sur l'arbitrage international. On a proposé, en outre, d'envisager de clarifier les notions, employées au paragraphe 1 de l'article premier de la Convention de New York, de "sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées" ou de "sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées", dont on a dit

---

[3] Ibid., par. 338.
[4] Ibid., *soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 184.
[5] Ibid., par. 185.

qu'elles avaient été source d'incertitudes dans certaines juridictions étatiques. La Commission a également écouté avec intérêt une déclaration faite au nom du Comité consultatif international du coton, dans laquelle il était proposé qu'elle engage des travaux pour promouvoir la discipline contractuelle, l'efficacité des conventions d'arbitrage et l'exécution des sentences dans ce secteur[6].

6. Après discussion, la Commission a généralement estimé que le Groupe de travail pourrait aborder plusieurs questions parallèlement. Elle est convenue qu'il reprendrait ses travaux sur la révision du Règlement d'arbitrage. Elle est également convenue qu'il devrait aussi examiner la question de l'arbitrabilité. Pour ce qui était du règlement des conflits en ligne, elle est convenue que le Groupe de travail inscrirait cette question à son programme, mais qu'il devrait, du moins dans un premier temps, traiter des incidences des communications électroniques dans le cadre de la révision du Règlement d'arbitrage[7].

7. À sa quarantième session (Vienne, 25 juin-12 juillet 2007), la Commission a noté que le Règlement d'arbitrage n'avait pas été modifié depuis son adoption en 1976, et que la révision devrait avoir pour objet de le moderniser et de promouvoir une plus grande efficacité dans la procédure arbitrale. D'une manière générale, elle est convenue que le mandat du Groupe de travail, qui était de conserver la structure initiale et l'esprit du Règlement, avait guidé utilement jusqu'ici ses délibérations et devrait continuer à inspirer ses travaux[8]. Elle a noté qu'un large soutien avait été exprimé au sein du Groupe de travail en faveur d'une approche générique visant à définir les dénominateurs communs à tous les types d'arbitrage, quel que soit l'objet du litige, de préférence à une solution qui consistait à traiter de situations particulières. Elle a toutefois noté que le Groupe de travail devrait encore examiner, lors de ses sessions futures, la mesure dans laquelle le Règlement d'arbitrage révisé devrait prendre en compte le règlement des litiges entre investisseurs et États ou l'arbitrage institutionnel[9].

8. À sa quarante et unième session (New York, 16 juin-3 juillet 2008), la Commission a noté que le Groupe de travail avait décidé de poursuivre la révision du Règlement d'arbitrage sous sa forme générique et de lui demander si, une fois cette tâche terminée, il devrait examiner plus avant la spécificité de l'arbitrage fondé sur des traités et, dans l'affirmative, quelle forme devraient prendre ces travaux[10]. À l'issue de la discussion, la Commission est convenue qu'il ne serait pas souhaitable d'inclure des dispositions concernant l'arbitrage fondé sur des traités dans le corps du Règlement lui-même, et que tout examen des litiges entre investisseurs et États que le Groupe serait éventuellement amené à réaliser à l'avenir ne devrait pas retarder la révision du Règlement sous sa forme générique. Pour ce qui est du déroulement des travaux, elle est convenue que la question de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités méritait d'être examinée à l'avenir et devrait être traitée en priorité, immédiatement après l'achèvement de l'actuelle révision du Règlement. S'agissant de la portée des travaux futurs, la Commission est convenue par consensus qu'il importait de veiller

---

[6] Ibid., par. 186.
[7] Ibid., par. 187.
[8] Ibid., *soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Partie I, par. 174.
[9] Ibid., par. 175.
[10] Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 313.

à ce que la résolution des litiges entre investisseurs et États se fasse dans la transparence. Elle a estimé que, comme le Groupe de travail l'avait noté à sa quarante-huitième session (A/CN.9/646, par. 57), la question de la transparence devrait être examinée à l'avenir car il s'agissait d'un objectif souhaitable de l'arbitrage entre investisseurs et États. En ce qui concerne la forme que tout produit de ces travaux futurs pourrait prendre, la Commission a noté que différentes possibilités avaient été envisagées par le Groupe de travail (ibid., par. 69), y compris l'élaboration d'instruments comme des clauses types, des règles ou des principes directeurs sur des points précis, une annexe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous sa forme générique, ou des règles d'arbitrage séparées ou des clauses facultatives à insérer dans des traités. La Commission a décidé qu'il était trop tôt pour décider de la forme de cet instrument et que le Groupe de travail devrait jouir d'une grande liberté à cet égard[11].

II. Organisation de la session

9. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa cinquantième session à New York, du 9 au 13 février 2009. Ont participé à cette session les États membres du Groupe de travail ci-après: Allemagne, Arménie, Australie, Autriche, Bahreïn, Bélarus, Bénin, Bolivie, Bulgarie, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Colombie, Égypte, El Salvador, Équateur, Espagne, États Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Grèce, Guatemala, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Liban, Malaisie, Mexique, Namibie, Nigéria, Norvège, Ouganda, Pakistan, Pologne, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal, Singapour, Suisse, Thaïlande et Venezuela (République bolivarienne du).

10. Ont aussi participé à la session des observateurs des États suivants: Angola, Arabie saoudite, Argentine, Belgique, Brésil, Burkina Faso, Costa Rica, Croatie, Finlande, Ghana, Haïti, Indonésie, Jamahiriya arabe libyenne, Koweït, Maurice, Nicaragua, Pays-Bas, Pérou, Philippines, Qatar, Roumanie, Saint-Siège, Suède, Togo, Tunisie, Turquie et Yémen.

11. Y ont aussi pris part des observateurs des organisations suivantes du système des Nations Unies: Banque mondiale et Bureau des affaires juridiques de l'ONU.

12. Y ont également participé des observateurs des organisations internationales intergouvernementales ci-après, invitées par la Commission: Comité consultatif international du coton (CCIC), Commission européenne (CE), Cour centraméricaine de justice, Cour permanente d'arbitrage (CPA), MERCOSUR et Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique.

13. Ont en outre participé à la session des observateurs des organisations internationales non gouvernementales ci-après, invitées par la Commission: American Arbitration Association (AAA), American Association of Private International Law (ASADIP), American Bar Association (ABA), Asia Pacific Regional Arbitration Group (APRAG), Association arabe pour l'arbitrage

---

[11] Ibid., par. 314.

international, Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association européenne des juristes d'entreprise (AEJE), Association internationale du barreau, Association of the Bar of the City of New York (ABCNY), Association pour la promotion de l'arbitrage en Afrique (AFRICARBI), Association Suisse de l'Arbitrage (ASA), Center for International Environmental Law (CIEL), Center for International Legal Studies (CILS), Centre d'arbitrage commercial du Conseil de coopération du Golfe (CCG), Centre pour l'Étude et la Pratique de l'Arbitrage National et International (CEPANI), Club d'arbitres de la Chambre d'arbitrage de Milan, School of International Arbitration de l'Université Queen Mary de Londres, Commission interaméricaine d'arbitrage commercial (CIAC), Conseil des Barreaux européens (CCBE), Construction Industry Arbitration Council (CIAC), Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG), Cour internationale d'arbitrage, Fédération interaméricaine des avocats (FIA), Forum for International Commercial Arbitration C.I.C. (FICACIC), Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (KLRCA), London Court of International Arbitration (LCIA), Moot Alumni Association (MAA) du Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis et Union Internationale des Avocats (UIA).

14. Le Groupe de travail a élu le Bureau ci-après:

Président: M. Michael E. Schneider (Suisse)

Rapporteur: M. Abbas Bagherpour Ardekani (République islamique d'Iran)

15. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: a) ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.153); b) notes du Secrétariat sur la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (A/CN.9/WG.II/WP.151, A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1, A/CN.9/WG.II/WP.152 et A/CN.9/WG.II/WP.154).

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

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

17. Le Groupe de travail a repris ses travaux sur le point 4 de l'ordre du jour en se fondant sur les notes établies par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.151, A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1, A/CN.9/WG.II/WP.152 et A/CN.9/WG.II/WP.154). Il est rendu compte de ses délibérations et décisions sur ce point au chapitre IV. Le Secrétariat a été prié d'élaborer un projet de version révisée du Règlement d'arbitrage en tenant compte des délibérations et décisions du Groupe de travail. Il est rendu compte de ses délibérations et décisions sur le point 5 de l'ordre du jour au chapitre V.

IV. Révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

18. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait achevé une deuxième lecture des articles 1 à 17 à sa quarante-neuvième session (A/CN.9/665). Il est convenu de reprendre ses discussions sur la révision du Règlement en se fondant sur le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1 et les propositions de modifications y figurant.

Section III. Procédure arbitrale

Requête – Article 18

Paragraphe 1

19. Le Groupe de travail a examiné la dernière phrase du paragraphe 1, qui avait été ajoutée pour traiter de la situation où le demandeur décidait de considérer sa notification d'arbitrage comme une requête. L'objet de cette phrase était de permettre au demandeur de reporter sa décision sur ce point jusqu'à ce que le tribunal arbitral lui demande de soumettre sa requête, ce qui lui éviterait de devoir prendre cette décision au moment de la notification. On a dit que cette disposition avait une utilité pratique, car il en ressortait clairement qu'une partie n'avait pas besoin de présenter une requête si elle estimait que sa notification d'arbitrage en tenait déjà lieu.

20. On a fait observer qu'une notification d'arbitrage, considérée comme une requête, devrait néanmoins respecter les conditions énoncées à l'article 18, paragraphe 2, et on a proposé de clarifier ce point en ajoutant à la fin du paragraphe 1 une formulation du type: "pour autant qu'elle remplisse les conditions du paragraphe 2". On a fait observer, en outre, qu'une telle notification devrait aussi satisfaire aux conditions du paragraphe 3 de l'article.

21. On s'est demandé si un tel ajout était nécessaire. L'avis a été exprimé qu'il appartiendrait au tribunal arbitral de résoudre la question générale des conséquences d'une requête incomplète et que le règlement ne devrait pas s'attarder sur ce genre de détails. Cet avis n'a pas été soutenu.

22. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail est convenu, d'une manière générale, qu'une notification d'arbitrage considérée comme une requête devrait se conformer aux dispositions de l'article 18, et il a prié le Secrétariat de réviser la dernière phrase du paragraphe 1 pour tenir compte de cette décision. Il a aussi pris note de la remarque selon laquelle les dispositions sur le contenu de la notification d'arbitrage, qui figuraient à l'article 3, et celles sur le contenu de la requête, qui figuraient à l'article 18, risquaient de se chevaucher et qu'il pourrait être nécessaire d'examiner cette question à un stade ultérieur des délibérations sur l'article 3.

Paragraphe 2

23. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le paragraphe 2 sans modification.

Paragraphe 3

24. Le Groupe de travail est convenu que les mots “other evidentiary materials” (autres éléments de preuve) employés au paragraphe 3 devraient être remplacés par les mots “other evidence” (autres preuves) employés dans la version anglaise du Règlement de 1976, car ils englobaient toutes les preuves susceptibles d’être produites au stade de la requête, alors que les mots “other evidentiary materials” pourraient être interprétés de manière plus restrictive, par exemple, comme excluant les témoignages ou les déclarations écrites.

Réponse

Article 19

Paragraphe 1

25. On a fait observer que la dernière phrase du paragraphe 1 avait été ajoutée pour traiter de la situation où le défendeur décidait de considérer sa réponse à la notification d’arbitrage comme une conclusion en défense. Le Groupe de travail est convenu que cette phrase devrait être révisée pour s’aligner sur les modifications adoptées dans la dernière phrase de l’article 18, paragraphe 1 (voir par. 19 à 22 ci-dessus).

Paragraphe 2

26. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le paragraphe 2, sous réserve de remplacer les mots “other evidentiary materials” (autres éléments de preuve) par “other evidence” (autres preuves), pour tenir compte du changement adopté à l’article 18, paragraphe 3 (voir par. 24 ci-dessus).

Paragraphe 3

Droits invoqués comme moyen de compensation et demandes reconventionnelles

27. Le Groupe de travail a rappelé ses débats antérieurs, dans lesquels il était convenu que le paragraphe 3 devrait contenir une disposition relative à la compensation et que la compétence du tribunal arbitral pour examiner les moyens de compensation et les demandes reconventionnelles devrait, sous certaines conditions, ne pas être limitée au contrat sur lequel était fondée la demande principale et s’appliquer dans un éventail de situations plus large (A/CN.9/614, par. 93 et 94; A/CN.9/619, par. 157 à 160). Il a noté que le paragraphe 3 contenait deux options. Dans la première, le défendeur pourrait invoquer un droit comme moyen de compensation ou former une demande reconventionnelle “fondé[s] sur le même rapport de droit, contractuel ou non contractuel”. Dans la seconde, il pourrait le faire “à condition que cette demande entre dans le cadre de la convention d’arbitrage”.

28. Le Groupe de travail était également saisi d’une proposition, présentée par une délégation dans le document A/CN.9/WG.II/WP.152, selon laquelle un droit invoqué comme moyen de compensation devrait être admissible même s’il n’entrait pas dans le champ de la convention d’arbitrage et même s’il faisait l’objet d’une convention d’arbitrage différente ou d’une clause d’élection de for, pour autant que soient satisfaites les conditions de compensation prévues dans le droit matériel applicable

à la demande principale. Il a été expliqué qu'une exception de compensation constituait un moyen de défense et que dans certains systèmes juridiques, la compensation éteignait la demande dès lors qu'une situation de compensation apparaissait. Dans pareille situation, il a été dit qu'il n'était pas nécessaire que soit examinée l'application de la convention d'arbitrage. Une demande reconventionnelle, en revanche, était considérée comme une demande différente qui ne se limitait pas à un simple moyen de défense et qui, de ce fait, devrait relever du champ d'application d'une convention d'arbitrage conclue entre les parties et avoir un lien suffisant avec la demande principale.

29. La proposition a bénéficié d'un certain soutien car elle prévoyait des règles différentes pour les moyens de compensation et les demandes reconventionnelles, et donnerait par conséquent des orientations aux tribunaux arbitraux sur les questions de compétence. Selon un avis largement partagé, toutefois, elle allait trop loin et risquait de ne pas être facilement acceptée dans tous les systèmes juridiques. On a fait observer que les exceptions de compensation et les demandes reconventionnelles relevaient du droit procédural interne et qu'il ne conviendrait peut-être pas d'énoncer des règles matérielles universelles sur ces questions. Il a été dit que, dans les deux cas, le tribunal arbitral devrait d'abord se prononcer sur sa compétence, en traitant les exceptions de compensation et les demandes reconventionnelles de la même manière. Il a été ajouté que cette proposition pourrait susciter des contestations fondées sur les dispositions de la Convention de New York en ce qui concerne la portée de la convention arbitrale même si les parties avaient accepté une telle extension en convenant d'appliquer le Règlement.

30. Le Groupe de travail a examiné les options 1 et 2 proposées au paragraphe 3 de l'article 19, dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1. L'option 2 a bénéficié d'un certain soutien. Il a été proposé de remplacer, dans cette option, l'article défini "la", qui précédait les termes "convention d'arbitrage", par l'article indéfini "une" pour bien montrer que la notion de convention d'arbitrage devait être interprétée de manière extensive et ne se limitait pas à la convention sur laquelle se fondait la demande principale. Une autre proposition a été formulée consistant à regrouper les options 1 et 2 afin de mieux traiter les conséquences de conventions arbitrales trop générales pour l'admissibilité des moyens de défense et des demandes reconventionnelles. Une autre suggestion encore était d'admettre les exceptions de compensation et les demandes reconventionnelles pour autant qu'elles entrent dans le champ d'application de la convention d'arbitrage et présentent un lien suffisant avec la demande principale. Cette proposition a recueilli un certain soutien. Elle a cependant été jugée trop restrictive. Il a été noté en outre que l'expression "lien suffisant" risquait de donner lieu à des interprétations différentes.

31. Une meilleure solution, a-t-on fait observer, serait d'éviter les règles matérielles sur la détermination de la compétence du tribunal arbitral, règles qui pourraient être comprises différemment d'un système juridique à l'autre. Il a été proposé, dans ce sens, de remplacer les deux options du paragraphe 3 par le texte ci-après: "à condition que le tribunal ait compétence". Certains ont exprimé la crainte que cette disposition ne fournisse pas suffisamment d'indications permettant de déterminer si le tribunal était compétent. La proposition a cependant été largement appuyée. On a estimé en outre qu'elle était suffisamment générale pour englober différentes situations, n'exigeait pas de définir sur le fond les notions de droit invoqué comme moyen de compensation et de demande reconventionnelle et pouvait tenir compte de la situation dans laquelle la demande avait été éteinte par la compensation.

32. À l'issue de son débat, le Groupe de travail est convenu de modifier le paragraphe 3 à peu près comme suit: "Dans sa réponse, ou à un stade ultérieur de la procédure arbitrale, si le tribunal arbitral décide que ce délai est justifié par les circonstances, le défendeur peut former une demande reconventionnelle ou invoquer un droit comme moyen de compensation à condition que le tribunal ait compétence pour en connaître."

Paragraphe 4

33. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le paragraphe 4 sans modification.

Modifications de la requête ou de la réponse – Article 20

"Cadre de la convention d'arbitrage" – "compétence du tribunal arbitral"

34. Le Groupe de travail est convenu que, suite à la modification adoptée au paragraphe 3 de l'article 19 (voir par. 32 ci-dessus), la dernière phrase de l'article 20 devrait être modifiée en conséquence pour parler non pas du "cadre de la convention d'arbitrage" mais de la compétence du tribunal arbitral, de sorte qu'une requête puisse être amendée ou complétée pour autant qu'elle relève de la compétence du tribunal.

"Requête ou réponse"

35. Le Groupe de travail est convenu également d'ajouter les mots "ou une réponse" dans la deuxième phrase de l'article 20 afin d'aligner celle-ci sur la première phrase de l'article.

Déclinatoire de compétence arbitrale – Article 21

Paragraphe 1

"instrument juridique"

36. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait précédemment décidé de reformuler le paragraphe 1 dans le sens du paragraphe 1 de l'article 16 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international afin de préciser que le tribunal arbitral était habilité à soulever des questions sur l'existence et la portée de sa propre compétence et à statuer à ce sujet (A/CN.9/614, par. 97). Il a été proposé, dans un souci de cohérence avec les modifications adoptées par le Groupe de travail aux articles 1, 3 et 18, d'insérer les mots "instrument juridique" après le mot

"contrat" dans les deuxième et troisième phrases du paragraphe 1. Cet ajout, a-t-on dit, permettrait de ne pas limiter les types de litiges susceptibles d'être soumis à l'arbitrage par les parties et serait utile en particulier pour traiter des litiges naissant dans le cadre de traités internationaux d'investissement.

37. Si la cohérence était certes considérée comme un aspect important dans la révision du Règlement, le Groupe de travail est néanmoins convenu que la modification proposée risquait d'être lourde de conséquences dans le domaine du droit international public. Il a été dit que le principe de la séparabilité consacré au paragraphe 1 de l'article 21, lequel s'appliquait dans le contexte des contrats commerciaux, n'était pas prévu pour être transposé dans les traités internationaux en modifiant le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Le Groupe de travail n'a pas pris position sur la question de déterminer si les droits fondamentaux conférés aux investisseurs par un traité, y compris le droit de soumettre un litige à l'arbitrage, s'éteignaient dès lors que le traité prenait fin. On a souligné à cet égard que le principe de séparabilité n'était pas nécessairement reconnu dans les traités internationaux. De l'avis général, en outre, il ne conviendrait pas qu'un instrument tel que le Règlement tente de régir ces questions, qui relevaient du droit international public.

"recevabilité des demandes des parties" – "et sur l'exercice de sa compétence"

38. Il a été noté que l'article 21 traitait du pouvoir du tribunal arbitral de trancher des questions touchant à l'existence et à l'étendue de sa propre compétence. Il a été proposé dans un souci de clarté de mentionner aussi le pouvoir du tribunal de statuer sur la recevabilité des demandes des parties. Dans ce sens, il a été suggéré d'insérer dans la première phrase du paragraphe 1, après les mots "peut statuer sur sa propre compétence", les mots "et sur l'exercice de cette compétence". Une autre proposition, présentée dans le même sens, était d'autoriser le tribunal à "statuer sur l'étendue de sa propre compétence". Ces propositions n'ont pas été appuyées. On a souligné que les questions de compétence et les questions de recevabilité des demandes étaient de nature différente et se posaient à des moments différents de la procédure arbitrale. Par conséquent, il ne conviendrait pas, a-t-on dit, de traiter des deux questions à la fois dans le paragraphe 1.

39. Bien qu'il ait décidé de ne pas modifier le texte du Règlement, le Groupe de travail a confirmé que, selon lui, le pouvoir général que le paragraphe 1 conférait au tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence devrait être interprété comme l'autorisant aussi à statuer sur la recevabilité des demandes des parties ou, plus généralement, sur l'exercice de sa compétence. Il a également confirmé que, selon lui, l'article 21 s'appliquait aussi aux exceptions soulevées par une partie demandant au tribunal de ne pas exercer sa compétence pour examiner une demande sur le fond.

"inexistence ou invalidité" – "nullité" [vices du contrat]

40. Il a été proposé de remplacer, dans la troisième phrase du paragraphe 1 de l'article 21, les mots "null and void" ("nullité") par "non-existent or invalid" (inexistence ou invalidité). On a fait valoir à l'appui de cette proposition que les mots "null and void" avaient posé des difficultés spécifiques d'application, en particulier dans certains systèmes de *common law*. On a insisté sur le fait que le

qualificatif “null and void” ne décrirait pas nécessairement bien certaines situations, par exemple lorsqu’un contrat expirait avec le temps. La notion de contrat “non valide” ou “inexistant”, a-t-on dit, rendrait mieux compte du principe général selon lequel aucun vice dans un contrat ne devrait de lui-même entraîner la nullité de la clause compromissoire. On a ajouté que les mots “inexistant” ou “non valide” devraient être employés par souci de cohérence avec les mots “à l’existence ou à la validité” utilisés dans la première phrase du paragraphe 1 de l’article 21.

41. Il a été noté en réponse que la notion d’“inexistence” d’un contrat avait soulevé des difficultés spécifiques dans certains systèmes juridiques. Il a été noté également que les mots “null and void” n’avaient suscité aucun problème dans la pratique et qu’ils figuraient aussi au paragraphe 3 de l’article II de la Convention de New York et au paragraphe 1 de l’article 8 de la Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage. On a aussi fait observer que la première phrase avait trait à l’existence ou à la validité de la convention d’arbitrage, alors que la troisième traitait de la validité du contrat renfermant la clause compromissoire. Il n’était donc pas jugé nécessaire d’aligner la terminologie.

42. À l’issue de sa discussion, le Groupe de travail est convenu que les vices d’un contrat dont il était question dans la troisième phrase du paragraphe 1 devraient recevoir l’interprétation la plus extensive possible, afin de viser toutes les situations où un contrat pouvait être considéré comme nul, non avenu, inexistant, non valide ou sans effet. À cette fin, il a été proposé de supprimer les mots “and void” dans la troisième phrase du paragraphe 1, et de ne conserver que le mot “null”, dont on estimait qu’il était suffisamment général pour englober tous les vices du contrat. Cette suppression permettrait, a-t-on indiqué en outre, d’aligner la version anglaise avec les autres versions linguistiques de ce paragraphe et favoriserait une interprétation extensive du concept de vice du contrat. Une délégation a fait observer que le terme “null” avait fait l’objet d’une interprétation plus large dans la jurisprudence que “null and void”.

43. À l’issue de son débat, le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots “and void” dans la troisième phrase du paragraphe 1.

“ipso jure”

44. Le Groupe de travail a rappelé qu’il avait décidé à sa quarante-sixième session de remplacer les mots “de plein droit” (“ipso jure”) par un libellé du type “d’elle-même” pour plus de simplicité (A/CN.9/619, par. 162). On a fait observer que l’adverbe “automatiquement”, en lieu et place des mots “d’elle-même”, traduirait mieux la locution latine “ipso jure”. À l’issue de son débat, le Groupe de travail est convenu que les mots “ipso jure” seraient remplacés par “automatically” dans la version anglaise. Toutefois, la locution “ipso jure” devrait être conservée dans la version espagnole du Règlement. L’expression appropriée dans la version française du Règlement serait “de plein droit”.

Paragraphe 2

45. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le paragraphe 2 sans modification.

Paragraphe 3

46. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le paragraphe 3 sans modification.

Autres pièces écrites – Article 22

47. Le Groupe de travail a adopté quant au fond l'article 22 sans modification.

Délais – Article 23

48. Le Groupe de travail a adopté quant au fond l'article 23 sans modification.

Preuves – Article 24

Paragraphes 1 et 3

49. Le Groupe de travail a adopté quant au fond l'article 24, avec les modifications discutées aux paragraphes 70 à 75 ci-dessous.

Proposition de suppression du paragraphe 2 tel qu'il figurait dans la version de 1976 du Règlement

50. En réponse à la question de savoir si le paragraphe 2 de l'article 24, tel qu'il figurait dans la version de 1976 du Règlement, devrait être supprimé, on a rappelé que l'avis qui l'avait emporté au sein du Groupe de travail était favorable à cette suppression, au motif qu'il n'était peut-être pas courant qu'un tribunal arbitral prie les parties de présenter un résumé des pièces (A/CN.9/641, par. 22 à 25). On a également rappelé que le paragraphe 2 se fondait sur le principe que des preuves suffisantes pouvaient ne pas être présentées avant les audiences, ce qui était contraire aux dispositions des articles 18 et 19 révisés, qui encourageaient les parties, "dans la mesure du possible", à soumettre avec leur demande ou avec leur réponse "toutes pièces et autres éléments de preuve invoqués par [les parties]".

51. On a, en outre, rappelé que la suppression de ce paragraphe ne devrait pas être interprétée comme restreignant le pouvoir du tribunal arbitral de prier les parties, sur le fondement de l'article 15, de fournir un résumé de leurs pièces et autres preuves. Le Groupe de travail a confirmé sa décision de supprimer le paragraphe 2 tel qu'il figurait dans la version de 1976 du Règlement.

Audiences, témoins et experts – Article 25

Observations sur l'article 25

52. Un certain nombre d'observations ont été formulées sur l'article 25 concernant les questions suivantes.

"Experts et experts-témoins nommés par les parties" (titre de l'article 25)

53. Il a été suggéré que les experts présentés par les parties appartenaient à la catégorie plus générale des témoins, et que, partant, le titre de l'article 25 devrait être modifié à peu près comme suit: "Audiences, témoins, y compris les experts-témoins" (expert witnesses). Il a en outre été souligné que les mots "témoins, y compris des experts" étaient employés au paragraphe 2 de l'article 15. Il a été ajouté que le même libellé que celui proposé dans le titre devrait être employé

aux endroits appropriés du texte de l'article 25. En revanche, il a été souligné que les experts ne faisaient habituellement pas de témoignage, mais donnaient une opinion, et que, partant, le terme "témoignant" pouvait ne pas être approprié.

54. On a fait observer que la terminologie utilisée dans le titre et dans la disposition devrait faire clairement ressortir que l'article 25 s'appliquait aux témoins et aux experts produits par une partie, et non aux experts désignés par le tribunal. On a ajouté qu'à l'article 25 les témoins étaient les personnes témoignant sur une question de fait ou comme experts.

Règle générale sur l'organisation des audiences (paragraphe 1)

55. Le paragraphe 1 exprimait le principe général selon lequel le tribunal arbitral devait aviser les parties suffisamment à l'avance de la tenue d'une procédure orale, tandis que les paragraphes 2 et 3 contenaient des dispositions sur l'organisation des audiences. Il a été dit que le tribunal arbitral devait jouir d'une grande latitude dans l'organisation des audiences et il a été proposé de supprimer les dispositions des paragraphes 2 et 3, dont on a dit qu'elles étaient trop détaillées, et de les remplacer par une disposition plus générique placée au paragraphe 1, de sorte que ce dernier serait libellé comme suit: "En cas de procédure orale, le tribunal arbitral notifie aux parties suffisamment à l'avance la date, l'heure et le lieu de la procédure et organise la procédure de sorte que les parties soient avisées en temps voulu des témoins et experts appelés à comparaître, des langues de l'audience et des procédures à suivre pendant l'audience."

56. On a exprimé la crainte qu'une telle disposition générique, qui remplacerait les paragraphes 2 et 3, ne donne pas d'orientations suffisantes aux tribunaux arbitraux et il a été dit que les paragraphes 2 et 3 avaient une visée pédagogique utile. En réponse, on a fait observer que l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales donnait des indications sur ces points et qu'il n'était pas nécessaire d'insérer dans le Règlement des dispositions détaillées sur l'organisation des audiences.

Conditions pour l'audition des témoins (paragraphe 1 bis*)*

57. Il a été noté que le paragraphe 1 *bis* exprimait le principe général selon lequel le tribunal arbitral devrait fixer les conditions pour entendre les témoins. On a fait observer que la première phrase du paragraphe 1 *bis* et la dernière phrase du paragraphe 4 énonçaient toutes deux une règle générale pour l'audition des témoins et il a été suggéré de les fusionner à peu près comme suit: "Les témoins et experts présentés par les parties peuvent être entendus selon les conditions et interrogés de la manière fixées par le tribunal arbitral." Cette proposition a été appuyée.

Définition des témoins (paragraphe 1 bis*)*

58. Il a été noté que le mot "individual" employé en anglais dans la deuxième phrase du paragraphe 1 *bis* pouvait être interprété comme excluant les personnes morales, ce qui n'était peut-être pas le but recherché.

59. Il a été proposé de simplifier la deuxième phrase du paragraphe 1 *bis* en la remplaçant par une phrase qui pourrait être libellée comme suit: "Aux fins du présent Règlement, toute personne peut être témoin ou expert-témoin". Il a été noté

qu'une disposition similaire figurait au paragraphe 2 de l'article 25 du Règlement suisse d'arbitrage international ("Règlement suisse").

60. On a fait observer qu'il existait des divergences entre les systèmes juridiques sur la question de savoir si une partie ou son représentant pouvaient être entendus comme témoins, comme prévu au paragraphe 1 *bis*. Aussi des préoccupations ont-elles été exprimées à propos de l'inclusion d'une disposition sur ce point dans le Règlement. En réponse, il a été noté qu'une telle disposition figurait dans des termes similaires à l'article 4 des règles de l'Association internationale du barreau sur la preuve dans l'arbitrage commercial international (Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration) (1er juin 1999), à l'article 25 2) du Règlement suisse et à l'article 20.7 du Règlement d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage de Londres ("Règlement de la LCIA").

Contre-interrogatoire des témoins (paragraphe 2)

61. Il a été proposé d'insérer au paragraphe 2 des dispositions sur la procédure relative au contre-interrogatoire des témoins et, pour ce faire, d'ajouter le texte suivant à la fin du paragraphe 2: "et les noms des témoins et experts qu'elle propose d'interroger". On a toutefois fait observer que le Règlement n'empêchait pas le contre-interrogatoire des témoins et on s'est interrogé sur la nécessité d'insérer une telle disposition.

Coordonnées (paragraphe 2)

62. Par souci de cohérence avec le libellé employé dans les articles 3 et 18 du Règlement, on a proposé de remplacer le mot "adresses" par "coordonnées" dans le paragraphe 2.

Détail des dispositions à prendre pour l'organisation de l'audience (paragraphe 3)

63. Le paragraphe 3 a détaillé les dispositions pratiques que le tribunal arbitral pourrait prendre pour organiser l'audience. On a proposé de supprimer ce paragraphe au motif qu'il comportait de trop nombreux détails, rarement présents dans un règlement d'arbitrage moderne. À l'encontre de cette suppression, on a fait valoir que le paragraphe pourrait donner des orientations utiles aux tribunaux arbitraux. On a suggéré, au cas où il serait conservé, de remplacer le mot "traduction" par celui plus approprié d'"interprétation".

"sauf si le témoin est partie à l'arbitrage" (paragraphe 4)

64. Dans la deuxième phrase du paragraphe 4, on a proposé de placer les mots "sauf si le témoin est partie à l'arbitrage", apparaissant à la fin de la phrase, avant "pendant la déposition". Les délégations opposées à l'inclusion d'une disposition dans le Règlement autorisant une partie à être entendue comme témoin ont suggéré que ces mots soient supprimés.

Vidéoconférence (paragraphe 5)

65. On a noté que le paragraphe 5 autorisait l'administration de la preuve par témoins sous la forme d'exposés oraux qui n'exigeaient pas la présence des témoins. On a également noté que ce paragraphe était rédigé en termes génériques et qu'il

pourrait être nécessaire de préciser que cette disposition avait pour objet de permettre l'audition des témoins par des moyens de communication comme les vidéoconférences. Pour en clarifier davantage le sens, on a proposé d'ajouter le mot "physique" après "présence". Ces propositions ont été soutenues.

66. On a fait observer que le droit des parties de produire des témoins par des moyens qui n'exigeaient pas leur présence devrait être soumis à approbation du tribunal. On a proposé, à cet effet, d'insérer les mots "à moins que le tribunal arbitral juge inapproprié de procéder de cette manière" à la fin du paragraphe 5. Des doutes ont été exprimés quant à la nécessité d'un tel ajout étant donné que le paragraphe 4 énonçait déjà le principe général selon lequel le tribunal arbitral était libre de fixer la manière dont les témoins et experts étaient interrogés.

67. À cet égard, on a signalé que la communication, par les parties, d'informations relatives aux témoins dont elles proposaient l'audition par des moyens ne nécessitant pas leur présence physique devrait être expressément traitée au paragraphe 2.

Présentation de preuves (paragraphe 6)

68. On a fait observer que la recevabilité des preuves, au paragraphe 6, devrait être interprétée de façon large. On a suggéré que ce paragraphe soit modifié pour prévoir la détermination d'un délai pour la présentation des preuves. On a noté que le tribunal arbitral devrait être libre de refuser une preuve présentée tardivement. On a signalé, en outre, que le fait de mentionner ce pouvoir spécifique du tribunal arbitral pourrait aider à appliquer le principe d'une procédure régulière, en particulier dans les pays de droit civil. On a également fait observer que le Règlement ne prévoyait pas de sanctions en cas de non-respect des dispositions sur la présentation de preuves.

Autre proposition pour l'article 25

69. Suite au long débat sur l'article 25, on s'est demandé au sein du Groupe de travail si cet article ne risquait pas de surréglementer la procédure de l'audience et s'il ne vaudrait pas mieux adopter une approche différente. On a dit que certaines de ses dispositions, en particulier ses paragraphes 2 et 3, contenaient un certain nombre de détails sur cette procédure qui risquaient d'alourdir le Règlement, d'en limiter la souplesse, et qui étaient en outre inhabituels dans un règlement d'arbitrage international moderne. Il pourrait être préférable, a-t-on fait valoir, d'établir un cadre général en laissant au tribunal arbitral le soin d'organiser l'audience de façon appropriée en fonction des circonstances de l'espèce. De nombreuses délégations ont suggéré qu'il convenait de conserver les dispositions de l'article 25 qui énonçaient les principes fondamentaux et de supprimer celles qui contenaient uniquement des détails de nature procédurale. D'autres délégations, au contraire, ont estimé que les dispositions existantes ne devraient pas être supprimées en l'absence de raisons impérieuses. On a dit craindre cependant que les grands principes ne donnent pas, à eux seuls, des orientations suffisantes aux tribunaux arbitraux pour conduire l'audience, ce à quoi il a été répondu que la vocation première du Règlement n'était pas pédagogique.

70. À l'issue du débat, le Groupe de travail est convenu que l'article 25 devrait viser à établir un cadre général pour la conduite de l'audience et être modifié en

conséquence. On a proposé, à cette fin, de modifier les articles 24 et 25 à peu près comme suit ("la nouvelle proposition").

Article 24:

- Le paragraphe 1 demeurerait inchangé.
- Il a été proposé d'insérer en tant que deuxième paragraphe de l'article 24 la phrase suivante: "Sauf décision contraire du tribunal arbitral, les déclarations des témoins et des experts peuvent prendre la forme d'un écrit signé."
- Le paragraphe 3 demeurerait inchangé.
- Le contenu du paragraphe 6 de l'article 25 deviendrait le quatrième paragraphe de l'article 24.

Article 25:

- L'article 25 serait intitulé "Audiences".
- Le paragraphe 1 resterait tel quel.
- Le paragraphe 1 *bis* serait rédigé comme suit: "Les témoins et experts désignés par les parties peuvent être entendus selon les conditions et interrogés de la manière fixées par le tribunal arbitral. Toute personne admise à témoigner devant le tribunal arbitral sur toute question de fait ou comme expert est considérée comme un témoin selon le présent Règlement, même si elle est partie à l'arbitrage ou a un lien quelconque avec lui."
- Le paragraphe 2 serait rédigé comme suit: "Quinze jours au moins avant l'audience, le tribunal arbitral, après avoir consulté les parties, dresse la liste des personnes, s'il y en a, qui seront interrogées à l'audience et la langue dans laquelle elles le seront."
- Le paragraphe 3 serait supprimé.
- Le paragraphe 4 serait rédigé comme suit: "L'audience se déroule à huis clos, sauf convention contraire des parties."
- Le paragraphe 5 serait rédigé comme suit: "Le tribunal arbitral peut décider que les témoins et experts seront interrogés par des moyens qui n'exigent pas leur présence physique à l'audience, comme la visioconférence."
- Le paragraphe 6 serait supprimé et son contenu deviendrait le quatrième paragraphe de l'article 24.

71. Il a été expliqué que la nouvelle proposition visait à clarifier les différentes étapes de l'organisation des audiences, s'agissant du moment où les témoins et experts seraient connus, comme prévu à l'article 18, de la forme des déclarations présentées par les témoins et les experts, conformément à l'article 24, et de l'organisation des audiences, conformément à l'article 25.

Article 24, paragraphe 2, de la nouvelle proposition

72. On s'est demandé si le mot "experts" employé dans le deuxième paragraphe de l'article 24 de la nouvelle proposition faisait référence à la fois aux experts nommés par les parties et à ceux nommés par le tribunal, dans la mesure où l'article 27 sur les experts nommés par le tribunal arbitral contenait déjà une disposition sur la présentation de déclarations par ces derniers. Il a été répondu que ce paragraphe avait pour objet de traiter des experts nommés par les parties. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a adopté quant au fond le paragraphe 2 de l'article 24 de la nouvelle proposition.

Article 24, paragraphe 4, de la nouvelle proposition

73. Une réserve a été émise quant à l'insertion du paragraphe 6 de l'article 25 dans l'article 24, comme quatrième paragraphe, au motif qu'il ne constituait pas une règle générale sur les preuves. Malgré cette réserve, cette insertion a été largement soutenue.

74. La proposition selon laquelle cette disposition devrait énoncer clairement que le tribunal arbitral était expressément autorisé à refuser une soumission tardive, a été réitérée. On a proposé, en ce sens, d'ajouter à la fin du paragraphe 4 de l'article 24 une phrase du type: "Le tribunal arbitral peut refuser de prendre en compte des preuves soumises tardivement". Il a été répondu que cette question était déjà traitée au paragraphe 3 de l'article 24, qui disposait que "À tout moment de la procédure, le tribunal arbitral peut demander aux parties de produire des preuves (...) en leur fixant un délai à cet effet". On a cité l'exemple du Tribunal des réclamations États-Unis/Iran, qui fonctionnait d'après le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et qui s'était fondé sur cette disposition pour refuser une preuve présentée tardivement.

75. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu qu'il n'était pas nécessaire d'ajouter une disposition sur la soumission tardive dans le Règlement. Il a confirmé que, selon lui, le pouvoir du tribunal arbitral de refuser une telle soumission était prévu par le paragraphe 3 de l'article 24.

Article 25, paragraphe 1* bis*, de la nouvelle proposition

"Experts-témoins"

76. Le Groupe de travail est convenu de poursuivre son examen de la question des experts-témoins et de la nécessité de clarifier davantage les mots "comme expert" employés dans la deuxième phrase du paragraphe 1 *bis* de la nouvelle proposition. On a dit craindre, à cet égard, que ces mots n'aient un sens plus large que celui que cette disposition pouvait vouloir leur attribuer. Le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de trouver une formulation appropriée, qui clarifierait la distinction entre les experts nommés par une partie et ceux nommés par le tribunal arbitral.

"Témoin, tout en état partie à l'arbitrage"

77. Des préoccupations ont été exprimées au sujet de la disposition autorisant une personne partie à l'arbitrage à être entendue comme témoin, voire en qualité d'expert, dans sa propre affaire. On a dit que cette disposition risquait d'avoir pour conséquence qu'une partie demande à être entendue comme témoin au lieu de

produire des preuves. On a également dit qu'elle serait contraire aux règles de procédure de certains pays, en vertu desquelles les informations fournies par ce type de personne devraient être considérées comme des informations fournies par une partie et non comme une déposition de témoin. Afin de répondre à cette préoccupation, il a été proposé d'ajouter au début de la deuxième phrase de l'article 1 *bis* de la nouvelle proposition les mots: "Sous réserve des dispositions du paragraphe 4 de l'article 24,". On a aussi suggéré de remplacer, dans cette même phrase, le mot "est" par les mots "peut être" après les mots "comme expert". Ces suggestions ont bénéficié d'un certain appui. On a dit que, conformément au paragraphe 4 de l'article 24 de la nouvelle proposition, le tribunal arbitral avait toute autorité pour apprécier l'importance des preuves présentées. On a également dit que l'audition des parties comme témoins était une pratique courante de l'arbitrage commercial international. On a cependant fait observer que la disposition était rédigée de façon très large, ce qui permettrait, par exemple, à l'avocat des parties de déposer comme témoin. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'il avait débattu de la question à sa quarante-sixième session (A/CN.9/641, par. 29 à 37) et qu'il avait décidé d'autoriser le tribunal arbitral à entendre une partie en qualité de témoin (A/CN.9/641, par. 38). À l'issue de la discussion, il a été convenu de remplacer le mot "témoignant" par les mots "admise à témoigner" afin de préciser que le Règlement n'entendait pas remettre en question le pouvoir qu'a le tribunal arbitral de déterminer l'admissibilité des témoins.

"Témoin, tout en ayant un lien avec une partie"

78. On a expliqué que les mots "ou a un lien quelconque avec l'une des parties" dans la deuxième phrase du paragraphe 1 *bis* de la nouvelle proposition avaient été insérés comme expression générique pour éviter une énumération des personnes qui agissaient au nom d'une personne morale. On a expliqué en outre que l'on éviterait ainsi les difficultés rencontrées du fait des différentes fonctions et descriptions des personnes qui agissent au nom d'une personne morale dans divers systèmes juridiques. Il a été rappelé que le Groupe de travail était convenu de retenir une formulation plus neutre à sa quarante-septième session (A/CN.9/641, par. 38).

79. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu d'adopter le paragraphe 1 *bis*, sous réserve d'un examen plus poussé des points mentionnés aux paragraphes 76 et 77 ci-dessus.

Paragraphe 2 de la nouvelle proposition

80. En ce qui concerne le paragraphe 2 de la nouvelle proposition, il a été noté que l'obligation faite au tribunal arbitral de notifier aux parties suffisamment à l'avance la tenue d'une procédure orale au paragraphe 1, s'étendait également à l'identification des personnes qui seraient interrogées à l'audience. On a noté, par ailleurs, que le Règlement contenait déjà une disposition sur la langue dans l'article 17. Le Groupe de travail est donc convenu de supprimer le paragraphe 2.

Paragraphe 3

81. On a fait observer que le paragraphe 3 de l'article 25 avait été jugé trop détaillé pour figurer dans un règlement d'arbitrage moderne. Le Groupe de travail est par conséquent convenu de le supprimer.

Paragraphe 4 de la nouvelle proposition

82. On a noté que le paragraphe 4 de la nouvelle proposition ne mentionnait pas le pouvoir du tribunal arbitral de demander qu'un témoin se retire pendant la déposition d'autres témoins, qui était prévu dans la deuxième phrase du paragraphe 4 de l'article 25 (tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1). Étant donné qu'il était jugé très important de conserver la clause qui se référait à ce pouvoir du tribunal arbitral, on a suggéré d'inclure ladite phrase dans le paragraphe 4 de la nouvelle proposition. À l'appui de cette suggestion, il a été dit que le tribunal arbitral disposerait ainsi des orientations nécessaires sur les pouvoirs qu'il détient pour conduire l'audience. On a déclaré que le fait de demander que les témoins se retirent pouvait être considéré comme portant atteinte au droit d'une partie et que leur méthode d'interrogation méritait donc d'être expressément mentionnée, alors que d'autres méthodes, tout aussi acceptables, ne poseraient pas ce problème. Il a été répondu que cette phrase avait été intentionnellement omise pour deux raisons. Premièrement, le tribunal arbitral pourrait juger important de demander au représentant d'une partie de se retirer pendant la déposition d'un autre représentant de la même partie, ce que ne permettait pas le paragraphe 4 de l'article 25. Deuxièmement, cette méthode d'interrogation n'était peut-être pas la plus fréquente et le fait d'y faire référence dans le Règlement risquerait de suggérer qu'il s'agissait de la méthode préconisée. En outre, l'inclusion de cette phrase a été considérée comme inutile car la jurisprudence était suffisamment riche pour qu'on y trouve des orientations. Il a également été noté que les tribunaux arbitraux jouissaient d'une grande liberté pour régler ces questions et qu'il existait une pratique dans l'arbitrage international pour orienter la jouissance de cette liberté. Les deux premières explications n'ont pas été contestées en soi mais elles ont toutefois été jugées insuffisantes pour appuyer la suppression de la deuxième phrase du paragraphe 4 de l'article 25. On a dit que ce paragraphe n'imposait pas d'obligation de demander à un témoin de se retirer pendant la déposition d'autres témoins, comme le montrait l'emploi du mot "peut", et que l'on ne pouvait donc pas en déduire qu'il s'agissait de la méthode d'interrogation préconisée. L'argument invoquant la jurisprudence pour s'opposer à l'inclusion de la phrase n'a pas été soutenu car toutes les jurisprudences avaient été fondées sur les dispositions du paragraphe 4 de l'article 25, telles qu'elles figuraient dans la version de 1976 du Règlement. Par ailleurs, il a été dit qu'il n'y avait pas de raison d'imposer au tribunal arbitral la charge de devoir rechercher la jurisprudence pertinente pour y trouver des orientations. On a dit, en outre, que la suppression de toute référence à cette méthode d'interrogation dans le Règlement serait source d'incertitude juridique car les utilisateurs seraient amenés à penser que cette méthode ne devrait pas être utilisée. On a rappelé au Groupe de travail qu'il avait pour mandat de ne modifier le Règlement de 1976 que si cela était nécessaire.

83. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail est convenu de conserver la deuxième phrase du paragraphe 4 tel qu'il figurait dans la version de 1976 du Règlement et a prié le Secrétariat d'inclure une phrase précisant qu'on ne devrait généralement pas demander à une partie comparaissant comme témoin de se retirer durant la déposition d'autres témoins, ce qui permettrait de répondre également aux préoccupations exprimées pendant la discussion (voir par. 82 ci-dessus).

Paragraphe 5 de la nouvelle proposition

84. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le paragraphe 5 de la nouvelle proposition, et prié le Secrétariat de trouver une formulation appropriée pour couvrir l'exemple de l'interrogation par transmission vidéo.

Mesures provisoires – Article 26

Emplacement de l'article 26

85. Le Groupe de travail est convenu que l'article 26 sur les mesures provisoires devrait être placé après l'article 23, ou après l'article 27 ou 29, afin de regrouper les articles relatifs aux preuves, aux audiences et aux experts nommés par le tribunal.

Autre proposition

86. Le Groupe de travail a noté que l'article 26 s'inspirait des dispositions sur les mesures provisoires prévues au chapitre IV A de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Il était saisi d'une autre proposition, faite par une délégation dans le document A/CN.9/WG.II/WP.152 ("l'autre proposition"), dans laquelle cet article avait été simplifié et écourté et ne reprenait pas les paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 26. Il était proposé, a-t-on expliqué, de supprimer le paragraphe 2, car on pouvait supposer qu'il était inutile de définir les mesures provisoires dans le Règlement, une telle définition figurant normalement dans le droit interne applicable. La suppression des paragraphes 3 et 4, a-t-on ensuite expliqué, était proposée car l'ajout, à la fin de la première phrase du paragraphe 1, des mots "qu'il juge nécessaires pour un règlement équitable et efficace du litige" permettait d'énoncer de manière suffisante les conditions dans lesquelles le tribunal arbitral pouvait ordonner des mesures provisoires.

87. L'autre proposition a été appuyée par quelques délégations car son style rédactionnel correspondait à celui du Règlement et parce que le traitement de la question des mesures provisoires y était simplifié, le soin de définir ces mesures et les conditions de leur octroi étant laissé au droit interne applicable. On a fait observer que le Règlement ne devrait pas être surchargé du fait de dispositions telles que celles prévues dans l'article 26, qui étaient initialement destinées à servir dans un contexte législatif et visaient à établir dans le détail le pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires de sorte que celles-ci puissent être reconnues et exécutées par les juridictions étatiques. Le Règlement, a-t-on dit, poursuivait un objectif différent et l'autre proposition résumait bien les règles essentielles applicables aux mesures provisoires. On a aussi fait remarquer que la définition des mesures provisoires dans l'article 26 risquait de limiter le pouvoir des tribunaux arbitraux d'ordonner de telles mesures dans les États qui adoptaient une approche plus large que la Loi type en matière d'octroi de mesures provisoires. À cet égard, on a rappelé que les dispositions de la Loi type sur les mesures provisoires avaient été adoptées récemment et que l'on n'avait aucune expérience des problèmes que pouvait poser leur application.

88. Si, de l'avis général, l'article 26 risquait d'être jugé trop long, notamment en raison de la longueur des autres dispositions du Règlement, des réserves ont néanmoins été émises quant à l'autre proposition. On a observé que les dispositions détaillées de l'article 26 n'avaient pas seulement un but pédagogique, mais visaient

aussi à apporter aux arbitres et aux parties les orientations et la sécurité juridique nécessaires. Cet objectif, a-t-on souligné, était particulièrement important en ce qui concerne de nombreux systèmes juridiques, peu habitués à l'utilisation des mesures provisoires dans le contexte de l'arbitrage international. Dans ce sens, une définition des mesures provisoires, a-t-on également affirmé, était nécessaire. Il a été rappelé que la définition dans l'article 26 prenait la forme d'une liste générique et exhaustive destinée à englober tous les cas dans lesquels une mesure provisoire pourrait être nécessaire. L'autre proposition a aussi suscité des réserves au motif qu'elle ne contenait pas de disposition sur les conditions d'octroi des mesures, ce qui pouvait engendrer des difficultés d'interprétation et d'application.

89. Il a été estimé que l'autre proposition s'écartait inutilement des dispositions sur les mesures provisoires prévues au chapitre IV A de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage et qu'il vaudrait mieux reproduire ces dispositions, de manière à encourager le développement de la pratique dans ce domaine, conformément aux standards élaborés par la CNUDCI. Il a été proposé, pour résoudre le problème de la longueur des dispositions de l'article 26, de le scinder en deux articles distincts, l'un établissant le pouvoir des tribunaux arbitraux d'ordonner des mesures provisoires et l'autre définissant comment ces tribunaux pourraient ordonner ces mesures.

90. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail est convenu de poursuivre ses délibérations sur les mesures provisoires en se basant sur l'article 26 (tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1), tout en examinant s'il était possible d'en simplifier les dispositions comme cela était fait dans l'autre proposition.

Paragraphe 1

91. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 1 conférait au tribunal arbitral le droit d'ordonner des mesures provisoires. Il a adopté le paragraphe sans modification.

Paragraphe 2

"comprend, sans s'y limiter"

92. Il a été proposé de combiner le paragraphe 1 de l'article 26 de l'autre proposition et le paragraphe 2 de l'article 26 (tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1) pour bien montrer que la définition des mesures provisoires dans le Règlement serait interprétée de manière extensive. Il a été proposé d'insérer, dans le chapeau du paragraphe 2, les mots "qu'il juge nécessaire pour un règlement équitable et efficace du litige". Une autre proposition a été d'ajouter, à l'énumération du paragraphe 2, une disposition supplémentaire libellée à peu près comme suit: "e) toute autre mesure provisoire que le tribunal juge nécessaire pour un règlement équitable et efficace du litige". La proposition de modification du paragraphe 2 a suscité des réserves car la définition des mesures provisoires avait fait l'objet de longues discussions au sein du Groupe de travail lors de la révision de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et était donc jugée complète; il a cependant été jugé souhaitable d'adopter la formulation du Règlement qui envisageait d'autres types de mesures provisoires non mentionnées dans la liste.

93. Il a été suggéré à cette fin de remplacer le verbe “est”, dans la première ligne du paragraphe 2 par “comprend”. Il a en outre été proposé d’insérer après “comprend” la formule “sans s’y limiter” pour bien faire ressortir le caractère non exclusif du paragraphe.

94. À l’issue de sa discussion, le Groupe de travail est convenu d’inclure “comprend sans s’y limiter” dans la première phrase, et a adopté le paragraphe 2 ainsi rédigé.

Paragraphe 2 b)

95. On a exprimé la crainte que les mesures qu’il fallait empêcher ou dont il fallait s’abstenir, dans le paragraphe 2 b), ne soient interprétées comme visant uniquement l’atteinte au processus arbitral. Pour clarifier la formulation voulue par les rédacteurs de la Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage, il a été proposé d’apporter à ce paragraphe une modification de forme en insérant un “i)” avant “un préjudice” un “ii)” avant “une atteinte” de manière à séparer l’“atteinte au processus arbitral” de “préjudice immédiat ou imminent”.

Paragraphes 3 et 4

96. Il a été noté que les conditions d’octroi des mesures provisoires prévues au paragraphe 3 étaient les mêmes pour différents types de mesures provisoires. On a estimé que cela pourrait poser problème dans certains États qui adoptaient des critères particuliers pour les mesures ordonnées en vue de sauvegarder des biens qui pourraient servir à l’exécution d’une sentence ultérieure, dont il était question au paragraphe 2 c). Il a donc été proposé de supprimer le paragraphe 3. Une autre solution proposée était de supprimer, dans le paragraphe 3, le renvoi au paragraphe 2 c) et de l’insérer au paragraphe 4.

97. La suppression des paragraphes 3 et 4 a été appuyée au motif que ceux-ci risquaient d’entrer en conflit avec le droit interne applicable. Elle a aussi suscité des objections. Le paragraphe 3, a-t-on estimé, était utile, car il donnait aux tribunaux arbitraux des indications sur les conditions dans lesquelles ils pouvaient ordonner des mesures provisoires. On a estimé en outre que les alinéas a) et b) étaient des dispositions essentielles, qui étaient utiles pour régler les problèmes se posant dans la pratique. La mise en balance des préjudices, proposée au paragraphe 3 a), était une disposition importante et il a été dit que dans la mesure où elle était moins stricte que le critère du préjudice irréparable, il était important qu’elle soit spécifiquement définie.

98. Afin de concilier les deux points de vue, il a été proposé de modifier la rédaction du paragraphe 3, de sorte qu’il ne soit pas impératif, sur le modèle du paragraphe 4. Une autre proposition était d’insérer à la fin du chapeau du paragraphe 3 les mots “à moins que le tribunal ne considère que d’autres critères sont applicables”. Ces mots permettraient, a-t-on dit, de combler des lacunes lorsque le droit interne exigeait l’application d’autres conditions pour le prononcé de mesures provisoires. Ces propositions ont bénéficié d’un certain appui. Il a d’ailleurs été rappelé au Groupe de travail qu’il avait décidé à une session antérieure de conserver le paragraphe 3 (A/CN.9/641, par. 52).

99. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail a adopté les paragraphes 3 et 4 sans modification.

Paragraphe 5

Débat général

100. Le Groupe de travail a rappelé que, dans la Loi type révisée sur l'arbitrage que la Commission avait adoptée en 2006, une ordonnance préliminaire peut être prononcée par un tribunal arbitral sur requête d'une partie, sans que cette requête ne soit notifiée à aucune autre partie, à condition que le tribunal considère que la communication préalable de la demande de mesure provisoire à la partie contre laquelle elle est dirigée risque de compromettre cette mesure. Il a examiné si le paragraphe 5, qui traitait des ordonnances préliminaires, devrait figurer dans le Règlement. Des avis divergents ont été exprimés.

101. On a affirmé, à l'encontre du maintien du paragraphe 5, que le Règlement revêtait une nature contractuelle et était destiné aux parties, alors que la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage était un instrument à caractère législatif, destiné aux législateurs et que, s'il était nécessaire de prévoir des règles détaillées dans le cadre de la révision de la Loi type, cette nécessité ne se posait pas dans le contexte de la révision du Règlement. On a souligné que, de par leurs caractéristiques, les ordonnances préliminaires allaient à l'encontre de la nature consensuelle de l'arbitrage et que de nombreux systèmes juridiques n'autorisaient pas de telles ordonnances dans leur droit de l'arbitrage. On a fait remarquer que, parmi les États qui avaient adopté une législation fondée sur la Loi type de la CNUDCI telle qu'amendée en 2006, certains avaient choisi ou envisageaient de ne pas inclure la section du chapitre IV A consacrée aux ordonnances préliminaires. À cet égard, le Groupe de travail devait, a-t-on dit, éviter de s'écarter de l'objectif général qui présidait à la révision du Règlement, à savoir préserver son applicabilité universelle, qui était l'un de ses principaux facteurs de succès. Il a été ajouté que, dans certaines juridictions, le prononcé d'ordonnances préliminaires pouvait susciter des objections fondées sur la violation du principe d'une procédure régulière.

102. On a fait valoir que le fait de ne pas insérer de disposition sur les ordonnances préliminaires dans le Règlement serait le meilleur moyen de tenir compte des différences d'approche des systèmes juridiques sur cette question. On a aussi estimé que les ordonnances préliminaires, dans certains pays, relevaient de la compétence des juridictions étatiques et que la procédure à suivre pour prononcer ces ordonnances était assortie de nombreuses garanties qui n'existaient peut-être pas dans la même mesure dans l'instance arbitrale. Ces ordonnances des tribunaux pourraient être exécutoires pour les parties à l'arbitrage comme pour les tiers. Par exemple, le juge d'une juridiction étatique qui se prononçait sur une ordonnance préliminaire n'était pas nécessairement le même que celui qui statuait ensuite sur le fond. En revanche, dans l'arbitrage, le même arbitre se prononçait sur les deux questions, risquant ainsi de préjuger de l'issue de l'instance. À cela, il a été répondu que, dans certains systèmes juridiques, les juges rendaient des décisions à la fois sur les ordonnances préliminaires et sur le fond du litige, pratique qui n'avait posé aucun problème. Il a été déclaré aussi qu'il serait incohérent d'autoriser les parties à s'entendre sur le recours à l'arbitrage tout en les obligeant à saisir une juridiction étatique pour obtenir une ordonnance préliminaire.

103. À l'appui du paragraphe 5 toujours, il a été dit que celui-ci ne faisait que rendre compte d'une pratique existante. Il a été noté à cet égard que sa suppression de l'article 26 n'empêcherait pas nécessairement les arbitres de prononcer des ordonnances préliminaires. Il a été jugé souhaitable de fournir aux arbitres des orientations utiles sur la possibilité de prononcer de telles ordonnances. On a dit aussi qu'il était nécessaire d'insérer des dispositions sur les ordonnances préliminaires par souci d'harmonisation avec la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage. En réponse à l'argument selon lequel le paragraphe 5 risquait d'être incompatible avec la loi d'arbitrage applicable, il a été dit qu'en tout état de cause ce droit, s'il n'autorisait pas les tribunaux arbitraux à prononcer des ordonnances préliminaires, aurait préséance sur le Règlement. On a ajouté que la suppression du paragraphe 5 pourrait conduire à interpréter le Règlement comme excluant d'une manière générale les ordonnances préliminaires, interprétation qui n'était pas souhaitée.

104. On a exprimé la crainte que l'insertion du paragraphe 5 dans le Règlement ne rende ce dernier moins acceptable, en particulier aux yeux des États dans le cadre du règlement des litiges entre investisseurs et États fondé sur des traités. Il a été répondu que ce type de litige serait examiné en priorité une fois le Règlement révisé et que la question des ordonnances préliminaires dans ces litiges pourrait être étudiée plus avant à ce moment-là. Il a été rappelé au Groupe de travail que le mandat que lui avait confié la Commission à sa quarante et unième session se limitait à la question de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités (voir par. 8 ci-dessus).

105. Il a été proposé que, à défaut d'accord sur une version révisée de l'article 26, la version figurant dans le Règlement de 1976 soit conservée. Il a été répondu que la nécessité d'actualiser la disposition sur les mesures provisoires était une des raisons essentielles qui avait conduit à penser qu'il fallait réviser le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. La proposition de conserver la version de 1976 de cet article a par conséquent recueilli peu de soutien.

106. Certains opposants à l'insertion de dispositions sur les ordonnances préliminaires dans le Règlement se sont déclarés disposés à accepter le maintien du paragraphe 5, s'il était modifié pour préciser qu'un tribunal arbitral ne pourrait pas prononcer d'ordonnance préliminaire dans les systèmes juridiques qui ne les y autorisaient pas, ou si un commentaire accompagnant le Règlement précisait que le pouvoir de prononcer des ordonnances préliminaires devait découler de la législation. À cet égard, on a estimé que l'explication fournie sur cette disposition dans la deuxième phrase du paragraphe 15 du document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1 (que l'on trouvait également dans le document A/CN.9/641, par. 59) exprimerait plus correctement l'avis du Groupe de travail en indiquant ce qui suit: "si le droit applicable l'autorisait, compte tenu de la grande liberté d'appréciation dont jouissait le tribunal arbitral pour la conduite de la procédure conformément à l'article 15-1, le Règlement, en soi et à lui seul, n'empêchait pas le tribunal de prononcer des ordonnances préliminaires".

Projet révisé – autre proposition

107. Les partisans de l'adoption pleine et entière d'un régime *ex parte* dans le Règlement ont émis des réserves quant au paragraphe 5 et au paragraphe 2 du même

article figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.152 (l'autre proposition) qui, selon eux, ne reflétaient pas suffisamment le texte de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage.

108. Bien qu'on ait estimé qu'il exprimait de manière simplifiée et claire le droit du tribunal arbitral de prononcer des ordonnances préliminaires, le texte de cette proposition a été peu appuyé. Une certaine préférence a été exprimée au sein du Groupe de travail pour la disposition sur les ordonnances préliminaires figurant dans le paragraphe 5. On a toutefois souligné qu'il était libellé en termes ambigus et dans une tournure négative, ce qui ne correspondait pas à l'approche suivie dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage.

109. Afin de concilier les avis divergents exprimés au sein du Groupe de travail au sujet des ordonnances préliminaires, il a été proposé de remplacer le paragraphe 5 par une disposition libellée à peu près comme suit: "Aucune disposition du présent Règlement n'a pour effet de conférer (quand il n'existe pas), ou de le limiter (quand il existe), le droit à une partie de demander au tribunal arbitral, ni le pouvoir au tribunal arbitral de prononcer, une mesure provisoire sans en aviser préalablement une partie."

110. Selon un avis, on pourrait insérer le nouveau texte proposé dans le commentaire accompagnant le Règlement, tout en conservant le texte du paragraphe 5. Il a toutefois été répondu qu'il ne conviendrait peut-être pas de s'en remettre à un commentaire pour exprimer une clarification essentielle dont on pouvait s'attendre à ce qu'elle figure dans un instrument, comme le Règlement, qui formait un tout.

111. Après discussion, le Groupe de travail a, dans l'ensemble, estimé que le texte proposé au paragraphe 109 ci-dessus constituait une solution acceptable, car il proposait une approche neutre de la question des ordonnances préliminaires. Plusieurs commentaires ont été formulés à propos de la rédaction du texte proposé. On a fait observer que tous les utilisateurs du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ne connaissaient pas bien le terme "ordonnance préliminaire" et qu'il serait donc peut-être préférable d'en préciser le sens par une description, que l'on proposait d'ajouter après le verbe "prononcer" et qui serait libellée comme suit: ", dans les deux cas sans le notifier préalablement à une partie, une ordonnance préliminaire enjoignant à la partie de ne pas compromettre la mesure provisoire demandée." Cette proposition a été appuyée. Selon une autre proposition, pour éviter le texte entre parenthèses dans la proposition du paragraphe 109 ci-dessus, ce texte pourrait être supprimé et les mots "existant en dehors du Règlement" insérés après "droit". Cette proposition a été appuyée.

112. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 5 et est convenu qu'il serait libellé à peu près comme suit: "Aucune disposition du présent Règlement n'a pour effet de créer un droit, ou de limiter un droit pouvant exister en dehors du Règlement, pour une partie de demander au tribunal arbitral, ni un pouvoir pour le tribunal arbitral de prononcer, dans les deux cas sans le notifier préalablement à une partie, une ordonnance préliminaire enjoignant à la partie de ne pas compromettre la mesure provisoire demandée." Il est convenu que les références au paragraphe 5 dans le reste de l'article 26, à savoir dans les paragraphes 3, 6 à 9 et 10, devraient être modifiées pour aligner ces paragraphes sur le nouveau texte adopté concernant les ordonnances préliminaires.

Paragraphe 6

113. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le paragraphe 6, sous réserve des modifications mentionnées au paragraphe 112 ci-dessus.

Paragraphe 7

114. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le paragraphe 7, sous réserve des modifications mentionnées au paragraphe 112 ci-dessus.

Paragraphe 8

115. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le paragraphe 8, sous réserve des modifications mentionnées au paragraphe 112 ci-dessus.

Paragraphe 9

116. On a fait observer que le paragraphe 9 risquait d'obliger une partie demandant une mesure provisoire à payer les frais et à réparer les dommages causés lorsque, par exemple, les conditions de l'article 26 avaient été respectées mais que la partie requérante avait perdu l'arbitrage. En réponse, il a été proposé d'insérer une disposition selon laquelle le tribunal devrait se prononcer en vertu du paragraphe 9 "compte tenu de l'issue de l'affaire". Cette proposition n'a pas été appuyée.

117. On a aussi fait remarquer que l'autre proposition de paragraphe 5 présentée dans le document A/CN.9/WG.II/WP.152 constituait une solution préférable car elle ne traitait pas des conditions entraînant une responsabilité pour les frais et dommages et renvoyait cette question au droit applicable. La proposition était ainsi libellée: "Le tribunal arbitral peut à tout moment se prononcer sur une demande en réparation de tout préjudice causé injustement par la mesure provisoire ou l'ordonnance préliminaire." La proposition de suppression du mot "injustement" a été appuyée car celui-ci pouvait être interprété de diverses manières et était source d'insécurité juridique. Il a été proposé d'expliquer dans le commentaire que les mots "à tout moment" renvoyaient à tout stade de la procédure et non pas au moment suivant immédiatement la mesure.

118. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail a prié le secrétariat de rédiger une note pour guider les futurs débats sur la façon dont les différentes lois de l'arbitre traitaient les questions de responsabilité pour les dommages qui pourraient résulter de l'octroi de mesures provisoires.

Paragraphe 10

119. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le paragraphe 10, sous réserve des modifications mentionnées au paragraphe 112 ci-dessus.

V. Organisation des travaux futurs

120. À l'issue de ses délibérations, le Groupe de travail a noté qu'il avait traité avec succès un certain nombre de questions difficiles. Il a noté en outre qu'il n'avait pu, lors de la session en cours, achever l'examen du Règlement et élaborer un projet qui soit suffisamment abouti et de qualité pour être soumis à la prochaine session de la Commission, en 2009. Bien qu'il ait mené sa session en ayant à l'esprit l'espoir exprimé par la Commission à sa quarante et unième session[12] que la version révisée du Règlement soit finalisée en 2009, et l'encouragement de l'Assemblée générale à cet égard (A/RES/63/120), il a estimé dans l'ensemble qu'il devrait achever la lecture du texte avant de le soumettre à la Commission. Étant donné que la nouvelle version du Règlement devrait être utilisée pendant de nombreuses années, il a considéré qu'il fallait prendre le temps nécessaire pour répondre au niveau élevé de la CNUDCI. Il est convenu de demander à la Commission de lui accorder suffisamment de temps pour achever ses travaux sur le Règlement.

121. Il a été précisé que, en vertu du mandat confié par la Commission à sa quarante et unième session, la question de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités devait être examinée à titre prioritaire par le Groupe de travail après l'achèvement de ses travaux sur la révision du Règlement. Le Groupe de travail s'est ensuite demandé s'il serait souhaitable d'adopter une approche plus globale de la question de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. On s'attendait à ce que d'autres points soient soulevés dans le cadre d'un débat sur la transparence. Il a toutefois été estimé aussi qu'il était important de ne pas engager un vaste débat sur l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités afin de préserver l'applicabilité générale du Règlement.

---

[12] Ibid., par. 315.

E. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquantième session

(A/CN.9/WG.II/WP.154) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-3
II. Remarques générales 4-6
III. Projet révisé de Règlement d'arbitrage de la CNUDCI 7-44
Section I. Dispositions préliminaires (article 1 à article 6) 7-21
Section II. Composition du tribunal arbitral (article 7 à article 16) 22-36
Section III. Procédure arbitrale (article 17 à article 19). 37-44

Annexe

Tableau de correspondance

I. Introduction

1. À sa trente-neuvième session (New York, 19 juin-7 juillet 2006), la Commission est convenue, en ce qui concerne les activités futures du Groupe de travail, d'accorder la priorité à une révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 ("le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI" ou "le Règlement")[1]. À sa quarantième session (Vienne, 25 juin-12 juillet 2007), la Commission a noté que le Règlement d'arbitrage n'avait pas été modifié depuis son adoption en 1976 et que la révision devait avoir pour objet de le moderniser et de promouvoir une très grande efficacité dans la procédure arbitrale. D'une manière générale, elle est convenue que le mandat du Groupe de travail, qui était de conserver la structure initiale et l'esprit du Règlement, avait guidé utilement jusqu'ici ses délibérations et devrait continuer à inspirer ses travaux[2]. À sa quarante et unième session (New York, 16 juin-3 juillet 2008), la Commission a exprimé l'espoir que le Groupe de travail achèverait ses travaux sur la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous sa forme générique de sorte que l'examen final et l'adoption de texte aient lieu, au plus tard, à sa quarante-deuxième session en 2009[3].

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 182 à 187.
[2] Ibid., *soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), partie I, par. 175.
[3] Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 308 à 316.

2. À sa quarante-cinquième session (Vienne, 11-15 septembre 2006), le Groupe de travail a entrepris de déterminer les domaines où une révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pourrait être utile. À cette même session, il a donné des indications préliminaires sur diverses options examinées concernant les révisions proposées, en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.II/WP.143 et Add.1, afin que le Secrétariat puisse préparer un projet de version révisée du Règlement qui en tienne compte. Le rapport de cette session a été publié sous la cote A/CN.9/614. À ses quarante-sixième (New York, 5-9 février 2007), quarante-septième (Vienne, 10-14 septembre 2007) et quarante-huitième (New York, 4-8 février 2008) sessions, le Groupe de travail a examiné le projet de version révisée du Règlement qui figurait dans les documents A/CN.9/WG.II/WP.145 et Add.1. Les rapports de ces sessions ont été publiés sous les cotes A/CN.9/619, A/CN.9/641 et A/CN.9/646, respectivement. À sa quarante-neuvième session (Vienne, 15-19 septembre 2008), le Groupe de travail a commencé sa deuxième lecture des projets d'articles 1 à 17 de la version révisée du Règlement en se fondant sur le document A/CN.9/WG.II/WP.151. Le rapport de cette session a été publié sous la cote A/CN.9/665.

3. La présente note contient un projet annoté de version révisée du Règlement de la CNUDCI, qui tient compte des délibérations du Groupe de travail à sa quarante-neuvième session. Sauf indication contraire, les délibérations du Groupe de travail auxquelles il est fait référence ici sont celles qui ont eu lieu à cette session.

II. Remarques générales

a) Numérotation des articles

4. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si les articles de la version révisée du Règlement devraient être renumérotés comme il est proposé dans la présente note. Les renvois contenus dans les projets d'articles ont été modifiés en conséquence. Si le Groupe de travail décide que les articles devraient être renumérotés, il souhaitera peut-être examiner l'opportunité d'inclure dans la version révisée du Règlement un tableau, ainsi qu'il est proposé dans une annexe à la présente note, montrant la correspondance entre les articles de la version de 1976 du Règlement et ceux de la version révisée.

b) Emplacement de la clause compromissoire type, de la déclaration d'indépendance et des dispositions supplémentaires

5. Le Groupe de travail souhaitera peut-être décider de l'emplacement de la clause compromissoire type et des déclarations d'indépendance (A/CN.9/665, par. 22), ainsi que des dispositions supplémentaires, si elles sont adoptées, sur les principes généraux et la responsabilité des arbitres (contenues dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1).

c) Règle supplétive sur le rôle du Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage en tant qu'autorité de nomination

6. Il est rappelé qu'à la quarante-sixième session du Groupe de travail, il avait été proposé de prévoir, comme règle supplétive, que si les parties n'étaient pas en

mesure de convenir d'une autorité de nomination, le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage (CPA) devrait directement agir en cette qualité au lieu de désigner une telle autorité (A/CN.9/619, par. 71). Afin de répondre aux préoccupations exprimées à cet égard, la proposition a été rectifiée pour prévoir que les parties devraient conserver le droit de demander au Secrétaire général de la CPA de désigner une autre autorité de nomination, et que le Secrétaire général lui-même devrait être habilité à désigner une autre autorité de nomination, s'il le jugeait approprié (A/CN.9/619, par. 72). Ces propositions ont été réitérées à la quarante-neuvième session du Groupe de travail (A/CN.9/665, par. 46 à 50). Le Groupe de travail est convenu qu'il devrait peut-être revenir sur cette question après avoir achevé sa deuxième lecture du projet de version révisée du Règlement, en se fondant sur une proposition écrite à soumettre à temps au Secrétariat pour qu'elle soit traduite avant sa prochaine session (A/CN.9/665, par. 50).

III. Projet révisé de Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

Section I. Dispositions préliminaires (article 1 à article 6)

Champ d'application

Article premier

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

2. À moins qu'elles n'aient convenu d'appliquer une version particulière du Règlement, les parties à une convention d'arbitrage conclue après [date d'adoption par la CNUDCI de la version révisée du Règlement] sont réputées s'être référées au Règlement ayant effet à la date à laquelle commence la procédure d'arbitrage. Cette présomption ne s'applique pas lorsque cette convention a été conclue par acceptation, après [date d'adoption par la CNUDCI de la version révisée du Règlement], d'une offre faite avant cette date.

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

Remarques sur le projet d'article premier

7. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1 quant au fond, sans modification (A/CN.9/665, par. 18).

8. Le Groupe de travail est convenu de remplacer les mots "une autre version" à la première ligne du paragraphe 2 (numéroté 1 *bis* dans les précédents projets de révision du Règlement) par "une version particulière" et a adopté ce paragraphe quant au fond, sans modification (A/CN.9/665, par. 19).

9. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 3 (numéroté 2 dans la version de 1976 du Règlement) quant au fond, sans modification (A/CN.9/665, par. 20).

LIBELLÉ TYPE DE CLAUSE COMPROMISSOIRE POUR LES CONTRATS

Tout litige, controverse ou réclamation né du présent contrat ou se rapportant au présent contrat ou à une contravention au présent contrat, à sa résolution ou à sa nullité, sera tranché par voie d'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

Note – Les parties voudront peut-être ajouter les indications suivantes:

a) L'autorité de nomination sera ... (nom de la personne ou de l'institution);

b) Le nombre d'arbitres est fixé à ... (un ou trois);

c) Le lieu de l'arbitrage sera ... (ville et pays);

d) La/les langue(s) à utiliser pour la procédure d'arbitrage sera/seront ...

Remarques sur le projet de clause compromissoire type pour les contrats

10. Le Groupe de travail est convenu de remplacer les mots "voudront peut-être" dans le chapeau de la note relative au libellé type de la clause compromissoire par "devraient" de manière à indiquer aux parties l'importance de s'entendre sur les questions énumérées. Sous réserve de cette modification, le projet de clause compromissoire type a été adopté quant au fond par le Groupe de travail (A/CN.9/665, par. 21).

Notification et calcul des délais

Article 2

1. Une notification, y compris une communication ou une proposition, est remise contre tout moyen de communication permettant de fournir une preuve de la transmission.

2. Aux fins du présent Règlement, une notification, y compris une communication ou une proposition, est réputée être arrivée à destination si elle a été remise soit en mains propres au destinataire, soit à sa résidence habituelle, à son établissement ou à son adresse désignée, soit encore – aucune de ces adresses n'ayant pu être trouvée après une enquête raisonnable – à la dernière résidence ou au dernier établissement connu du destinataire. La notification est réputée être arrivée à destination le jour d'une telle remise.

3. Aux fins du calcul d'un délai aux termes du présent Règlement, ledit délai commence à courir le lendemain du jour où la notification, la communication ou la proposition est arrivée à destination. Si le dernier jour du délai est un jour férié ou chômé au lieu de la résidence ou de l'établissement du destinataire, le délai est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. Les jours fériés et chômés qui tombent pendant que court le délai sont comptés.

Remarques sur le projet d'article 2

11. Le paragraphe 1 (numéroté 1 *bis* dans les précédents projets de révision du Règlement) fait suite à la décision du Groupe de travail d'insérer une disposition autorisant expressément la remise d'une notification par tout moyen de communication susceptible de prouver cette transmission (A/CN.9/665, par. 29). Il est placé comme premier paragraphe de cet article pour rendre compte de la décision d'indiquer expressément les moyens de communication acceptables et de n'établir qu'après seulement une présomption concernant la réception de la notification d'arbitrage remise par l'un de ces moyens de communication (A/CN.9/665, par. 28 et 29).

12. À sa quarante-huitième session, le Groupe de travail est convenu de remplacer le mot "postale" qui suit le mot "adresse" dans la première phrase du paragraphe 2 (numéroté 1 dans la version de 1976 du Règlement) par le mot "désignée" (A/CN.9/646, par. 82), et cette modification est la seule apportée au paragraphe de la version initiale. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il y a lieu de modifier le paragraphe 2 pour ajouter des indications supplémentaires à l'intention des parties, et en particulier pour limiter le risque de communication relative à l'arbitrage par le biais d'adresses électroniques non censées être utilisées à ces fins. Un tel ajout pourrait disposer que toute notification peut aussi être envoyée à une adresse convenue par les parties ou, à défaut d'accord, conformément à la pratique suivie par les parties lors de leurs opérations antérieures.

13. Le paragraphe 3 (numéroté 2 dans la version de 1976 du Règlement) est reproduit sans modification par rapport à la version de 1976 et a été adopté quant au fond par le Groupe de travail (A/CN.9/665, par. 31).

Notification d'arbitrage

Article 3

1. La partie ou les parties (ci-après dénommée(s) "le(s) demandeur(s)") qui prend (prennent) l'initiative de recourir à l'arbitrage communique(nt) à l'autre partie ou aux autres parties (ci-après dénommée(s) "le(s) défendeur(s)") une notification d'arbitrage.

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

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

a) La demande tendant à ce que le litige soit soumis à l'arbitrage;

b) Les noms et coordonnées des parties;

c) Des éléments identifiant la convention d'arbitrage invoquée;

d) Des éléments identifiant tout contrat ou autre instrument juridique duquel est né le litige ou auquel il se rapporte ou, en l'absence d'un tel contrat ou instrument, une brève description de la relation considérée;

e) Une brève description du litige et, le cas échéant, une estimation de la somme sur laquelle il porte;

f) L'objet de la demande;

g) Une proposition quant au nombre d'arbitres, à la langue et au lieu de l'arbitrage, à défaut d'accord sur ces points conclu précédemment entre les parties.

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

a) Une proposition tendant à nommer une autorité de nomination visée à l'article 6, paragraphe 1;

b) Une proposition tendant à nommer un arbitre unique, visé à l'article 8, paragraphe 1;

c) Une proposition tendant à nommer un arbitre unique, visé à l'article 9 ou à l'article 10.

5. La constitution du tribunal arbitral n'est pas entravée par un désaccord quelconque relatif au caractère suffisant de la notification d'arbitrage, qui sera tranché définitivement par le tribunal arbitral. En cas d'un tel désaccord, le tribunal arbitral prend les mesures qu'il juge appropriées.

Remarques sur le projet d'article 3

14. Le Groupe de travail a adopté les paragraphes 1, 2 et 3 quant au fond, sans modification (A/CN.9/665, par. 34 et 35).

15. Le Groupe de travail est convenu que le demandeur ne devrait décider que sa notification d'arbitrage constituerait sa requête qu'au stade de la procédure visé à l'article 18. Il est donc convenu de supprimer le dernier alinéa ("La requête visée à l'article 18") du paragraphe 4 (A/CN.9/665, par. 36). Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 4 quant au fond (A/CN.9/665, par. 37).

16. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager, comme suite à la proposition de faire figurer les dispositions relatives à la réponse dans un article séparé (A/CN.9/665, par. 32), que la disposition qui faisait précédemment l'objet du paragraphe 7 de l'article 3 relatif aux conséquences d'une notification d'arbitrage incomplète ou d'une réponse incomplète ou manquante soit scindée en deux paragraphes: le paragraphe 5 de l'article 3 traiterait des conséquences d'une notification d'arbitrage incomplète et le paragraphe 3 de l'article 4 des conséquences d'une réponse manquante, incomplète ou envoyée en retard (voir ci-dessous, par. 19).

Réponse à la notification d'arbitrage

Article 4

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

a) Le nom et les coordonnées de chaque défendeur;

b) Une réponse aux informations figurant dans la notification d'arbitrage, conformément à l'article 3, paragraphe 3 c), d), e), f) et g);

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

a) Toute exception d'incompétence d'un tribunal arbitral constitué en vertu du présent Règlement;

b) Une proposition tendant à nommer une autorité de nomination, visée à l'article 6, paragraphe 1;

c) Une proposition tendant à nommer un arbitre unique, visé à l'article 8, paragraphe 1;

d) La notification de la nomination d'un arbitre, visée à l'article 9 ou à l'article 10;

e) Une brève description des demandes reconventionnelles éventuelles ou des droits éventuellement invoqués aux fins de compensation, y compris, le cas échéant, une estimation des sommes correspondantes, et de l'objet de la demande.

3. La constitution du tribunal arbitral n'est pas entravée par l'absence de réponse du défendeur à la notification d'arbitrage ou par une réponse incomplète ou en retard à celle-ci. Dans les deux cas, le tribunal arbitral prend les mesures qu'il juge appropriées.

Remarques sur le projet d'article 4

17. Dans les précédents projets de révision du Règlement, les dispositions relatives à la réponse à la notification d'arbitrage figuraient dans l'article 3. Le Groupe de travail a noté qu'il serait peut-être préférable de les insérer dans un article séparé (A/CN.9/665, par. 32).

18. Les paragraphes 1 et 2 (numérotés paragraphes 5 et 6 de l'article 3 dans les précédents projets de révision du Règlement) tiennent compte des commentaires formulés au sein du Groupe de travail, selon lesquels:

– toute exception d'incompétence du tribunal arbitral devrait être insérée dans le paragraphe 2 comme élément facultatif (A/CN.9/665, par. 39);

– il conviendrait d'inclure un renvoi au paragraphe 3 g) dans le paragraphe 1 b) afin qu'il n'y ait plus de doute sur le fait que le défendeur devait donner une réponse au demandeur en ce qui concerne le nombre d'arbitres (A/CN.9/665, par. 67).

19. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager, comme suite à la proposition de faire figurer les dispositions relatives à la réponse dans un article séparé (A/CN.9/665, par. 32), que la disposition qui faisait précédemment l'objet du paragraphe 7 de l'article 3 relatif aux conséquences d'une notification d'arbitrage incomplète ou d'une réponse incomplète ou manquante soit scindée en deux paragraphes: le paragraphe 5 de l'article 3 traiterait des conséquences d'une notification d'arbitrage incomplète et le paragraphe 3 de l'article 4 des conséquences d'une réponse manquante, incomplète ou envoyée en retard (voir ci-dessus, par. 16).

Représentation et assistance

Article 5

Chaque partie peut se faire représenter ou assister par des personnes choisies par elle. Les noms et adresses de ces personnes doivent être communiqués à toutes les parties et aux membres du tribunal arbitral. Cette communication doit préciser si la désignation est faite en vue d'une représentation ou d'une assistance. Lorsqu'une personne doit agir en qualité de représentant d'une partie, le tribunal arbitral peut, de sa propre initiative où à la demande d'une partie quelconque, requérir, à tout moment, la preuve des pouvoirs conférés au représentant sous la forme qu'il aura déterminée.

Remarques sur le projet d'article 5 [numéroté 4 dans la version de 1976 du Règlement]

20. L'article 5 inclut les modifications convenues par le Groupe de travail (A/CN.9/665, par. 43 à 45).

Autorités de désignation et de nomination

Article 6

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

2. Si toutes les parties ne se sont pas entendues sur le choix d'une autorité de nomination dans les trente jours de la réception par toutes les autres parties d'une proposition faite conformément au paragraphe 1, toute partie peut demander au Secrétaire général de la CPA de désigner cette autorité.

3. Si l'autorité de nomination refuse d'agir ou ne nomme pas d'arbitre dans les trente jours de la réception d'une demande d'une partie en ce sens, toute partie peut demander au Secrétaire général de la CPA de désigner une autorité de nomination. Si l'autorité de nomination refuse de prendre une décision à propos des honoraires des membres du tribunal arbitral, ou ne prend pas de décision à cet égard, dans les trente jours de la réception d'une demande d'une partie en ce sens visée par l'article 39, paragraphe 4, toute partie peut demander au Secrétaire général de la CPA de prendre cette décision.

4. Lorsqu'elle s'acquitte de sa mission en vertu du présent Règlement, l'autorité de nomination peut demander à toute partie les renseignements dont elle estime avoir besoin et donner aux parties l'occasion d'exposer leur position de toute manière qu'elle juge appropriée. Toutes les communications entre une partie et l'autorité de nomination ou le Secrétaire général de la CPA sont également adressées, par l'expéditeur, à toutes les autres parties.

5. Lorsqu'il est demandé à l'autorité de nomination de nommer un arbitre conformément à l'article 8, 9, 10 ou 15, la partie qui fait cette demande lui adresse des copies de la notification d'arbitrage et, si celle-ci existe, de la réponse à cette notification.

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

Remarques sur le projet d'article 6 [numéroté 4 bis *dans les précédents projets de révision du Règlement]*

21. Les paragraphes 1 et 4 incluent les modifications convenues par le Groupe de travail (A/CN.9/665, par. 51 et 54 respectivement). Sous réserve de ces modifications, l'article 6 a été adopté quant au fond par le Groupe de travail (A/CN.9/665, par. 51 à 56).

Section II. Composition du tribunal arbitral (article 7 à article 16)

Nombre d'arbitres

Article 7

1. Si les parties ne sont pas convenues antérieurement du nombre d'arbitres et si, dans les trente jours de la réception par le défendeur de la notification d'arbitrage, les parties ne sont pas convenues qu'il n'y aura qu'un seul arbitre, il sera nommé trois arbitres.

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

Remarques sur le projet d'article 7 [numéroté 5 dans la version de 1976 du Règlement]

22. Le paragraphe 1 tient compte de la décision du Groupe de travail de maintenir la règle supplétive énoncée dans l'article 5 de la version de 1976 du Règlement, en y apportant la modification selon laquelle la règle supplétive prévoyant trois arbitres s'appliquerait si les parties ne parvenaient pas à se mettre d'accord sur le nombre d'arbitres; il n'a pas été approuvé qu'il n'y ait qu'un seul arbitre avant l'expiration du délai de 30 jours prévu à l'article 4, paragraphe 1, pour répondre à la notification d'arbitrage (A/CN.9/665, par. 57 à 61, 65 à 67).

23. Le paragraphe 2 prévoit un mécanisme de correction impliquant l'autorité de nomination au cas où une partie (ou les parties dans le cas d'un arbitrage multipartite), plus vraisemblablement le défendeur, ne participe pas au processus de composition du tribunal arbitral et que le litige sur lequel porte l'arbitrage ne justifie pas la constitution d'un tribunal arbitral composé de trois arbitres (A/CN.9/665, par. 62 à 64).

Nomination des arbitres (art. 8 à 10)

Article 8

1. Si les parties sont convenues qu'il doit être nommé un arbitre unique et si, dans les trente jours de la réception par toutes les autres parties d'une proposition tendant à nommer un arbitre unique, les parties ne se sont pas entendues sur le choix d'un arbitre unique, celui-ci, à la requête d'une partie, est nommé par l'autorité de nomination.

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

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

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

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

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

Remarques sur le projet d'article 8 [numéroté 6 dans la version de 1976 du Règlement]

24. Le Groupe de travail est convenu d'ajouter les mots "à la requête d'une partie" au paragraphe 1 et de les supprimer de la première phrase du chapeau du paragraphe 2 et les mots "à la demande d'une partie" de l'alinéa a) du paragraphe 2. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a adopté l'article 8 quant au fond (A/CN.9/665, par. 68).

Article 9

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

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

également demander à l'autorité de nomination de nommer un arbitre unique en application de l'article 7, paragraphe 2.]

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

Remarques sur le projet d'article 9 [numéroté 7 dans la version de 1976 du Règlement]

25. Le Groupe de travail a adopté l'article 9 quant au fond, sans modification (A/CN.9/665, par. 69). Il souhaitera peut-être décider que les mots entre crochets dans le paragraphe 2 devraient être ajoutés, par souci de cohérence avec l'article 7, paragraphe 2.

Article 10

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

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

3. À défaut de constitution du tribunal arbitral conformément aux paragraphes 1 et 2, l'autorité de nomination constitue, à la demande d'une partie, le tribunal arbitral et peut, ce faisant, annuler toute nomination déjà faite et nommer ou renommer chacun des arbitres et désigner l'un d'eux arbitre-président. [L'autorité de nomination peut également décider, à la requête d'une partie, de nommer un arbitre unique en application de l'article 7, paragraphe 2.]

Remarques sur le projet d'article 10 [numéroté 7 bis *dans les précédents projets de révision du Règlement]*

26. Le Groupe de travail a adopté l'article 10 quant au fond sans modification (A/CN.9/665, par. 71). Il souhaitera peut-être décider que les mots entre crochets dans le paragraphe 2 devraient être ajoutés, par souci de cohérence avec l'article 7, paragraphe 2.

Remarques sur le projet d'article 8 de la version de 1976 du Règlement

27. Le Groupe de travail est convenu de supprimer l'article 8 de la version de 1976 du Règlement (A/CN.9/665, par. 72). Les dispositions de l'article 8, paragraphe 1, ont été intégrées dans l'article 6 relatif aux autorités de désignation et de nomination. Le Groupe de travail souhaitera peut-être décider que le paragraphe 2 de l'article 8 de la version de 1976 du Règlement devrait être conservé et, dans ce cas, à quel article il devrait être intégré. Une option pourrait être de le placer sous l'article 11 ci-dessous. Le paragraphe est formulé comme suit: "Lorsque

la candidature d'une ou plusieurs personnes est proposée pour une nomination en qualité d'arbitre, les noms et adresses complets des intéressés ainsi que leur nationalité doivent être indiqués, accompagnés d'une description de leurs titres."

Déclarations des arbitres et récusation d'arbitres (articles 11 à 14)

Article 11

Lorsqu'une personne est pressentie en vue de sa nomination éventuelle en qualité d'arbitre, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance. À partir de la date de sa nomination et durant toute la procédure arbitrale, un arbitre signale sans tarder de telles circonstances aux parties et aux autres membres du tribunal arbitral, s'il ne l'a déjà fait.

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

Aucune circonstance à signaler: Je suis impartial et indépendant de chacune des parties, et j'entends le rester. À ma connaissance, il n'existe pas de circonstances, passées ou présentes, susceptibles de soulever des doutes légitimes sur mon impartialité ou mon indépendance. Je m'engage par la présente à notifier promptement aux parties et aux autres membres du tribunal arbitral de telles circonstances qui pourraient par la suite venir à ma connaissance au cours du présent arbitrage.

Circonstances à signaler: Je suis impartial et indépendant de chacune des parties, et j'entends le rester. Est jointe à la présente une déclaration faite en application de l'article 11 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI concernant a) mes relations professionnelles, d'affaires et autres, passées et présentes, avec les parties et b) toute autre circonstance pertinente. [Inclure la déclaration] Je m'engage par la présente à notifier promptement aux parties et aux autres membres du tribunal arbitral toute autre relation ou circonstance de cette nature qui pourrait par la suite venir à ma connaissance au cours du présent arbitrage.

Remarques sur le projet d'article 11 [numéroté 9 dans la version de 1976 du Règlement] et sur les déclarations d'indépendance types

28. Le Groupe de travail est convenu d'ajouter les mots "Déclarations des arbitres" dans le titre de l'article 11 et "et aux autres membres du tribunal arbitral" après le mot "parties" dans la deuxième phrase de l'article 11. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a adopté l'article 11 quant au fond (A/CN.9/665, par. 73 et 74).

29. Les déclarations d'indépendance types visent à rendre compte des débats du Groupe de travail (A/CN.9/665, par. 75 à 80). L'objectif de la deuxième déclaration d'indépendance est de permettre aux parties de déterminer s'il existe véritablement des circonstances de nature à soulever des doutes sérieux sur l'impartialité ou l'indépendance de l'arbitre. Les modifications apportées à la deuxième déclaration d'indépendance visent à assurer sa cohérence avec l'article 11.

Article 12

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

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

Remarques sur le projet d'article 12 [numéroté 10 dans la version de 1976 du Règlement]

30. Le Groupe de travail a adopté l'article 12 quant au fond sans modification (A/CN.9/665, par. 81).

Article 13

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

2. La notification de récusation est notifiée à toutes les autres parties, à l'arbitre récusé et aux autres membres du tribunal arbitral. La notification de récusation doit être motivée.

3. Lorsqu'un arbitre a été récusé par une partie, toutes les parties peuvent accepter la récusation. L'arbitre récusé peut également se déporter. Cette acceptation ou ce déport n'impliquent pas la reconnaissance des motifs de la récusation. Dans les deux cas, le remplacement de l'arbitre se fait conformément à la procédure prévue à l'article 15.

Remarques sur le projet d'article 13 [numéroté 11 dans la version de 1976 du Règlement]

31. Le Groupe de travail a adopté l'article 13 quant au fond, avec les modifications suivantes:

– suppression des mots "se fait par écrit et" dans le paragraphe 2 (A/CN.9/665, par. 84);

– insertion des mots "toutes les parties" dans la première phrase du paragraphe 3 (A/CN.9/665, par. 85 à 88);

– suppression de la dernière phrase du paragraphe 3 car il a été considéré qu'elle faisait double emploi avec l'article 15-1 (précédemment numéroté 13-1) et renvoi à la procédure de l'article 15 relatif au remplacement de l'arbitre (A/CN.9/665, par. 91).

32. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que, par souci de cohérence avec le texte du paragraphe 1, le paragraphe 2 a été modifié comme suit: dans la première phrase, les mots "La récusation est notifiée" ont été remplacés par "La notification de récusation est notifiée" et, dans la deuxième, les mots "la notification" ont été remplacés par "la notification de récusation".

Article 14

1. Si, dans les quinze jours à compter de la date de la notification de la récusation, une partie n'accepte pas la récusation ou l'arbitre récusé ne se déporte pas, la partie récusante peut persévérer dans sa démarche. Dans ce cas, elle peut demander qu'une décision relative à la récusation soit prise par l'autorité de nomination dans les trente jours à compter de la date de la notification de la récusation. Si aucune autorité de nomination n'a été nommée ou désignée, une décision peut être demandée dans les quinze jours à compter de la date de la nomination ou de la désignation de l'autorité de nomination. Si la récusation est admise, le remplacement de l'arbitre doit se faire conformément à la procédure de l'article 15.

2. En cas de carence ou d'impossibilité de droit ou de fait d'un arbitre de remplir sa mission, la procédure de récusation prévue dans les articles précédents et au paragraphe 1 doit s'appliquer.

Remarques sur le projet d'article 14 [numéroté 12 dans la version de 1976 du Règlement]

33. Le Groupe de travail a adopté l'article 14 quant au fond, avec les modifications suivantes (A/CN.9/665, par. 98):

– insertion des mots "une partie" après "notification de la récusation" dans la première phrase (A/CN.9/665, par. 93);

– remplacement de "et" par "ou" dans la première phrase, afin de clarifier la procédure applicable (A/CN.9/665, par. 97);

– renvoi à la procédure de l'article 15 relatif au remplacement de l'arbitre si la récusation est admise (A/CN.9/665, par. 91).

Remplacement d'un arbitre

Article 15

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

2. Si, à la requête d'une partie, l'autorité de nomination détermine qu'il serait justifié, compte tenu des circonstances exceptionnelles de l'espèce, qu'une partie n'ait pas le droit de nommer un arbitre remplaçant, elle peut, après avoir donné aux parties, aux arbitres et à l'arbitre à remplacer la possibilité d'exprimer leurs vues: a) nommer le remplaçant; ou b) si la situation se reproduit après la clôture des audiences, autoriser les autres arbitres à poursuivre l'arbitrage et à rendre toute décision ou sentence.

Remarques sur le projet d'article 15 [numéroté 13 dans la version de 1976 du Règlement]

34. Le premier paragraphe établit une règle générale sur la nomination d'un remplaçant "lorsqu'il est nécessaire de remplacer un arbitre", quel que soit le motif du remplacement. Il a été adopté quant au fond par le Groupe de travail (A/CN.9/665, par. 103).

35. Le paragraphe 2 correspond à une proposition du Groupe de travail tendant à traiter le cas où une partie, en des circonstances exceptionnelles, a été privée du droit de nommer un arbitre remplaçant. Le Groupe de travail est convenu d'examiner cette proposition plus avant (A/CN.9/665, par. 104 à 117).

Répétition orale en cas de remplacement d'un arbitre

Article 16

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

Remarques sur le projet d'article 16 [numéroté 14 dans la version de 1976 du Règlement]

36. Le Groupe de travail a adopté l'article 16 quant au fond sans modification (A/CN.9/665, par. 118).

Section III. Procédure arbitrale (article 17 à article 19)

Dispositions générales

Article 17

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

2. Le tribunal arbitral peut à tout moment, après avoir invité les parties à exprimer leur vues, prolonger ou abréger tout délai prescrit par le Règlement ou dont elle sont convenues.

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

4. Toutes les communications de l'une des parties au tribunal arbitral doivent être communiquées en même temps par elle à toutes les autres parties, à l'exception de la communication en vertu de l'article [26, paragraphe 5].

5. À la demande d'une partie, le tribunal arbitral peut autoriser un ou plusieurs tiers à se joindre comme partie à l'arbitrage, à condition que ce tiers soit partie à la convention d'arbitrage, à moins que le tribunal arbitral ne constate, après avoir donné à toutes les parties, y compris la ou les personne(s) devant se joindre à la procédure, la possibilité d'être entendues, que cette jonction ne devrait pas être autorisée en raison du préjudice qu'elle causerait à l'une de ces parties. Le tribunal arbitral peut rendre une ou plusieurs sentence(s) à l'égard de toutes les parties impliquées dans l'arbitrage.

Remarques sur le projet d'article 17 [numéroté 15 dans la version de 1976 du Règlement]

37. Le paragraphe 1 a été adopté quant au fond par le Groupe de travail sans modification (A/CN.9/665, par. 119).

38. Le paragraphe 2 (numéroté 1 *bis* dans les précédents projets de révision du Règlement) inclut les modifications convenues par le Groupe de travail (A/CN.9/665, par. 123 et 125).

39. Le paragraphe 3 (numéroté 2 dans les précédents projets de révision du Règlement) a été adopté quant au fond par le Groupe de travail sans modification (A/CN.9/665, par. 126).

40. Dans le paragraphe 4 (numéroté 3 dans les précédents projets de révision du Règlement), il est proposé d'inclure les mots "à l'exception de la communication en vertu de l'article [26, paragraphe 5]" par souci de cohérence avec cet article, si le Groupe de travail décide d'inclure une disposition relative aux ordonnances préliminaires au paragraphe 5 de l'article 26 (A/CN.9/665, par. 127).

41. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner plus avant le libellé du paragraphe 5 relatif à la participation de tiers à la procédure (numéroté 4 dans les précédents projets de révision du Règlement) qui vise à tenir compte de la décision du Groupe de travail en vertu de laquelle le tribunal arbitral pourrait décider de joindre une personne à la procédure arbitrale sans son consentement, mais qu'avant de prendre cette décision il devrait donner à cette personne la possibilité d'être entendue et se prononcer sur le préjudice (A/CN.9/665, par. 128 à 135).

Lieu de l'arbitrage

Article 18

1. À défaut d'accord préalable des parties sur le lieu de l'arbitrage, ce lieu est déterminé par le tribunal arbitral compte tenu des circonstances de l'affaire. La sentence est réputée avoir été rendue au lieu de l'arbitrage.

2. Le tribunal arbitral peut se réunir en tout lieu qu'il jugera approprié pour des délibérations. Sauf convention contraire des parties, il peut se réunir en tout lieu qu'il jugera approprié pour des consultations et des auditions.

Remarques sur le projet d'article 18 [numéroté 16 dans la version de 1976 du Règlement]

42. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1 quant au fond, avec la suppression des mots "y compris les convenances des parties" (A/CN.9/665, par. 136).

43. Le paragraphe 2 est scindé en deux phrases pour rendre compte de la décision du Groupe de travail de préciser que les arbitres peuvent délibérer en tout lieu qu'ils jugent approprié (A/CN.9/665, par. 137). Conformément à la décision du Groupe de travail, les mots "consultations" et "nonobstant les dispositions du paragraphe 1" ont été supprimés (A/CN.9/665, par. 138 et 139).

Langue

Article 19

1. Sous réserve de l'accord des parties, le tribunal arbitral fixe sans retard, dès sa nomination, la langue ou les langues de la procédure. Cette décision s'applique à la requête, à la réponse et à tout autre exposé écrit et, en cas de procédure orale, à la langue ou aux langues à utiliser au cours de cette procédure.

2. Le tribunal arbitral peut ordonner que toutes les pièces jointes à la requête ou à la réponse et toutes les pièces complémentaires produites au cours de la procédure qui ont été remises dans leur langue originale soient accompagnées d'une traduction dans la langue ou les langues choisie(s) par les parties ou fixée(s) par le tribunal arbitral.

Remarques sur le projet d'article 19 [numéroté 17 dans la version de 1976 du Règlement]

44. Le Groupe de travail est convenu de conserver la référence aux "langues" au pluriel et a adopté l'article 19 quant au fond (A/CN.9/665, par. 140 et 141).

Annexe

Tableau de correspondance

Version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI	*Version de 1976 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*
Section I. Dispositions préliminaires	**Section I. Dispositions préliminaires**
Champ d'application (art. 1) [et libellé type de clause compromissoire pour les contrats]	Champ d'application (art. 1) et libellé type de clause compromissoire
Notification et calcul des délais (art. 2)	Notification, calcul des délais (art. 2)
Notification d'arbitrage (art. 3)	Notification d'arbitrage (art. 3)
Réponse à la notification d'arbitrage (art. 4)	-
Représentation et assistance (art. 5)	Représentation et assistance (art. 4)
Autorités de désignation et de nomination (art. 6)	-
Section II. Composition du tribunal arbitral	**Section II. Composition du tribunal arbitral**
Nombre d'arbitres (art. 7)	Nombre d'arbitres (art. 5)
Nomination des arbitres (art. 8 à 10)	Nomination des arbitres (art. 6 à 8)
Déclarations des arbitres et récusation d'arbitres (art. 11 à 14) – [Déclarations d'indépendance types]	Récusation d'arbitres (art. 9 à 12)
Remplacement d'un arbitre (art. 15)	Remplacement d'un arbitre (art. 13)
Répétition orale en cas de remplacement d'un arbitre (art. 16)	Répétition orale en cas de remplacement d'un arbitre (art. 14)
Section III. Procédure arbitrale	**Section III. Procédure arbitrale**
Dispositions générales (art. 17)	Dispositions générales (art. 15)
Lieu de l'arbitrage (art. 18)	Lieu de l'arbitrage (art. 16)
Langue (art. 19)	Langue (art. 17)

III. DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

A. Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-cinquième session (Vienne, 17-21 novembre 2008)

(A/CN.9/666) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-4
II.	Organisation de la session	5-10
III.	Délibérations et décisions	11
IV.	Coopération, communication et coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale	12-22
	A. Présentation	14
	B. Contenu	15-20
	C. Titre	21
	D. Diffusion de l'Aide-mémoire	22
V.	Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité	23-111
	A. Questions internationales	24-39
	B. Questions internes	40-111
VI.	Incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle	112-117

I. Introduction

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

2. À sa trente et unième session, tenue à Vienne du 11 au 15 décembre 2006, le Groupe de travail est convenu que le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale constituaient une base solide pour l'unification du droit dans ce domaine et que les

travaux en cours avaient pour objet de compléter ces textes et non de les remplacer (voir A/CN.9/618, par. 69). Une manière possible de procéder serait d'examiner les dispositions des textes existants qui pourraient également s'appliquer dans le contexte des groupes de sociétés, de voir quelles questions devraient être étudiées plus avant et d'élaborer des recommandations supplémentaires. D'autres questions, bien que se rapportant aux groupes de sociétés, pourraient être traitées de la même manière que dans le Guide et la Loi type. Il a également été dit que le résultat éventuel des travaux pourrait prendre la forme de recommandations législatives accompagnées d'un commentaire concernant les considérations de principe sur lesquelles s'appuient ces recommandations (voir A/CN.9/618, par. 70).

3. Le Groupe de travail a poursuivi l'examen du traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité à sa trente-deuxième session (mai 2007), en se fondant sur des notes du Secrétariat couvrant le traitement tant national qu'international (A/CN.9/WG.V/WP.76 et Add.1). Faute de temps, il n'a pas étudié le traitement international des groupes de sociétés dont il est question dans le document A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2.

4. À ses trente-troisième (novembre 2007) et trente-quatrième (mars 2008) sessions, le Groupe de travail a continué d'examiner le traitement des groupes d'entreprises (précédemment appelés "groupes de sociétés") en cas d'insolvabilité, en se fondant sur des notes du Secrétariat couvrant le traitement national des groupes d'entreprises (A/CN.9/WG.V/WP.78 et Add.1, et A/CN.9/WG.V/WP.80 et Add.1).

II. Organisation de la session

5. Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa trente-cinquième session à Vienne, du 17 au 21 novembre 2008. Y ont assisté les représentants des États membres suivants: Algérie, Allemagne, Autriche, Bélarus, Bolivie, Bulgarie, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Grèce, Guatemala, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Lettonie, Liban, Malaisie, Maroc, Mexique, Mongolie, Nigéria, Norvège, Pologne, République de Corée, République de Serbie, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Suisse, Thaïlande et Venezuela (République bolivarienne du).

6. Ont également assisté à la session les observateurs des États ci-après: Angola, Arabie saoudite, Argentine, Belgique, Congo, Côte d'Ivoire, Danemark, Indonésie, Iraq, Irlande, Jordanie, Kiribati, Lituanie, Pays-Bas, Pérou, Qatar, République dominicaine, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Togo, Tunisie et Yémen.

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

a) *Organisations du système des Nations Unies*: Fonds monétaire international (FMI);

b) *Organisations intergouvernementales*: Banque centrale européenne (BCE); International Association of Insolvency Regulators (IAIR) et Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE);

c) *Organisations non gouvernementales internationales invitées*: American Bar Association (ABA), American Bar Foundation (ABF), Association internationale du barreau, Centre for International Legal Studies (CILS), INSOL International (INSOL), International Credit Insurance and Surety Association (ICISA), International Insolvency Institute (III), International Women's Insolvency & Restructuring Confederation (IWIRC), International Working Group on European Insolvency Law (IWGEIL), Moot Alumni Association (MAA) du Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis et Union Internationale des Avocats (UIA).

8. Le Groupe de travail a élu les membres suivants du Bureau:

Président: M. Wisit Wisitsora-At (Thaïlande)

Rapporteur: M. Kofo Salam-Alada (Nigéria)

9. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.V/WP.81);

b) Une note du Secrétariat sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.82 et Add.1 à 4);

c) Une note du Secrétariat sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale (A/CN.9/WG.V/WP.83);

d) Un extrait du rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa quatorzième session (Vienne, 20-24 octobre 2008) (A/CN.9/667, par. 129 à 143).

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

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Examen de la coopération, de la communication et de la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale, du traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité et de l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

11. Le Groupe de travail a commencé son examen de la coopération, de la communication et de la coordination dans les procédures d'insolvabilité en se fondant sur le document A/CN.9/WG.V/WP.83, et a continué d'examiner le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.V/WP.82 et Add.1 à 4 et d'autres documents mentionnés

dans ces derniers. Il a aussi examiné l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle en se fondant sur les paragraphes 129 à 143 du document A/CN.9/667. Il est rendu compte ci-après de ses délibérations et décisions sur ces points.

IV. Coopération, communication et coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale

12. Le Groupe de travail a commencé à examiner les questions de coopération, communication et coordination dans les procédures d'insolvabilité en se fondant sur le document A/CN.9/WG.V/WP.83, qui contenait le projet d'aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale (l'"Aide-mémoire").

13. Le Groupe de travail s'est félicité de l'exhaustivité de l'Aide-mémoire et a souligné son importance au vu de la crise financière actuelle et de l'augmentation du nombre d'affaires d'insolvabilité donnant lieu à des procédures internationales.

A. Présentation

14. On a demandé comment l'Aide-mémoire devrait être publié à savoir, par exemple, sous la forme d'une publication indépendante ou d'un complément au Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité ("le Guide") ou à la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale ("la Loi type"). L'idée d'une publication indépendante a été largement soutenue car elle confirmerait la fonction pédagogique importante de l'Aide-mémoire tout en facilitant et accélérant sa diffusion à grande échelle. On a fait observer qu'une publication sous forme de complément à la Loi type risquait de limiter inutilement l'applicabilité de l'Aide-mémoire étant donné que cette dernière n'avait pas encore été incorporée de façon universelle. Il convenait en outre de veiller à ce que l'Aide-mémoire ne soit pas perçu comme remplaçant la Loi type, mais comme développant les articles 25 à 27 de ce texte. On a suggéré qu'il soit publié sous une forme, par exemple sur le site Web de la CNUDCI, qui permette sa mise à jour régulière à mesure que la pratique relative aux accords internationaux évoluait.

B. Contenu

15. Le Groupe de travail a rappelé que l'Aide-mémoire se fondait sur les travaux de compilation des données d'expérience pratique dans le domaine de la négociation et de l'utilisation des accords d'insolvabilité internationale que la Commission avait confiés au Secrétariat[1]. On a souligné que, de ce fait, l'Aide-mémoire était un texte descriptif et non normatif.

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 209 c), et *soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 190 et 191.

16. Le Groupe de travail a estimé que l'inclusion de références à des accords internationaux concrets constituait une bonne manière d'illustrer la pratique actuelle et donc était particulièrement utile. On a signalé que certains accords étaient conclus entre des parties qui pouvaient avoir intérêt à faire figurer certains éléments dans l'accord et que, si la plupart portaient sur des sujets légitimes, certains allaient plus loin en traitant de questions de fond dont l'inclusion n'était pas toujours nécessaire.

17. Le Groupe de travail a noté que l'utilisation des accords internationaux pouvait varier d'un pays à l'autre en fonction des pouvoirs respectifs des juges et des représentants de l'insolvabilité et du contenu de la loi sur l'insolvabilité. L'Aide-mémoire ne faisait que décrire la pratique existante en la matière, sans laisser entendre que ces pratiques doivent ou puissent être applicables dans l'ensemble des pays.

18. On a noté, en outre, que les accords internationaux étaient des contrats informels susceptibles d'être librement négociés, mais qu'ils étaient soumis au droit national applicable. L'Aide-mémoire ne sous-entendait pas qu'un accord puisse être utilisé par les parties pour se soustraire au droit national ou aux obligations qui leur incombaient en vertu de ce droit.

19. On a fait observer que les accords internationaux pourraient servir à faciliter la coordination et la coopération dans le cas d'un débiteur unique ou d'un groupe d'entreprises.

20. S'agissant de la rédaction, on a suggéré de ne pas utiliser de formulations prescriptives ni de donner de conseils sur telle ou telle approche particulière. On a aussi suggéré que la notion de courtoisie internationale soit décrite en termes généraux pour tenir compte du principe adopté dans l'article 7 de la Loi type. Le Groupe de travail est convenu que des exemples supplémentaires de clauses sur les aspects procéduraux de la communication, inspirés du texte pertinent de la troisième partie de l'Aide-mémoire, devraient être inclus.

C. Titre

21. En ce qui concerne le titre définitif de l'Aide-mémoire, on a suggéré de garder à l'esprit la possibilité de qualifier ce dernier de guide. On a répondu que, l'Aide-mémoire étant de nature descriptive, il ne donnait pas de conseils et ne devrait pas constituer un guide. Le Groupe de travail est convenu de décider du titre à un stade ultérieur.

D. Diffusion de l'Aide-mémoire

22. Le Groupe de travail est convenu que l'Aide-mémoire devrait être distribué aux gouvernements pour commentaire avant sa trente-sixième session devant se tenir en 2009. Une version révisée devrait lui être présentée à cette session, en vue de son examen et adoption par la Commission à sa quarante-deuxième session en 2009. À cet égard, il a été noté que la Commission avait décidé de planifier les

travaux de cette session de sorte qu'elle puisse, si nécessaire, consacrer du temps à l'examen des recommandations du Groupe de travail concernant l'Aide-mémoire[2].

V. Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité

23. Le Groupe de travail a poursuivi sa discussion sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.V/WP.82 et Add.1 à 4 et sur d'autres documents s'y trouvant mentionnés. Il a commencé par aborder les questions internationales exposées dans le document A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4.

A. Questions internationales

1. Centre des intérêts principaux

24. Le Groupe de travail a tout d'abord examiné la question du "centre des intérêts principaux" d'un groupe d'entreprises. Il s'est demandé en particulier à quelle fin il pouvait importer de déterminer ce centre des intérêts principaux et comment celui-ci pouvait être défini.

25. S'agissant de savoir dans quel but il serait utile de déterminer le centre des intérêts principaux d'un groupe d'entreprises, diverses finalités ont été suggérées, notamment: déterminer qui avait compétence pour ouvrir une procédure à l'encontre des membres insolvables du groupe; faciliter le redressement des actifs du groupe; réduire le risque de recherche abusive du for le plus avantageux; faciliter la coordination et la coopération en identifiant le membre du groupe qui jouerait le rôle principal et déterminer comment seraient coordonnées les procédures et comment s'organiserait la coopération; déterminer la loi qui pourrait régir les procédures; régler des questions relatives à la conduite et l'administration des procédures, telles que le contrôle de la trésorerie, les plans de redressement du groupe et la facilitation du financement postérieur à l'ouverture des procédures; ou encore faciliter le regroupement des patrimoines des membres du groupe.

26. On est généralement convenu qu'il serait difficile de trouver une définition, aussi souhaitable soit-elle, du centre des intérêts principaux d'un groupe d'entreprises afin, par exemple, de limiter l'ouverture de procédures parallèles ou de faciliter la coordination et la coopération dans le cadre de procédures multiples ouvertes à l'encontre de membres d'un groupe. On a souligné qu'une telle définition soulevait la question essentielle de savoir dans quelle mesure elle serait acceptée, largement adoptée et appliquée volontairement par les tribunaux des États concernés par elle dans des affaires d'insolvabilité internationale.

27. En l'absence d'un système tel que celui de l'Union européenne, dans lequel une procédure ouverte dans un État était automatiquement reconnue dans les autres États, on a noté qu'il serait difficile d'éviter l'ouverture, dans plusieurs pays, de procédures parallèles prétendant chacune au statut de procédure principale. Cet état de fait montrait combien il importait d'utiliser des accords internationaux pour faciliter la coordination et la coopération. Il a également été noté que la

---

[2] Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 321.

détermination du centre des intérêts principaux d'un groupe d'entreprises ne réduirait pas nécessairement le nombre de lois différentes susceptibles de s'appliquer dans les procédures d'insolvabilité et, en particulier, qu'elle ne saurait porter atteinte aux droits et aux mesures de protection dont bénéficiaient les créanciers dans les États autres que celui où se trouvait ce centre des intérêts principaux. On a également fait observer qu'il serait très difficile de regrouper les patrimoines sans l'appui unanime des tribunaux de tous les États dans lesquels étaient ouvertes des procédures d'insolvabilité à l'encontre de membres d'un groupe.

28. Différents avis ont aussi été exprimés sur la manière de définir le centre des intérêts principaux d'un groupe et sur la question de savoir si un seul facteur suffirait à cette fin. Divers facteurs ont été proposés à savoir: le lieu à partir duquel les affaires financières du groupe étaient coordonnées; le lieu où la politique du groupe était définie et où les décisions de gestion étaient prises; le lieu où se déroulait le processus de fabrication; le lieu à partir duquel le groupe était contrôlé, conformément à la définition du terme "contrôle" donnée dans le glossaire (A/CN.9/WG.V/WP.82); et le lieu du siège statutaire du groupe, comme prévu à l'article 16-3 de la Loi type.

29. Il a été répondu qu'un facteur unique, tel que le lieu où se concentraient les affaires financières du groupe, serait trop restrictif. Par exemple, il se pouvait que la société mère financière du groupe ne soit pas insolvable et ne soit donc pas visée par la procédure d'insolvabilité, que les affaires financières soient concentrées en un lieu différent de celui où s'exerçaient les activités commerciales principales du groupe ou que, pour des raisons particulières, telles qu'une fiscalité avantageuse, un lieu sans rapport avec l'activité commerciale du groupe soit préféré à un autre pour établir le centre financier de ce groupe.

30. Il a été observé également que si la présomption établie à l'article 16-3 de la Loi type pouvait s'appliquer aux membres d'un groupe d'entreprises, elle ne pouvait directement s'appliquer au groupe lui-même, car ce dernier ne disposait généralement pas d'un siège statutaire ou d'une résidence habituelle en vertu de la loi nationale. À cet égard, toutefois, il a été proposé que cet article établisse une présomption réfragable concernant le centre des intérêts principaux du membre dont on estimait qu'il contrôlait le groupe d'entreprises. Les facteurs énumérés aux paragraphes 6 et 13 du document A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4 pourraient être utilisés pour réfuter cette présomption.

31. Cette proposition, qui a bénéficié d'un certain soutien, a été assortie de plusieurs réserves, à savoir que le membre du groupe exerçant le contrôle devrait être considéré uniquement comme un premier entre ses pairs susceptible de diriger la coordination et la coopération et non comme jouissant d'un certain nombre de pouvoirs supplémentaires quant à la conduite ou à l'administration de la procédure; que la formulation d'une telle règle devrait, comme la Loi type, viser à faciliter les choses, autrement dit soutenir et encourager l'identification d'une telle partie contrôlante sans aller jusqu'à suggérer que cette partie doive automatiquement être reconnue dans l'ensemble des pays; et que les facteurs pouvant être pertinents pour réfuter cette présomption devraient être envisagés comme formant un tout, et non comme des éléments séparés. Selon un avis, la prise en compte des perceptions des tiers, en tant que facteur, pourrait poser des difficultés dans la pratique.

32. Le Groupe de travail a conclu: que la présomption contenue à l'article 16-3 de la Loi type n'était pas directement applicable au contexte des groupes d'entreprises; que l'introduction d'une règle sur le centre des intérêts principaux d'un groupe d'entreprises pourrait être utile pour faciliter la coordination de plusieurs procédures d'insolvabilité visant les membres de ce groupe; et que cette règle pourrait prévoir une présomption simple inspirée de l'article 16-3 pour déterminer le siège du membre du groupe exerçant le contrôle, les facteurs pertinents pour réfuter cette présomption étant fondés sur ceux exposés aux paragraphes 6 et 13 du document A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4. Ces facteurs devraient être considérés comme un tout. Le Secrétariat a été prié d'élaborer le projet de texte du commentaire ainsi qu'une recommandation fondée sur la discussion du Groupe de travail.

2. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

33. Il a largement été convenu que le financement postérieur à l'ouverture de la procédure était crucial pour le redressement des groupes d'entreprises et que, bien qu'il soulève des questions de droit des contrats, il devrait être traité dans la loi sur l'insolvabilité.

34. Le Groupe de travail s'est demandé s'il pourrait formuler des recommandations sur le sujet, éventuellement sur la base des projets de recommandations 10 à 13 relatifs au financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans un contexte national figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.2, ou s'il devait n'aborder ce sujet que dans le commentaire. On a largement soutenu l'élaboration d'une recommandation pour accroître la prévisibilité et prévoir l'autorisation nécessaire.

35. Selon un avis, le contexte international et le contexte national étant différents, toute recommandation traitant du premier devrait s'écarter des principes énoncés dans les projets de recommandations 10 à 13. On a fait observer, par exemple, que l'avantage procuré aux créanciers du pays où l'emprunt était obtenu risquait de nuire aux créanciers des pays où le prêt était octroyé. La coordination entre les différents pays était par conséquent nécessaire et pouvait exiger l'accord de l'ensemble des parties concernées. Une recommandation pourrait prévoir que, lorsqu'un tel accord était trouvé, la loi sur l'insolvabilité devrait accorder l'autorisation nécessaire pour que les parties puissent procéder au financement. On a rappelé que les recommandations du Guide s'efforçaient de prévoir une telle autorisation.

36. Selon un autre avis, les projets de recommandations 10 à 13 n'excluaient ni implicitement ni explicitement le financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans le contexte international et devaient simplement être soumis à des règles de conflit de lois. Le Groupe de travail est convenu de revenir sur la question d'une recommandation après avoir examiné les projets de recommandations 10 à 13.

37. On a suggéré au Groupe de travail d'examiner, outre le financement postérieur à l'ouverture de la procédure, la question du financement postérieur à la demande d'ouverture.

3. Coordination et coopération

38. En ce qui concerne la coordination et la coopération, le Groupe de travail était d'avis qu'il serait possible d'inclure dans les travaux sur les groupes d'entreprises

une recommandation encourageant les législateurs et les tribunaux à s'inspirer de l'Aide-mémoire, mais qu'il serait difficile de trouver un accord sur un texte pour cette recommandation à la session en cours. Il est convenu d'examiner cette question à une prochaine session. L'idée d'inclure une recommandation encourageant l'adoption de la Loi type a été soutenue.

4. Autres questions

39. Le Groupe de travail est convenu d'examiner les aspects internationaux de la coordination procédurale, du regroupement des patrimoines, de la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique et d'un plan de redressement unique en même temps que les recommandations sur le traitement national de ces questions.

B. Questions internes

40. Le Groupe de travail a poursuivi son examen du traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité en abordant les questions internes, qui font l'objet du document A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.1 à 3.

41. Le Groupe de travail est convenu que la présentation des groupes d'entreprises dans le document A/CN.9/WG.V/WP.82 apportait des informations très utiles sur la question et devait être conservée dans le texte définitif.

1. Glossaire (A/CN.9/WG.V/WP.82)

42. Le Groupe de travail a formulé les propositions suivantes concernant les termes et explications figurant dans le glossaire.

a) "Groupe d'entreprises"

43. i) Les mots "une participation ou un contrôle" employés à la fin de l'alinéa devraient être reliés par la conjonction "et" ("participation et contrôle") mais, si la conjonction "ou" était conservée, il faudrait également fournir quelques explications ou inclure une référence concernant l'importance du degré de participation requis (par exemple "majoritaire" ou "importante").

ii) Le mot "participation" devrait être supprimé, car il ne s'agissait là que d'un exemple de la manière d'obtenir le contrôle.

44. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de conserver le mot "participation" et la conjonction "ou", tout en précisant cependant que cette participation devrait être "importante".

b) "Entreprise", "contrôle" et "coordination procédurale"

45. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond les explications des termes "entreprise", "contrôle" et "coordination procédurale" figurant dans les alinéas b) à d).

c) "Regroupement des patrimoines"

46. i) Il faudrait, dans l'explication, se référer au "traitement" des actifs comme s'ils faisaient partie d'une seule masse de l'insolvabilité plutôt qu'à leur mise en commun pour créer une seule masse de l'insolvabilité.

ii) Afin de prendre en compte la possibilité d'un regroupement partiel des patrimoines, l'explication devrait parler de "tout ou partie" de l'actif et du passif.

47. Le Groupe de travail a approuvé ces deux suggestions.

2. Demande conjointe (A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.1)

48. Le Groupe de travail a examiné la question de la demande d'ouverture et de l'ouverture de procédures d'insolvabilité visant des groupes d'entreprises dans le contexte national en se fondant sur les projets de recommandations 1 et 2.

Clause relative à l'objet des dispositions législatives

49. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de la clause relative à l'objet des dispositions législatives et l'a approuvée quant au fond. Il est également convenu de préciser dans une note de bas de page que chaque membre du groupe conserverait son identité juridique distincte en cas de demande conjointe, conformément à l'alinéa a) de la clause relative à l'objet des recommandations sur le regroupement des patrimoines (A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.3).

Recommandation 1

50. Il a été demandé, à propos de l'alinéa b) du projet de recommandation 1, si le créancier présentant une demande conjointe devait être créancier de tous les membres visés par cette demande. Il a été confirmé, en réponse à cette question, que telle était l'intention de cet alinéa et qu'il devait exister une relation directe entre un créancier et le membre concerné. Après discussion, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de modifier le projet de recommandation 1 pour y préciser que le créancier auteur de la demande conjointe devait être créancier de tous les membres visés par la demande.

Recommandation 2

51. On a noté que le projet de recommandation 2 n'établissait pas de critères permettant de déterminer le tribunal compétent pour connaître d'une demande conjointe. On a cependant observé que ces critères étaient mentionnés au paragraphe 23 du commentaire concernant la coordination procédurale et qu'ils s'appliqueraient également aux demandes conjointes.

52. On a fait remarquer que le projet de recommandation 2 parlait du tribunal compétent mais n'abordait pas la question des débiteurs soumis à la loi sur l'insolvabilité, deux aspects que les lois sur l'insolvabilité traitaient généralement ensemble. Il a été rappelé que, sauf indication contraire, les recommandations du Guide s'appliquaient automatiquement aux groupes d'entreprises et que, par conséquent, la recommandation 10 réglerait, dans ce contexte, la question de savoir quels débiteurs étaient soumis à la loi sur l'insolvabilité. Le Groupe de travail est convenu d'insérer dans le commentaire un renvoi à la recommandation 10.

3. Coordination procédurale

Clause relative à l'objet des dispositions législatives

53. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la clause relative à l'objet des dispositions législatives, qui n'avait pas été modifiée depuis sa précédente session.

Recommandations 3 et 4

54. On s'est demandé si l'énumération figurant dans l'alinéa b) du projet de recommandation 3 se voulait exhaustive. Il a été convenu que tel n'était pas le cas et qu'il faudrait trouver une formule précisant bien que la liste était seulement indicative.

55. Il a été souligné que l'ordre des recommandations 3 et 4 risquait d'être interprété comme laissant entendre que le tribunal pouvait décider d'une coordination procédurale sans être saisi d'une demande présentée dans ce sens conformément au projet de recommandation 4. À cet égard, on a attiré l'attention du Groupe de travail sur le paragraphe 22 du commentaire, qui indiquait également que le tribunal aurait un tel pouvoir. Il a été rappelé que le Guide ne prévoyait pas généralement que les tribunaux puissent prendre de décision d'office sur les questions d'insolvabilité, point qui était évoqué au paragraphe 24 du document A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.3. Il a été convenu, après discussion, que l'approche du Guide devait être conservée. Il a donc été convenu que le paragraphe 22 devrait être modifié et les projets de recommandations 3 et 4 intervertis et qu'il faudrait préciser dans le texte que le tribunal ne se prononcerait que sur la base d'une demande, telle qu'actuellement envisagée dans le projet de recommandation 4.

56. Il a été demandé si le tribunal, lorsqu'il ordonnerait la coordination procédurale, ne serait autorisé qu'à ordonner les mesures sollicitées dans la demande. À l'issue de la discussion, il a été convenu que la question devrait être réglée par le droit interne, mais que le commentaire pourrait fournir quelques explications.

57. Il a par ailleurs été demandé si les créanciers visés par l'alinéa c) du projet de recommandation 4 devaient être uniquement ceux autorisés à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité car, dans certains États, tous les créanciers ne pouvaient peut-être pas le faire. Il a été rappelé que le Guide recommandait (recommandation 14) que tous les créanciers du débiteur soient autorisés à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Étant donné que les recommandations sur les groupes d'entreprises se fondaient sur celles du Guide, la distinction évoquée n'interviendrait pas.

58. Il a également été demandé si, du fait que l'alinéa c) du projet de recommandation 3 prévoyait qu'une demande de coordination procédurale pouvait être formée au moment de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou à tout moment ultérieur, une distinction devrait être établie entre les créanciers autorisés à présenter une telle demande à ces moments différents. À l'issue de la discussion, il a été estimé, et ce point de vue a été appuyé, que la coordination procédurale devait pouvoir s'appliquer au plus grand nombre possible de membres du même groupe. Il a été conclu que la limite imposée à l'alinéa c) du projet de recommandation 4, à savoir qu'un créancier pouvait demander la coordination

procédurale pour deux membres ou plus uniquement s'il était créancier de ces deux membres ou plus, ne pouvait être maintenue.

59. Lorsque la coordination procédurale était demandée au moment du dépôt de la demande d'ouverture, la question de l'ouverture devait être traitée séparément de celle de la coordination procédurale en ce qui concerne les créanciers autorisés à présenter des demandes. De même, une fois ouverte une procédure à l'encontre de deux membres ou plus, le créancier ne devait pas être tenu de limiter sa demande de coordination procédurale aux seuls membres dont il était créancier. La décision d'ordonner la coordination procédurale ne devait pas être soumise à ce type de critère. Il a donc été convenu de modifier l'alinéa c) du projet de recommandation 4 pour y prévoir qu'une demande de coordination procédurale pourrait être formée par un créancier d'un membre du groupe visé par une procédure d'insolvabilité.

Recommandation 5

60. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de recommandation 5.

Recommandation 6

61. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de recommandation 6.

Recommandations 7 à 9

62. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond les projets de recommandations 7 à 9.

Questions internationales

63. On a noté que les projets de recommandations 3 à 9 n'étaient pas directement applicables dans le contexte international, car ils soulevaient certaines questions, comme celle de la détermination du tribunal compétent et de la loi applicable, qui nécessitaient un traitement différent. On a noté, en outre, qu'il ne suffirait pas de faire référence à la Loi type pour régler la coordination de procédures visant différents membres d'un groupe puisqu'elle traitait uniquement de la coordination des procédures parallèles visant le même débiteur. Il serait plus approprié de se référer à l'Aide-mémoire, qui décrivait les pratiques existantes entre différents États en matière de coordination de procédures parallèles, y compris de procédures visant les membres d'un groupe d'entreprises. On a suggéré que l'interprétation des parties de la Loi type sur la coordination soit élargie aux groupes d'entreprises. On a fait observer que l'utilisation du concept de "centre des intérêts principaux" risquait de causer des difficultés inutiles dans le contexte des groupes d'entreprises puisqu'il était généralement assimilé au lieu où se déroulait la procédure principale. Pour répondre à cette préoccupation, on pourrait considérer que le centre des intérêts principaux d'un groupe déterminait la "procédure primaire", le "centre de coordination" ou le "centre névralgique" du groupe.

64. Le Groupe de travail a rappelé sa conclusion selon laquelle il serait possible d'inclure, dans les travaux sur les groupes d'entreprises, une recommandation relative à l'Aide-mémoire (voir ci-dessus, par. 38) et il est convenu que le commentaire sur les questions internationales concernant la coordination procédurale devrait traiter de l'application limitée de la Loi type dans le contexte des groupes d'entreprises.

4. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure (A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.2)

Clause relative à l'objet des dispositions législatives

65. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la clause relative à l'objet.

Recommandations 10 à 13

66. L'avis a été exprimé que, puisque les projets de recommandations 10 à 13 ne s'appliquaient pas aux prêteurs extérieurs au groupe d'entreprises et que les recommandations du Guide étaient insuffisantes à cet égard, il faudrait modifier lesdits projets pour inclure les prêts extérieurs et permettre la prise en considération non seulement de l'effet de tels prêts sur chaque membre du groupe, mais aussi de l'avantage qu'ils procureraient au groupe dans son ensemble. En réponse, on a demandé si l'objet des dispositions sur le financement postérieur à l'ouverture dans le contexte d'un groupe d'entreprises était, selon le principe de l'entité juridique distincte, l'avantage du membre concerné du groupe ou l'avantage du groupe dans son ensemble. Rappelant l'accord du Groupe de travail sur l'importance fondamentale de l'entité juridique distincte de chaque membre du groupe, on a indiqué que la prise en considération de l'avantage pour le groupe dans son ensemble serait en contradiction avec cet accord. On a fait observer que si les recommandations devaient aborder la question de l'avantage du groupe dans son ensemble, des problèmes pourraient se poser en ce qui concerne l'obtention du consentement de tous les créanciers au financement postérieur à l'ouverture et les réponses à d'éventuelles objections.

67. Quelques précisions ont été données quant au champ d'application des projets de recommandations. On a dit par exemple qu'il pourrait être demandé à des membres insolvables du groupe de garantir le financement octroyé à des membres solvables, situation non prévue par le projet actuel. En réponse, on a fait observer qu'une telle situation équivaudrait à un acte de disposition des actifs du membre insolvable du groupe qui était visé par les recommandations du Guide traitant de cette question.

68. On a cité comme exemple les difficultés auxquelles pourrait se heurter un représentant de l'insolvabilité s'il devait accepter un financement postérieur à l'ouverture octroyé par un prêteur extérieur en raison du risque personnel qu'il devait assumer. En effet, ce financement pourrait être considéré comme préjudiciable aux créanciers de la société pour laquelle il avait été nommé, alors qu'il pouvait estimer, et le tribunal pourrait être convaincu, que ce financement devrait produire des résultats plus avantageux pour le groupe dans son ensemble et à terme pour les créanciers de ce membre du groupe.

69. Une question a porté sur le point de savoir si les garanties prévues dans les projets de recommandations 10 à 13 étaient suffisantes pour protéger les intérêts des créanciers. On a exprimé la crainte que si elles pouvaient être suffisantes dans le contexte d'un redressement lorsque que celui-ci réussissait, elles risquaient de ne pas l'être s'il échouait.

70. À l'issue du débat, le Groupe de travail a conclu: que l'approche du financement postérieur à l'ouverture de la procédure devrait être fondée sur l'identité juridique distincte de chaque membre du groupe; que la

recommandation 63 du Guide était suffisante pour traiter des prêts extérieurs à un membre insolvable du groupe; que les projets de recommandations 10 et 12 étaient suffisants pour traiter de la constitution d'une sûreté ou d'une garantie par un membre insolvable du groupe pour un financement postérieur à l'ouverture octroyé à un autre membre du groupe; et que le commentaire devrait aborder la question de la disposition des actifs.

71. S'agissant du projet de recommandation 11, le Groupe de travail est convenu de remplacer "pourra" à la première ligne par "devrait" et de supprimer la dernière phrase pour répondre à la préoccupation selon laquelle il ne serait pas acceptable dans de nombreux pays que la priorité soit déterminée par le tribunal.

72. En ce qui concerne le projet de recommandation 12, le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots "qui est également soumis à la procédure d'insolvabilité" à la sixième ligne, afin de ne pas limiter inutilement le champ d'application.

73. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de recommandation 13.

Financement antérieur à l'ouverture ou postérieur au dépôt d'une demande d'ouverture

74. Dans le cours de la discussion sur le financement postérieur à l'ouverture de la procédure, il a été de nouveau suggéré de traiter aussi du financement antérieur à l'ouverture ou postérieur au dépôt d'une demande d'ouverture (voir ci-dessus, par. 37). En réponse, on a fait observer que le financement antérieur à l'ouverture ou postérieur au dépôt d'une demande d'ouverture était déjà couvert dans le Guide par les recommandations sur les mesures provisoires (recommandation 39).

Questions internationales

75. Il a été noté que les projets de recommandations 10 à 13 n'étaient pas directement applicables dans le contexte international, où surgissaient diverses difficultés, comme les questions de compétence et de priorité pour certains types de créances en vertu de la loi applicable. À cet égard, on a fait observer qu'aux fins d'approbation d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, seul le tribunal compétent aurait l'autorité requise et devrait appliquer les priorités applicables en vertu de sa loi. On a fait observer aussi que la question de la compétence pourrait être réglée dans le plan de redressement. Le Groupe de travail est convenu dans l'ensemble que l'Aide-mémoire était très important en ce qui concerne le financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans le contexte international.

5 Action en annulation

Clause relative à l'objet des dispositions législatives

76. Il a été demandé si le mot "personnes" employé à l'alinéa d) désignait uniquement les membres d'un groupe ou pouvait aussi englober les personnes physiques, comme les dirigeants des membres ou d'autres personnes disposant d'informations privilégiées qui participaient à des opérations conclues avec des membres du groupe. Selon un point de vue, seuls les membres d'un groupe étaient

visés. Selon un avis différent, le mot en question devait aussi inclure les personnes physiques. On a estimé, en réponse, que les recommandations du Guide devraient suffire pour traiter les opérations entre membres d'un groupe et personnes physiques. Après discussion, il a été convenu que les recommandations devraient viser principalement les opérations entre membres d'un groupe et que les mots "notamment des membres d'un groupe" pourraient être ajoutés après "personnes" afin de préciser le champ d'application de l'alinéa d).

Recommandation 14

77. On s'est demandé quel était l'objectif visé par le projet de recommandation, qui venait s'ajouter aux recommandations du Guide. Selon un avis, ces dernières étaient suffisantes pour aborder tous les aspects de l'annulation des opérations entre membres d'un même groupe et la prise en considération de circonstances supplémentaires, comme celles énumérées dans le projet de recommandation 14, risquait de laisser croire que des règles différentes s'appliquaient selon qu'il s'agissait d'un débiteur autonome ou d'un débiteur membre d'un groupe. Selon un autre point de vue, le projet de recommandation 14 visait non pas à élargir le champ de la recommandation 87 du Guide, mais à préciser les considérations particulières qui pourraient s'appliquer aux opérations entre membres. Il a été noté que les membres d'un groupe seraient généralement considérés comme des personnes ayant des "liens privilégiés" entre elles au sens où ce terme était employé dans le Guide.

78. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail est convenu de conserver le projet de recommandation 14, en remplaçant les mots "des personnes ayant des liens privilégiés dans le contexte d'un groupe d'entreprises" par "des membres d'un groupe d'entreprises".

Recommandation 15

79. Compte tenu des précisions apportées au projet de recommandation 14, le Groupe de travail est convenu de remplacer les mots "dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises" par "entre des membres d'un groupe d'entreprises". Sous réserve de cette modification, le projet de recommandation 15 a été approuvé quant au fond.

6. Déclassement

80. Le Groupe de travail est convenu de l'utilité du commentaire sur le déclassement, qui selon lui devait être conservé. Il a été proposé que des recommandations soient également élaborées mais cette proposition n'a pas été appuyée.

7. Regroupement des patrimoines (A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.3)

Clause relative à l'objet des dispositions législatives

81. Le Groupe de travail, tout en notant que les mots "est possible" employés à l'alinéa c) devraient être remplacés par "peut être prévu" conformément à la décision qu'il avait prise à sa trente-quatrième session, a approuvé quant au fond la clause relative à l'objet.

Recommandation 16

82. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de recommandation 16.

Recommandation 17

83. On a rappelé la discussion à laquelle avait donné lieu l'ordre des projets de recommandations 3 et 4. Il a été demandé à cet égard si les projets de recommandations 17 et 18 devraient être intervertis pour répondre aux mêmes préoccupations (voir ci-dessus, par. 53) et si le tribunal pouvait ordonner le regroupement des patrimoines de sa propre initiative. En ce qui concerne le second point, il a été noté que celui-ci avait également été examiné dans le contexte de la coordination procédurale et que le Groupe de travail était convenu, conformément à l'approche suivie par le Guide, de ne pas le traiter mais de laisser ce soin au droit national. Le paragraphe 24 du commentaire figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.3 a également été mentionné.

84. Pour ce qui est de l'ordre des projets de recommandations, on a estimé que, eu égard au caractère particulier du regroupement des patrimoines, le projet de recommandation 17 devait clairement énoncer les conditions dans lesquelles un tel regroupement pouvait être ordonné par le tribunal. La nature du projet de recommandation pourrait être davantage explicitée si celui-ci était intitulé, par exemple, "Conditions dans lesquelles un regroupement des patrimoines peut être ordonné". À l'issue de la discussion, il a été convenu que l'ordre des projets de recommandations 17 et 18 pourrait être examiné à la lumière de la décision prise à propos des projets de recommandations 3 et 4 de manière à faire ressortir clairement la coordination procédurale comme le regroupement des patrimoines ne pourraient être ordonnés que sur le fondement d'une demande formée par les parties mentionnées.

85. Il a été proposé d'ajouter le mot "uniquement" avant les mots "les circonstances ci-après" dans le chapeau, proposition qui n'a pas recueilli un large soutien au motif que cette restriction était déjà manifeste de par la structure du projet de recommandation 17 et la dernière phrase du projet de recommandation 16. Il a été proposé de supprimer du chapeau les mots "dans des procédures d'insolvabilité" et cette proposition a été appuyée.

Recommandation 18

86. Il a été suggéré que les actionnaires soient autorisés à demander le regroupement des patrimoines, suggestion qui n'a pas été appuyée. On a fait observer que les parties les plus susceptibles de disposer des informations nécessaires pour demander le regroupement des patrimoines seraient le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal lui-même si bien qu'on voyait difficilement pourquoi les créanciers étaient mentionnés à l'alinéa a). La proposition de les supprimer de la liste des personnes autorisées à demander le regroupement n'a toutefois pas été appuyée.

87. En ce qui concerne l'alinéa b), il a été estimé qu'une restriction supplémentaire serait nécessaire après les mots "ou à tout moment par la suite", pour tenir compte du fait qu'il pouvait être impossible en pratique de regrouper les patrimoines à un stade avancé des procédures. Il a été dit que le paragraphe 25 du

commentaire abordait la question, si bien qu'aucune autre restriction n'était probablement nécessaire.

Recommandation 19

88. Le Groupe de travail est convenu qu'il serait peut-être nécessaire de revoir l'ordre des alinéas dans le projet de recommandation 19 pour énoncer clairement l'effet principal recherché par le regroupement des patrimoines, à savoir la création d'une seule masse regroupée. En ce qui concerne l'alinéa c), il a été demandé comment celui-ci s'appliquerait dans la pratique, étant donné les effets importants d'une ordonnance de regroupement sur les droits des différents créanciers. Il a été proposé d'ajouter les mots "dans la mesure du possible", proposition qui a bénéficié d'un certain soutien. Il a été convenu de supprimer le membre de phrase figurant entre crochets à la fin de l'alinéa. Une question a été posée à propos de l'interprétation de l'alinéa c) compte tenu de l'extinction des dettes et créances intragroupe prévue à l'alinéa a).

89. En ce qui concerne l'alinéa d), on a estimé que l'emploi de l'adjectif "conjointe" ou "commune" expliquerait mieux la nature de la réunion des créanciers envisagée et éviterait de donner l'impression que seule une réunion de ce type pourrait être tenue. Ce point de vue a été largement appuyé.

Recommandation 20

90. Il a été demandé si le projet de recommandation 20 ne pouvait pas être supprimé dans la mesure où le projet de recommandation 19 donnait une explication suffisante de l'effet global de la consolidation des patrimoines. Selon un avis, on pouvait supprimer les paragraphes a) à c), car non seulement ils reprenaient des principes énoncés ailleurs et étaient des conséquences claires et évidentes de la consolidation des patrimoines, mais ils risquaient aussi d'induire en erreur. On a fait valoir en particulier qu'ils pourraient être considérés comme établissant les seules exceptions au principe exprimé dans le chapeau. Selon un avis différent, le projet de recommandation conférait sécurité et prévisibilité pour les créanciers, et si les principes qu'ils énonçaient étaient peut-être clairs pour certains, ils ne l'étaient pas nécessairement pour tous. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de conserver le texte actuel du projet de recommandation 20 et de préciser dans le commentaire le caractère illustratif des paragraphes a) à c).

91. On a suggéré que la question de savoir si le projet de recommandation 20 aboutirait à ce qu'une sûreté grevant une partie ou la totalité des actifs d'un membre du groupe s'étende à tous les actifs faisant l'objet du regroupement soit abordée dans le commentaire.

Recommandation 21

92. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de recommandation 21 et est convenu que les raisons de rendre une ordonnance de regroupement partiel des patrimoines devraient être abordées dans le commentaire.

Recommandation 22

93. On a fait observer que le projet de recommandation était inutilement compliqué et qu'un énoncé du principe dans le chapeau serait suffisant. Selon un

autre avis, étant donné que le projet de recommandation traitait d'une question complexe et difficile et que les exemples permettaient au lecteur de mieux comprendre, il devrait être conservé tel quel. Le degré de spécificité de la recommandation aiderait à éviter de proroger ou de raccourcir de manière injustifiée la période suspecte en cas de regroupement des patrimoines. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de recommandation 22.

Recommandation 23

94. En réponse à une question sur la portée du projet de recommandation, il a été précisé que le terme "modification" n'englobait pas l'annulation de l'ordonnance de regroupement des patrimoines. Il a été suggéré que le projet de recommandation aborde la question de savoir qui pouvait demander une ordonnance de modification. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de recommandation.

Recommandations 24 et 25

95. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond les projets de recommandations 24 et 25.

Questions internationales

96. Il a été noté que la Loi type ne s'appliquait pas aux groupes d'entreprises et avait actuellement une application limitée. En outre, elle ne pourrait s'appliquer que pour faciliter la coopération après un regroupement des patrimoines dans un contexte national. Il s'agissait là d'une question complexe qui exigerait non seulement une large acceptation du regroupement des patrimoines, mais aussi l'accord de tous les États concernés sur le fait que des membres particuliers du groupe devraient faire l'objet d'un regroupement international des patrimoines. Une fois cette position atteinte, on pourrait utiliser la Loi type et des accords internationaux pour faciliter la coopération. Il a été suggéré que le commentaire traite du cas où certains membres d'un groupe d'entreprises étaient regroupés dans un pays, tandis que d'autres membres, dans un autre pays, ne l'étaient pas.

8. Participants

Nomination d'un représentant de l'insolvabilité

Clause relative à l'objet des dispositions législatives

97. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la clause relative à l'objet.

Recommandation 26

98. En réponse à une question sur le point de savoir s'il serait possible d'étendre la référence au "tribunal" dans le projet de recommandation à d'autres organes, par exemple ceux qui sont chargés de superviser les représentants de l'insolvabilité, il a été précisé que, conformément à l'explication donnée dans le glossaire du Guide, le terme "tribunal" pouvait aussi inclure une autorité judiciaire ou une autre autorité compétente pour contrôler ou superviser la procédure d'insolvabilité.

99. Il a été suggéré de remplacer le critère selon lequel la mesure devrait servir "au mieux les intérêts de l'administration" par le critère plus familier d'"intérêts des

créanciers". Cette suggestion n'a pas été appuyée au motif que l'objet du projet de recommandation 26 était une administration efficace et que le critère retenu appréhendait mieux les objectifs de la procédure d'insolvabilité dans différents pays.

[un représentant de l'insolvabilité unique][le même]

100. Les deux variantes ont été soutenues, et après une discussion, il a été convenu de les conserver toutes les deux et de supprimer les crochets. La manière dont un représentant de l'insolvabilité unique ou le même représentant de l'insolvabilité était nommé pour administrer différents membres du groupe, par exemple par une ou plusieurs ordonnances, dépendrait du droit interne.

Recommandation 27

101. Il a été noté que le projet de recommandation 27 employait les mots "un seul" et qu'il faudrait en aligner le texte sur la formulation convenue pour le projet de recommandation 26.

102. Plusieurs conflits d'intérêts pouvant surgir en cas de nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité, on a proposé d'employer, à la première ligne du projet de recommandation dans la version anglaise, les mots "any conflict" (tout conflit) à la place de "a conflict" (un conflit). En ce qui concerne le commentaire, il a été suggéré d'y aborder les conflits d'intérêts susceptibles de survenir en rapport avec la déclaration et la vérification des créances et la nécessité pour un représentant de l'insolvabilité nommé aux fins de l'administration de plusieurs membres du groupe de séparer les informations dont il disposait sur chaque membre (en particulier en cas de regroupement des patrimoines). Le Groupe de travail a accepté ces propositions.

Recommandations 28 et 29

103. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond les projets de recommandations 28 et 29.

Recommandation 30

104. Le Groupe de travail a approuvé le projet de recommandation 30 sous réserve de remplacer le verbe "peut" dans le chapeau par "devrait", pour souligner l'importance de la coopération.

Questions internationales

105. Il a été noté que les questions de compétence susciteraient des difficultés en ce qui concerne la nomination d'un représentant unique ou du même représentant dans un contexte international. On a cependant aussi noté qu'un tel représentant pourrait être nommé pour des procédures ouvertes dans différents États, sous réserve de satisfaire aux conditions requises pour être désigné à cette fonction dans chacun de ces États, et que cette solution serait souhaitable pour faciliter la coopération.

9. Redressement de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises

Clause relative à l'objet des dispositions législatives

106. Le Groupe de travail est convenu de remplacer le terme "approbation" employé à l'alinéa d) par "proposition" afin de ne pas laisser entendre qu'un plan unique pourrait être approuvé sans consultation des créanciers de chaque membre concerné, telle que prévue dans les recommandations du Guide.

107. On s'est inquiété de l'emploi de l'adjectif "unique" et de la manière dont il devrait être interprété. On a estimé que la recommandation visait essentiellement la coordination du plan de redressement et qu'il existait différents moyens de parvenir à ce plan "unique". La proposition d'un tel plan serait cependant sans incidence sur les modalités de son approbation, comme cela avait été noté plus haut.

Recommandation 31

108. Compte tenu de la conclusion à laquelle il était parvenu à propos de la clause relative à l'objet, le Groupe de travail est convenu de remplacer le mot "approbation" par "proposition". Il a été suggéré de traiter la question de l'approbation dans le commentaire mais non dans les recommandations.

Recommandation 32

109. Il a été noté qu'un membre solvable ne pourrait participer, comme le proposait le projet de recommandation 32, à un plan de redressement que volontairement suite à une décision de sa direction conformément à la loi applicable. Bien qu'une telle décision risque d'avoir une incidence sur les droits des créanciers et des actionnaires, le membre solvable devrait être lié par le plan une fois celui-ci approuvé. La dernière phrase du projet de recommandation risquait d'atténuer cette conséquence et devrait de ce fait être supprimée. Le Groupe de travail a accepté cette proposition, en suggérant que ces questions soient traitées dans le commentaire. Il a aussi été proposé que les différentes façons dont un membre solvable pourrait participer à un plan conformément au projet de recommandation 32 soient examinées dans le commentaire. On a par ailleurs estimé que le caractère volontaire de la participation ressortait clairement du commentaire mais non du projet de recommandation. Le Secrétariat a été prié d'élaborer une version révisée du projet qui reflète davantage ce caractère.

Questions internationales

110. Il a été noté que, si les procédures ouvertes dans différents États visaient le redressement, tous les membres du groupe pouvaient proposer le même plan, sous réserve du droit national applicable par exemple aux priorités. Le Groupe de travail est convenu que la question devrait être abordée dans le commentaire, tout comme le rôle des accords internationaux, la coopération et la coordination.

10. Forme des travaux sur les groupes d'entreprises

111. Le Groupe de travail est convenu que les recommandations et le commentaire sur les groupes d'entreprises devraient être publiés en tant que troisième partie du Guide, ces recommandations venant après celles du Guide. Cette approche permettrait de mettre en évidence non seulement la complémentarité des travaux sur

les groupes d'entreprises et leur relation étroite avec le traitement des débiteurs autonomes dans le Guide, mais aussi le fait qu'ils font partie des orientations législatives définies par la CNUDCI sur la réforme du droit de l'insolvabilité.

VI. Incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle

112. Le Groupe de travail a commencé son examen des questions relatives à l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle qui lui avaient été soumises par le Groupe de travail VI (Sûretés) en se fondant sur les paragraphes 129 à 143 du document A/CN.9/667, à savoir le rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa quatorzième session.

113. Le Groupe de travail a tout d'abord remercié le Groupe de travail VI pour ces questions et pour la manière dont elles étaient posées, le fait qu'elles soient formulées de façon spécifique et non générale étant particulièrement judicieux et permettant plus facilement de donner une réponse précise qui serait utile au Groupe de travail VI. Le Groupe de travail V est convenu que toutes les questions relatives à l'insolvabilité qui seraient soulevées lors des délibérations du Groupe de travail VI devraient lui être soumises pour examen.

114. La première question portait sur l'examen de quatre scénarios présentés dans le tableau inséré à la fin du document A/CN.9/667. Ces scénarios concernaient l'incidence des recommandations du Guide sur le traitement des contrats dans les situations où un donneur ou un preneur de licence était soumis à une procédure d'insolvabilité et avait consenti une sûreté sur ses droits découlant de cette licence. Le tableau proposait des projets de réponses à une série de questions se rapportant à ces scénarios. Le Groupe de travail a confirmé que ces projets de réponses décrivaient de façon précise l'effet juridique du Guide concernant les questions posées. On a toutefois fait observer qu'il pourrait être utile d'étoffer la démonstration juridique par diverses considérations pratiques. Il a été suggéré en conséquence de faire figurer ces considérations dans un éventuel commentaire rédigé sur la base des réponses juridiques.

115. La deuxième question était posée au paragraphe 133 du document A/CN.9/667 et portait sur la possibilité d'autoriser, dans certaines lois, le preneur de licence partie à un contrat rejeté par le représentant de l'insolvabilité du donneur de licence à continuer à exécuter ce contrat malgré le rejet. Le Groupe de travail est convenu qu'il n'était pas à même d'examiner cette question de façon satisfaisante sans une meilleure compréhension de l'objet et de la portée des enjeux et du commentaire proposé par le Groupe de travail VI. Il a été fait référence en particulier au paragraphe 134 du chapitre II de la deuxième partie du Guide, où il était indiqué que la question du rejet avait donné lieu à diverses solutions. Afin de l'aider dans ses délibérations, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de préparer, pour qu'il puisse l'examiner à sa prochaine session, un document de travail présentant l'historique des débats sur le traitement des contrats qui avaient eu lieu lors de l'élaboration du Guide et les recommandations qui avaient été adoptées.

116. Le Groupe de travail est parvenu à la même conclusion pour la troisième question posée aux paragraphes 137 et 138 du document A/CN.9/667, et a demandé au Secrétariat d'inclure dans le document de travail qu'il élaborera des éléments

d'information et les commentaires du Guide qui seraient utiles pour l'examen de ces propositions.

117. Ce faisant, le Groupe de travail a pris note du programme de travail du Groupe de travail VI et de la nécessité d'examiner ces questions le plus tôt possible.

B. Note du Secrétariat sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-cinquième session

(A/CN.9/WG.V/WP.82 et Add.1 à 4) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-2
II.	Glossaire	3
III.	Groupes d'entreprises: caractéristiques générales	4-41
	A. Introduction	4-8
	B. Nature des groupes d'entreprises	9-17
	C. Raisons justifiant la conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire de groupes d'entreprises	18-27
	D. Définition du "groupe d'entreprises" – participation et contrôle	28-32
	E. Réglementation des groupes d'entreprises	33-41

I. Introduction

1. La présente note s'appuie sur les documents A/CN.9/WG.V/WP.74 et Add.1 et 2, A/CN.9/WG.V/WP.76 et Add.1 et 2, A/CN.9/WG.V/WP.78 et Add.1, A/CN.9/WG.V/WP.80 et Add.1, le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* (ci-après "le *Guide législatif*" ou "le *Guide*"), la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (ci-après "la Loi type"), ainsi que sur les rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de ses trente et unième, trente-deuxième, trente-troisième et trente-quatrième sessions (A/CN.9/618, A/CN.9/622, A/CN.9/643 et A/CN.9/647 respectivement). Elle comprend une version révisée des recommandations examinées à la trente-quatrième session du Groupe de travail (New York, 3-7 mars 2008) ainsi qu'un projet de commentaire établi sur la base des éléments figurant dans les précédents documents de travail et des observations et suggestions faites par le Groupe de travail à ses sessions antérieures.

2. Le texte ci-après, qui est spécialement consacré au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, est présenté en tant que troisième partie du *Guide législatif* et a la même structure que les première et deuxième parties du *Guide*: les questions pertinentes y sont analysées dans un commentaire, puis des recommandations législatives y sont formulées. Si une de ces questions nécessite une démarche différente de celle suivie dans le *Guide* ou si le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité soulève d'autres questions qui ne sont pas traitées dans les première et deuxième parties, il en est rendu compte dans la

troisième partie. Les questions déjà traitées dans les première et deuxième parties qui n'appellent pas un traitement différent dans le contexte des groupes d'entreprises ne sont pas abordées une nouvelle fois dans le texte ci-après. Autrement dit, sauf indication contraire dans la troisième partie, les recommandations des première et deuxième parties s'appliquent dans ce contexte. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir comment ce texte devrait être présenté. S'il doit figurer en tant que troisième partie dans le *Guide*, des modifications appropriées devront être apportées aux renvois et à la présentation. Par exemple, les renvois au "*Guide législatif*" devront être remplacés par des renvois appropriés aux paragraphes et aux recommandations pertinents des première et deuxième parties.

II. Glossaire

1. Notes sur la terminologie

3. Étant donné que certains termes peuvent avoir des sens fondamentalement différents selon les pays, des définitions supplémentaires sont données dans la partie ci-après afin d'orienter le lecteur et de contribuer à faire en sorte que les concepts examinés soient clairs et largement compris. Il convient également de consulter les notes sur la terminologie et les termes et explications figurant dans le glossaire du *Guide législatif* car ils peuvent avoir un rapport avec les questions examinées ci-après.

2. Termes et explications

a) "Groupe d'entreprises": deux entreprises ou plus liées entre elles par une participation ou un contrôle.

b) "Entreprise": toute entité, indépendamment de sa forme juridique, qui exerce une activité économique et à laquelle la loi sur l'insolvabilité est susceptible de s'appliquer[1].

d) "Contrôle": capacité de déterminer, directement ou indirectement, les politiques opérationnelles et financières d'une entreprise.

e) "Coordination procédurale": coordination de l'administration de deux procédures d'insolvabilité ou plus visant des membres d'un groupe d'entreprises. Chacun de ces membres, ainsi que son patrimoine, reste distinct[2].

f) Regroupement des patrimoines: [mise en commun de l'actif et du passif de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises pour créer une seule masse de l'insolvabilité[3].]

---

[1] Conformément à l'approche adoptée dans le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*, l'accent est mis sur la conduite d'activités économiques par des entités qui entreraient dans la description d'une "entreprise". Ne sont pas visés les consommateurs ou d'autres entités qui ne seraient pas soumis à une loi sur l'insolvabilité conformément aux recommandations 8 et 9 du *Guide*.

[2] Voir A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.1, par. 18 à 21.

[3] Les effets du regroupement de patrimoine et le traitement des sûretés font l'objet des recommandations 18 et 19.

III. Groupes d'entreprises: caractéristiques générales

A. Introduction

4. La plupart des pays reconnaissent la notion juridique de "société", entité dotée d'une personnalité juridique distincte de celle des individus qui la composent – propriétaires, administrateurs ou employés. En tant que personne morale ou juridique, une société est titulaire de droits et assume des obligations et des responsabilités; par exemple elle peut poursuivre et être poursuivie, détenir ou céder des biens, signer des contrats et payer des impôts. C'est aussi une institution pérenne, c'est-à-dire qu'elle peut continuer d'exister sans interruption indépendamment de ses membres, et ses actionnaires peuvent céder leurs actions sans que cela ait d'incidence à cet égard. La responsabilité d'une société peut aussi être limitée, de sorte que les investisseurs ne sont responsables que jusqu'à concurrence du montant qu'ils y ont volontairement engagé, ce qui est un facteur de sécurité propre à encourager l'investissement. Sans cette limitation, ils exposeraient l'ensemble de leurs actifs à chaque participation dans une société. Une société acquiert la personnalité juridique par un processus juridique et, une fois constituée, elle est soumise au régime réglementaire applicable aux entités ainsi constituées. En général, cette législation détermine non seulement les conditions mais aussi les conséquences de la constitution, telles que les pouvoirs et les capacités de la société, les droits et les obligations de ses membres et la mesure dans laquelle ces derniers peuvent être tenus responsables de ses dettes. On peut donc considérer que la société commerciale est une formule qui favorise la sécurité dans la gestion des affaires car les personnes qui ont des rapports avec une société savent qu'elles peuvent se fier à sa personnalité juridique et aux droits, devoirs et obligations qui y sont attachés.

5. Les activités des sociétés sont de plus en plus souvent menées, au niveau national comme au niveau international, par l'intermédiaire de "groupes d'entreprises". Ce terme recouvre de nombreuses formes différentes d'organisation économique fondée sur l'entité juridique unique que l'on peut, à des fins opérationnelles, définir approximativement comme un ensemble de deux sociétés ou plus liées par une certaine forme de contrôle (direct ou indirect) ou de propriété (voir ci-après). La taille et la complexité des groupes d'entreprises ne sont peut-être pas toujours facilement visibles car beaucoup d'entre eux se présentent au public comme une organisation unitaire opérant sous une seule identité.

6. Les groupes d'entreprises existent depuis un certain temps. Selon des commentateurs, ils ont fait leur apparition dans certains pays à la fin du XIXe et au début du XXe siècle sous l'effet d'un processus d'expansion interne par lequel des sociétés ont pris le contrôle de leurs propres capacités financières, techniques ou commerciales. Ces sociétés, qui constituaient des entités distinctes, se sont ensuite développées sur le plan externe pour prendre le contrôle juridique ou économique d'autres sociétés. Dans un premier temps, ces dernières pouvaient se situer sur le même marché, mais l'expansion a gagné par la suite des sociétés de secteurs connexes, puis des secteurs différents, voire sans rapport avec le produit ou la situation géographique, ni même avec les deux. Un des facteurs qui a favorisé cette expansion, tout du moins dans certains pays, a été la légalisation de la détention

d'actions d'une société par une autre, ce qui, au départ, était interdit dans les systèmes aussi bien de *common law* que de droit romano-germanique.

7. Tout au long de cette expansion, les sociétés ont conservé, et conservent encore, leur personnalité juridique distincte, même si la société indépendante n'est probablement plus aujourd'hui la forme typique d'organisation que pour les petites entreprises privées. Les groupes d'entreprises sont maintenant omniprésents à la fois sur les marchés émergents et sur les marchés développés et opèrent de façon similaire dans de nombreux secteurs souvent sans liens entre eux. Ils appartiennent souvent à des familles, avec des degrés de participation variables d'investisseurs extérieurs. Parmi les plus grandes entités économiques du monde figurent non seulement des États, mais aussi un nombre égal d'entreprises multinationales. Les principaux groupes multinationaux peuvent générer une fraction considérable du produit national brut au niveau mondial et avoir des taux de croissance et des chiffres d'affaires annuels supérieurs à ceux de nombreux États.

8. Cependant, bien que les groupes d'entreprises soient une réalité, une grande partie de la législation relative aux sociétés, et en particulier à leur traitement en cas d'insolvabilité, s'applique aux sociétés en tant qu'entités distinctes. Malgré l'absence de législation, les juges de nombreux pays, confrontés à des questions plus faciles à traiter en se référant à la notion d'entreprise distincte qu'à celle de société distincte, ont mis au point des solutions permettant d'obtenir des résultats mieux adaptés à la réalité économique des affaires modernes.

B. Nature des groupes d'entreprises

9. Les groupes d'entreprises peuvent être des structures simples ou très complexes, avec de nombreuses filiales en propriété exclusive ou partielle, filiales d'exploitation, sous-filiales, sous-holdings, sociétés de services, sociétés inactives, administrations réciproques, participations au capital, etc. Ils peuvent aussi comprendre d'autres types d'entités telles que des entités ad hoc[4], des coentreprises[5], des fiducies à l'étranger[6] et des partenariats.

---

[4] Les entités ad hoc (également dénommées "véhicules ad hoc", "structures d'accueil" ou "entités jouissant d'une réelle autonomie patrimoniale") sont créées pour remplir des objectifs temporaires ou limités, tels que l'acquisition et le financement d'actifs déterminés, afin essentiellement d'isoler les risques financiers ou de renforcer l'efficience fiscale. Une entité ad hoc est le plus souvent une filiale appartenant presque entièrement à la société mère – certains pays exigent toutefois qu'un autre investisseur en détienne au moins 3 %. De par la structure de son actif et de son passif et son statut juridique, ses obligations sont généralement garanties même si la société mère devient insolvable. Une société peut créer une entité ad hoc sans avoir à inscrire aucun des éléments d'actif ou de passif correspondants à son propre bilan: il s'agit donc d'engagements hors bilan. Les entités ad hoc peuvent également être utilisées à des fins concurrentielles pour faire en sorte que la propriété intellectuelle, par exemple lors du développement d'une nouvelle technologie, soit détenue par une entité séparée non assujettie à des accords de licence préexistants.

[5] Une coentreprise est souvent un arrangement contractuel ou un partenariat entre deux parties ou plus en vue de la réalisation d'un objectif commercial commun. Cet arrangement peut parfois donner naissance à une ou plusieurs entités juridiques dont les deux parties devront financer les fonds propres et se partager les produits, les dépenses et le contrôle. L'entreprise pourrait être destinée à un projet déterminé uniquement ou s'inscrire dans une relation d'affaires continue. Les coentreprises sont largement utilisées au niveau international, car certains pays imposent

10. Les groupes d'entreprises peuvent avoir une structure hiérarchique ou verticale dans le cadre de laquelle des strates successives de sociétés mères et de sociétés contrôlées, qui peuvent être des filiales ou d'autres types de sociétés apparentées ou associées, opèrent à différents points d'un processus de production ou de distribution. Ils peuvent aussi avoir une structure plus horizontale et être constitués de nombreuses sociétés sœurs, présentant souvent un degré élevé de participation croisée, qui opèrent au même niveau dans ce processus. Ils peuvent exercer leurs activités dans des secteurs apparentés ou dans des secteurs très divers sans rapport entre eux. On a dit que les groupes horizontaux étaient plus courants dans certaines parties du monde, comme en Europe, et les groupes verticaux dans d'autres, comme aux États-Unis d'Amérique et au Japon.

11. Les études sur les groupes d'entreprises montrent clairement que ces derniers peuvent reposer sur différents types d'alliances telles que relations bancaires, directions imbriquées, alliances de propriétaires, échanges d'informations, coentreprises et cartels. Elles montrent aussi que la structure de ces groupes varie selon le système de gouvernance d'entreprise. Dans certains États, ils ont une organisation verticale ou horizontale et s'étendent sur divers secteurs. Ils comprennent généralement une banque, une société mère ou une société holding[7] (appelée "société mère") ou une société commerciale, et un ensemble diversifié d'entreprises de fabrication. Dans d'autres pays, au contraire, ces groupes sont le plus souvent contrôlés par une seule famille ou un petit nombre de familles et ont toujours une structure verticale ou entretiennent des liens étroits avec l'État mais pas avec des familles.

12. Le degré d'autonomie financière et décisionnelle au sein des groupes peut varier considérablement. Dans certains groupes, les membres peuvent être des entités commerciales actives, responsables en premier lieu de leurs propres objectifs, activités et finances. Dans d'autres, les décisions budgétaires et

---

aux sociétés étrangères de s'allier à un partenaire national pour pouvoir pénétrer un marché. Cette exigence entraîne souvent un transfert de technologie et un transfert du contrôle de gestion au partenaire national. La constitution d'une coentreprise peut aider à répartir les coûts et les risques; à améliorer l'accès aux ressources financières; à réaliser des économies d'échelle et à tirer parti d'autres avantages liés à la taille de l'entreprise; et à faciliter l'accès à de nouvelles technologies et à de nouveaux clients, ou à des pratiques de gestion novatrices. Elle peut également servir à réaliser des objectifs concurrentiels et stratégiques, comme influencer l'évolution structurelle d'un secteur d'activité; devancer la concurrence; créer des unités compétitives plus fortes; et faciliter le transfert de technologie et de savoir-faire, de même que la diversification.

6 Une fiducie à l'étranger (offshore trust) est une fiducie traditionnelle constituée en vertu des lois d'un pays étranger. Elle est de même nature et produit les mêmes effets que les fiducies nationales (onshore trusts) avec un transfert d'actifs à un fiduciaire chargé de les gérer au profit d'une personne ou d'un groupe de personnes. Les fiducies à l'étranger peuvent être créées à des fins fiscales ou pour la protection d'actifs. En pratique, leur efficacité peut être limitée si le droit de l'insolvabilité du pays d'origine de la personne qui transfère les actifs a pour effet d'annuler les transferts vers la fiducie et les opérations réalisées pour frauder les créanciers.

7 Une société holding ou société mère est une société qui détient directement ou indirectement suffisamment d'actions donnant droit de vote d'une autre société pour en contrôler la gestion et les opérations en exerçant une influence sur le conseil d'administration ou en élisant ce dernier. Il peut s'agir d'une société qui ne produit pas elle-même des biens ou des services, mais qui a pour objet de détenir les actions d'autres sociétés (ou de posséder purement et simplement d'autres sociétés).

stratégiques peuvent être centralisées, les membres du groupe opérant en tant que divisions d'une plus grande entreprise et exerçant peu de pouvoir indépendant au sein de l'unité économique homogène. Une société mère peut exercer un contrôle étroit en allouant le capital social et les capitaux empruntés aux membres du groupe par une opération centralisée de financement, en fixant leurs politiques opérationnelles et financières et leurs objectifs de performance, en nommant les administrateurs et autres dirigeants principaux, et en suivant de façon continue leurs activités. Le pouvoir peut être centralisé dans la société mère à la tête du groupe ou dans une société de rang inférieur, la société mère détenant les principales actions du groupe, mais ne jouant pas directement un rôle dans la production ou la gestion. Les plus grands groupes peuvent avoir leurs propres banques et exercer les principales fonctions d'un marché de capitaux. Le financement de groupe peut comporter des prêts intragroupe entre la société mère et les filiales et l'octroi de garanties réciproques[8]. Les prêts intragroupe peuvent revêtir la forme de fonds de roulement ou de dettes à court terme impayées, tels que des dividendes ou des crédits non versés dans le cadre des opérations intragroupe, et ils peuvent ou non donner lieu au paiement d'intérêts.

13. Dans certains pays, les liens familiaux jouent un rôle connecteur important dans les groupes d'entreprises, et il peut arriver, par exemple, que les principaux membres d'une famille et leurs proches associés siègent au conseil d'administration de la société mère et que des membres de ce conseil siègent aussi dans les conseils des autres sociétés appartenant au groupe, constituant ainsi un réseau de directions communes imbriquées, ce qui permet à la famille de conserver le contrôle du groupe. Par exemple, l'organigramme d'un grand groupe indien révèle un réseau complexe de directions partagées entre le conseil de la société mère et 45 autres membres du groupe.

14. Dans certains pays, les groupes d'entreprises ont bénéficié de liens étroits avec les gouvernements, et les politiques gouvernementales, notamment celles régissant l'accès au crédit et aux devises étrangères et la concurrence, ont fortement influencé leur évolution. De même, des politiques gouvernementales axées sur les opérations des groupes ont parfois éliminé certaines formes de traitement privilégié, comme l'accès aux capitaux.

15. La structure de nombreux groupes d'entreprises témoigne de l'ampleur et de la complexité potentielle des arrangements. Une enquête menée en 1997 en Australie a montré que sur les 500 principales sociétés cotées en bourse, 89 % contrôlaient

---

[8] Dans de nombreux pays, l'une des principales méthodes de mobilisation de capitaux pour les groupes d'entreprises est le financement sur garanties réciproques, dans lequel chaque membre du groupe garantit les obligations des autres. La réalisation des garanties réciproques en cas de liquidation s'est révélée difficile dans certains pays et ces garanties ont parfois été annulées. Dans un pays, les garanties réciproques peuvent avoir pour effet de réduire le poids de la réglementation qui pèse sur les sociétés en allégeant les exigences en matière de comptabilité et d'audit qui sont imposées aux sociétés parties à l'arrangement. L'acte de garantie réciproque (deed of cross-guarantee) rend le groupe des entreprises qui y sont parties comparable, à de nombreux égards, à une entité juridique unique et opère comme une sorte de contribution ou de mise en commun volontaire dans l'éventualité où une ou plusieurs de ces sociétés viendraient à faire l'objet d'une liquidation pendant que la garantie réciproque est encore en vigueur. L'un des avantages de cet arrangement est que les créanciers existants et les créanciers potentiels peuvent se concentrer sur la position consolidée de ces entités plutôt que sur les états financiers de chaque filiale détenue à 100 % qui est partie à l'acte.

d'autres sociétés. Plus leur capitalisation boursière était importante, plus elles étaient susceptibles de contrôler d'autres sociétés (les chiffres allaient d'une moyenne de 72 sociétés contrôlées pour celles dont la capitalisation boursière était la plus élevée à une moyenne de 9 pour les plus petites); 90 % des sociétés contrôlées étaient détenues à 100 %; et le nombre de niveaux hiérarchiques de filiales allait de 1 à 11, avec une moyenne générale de 3 à 4[9]. Dans d'autres pays, ces chiffres sont beaucoup plus élevés. Une étude fondée sur les comptes et les rapports de 1979 d'un certain nombre de grandes sociétés multinationales ayant leur siège au Royaume-Uni a dû être abandonnée pour deux des plus grands groupes, ayant respectivement 1 200 et 800 filiales, en raison de l'impossibilité de mener à bien la tâche. Les chercheurs ont noté que peu de personnes au sein du groupe pouvaient avoir une idée claire des liens juridiques précis entre tous les membres de ce groupe et qu'aucun des groupes étudiés ne semblait disposer d'un organigramme complet. De même, les organigrammes de plusieurs groupes immobiliers de Hong Kong, comme le Groupe Carrian, qui a fait faillite il y a plus de 20 ans, occupaient plusieurs pages et il aurait fallu au lecteur une loupe puissante pour identifier les filiales. L'organigramme du groupe Federal-Mogul, fournisseur de pièces automobiles, grossi de manière à ce que l'on puisse lire le nom de toutes les filiales, couvre un mur entier d'un petit bureau. Celui de Collins and Aikman, autre groupe automobile, est imprimé sous forme de livre, et les sous-sous-groupes ont une structure aussi complexe que de nombreux groupes d'entreprises nationaux.

16. Le degré d'intégration d'un groupe d'entreprises peut être déterminé à partir de divers facteurs parmi lesquels l'organisation économique du groupe (par exemple, structure administrative centralisée ou maintien de l'indépendance des divers membres; indépendance ou non des filiales pour leur financement ou leurs garanties de prêts; gestion centralisée ou non des questions de personnel; mesure dans laquelle les principales décisions concernant la politique, les opérations et le budget sont prises par la société mère; et degré d'intégration verticale ou horizontale des sociétés du groupe); les modalités de gestion du marketing dans le groupe (par exemple, importance des ventes et des achats intragroupe, utilisation de marques, de logos et de programmes publicitaires communs et fourniture de garanties pour les produits); et image du groupe (par exemple, mesure dans laquelle il se présente comme une entreprise unique et mesure dans laquelle les activités des sociétés qui le constituent sont présentées comme des opérations du groupe dans les rapports à usage externe, comme ceux qui sont destinés aux actionnaires, aux organismes de contrôle et aux investisseurs).

17. Le fait qu'un groupe soit constitué d'entités juridiques distinctes ne détermine pas nécessairement comment les activités du groupe sont gérées. Bien que chacun de ses membres soit une entité distincte, la gestion peut être organisée par divisions selon les lignes de produits, et les filiales, qui peuvent être chargées d'une ou de plusieurs lignes de produits, peuvent recouper différentes divisions. Dans certains cas, la direction peut traiter les filiales détenues à 100 % comme des succursales de la société mère.

---

[9] Cité dans Companies and Securities Advisory Committee (CASAC), Corporate Groups Final Report, 2000 (Australie), par. 1.2.

C. Raisons justifiant la conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire de groupes d'entreprises

18. Divers éléments déterminent la formation, le fonctionnement et l'évolution des groupes d'entreprises, qu'il s'agisse de facteurs juridiques et économiques ou de règles sociétales, culturelles, institutionnelles et autres. Le pouvoir étatique, les coutumes successorales, les structures de parenté (y compris les aspects intergénérationnels), l'appartenance ethnique et l'idéologie nationale, de même que le niveau de développement des cadres juridique (par exemple, l'efficacité de l'exécution des contrats) et institutionnel permettant à l'activité commerciale de s'exercer peuvent influencer les groupes d'entreprises dans différents environnements. Des études montrent que les groupes peuvent compenser le faible niveau de développement des institutions, avec les avantages qui en résultent pour ce qui est du coût des opérations.

19. La conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire d'un groupe d'entreprises peut présenter divers avantages, comme contribuer à réduire les risques commerciaux ou à maximiser la rentabilité financière, en permettant au groupe de se diversifier dans plusieurs secteurs d'activités, dont chacun est géré par une société différente du groupe. Une société peut en acquérir une autre pour s'agrandir et renforcer sa position sur le marché tout en maintenant et en continuant à exploiter la société acquise comme une entité séparée afin d'utiliser sa dénomination sociale, son fonds commercial (goodwill) et son image publique. L'expansion peut avoir pour but d'acquérir des compétences nouvelles ou des capacités techniques ou managériales. Une fois formés, les groupes peuvent continuer à exister et à s'étendre car il est coûteux sur le plan administratif de rationaliser et de liquider les filiales redondantes.

20. En raison de sa structure même, un groupe peut attirer des capitaux vers une partie seulement de ses activités sans devoir renoncer au contrôle global, en créant une filiale séparée pour ces activités et en permettant à des investisseurs extérieurs d'en devenir actionnaires minoritaires. De par sa structure encore, un groupe peut réduire la possibilité de voir sa responsabilité juridique engagée en limitant les risques de responsabilité élevés, comme ceux liés à la protection de l'environnement ou des consommateurs, à certaines sociétés du groupe et en isolant ainsi le reste des actifs du groupe de ces risques éventuels. Il sera par ailleurs plus facile d'offrir de meilleures garanties pour contracter des emprunts ou financer des projets en transférant certains actifs vers une société séparée constituée à cet effet, ce qui assurera au prêteur une priorité absolue sur l'ensemble ou la plupart des biens de la nouvelle société. Une société séparée peut également être créée au sein du groupe pour mener à bien un projet particulier et obtenir des financements supplémentaires en grevant ses propres actifs, ou cette création peut être nécessaire pour obtenir une licence ou une concession publique. Une structure de groupe peut simplifier la cession partielle d'une activité car il sera plus facile, et parfois fiscalement plus avantageux, de transférer les parts d'une société du groupe à l'acquéreur plutôt que de vendre des actifs séparés. Un groupe peut également se former incidemment, lorsqu'une société en acquiert une autre, qui se trouve être la société mère d'un certain nombre d'autres sociétés.

21. Il peut être plus facile de satisfaire aux exigences prudentielles, ou à d'autres exigences légales, lorsque les sociétés qui y sont soumises sont des membres

séparés d'un groupe. Pour les groupes multinationaux, le droit interne de certains pays dans lesquels le groupe souhaite opérer peut exiger que les activités locales soient conduites par l'intermédiaire de filiales séparées (parfois sous réserve d'une participation nationale minimale au capital social) ou imposer d'autres exigences ou limitations, liées par exemple à la réglementation sur l'emploi et le travail. Des arrangements sans apport de capitaux ont été utilisés pour une expansion à l'étranger en raison, par exemple, d'obstacles locaux à une prise de participation, du niveau de réglementation imposé aux opérations d'investissement étranger et des avantages comparatifs de ces types d'arrangement en termes de coûts. Un autre facteur à prendre en compte pour les groupes multinationaux pourrait être les impératifs géographiques, tels que la nécessité d'acquérir des matières premières ou de commercialiser des produits par l'intermédiaire d'une filiale établie à un endroit particulier. Un facteur connexe de plus en plus souvent pris en compte, qui concerne peut-être davantage la question du lieu où les éléments du groupe devront s'implanter que celle de savoir s'il convient ou non d'organiser une activité par le biais d'une structure de groupe, est l'importance du droit local sur des questions telles que le coût et la simplicité des formalités de constitution des sociétés, les obligations des sociétés et le traitement du groupe en cas d'insolvabilité. Des divergences entre les droits de différents pays peuvent considérablement compliquer ces questions.

22. Parmi les autres principaux facteurs déterminants pour la formation de structures de groupe compliquées figurent les considérations fiscales et leur influence sur les mouvements d'argent au sein du groupe. L'incidence de l'impôt est souvent invoquée pour expliquer la création et la croissance subséquente des groupes d'entreprises, et de nombreux systèmes juridiques ont traditionnellement accordé de l'importance à l'unité économique d'entités apparentées. S'il se peut que l'imposition séparée de chaque entité soit le principe sous-jacent, celui-ci peut être nuancé pour atteindre des objectifs fondamentaux, par exemple protéger les intérêts fiscaux des États et alléger la charge fiscale qui résulterait sinon d'une imposition séparée de chaque membre du groupe[10]. Parmi les mesures qui prennent en compte les liens entre la société mère et ses filiales, on trouve les exonérations fiscales pour les dividendes intragroupe; les dégrèvements de groupe (group relief); et les mesures destinées à lutter contre la fraude fiscale. Des exonérations fiscales peuvent être accordées par exemple sur les dividendes payés par une société à ses actionnaires résidents ainsi que sur les dividendes intragroupe lorsque les sociétés sont liées par des participations importantes. Des crédits d'impôt peuvent être accordés pour les impôts étrangers payés sur les bénéfices courants de la filiale et pour les impôts étrangers directement prélevés sur un dividende. Un dégrèvement de groupe peut être octroyé lorsque des sociétés apparentées peuvent être traitées comme une unité fiscale unique et qu'elles présentent des comptes consolidés. Les pertes d'une filiale peuvent être déduites des bénéfices d'une autre, ou les bénéfices et les pertes des membres du groupe peuvent être mis en commun.

23. En raison de l'importance des considérations fiscales, les politiques de fixation des prix intergroupe ainsi que les taux et les régimes d'imposition nationaux déterminent souvent la répartition de l'actif et du passif au sein des groupes d'entreprises. Les différences de taux d'imposition des sociétés entre pays, ainsi que

---

[10] Investissement international et entreprises multinationales – Responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales, OCDE, 1980.

certaines exceptions (telles que des taux réduits pour les bénéfices tirés d'activités manufacturières ou de services financiers) applicables dans certains pays peuvent rendre ces pays plus attractifs que ceux dont les taux d'imposition sont plus élevés et les exceptions moins nombreuses, voire inexistantes. Néanmoins, les autorités fiscales peuvent être en droit de revoir les structures des prix de transfert destinées à localiser les bénéfices dans des pays à faible imposition.

24. Certains choix, notamment entre l'établissement d'une succursale ou d'une filiale, peuvent aussi être conditionnés par la réglementation fiscale lorsque, par exemple, le rapatriement des bénéfices d'une filiale étrangère peut être effectué sans paiement d'impôts par le biais de remboursements de prêts à une société mère ou si la société mère détient un pourcentage déterminé (compris entre 5 et 20 %) du capital social de la société étrangère; les intérêts sur les fonds empruntés pour financer l'acquisition d'une filiale peuvent être déduits des bénéfices et, comme il a déjà été noté, les bénéfices et les pertes des filiales peuvent être compensés entre eux dans une déclaration fiscale consolidée. Les activités sont également réparties entre deux sociétés ou plus pour profiter d'abattements fiscaux, de limites imposées sur le montant des abattements, ou de taux d'imposition progressifs, mais aussi pour d'autres raisons par exemple: tirer profit de différences dans les méthodes comptables, dans les années d'imposition, dans les méthodes d'amortissement, dans les méthodes d'évaluation des stocks et dans les crédits pour impôts étrangers; séparer des activités qui, si elles étaient combinées dans une entité imposable unique, pourraient être désavantageuses en matière fiscale; et tirer parti pour certaines activités (comme les ventes prévues ou éventuelles, les fusions, les liquidations ou les dons ou legs intrafamiliaux) du traitement favorable appliqué à certaines opérations mais pas à d'autres.

25. Les exigences comptables jouent également un rôle dans la détermination de la structure des groupes d'entreprises. Dans certains pays, des dispositifs, comme les filiales ayant un rôle de simple mandataire (agent only), peuvent être créés pour gérer certains aspects de l'activité et éviter à la société mère de présenter un compte d'exploitation détaillé pour cette filiale, qui n'est qu'un représentant de la société propriétaire de l'ensemble des actifs concernés.

26. Nombre des avantages liés à la conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire d'un groupe d'entreprises peuvent être illusoires. La protection contre des pertes catastrophiques peut être compromise en raison d'accords de financement de groupe; d'opérations intragroupe; de garanties réciproques; et de lettres de confort[11] remises aux auditeurs du groupe et de la tendance des principaux créanciers, et en particulier des banquiers, à faire en sorte d'obtenir une caution de la société à la tête d'un groupe.

---

[11] Une lettre de confort est généralement remise par une société mère pour convaincre une autre entité de conclure une opération avec une filiale. Elle peut comporter différents types d'engagements, dont aucun ne constitue une garantie, comme celui de maintenir sa participation au capital de la filiale ou d'autres engagements financiers pris envers elle; d'utiliser son influence pour faire en sorte que la filiale remplisse ses obligations en vertu d'un contrat principal; ou de confirmer qu'elle a connaissance d'un contrat avec la filiale, sans toutefois indiquer expressément qu'elle assumera une responsabilité quelconque pour l'obligation principale.

27. Pour éviter les doutes, les structures de groupe ne sont pas nécessaires d'un point de vue comptable – les comptables sont tout aussi disposés à consolider les comptes de succursales que de groupes de filiales. Il semble probable que les secteurs bancaire, commercial et juridique ne saisissent souvent pas bien les aspects comptables des groupes d'entreprises. Les risques de malentendus vont s'accroître avec l'adoption de nouvelles normes internationales de présentation de l'information financière et de nombreux groupes modifient leur système de consolidation en passant d'une approche fondée sur la substance des opérations à une approche dans laquelle la forme juridique devra prévaloir sur la substance. Ce sont les structures de comptabilité "hors bilan" qui ont rendu possibles des faillites comme celle d'Enron et de WorldCom, et le besoin de clarté des états financiers est largement reconnu.

D. Définition du "groupe d'entreprises" – participation et contrôle

28. Bien que l'existence de groupes d'entreprises et l'importance des relations entre les membres de ces groupes soient de plus en plus prises en compte, tant par la législation que par les tribunaux, il n'existe pas de corps de règles cohérent qui régisse directement ces relations d'une manière globale. Dans les pays qui possèdent une législation reconnaissant les groupes d'entreprises, ces derniers ne seront pas traités de manière spécifique par le droit commercial ou le droit des sociétés, mais plutôt dans la législation sur la fiscalité, sur la comptabilité des sociétés, sur la concurrence et les fusions ou sur d'autres questions; les lois relatives au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité sont rares. De plus, une analyse de la législation qui traite effectivement de certains aspects des groupes d'entreprises fait ressortir une diversité d'approches des différentes questions liées aux groupes, non seulement entre pays mais également entre les lois d'un même pays. Des critères différents peuvent donc être utilisés pour définir ce qui constitue un groupe à différentes fins, bien qu'il puisse y avoir des éléments communs, et lorsque ces critères utilisent un concept particulier, comme le "contrôle", les définitions peuvent être plus ou moins larges en fonction de l'objet de la législation, comme noté précédemment.

29. Alors que beaucoup de législations évitent de définir expressément le terme "groupe d'entreprises", plusieurs concepts sont communément employés pour déterminer le niveau de relation entre sociétés qui suffira pour en faire un groupe d'entreprises à certaines fins spécifiques, comme l'extension de la responsabilité, la comptabilité, la fiscalité, etc. Ces concepts se retrouvent dans la législation et dans de nombreuses décisions judiciaires sur les groupes d'entreprises de différents pays et comprennent généralement les notions de participation et de contrôle ou d'influence, directs et indirects, même si, dans certains cas, seuls la participation, le contrôle ou l'influence directs sont pris en compte. Le choix entre les deux concepts traduit souvent un compromis entre la sécurité souhaitable, qui peut être obtenue en fixant un niveau de participation déterminé, et la souplesse, que l'on obtiendra peut-être plus facilement en se référant au contrôle et en prenant en considération les réalités économiques diverses des groupes d'entreprises.

30. Parfois, la participation est envisagée par référence à une relation formelle entre les sociétés, comme la relation société mère-filiale. Cette relation peut être déterminée à l'aide d'un critère formel – la détention, directe ou indirecte, d'un

pourcentage déterminé du capital ou des voix; ces pourcentages peuvent aller de 5 % à plus de 80 %. Lorsque le pourcentage requis est bas, des facteurs supplémentaires, tels que les indicateurs de "contrôle" examinés ci-dessous, sont souvent pris en compte. Dans certains cas, les pourcentages constituent une présomption simple de participation, alors que les pourcentages plus élevés constituent une présomption irréfragable.

31. Dans d'autres cas, on adopte une approche plus fonctionnelle pour déterminer ce qui constitue un groupe d'entreprises en se concentrant sur le contrôle ou l'influence déterminante (appelée "contrôle" dans la présente note), le terme "contrôle" étant alors souvent défini. Ce dernier s'entend principalement du fait de contrôler ou d'avoir la capacité de contrôler directement ou indirectement l'élaboration des décisions et des politiques financières et opérationnelles. Lorsque la définition inclut la capacité de contrôle, elle envisage généralement une capacité passive au lieu de se concentrer sur le contrôle exercé activement. Le contrôle peut être obtenu par la détention d'actifs, ou par des droits ou des contrats qui confèrent la capacité de contrôle à la partie contrôlante. L'important n'est pas tant la forme juridique stricte de la relation qui unit les entités, comme le lien société mère-filiale, que la nature de cette relation.

32. Les facteurs susceptibles d'indiquer qu'une entité en contrôle une autre pourraient être notamment les suivants: la capacité de dominer la composition du conseil d'administration ou de l'organe directeur de l'autre entité; la capacité de nommer ou de révoquer l'ensemble ou la majorité des administrateurs ou des membres de l'organe directeur de l'autre entité; la capacité de contrôler la majorité des votes exprimés à une réunion du conseil d'administration ou de l'organe directeur de l'autre entité; et la capacité d'exprimer la majorité des votes susceptibles d'être exprimés lors d'une assemblée générale de l'autre entité ou de régir la manière dont ils seront exprimés, que cette capacité soit acquise par l'intermédiaire d'actions ou d'options. Parmi les informations pouvant avoir une importance pour l'examen de ces facteurs figurent notamment les documents de constitution de la société; des détails sur l'actionnariat de la société; des informations sur les décisions stratégiques essentielles de la société; les accords de gestion interne et externe; des détails sur les comptes bancaires et leur gestion ainsi que les fondés de pouvoir; et des informations relatives aux employés.

E. Réglementation des groupes d'entreprises

33. La réglementation des groupes d'entreprises est généralement fondée sur l'une des deux théories suivantes, ou dans certains cas sur une combinaison des deux: celle de l'entité distincte (qui est la théorie traditionnelle et de loin la plus répandue) et celle de l'entreprise unique.

34. La théorie de l'entité distincte repose sur plusieurs principes fondamentaux, dont le plus important est celui de la personnalité juridique distincte de chaque société du groupe. Elle se fonde également sur la responsabilité limitée des actionnaires de chaque société du groupe et sur les obligations des administrateurs de chaque entité du groupe envers cette entité.

35. La personnalité juridique distincte signifie généralement que la société a ses propres droits et obligations, indépendamment du fait de savoir qui la contrôle ou en

est propriétaire (à savoir, si elle appartient en totalité ou en partie à une autre société) et de sa participation aux activités du groupe. Les dettes qu'elle contracte sont les siennes et les actifs du groupe ne peuvent en principe pas être mis en commun pour les régler. Les contrats conclus avec des personnes extérieures n'impliquent pas automatiquement la société mère ou d'autres membres du groupe. Une société mère ne peut pas prendre en compte les bénéfices non distribués des autres sociétés du groupe pour déterminer ses propres bénéfices. La responsabilité limitée d'une société signifie que, contrairement à une société de personnes ou à une entreprise individuelle, les membres d'un groupe d'entreprises ne sont pas responsables de ses dettes et de ses obligations, si bien que leurs pertes éventuelles ne pourront pas dépasser le montant qu'ils ont investi dans la société par l'achat d'actions.

36. La théorie de l'entreprise unique repose par contre sur l'intégration économique des membres d'un groupe d'entreprises, en traitant ce dernier comme une unité économique unique destinée à promouvoir les intérêts du groupe dans son ensemble, ou ceux de la société dominante, plutôt que ceux de chacun des membres. Des emprunts peuvent être contractés à l'échelle du groupe, des mécanismes de trésorerie de groupe étant utilisés pour compenser les soldes créditeur et débiteur de chaque membre du groupe; les membres du groupe peuvent être autorisés à fonctionner à perte, ou être sous-capitalisés, dans le cadre de la structure et de la stratégie financières globales du groupe; l'actif et le passif peuvent être transférés de différentes manières entre les membres du groupe; et des prêts, des garanties ou d'autres arrangements financiers intragroupe peuvent être conclus à des conditions généralement préférentielles.

37. Alors que de nombreux pays appliquent la théorie de l'entité distincte, certains admettent des exceptions à une stricte application de cette théorie et d'autres ont introduit, par voie législative ou juridictionnelle, la théorie de l'entreprise unique pour certaines situations.

38. L'application stricte de la théorie de l'entité distincte peut être exclue notamment dans les cas suivants: consolidation des comptes d'un groupe d'entreprises pour une société et toute entité contrôlée; opérations entre des parties apparentées (une société par actions n'est pas autorisée par ailleurs à accorder des avantages financiers, y compris des prêts intragroupe, des garanties, des cautions, des remises de dettes ou des transferts d'actifs, à une société ayant des liens avec elle à moins que cette opération ne soit approuvée par les actionnaires ou ne bénéficie d'une autre exception); participations croisées (les sociétés n'ont généralement ni le droit d'acquérir les actions d'une société exerçant le contrôle, ou de constituer une sûreté sur ces actions, ni le droit d'émettre ou de transférer des actions au profit d'une société contrôlée); et endettement d'une société alors qu'elle est insolvable (insolvent trading) (une société mère qui aurait dû se douter de l'insolvabilité d'une filiale peut être tenue responsable des dettes que cette dernière a contractées alors qu'elle était insolvable).

39. Quelques pays ont créé plusieurs catégories de groupes d'entreprises pouvant fonctionner comme une entreprise unique, afin de renforcer la protection des créanciers et des actionnaires minoritaires. Dans l'un d'entre eux, les groupes d'entreprises comprenant des sociétés par actions sont divisés en trois catégories: a) les groupes intégrés; b) les groupes contractuels; et c) les groupes de fait,

auxquels s'applique un ensemble de principes harmonisés – fondés sur la théorie de l'entreprise unique – relatifs à la gouvernance et à la responsabilité des entreprises.

a) Les groupes intégrés résultent d'un vote, par un pourcentage déterminé d'actionnaires de la société mère, qui elle-même détient un pourcentage déterminé d'actions de la filiale, en faveur de l'intégration complète de la filiale. La société mère détiendra un pouvoir de direction illimité sur la filiale, en échange de quoi elle sera tenue solidairement responsable des dettes et des obligations de la filiale;

b) Les groupes contractuels peuvent être formés par un pourcentage déterminé d'actionnaires de chacune des deux sociétés concluant un contrat qui accorde à l'une des sociétés (la société mère) le droit de diriger l'autre, à condition que les directives servent les intérêts de la société mère ou du groupe dans son ensemble. En échange du droit de contrôle accordé à la société mère, les actionnaires minoritaires et les créanciers voient leur protection renforcée;

c) Les groupes de fait sont ceux dans lesquels une société exerce, directement ou indirectement, une influence dominante sur une autre société. Bien que le groupe ne résulte d'aucun accord formel, il faut néanmoins que la société mère intervienne systématiquement dans les affaires de la société contrôlée.

40. Un pays qui a intégré les principes de l'entreprise unique dans la législation sur les sociétés autorise les administrateurs des filiales détenues en partie ou en totalité à agir dans l'intérêt de la société mère plutôt que dans celui de leur filiale; prévoit des dispositions pour simplifier les fusions de groupes; et autorise également les ordonnances de contribution et de mise en commun.

41. Dans un autre pays, la législation commerciale visant les groupes d'entreprises fait de plus en plus appel aux principes de l'entreprise unique pour éviter que ses objectifs ne soient compromis ou contournés par l'utilisation de groupes d'entreprises. Les juridictions ont participé à cette évolution en introduisant de manière sélective le concept d'entreprise unique pour atteindre les objectifs sous-jacents de la législation. Le concept a été appliqué au droit de l'insolvabilité pour annuler certaines opérations intragroupe, pour confirmer des garanties intragroupe et, dans un petit nombre de cas, pour réaliser un regroupement de patrimoines. Les juridictions ont également le pouvoir de modifier la priorité des créances lors de la liquidation d'une entité du groupe, soit en traitant certains prêts intragroupe accordés à cette entité comme des fonds propres et non comme des dettes, soit en conférant aux prêts intragroupe accordés à cette entité un rang inférieur aux créances de ses créanciers extérieurs.

[*Le présent document comprend quatre additifs portant sur les questions suivantes: demande d'ouverture et ouverture d'une procédure d'insolvabilité (demandes conjointes et coordination procédurale) (Add.1); traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (protection et préservation de la masse de l'insolvabilité, utilisation et disposition des actifs et financement postérieur à l'ouverture), annulation et déclassement (Add.2); voies de droit (extension de la responsabilité, ordonnances de contribution et regroupement des patrimoines), participants (représentant de l'insolvabilité unique) et plans de redressement (Add.3); et questions internationales (Add.4).*]

A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.1 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-cinquième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

IV. Insolvabilité de groupes d'entreprises 1-29

A. Demande d'ouverture et ouverture 5-29

1. Demande conjointe d'ouverture 5-17

2. Coordination des procédures 18-29

IV. Insolvabilité de groupes d'entreprises

1. Les groupes d'entreprises peuvent être structurés de manière à réduire le risque d'insolvabilité pour l'un ou plusieurs de leurs membres en mettant au point des mécanismes de garantie réciproque ou d'indemnisation et d'autres arrangements similaires. Lorsque des problèmes surgissent, une société mère peut chercher à éviter l'insolvabilité de l'un quelconque des membres de son groupe afin de préserver sa réputation et de conserver son crédit auprès des milieux commerciaux et financiers en procurant des fonds supplémentaires et en acceptant de subordonner les créances internes au groupe à d'autres dettes externes.

2. Cependant, si la complexité de la structure d'un groupe d'entreprises est perturbée par l'apparition, chez un ou plusieurs, voire chez tous les membres du groupe, de difficultés financières conduisant à l'insolvabilité, des problèmes surviennent simplement parce que le groupe est constitué de membres qui sont chacun reconnus comme ayant une personnalité et une existence juridiques distinctes. Étant donné que, comme il est noté plus haut, la grande majorité des lois internes relatives à l'insolvabilité et aux sociétés ne traitent pas l'insolvabilité de groupes d'entreprises, même si les problèmes liés aux groupes peuvent être réglés en dehors de l'insolvabilité par le traitement comptable, la réglementation et la fiscalité, l'absence de dispositions législatives contraires ou de pouvoir discrétionnaire permettant aux tribunaux d'intervenir dans la procédure d'insolvabilité fait que chaque entité doit être traitée et, au besoin, administrée de façon distincte. Dans certaines situations, par exemple lorsque l'activité commerciale des membres d'un groupe est étroitement intégrée, il est possible que cette approche ne produise pas toujours les meilleurs résultats pour le groupe dans son ensemble, à moins que les procédures individuelles ne puissent être étroitement coordonnées.

3. Une grande partie des dispositions juridiques internes existantes concernant l'insolvabilité des groupes d'entreprises portent principalement sur les circonstances dans lesquelles il pourrait être approprié de regrouper la masse de l'insolvabilité, mais on a besoin de plus d'indications sur la façon d'envisager l'insolvabilité de groupes d'entreprises de manière plus globale et, en particulier, sur le point de savoir si les groupes d'entreprises devraient être traités différemment des entités formées d'une seule société et, si tel est le cas, dans quelles circonstances ils devraient l'être.

4. Une deuxième question qui se pose dans le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité est de savoir quel est le degré d'intégration économique et organisationnelle du groupe et comment ce degré d'intégration peut influer sur le traitement du groupe en cas d'insolvabilité et, plus particulièrement, dans quelle mesure un groupe très intégré devrait être traité différemment d'un groupe dont les membres conservent un degré élevé d'indépendance. Dans certains cas, par exemple lorsqu'un groupe a une structure hétérogène comprenant des entreprises et des actifs non apparentés, l'insolvabilité d'un ou de plusieurs membres du groupe peut ne pas avoir d'effet sur d'autres membres ou sur l'ensemble du groupe, et les membres insolvables peuvent être administrés séparément. Dans d'autres, en revanche, l'insolvabilité d'un membre du groupe peut créer des difficultés financières chez d'autres membres ou dans l'ensemble du groupe en raison de son intégration, de son degré élevé d'interdépendance et de l'imbrication de l'actif et du passif de ses différentes parties. Dans ces cas, il arrive bien souvent que l'insolvabilité d'un certain nombre de membres du groupe entraîne inévitablement l'insolvabilité de l'ensemble des membres ("effet domino"). Il peut donc être avantageux, pour apprécier l'imminence de l'insolvabilité, d'examiner la situation du groupe dans son ensemble, ou de procéder à un examen coordonné de la situation de différents membres du groupe.

A. Demande d'ouverture et ouverture

1. Demande conjointe d'ouverture

5. En règle générale, les lois sur l'insolvabilité respectent le statut juridique distinct de chaque membre d'un groupe d'entreprises et une demande distincte d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité doit être formée pour chaque membre satisfaisant au critère d'ouverture. Cette règle admet un nombre limité d'exceptions qui permettent d'étendre une demande unique à d'autres membres du groupe, par exemple, lorsque toutes les parties intéressées consentent à l'inclusion de plusieurs membres; que l'insolvabilité d'un membre du groupe risque d'avoir des effets sur d'autres membres; que les parties à la demande entretiennent des liens économiques étroits, par exemple en raison d'une confusion des actifs ou d'un degré déterminé de contrôle ou de participation; qu'il est particulièrement important sur le plan juridique de considérer le groupe comme une entité unique, notamment dans le cadre d'un plan de redressement.

6. Les recommandations du *Guide législatif* relatives à la demande d'ouverture et à l'ouverture s'appliqueraient aux débiteurs appartenant à un groupe d'entreprises de la même manière qu'elles s'appliquent à des débiteurs qui sont des entreprises autonomes. Les recommandations 15 et 16, qui posent les critères auxquels les

débiteurs et les créanciers doivent satisfaire pour demander l'ouverture d'une procédure, constituent la base sur laquelle l'ouverture d'une telle procédure pourrait être demandée pour chaque membre d'un groupe remplissant ces critères, y compris celui de l'insolvabilité imminente en cas de demande émanant du débiteur. Dans le cadre d'un groupe d'entreprises, l'insolvabilité d'une société mère peut compromettre la stabilité financière d'une filiale, ou l'insolvabilité d'un certain nombre de filiales peut compromettre la solvabilité d'autres filiales, créant ainsi un risque d'insolvabilité imminente plus large au sein du groupe. Il se peut que la recommandation 15 s'applique dans ce cas si, au moment où la demande concernant les membres insolvables du groupe est formée, on peut dire que les autres membres seront dans l'incapacité de payer leurs dettes à leur échéance.

7. En autorisant les membres d'un groupe qui satisfont au critère d'ouverture à former une demande conjointe d'ouverture, on faciliterait l'examen des demandes par le tribunal, sans remettre en cause l'identité distincte des demandeurs. Une telle demande conjointe pourrait, sous réserve que la loi l'autorise et que les circonstances le permettent, consister soit en une demande unique présentée pour tous les membres du groupe remplissant le critère d'ouverture, soit en plusieurs demandes parallèles formées en même temps pour chacun de ces membres. Cette dernière approche peut convenir lorsque les membres du groupe se trouvent dans des États différents et que différents tribunaux sont compétents (voir plus loin), ou lorsque d'autres circonstances de l'affaire, notamment l'existence d'un nombre important de procédures à coordonner, font qu'une demande unique ne serait pas pratique. Dans un cas comme dans l'autre, la loi sur l'insolvabilité devrait permettre au tribunal d'examiner de manière coordonnée si chaque membre satisfait au critère d'ouverture, en tenant compte, s'il y a lieu, du fait qu'il s'agit d'un groupe.

a) Demande conjointe et coordination des procédures

8. Il faudrait distinguer la présentation d'une demande conjointe de ce que l'on appelle ci-après la coordination des procédures. La possibilité de former une demande conjointe a pour but de faciliter l'examen coordonné des critères d'ouverture et éventuellement de réduire les coûts. L'ouverture de procédures multiples sur la base d'une demande conjointe devrait également faciliter la coordination de ces procédures. Ainsi, la date d'ouverture, de même que toutes les autres dates fixées à partir de celle-ci, comme celles de la période suspecte, seraient identiques pour chaque membre. En autorisant la présentation d'une demande conjointe, on ne vise pas à prédéterminer la manière dont seront administrées les procédures en cas d'ouverture effective ni, en particulier, si elles seront coordonnées entre elles. Néanmoins, une demande conjointe peut s'accompagner d'une demande de coordination des procédures, comme indiqué plus bas, et peut aider le tribunal à prendre une décision quant à cette coordination.

b) Inclusion d'un membre solvable du groupe dans une demande conjointe

9. Une autre question qui se pose souvent à propos des groupes d'entreprises est de savoir si un membre solvable d'un groupe peut être inclus dans la demande d'ouverture concernant d'autres membres du groupe et, si tel est le cas, dans quelles circonstances il peut l'être. Si un membre du groupe semble solvable, mais qu'un examen plus poussé montre que l'insolvabilité est imminente, l'inclusion de ce

membre dans la demande serait couverte par la recommandation 15 du *Guide*, comme il est noté plus haut.

10. Toutefois, si l'insolvabilité n'est pas imminente, plusieurs approches peuvent être suivies. Lorsqu'un groupe est étroitement intégré, la loi sur l'insolvabilité peut permettre qu'une demande vise des membres qui ne satisfont pas au critère d'ouverture parce qu'il est souhaitable, dans l'intérêt du groupe tout entier, que ceux-ci soient inclus dans la procédure. Les facteurs permettant de déterminer si l'on est en présence du degré d'intégration nécessaire peuvent être les suivants: l'existence, entre les membres du groupe, d'une relation, dont la description peut varier mais qui se caractérise, par exemple, par un important degré d'interdépendance ou de contrôle; la confusion des actifs; la nature fictive du groupe; l'unité d'identité, le fait d'être tributaire d'un soutien pour la gestion et sur le plan financier ou d'autres facteurs similaires ne découlant pas nécessairement de la relation juridique (société mère-filiale, par exemple) qui existe entre les membres du groupe.

11. Une telle approche pourrait faciliter l'élaboration d'un plan de redressement global, qui traiterait les actifs des membres solvables et insolvables d'un groupe. Elle pourrait aussi faciliter l'élaboration d'une solution permettant de régler l'insolvabilité pour l'ensemble du groupe, évitant ainsi d'ouvrir une procédure au coup par coup chaque fois que de nouveaux membres du groupe seraient visés par la procédure d'insolvabilité engagée contre les membres insolvables initiaux.

12. Toutefois, l'une des difficultés liées à une telle approche tient au fait que les lois sur l'insolvabilité ne visent généralement que les entités qui remplissent véritablement les conditions requises pour l'ouverture d'une procédure. En revanche, un membre solvable du groupe peut être volontairement inclus dans un plan de redressement, lorsqu'il prend la décision commerciale d'y participer (voir A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.3, par. 54 et 55).

13. Une demande conjointe d'ouverture pourrait aussi être autorisée lorsque tous les membres intéressés du groupe consentent à l'inclusion d'un ou de plusieurs autres membres, qu'ils soient insolvables ou non, ou si toutes les parties intéressées, y compris les créanciers, sont d'accord. La loi sur l'insolvabilité pourrait également prévoir qu'un membre du groupe qui n'est pas impliqué dans la procédure d'insolvabilité visant d'autres membres au moment de son ouverture puisse se joindre plus tard à cette procédure dès lors qu'il est concerné par elle ou que sa participation est considérée comme étant dans l'intérêt du groupe tout entier.

c) Personnes autorisées à former une demande conjointe

14. Conformément à l'approche préconisée par la recommandation 14 du *Guide législatif*, la loi sur l'insolvabilité peut autoriser qu'une demande conjointe soit formée par deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises qui satisfont au critère d'ouverture prévu par la loi et par tout créancier de deux ou plus de ces membres.

d) Tribunaux compétents

15. Une demande conjointe émanant de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises peut soulever des questions de compétence, y compris dans un même pays, si les membres se trouvent dans différents lieux et si plusieurs tribunaux sont compétents pour connaître des différentes demandes. Dans certains pays, il est

parfois permis de renvoyer les demandes à un tribunal unique qui peut les centraliser pour examen. Bien que cette solution soit souhaitable, la question sera en définitive de savoir si le droit interne autoriserait une telle mesure. Il faudrait peut-être aussi examiner la question des frais exigibles et d'autres questions connexes découlant d'une demande conjointe.

16. Bien que la question de savoir quel tribunal est compétent pour connaître une demande conjointe lorsque les membres du groupe concernés se trouvent dans des États différents puisse être traitée par une autre loi que celle régissant l'insolvabilité, il est souhaitable que l'approche préconisée par la recommandation 13 du *Guide législatif* soit suivie. Il faudrait pour cela que la loi sur l'insolvabilité indique clairement ou mentionne par un renvoi la loi permettant de déterminer le tribunal compétent pour une telle demande. L'adoption d'une telle approche devrait permettre de faire en sorte que toutes les parties concernées sachent précisément où et comment une telle demande peut être présentée.

e) Notification de la demande

17. Les recommandations du *Guide* concernant la notification d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité s'appliqueraient à une demande conjointe. Une demande conjointe formée par un créancier devrait être notifiée aux membres du groupe concernés par cette demande, conformément à la recommandation 19 a). Lorsque des membres d'un groupe forment une demande conjointe, il ne serait pas nécessaire de la notifier avant l'ouverture de la procédure, conformément à la recommandation 22.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant la demande conjointe d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité concernant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises est:

a) De faciliter l'examen coordonné des demandes d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité;

b) De permettre au tribunal d'obtenir des informations relatives au groupe d'entreprises qui l'aideraient à déterminer s'il convient d'ordonner l'ouverture d'une procédure;

c) De promouvoir l'efficacité et de réduire les coûts liés à l'ouverture de procédures d'insolvabilité; et

d) De donner au tribunal un moyen d'évaluer s'il convient de coordonner ces procédures.

Contenu des dispositions législatives

Demande conjointe d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité

1. La loi sur l'insolvabilité peut prévoir la possibilité de former une demande conjointe d'ouverture de procédure d'insolvabilité concernant deux

membres ou plus d'un groupe d'entreprises. Une demande conjointe peut être formée:

a) Par deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises, à condition que chacun de ces membres satisfasse au critère d'ouverture défini dans la recommandation 15 du *Guide législatif;* ou

b) Par un créancier de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises, à condition que chacun de ces membres satisfasse au critère d'ouverture défini dans la recommandation 16 du *Guide législatif*.

Tribunaux compétents

2. La loi sur l'insolvabilité devrait préciser qu'aux fins de l'application de la recommandation 13 du *Guide* dans le contexte des groupes d'entreprises, les mots "ouvrir et conduire la procédure d'insolvabilité, y compris pour connaître des questions se posant pendant son déroulement" s'appliquent également aux demandes conjointes d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

2. Coordination des procédures

a) Objet de la coordination des procédures

18. La coordination des procédures, comme l'indique le glossaire, peut désigner divers degrés d'intégration de plusieurs procédures d'insolvabilité ouvertes en ce qui concerne plusieurs membres d'un groupe d'entreprises. La coordination procédurale se justifie par des raisons de commodité et d'économie, et peut faciliter l'obtention d'informations complètes sur les opérations commerciales des membres du groupe soumis aux procédures d'insolvabilité; faciliter l'évaluation des actifs et l'identification des créanciers et autres personnes auxquelles la loi reconnaît des droits; et éviter les doubles emplois. Même s'ils sont administrés ensemble, les patrimoines respectifs des membres du groupe faisant l'objet d'une telle mesure restent séparés, ce qui permet de préserver l'intégrité de chaque entreprise du groupe et les droits fondamentaux des créanciers. Aussi, les effets de la coordination se limitent-ils aux aspects administratifs des procédures sans toucher aux questions de fond.

19. Plusieurs procédures peuvent être rationalisées de différentes manières par une décision de coordonner les procédures: mise en commun des informations pour obtenir un tableau plus complet de la situation des divers débiteurs; tenue d'audiences et de réunions simultanées, y compris de réunions conjointes de créanciers; établissement d'une liste unique des créanciers et autres parties intéressées pour l'envoi des notifications et coordination de cet envoi; fixation de délais communs; accord sur une procédure conjointe de déclaration de créances et coordination de la vente d'actifs; et constitution d'un comité des créanciers unique ou coordination entre comités des créanciers. Une telle coordination peut également être facilitée par la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique chargé d'administrer les procédures ou d'assurer la coordination entre les représentants de l'insolvabilité lorsqu'il en est nommé deux ou plus (voir A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.3 par. 42 à 46), et consister à faire coopérer deux tribunaux ou plus ou, dans le contexte national, à faire administrer les procédures concernant plusieurs membres d'un groupe par un tribunal unique.

20. Plusieurs éléments peuvent être utiles pour décider s'il y a lieu de coordonner les procédures dans un cas donné. Il peut s'agir, par exemple, d'informations prouvant l'existence du groupe et faisant apparaître les liens entre les membres du groupe et la position de chaque membre visé par la demande, en particulier lorsque l'un d'eux est l'entité contrôlante ou la société mère. Bien qu'il puisse être difficile de fournir ce genre de détails lorsque des créanciers sont autorisés à demander la coordination des procédures, une telle demande est fondée sur le principe que les débiteurs sont membres d'un groupe, et le tribunal devra généralement s'assurer de cette relation avant d'ordonner l'ouverture d'une procédure.

21. S'agissant de la participation de créanciers, les intérêts des créanciers des différentes entités peuvent diverger et il est peu probable qu'ils puissent être représentés par un comité unique. On peut toutefois concevoir que, lorsqu'il s'agit de coordonner des procédures concernant de nombreux membres d'un groupe, la constitution d'un comité distinct pour les créanciers de chaque membre risque de s'avérer extrêmement coûteuse et inefficace pour l'administration des procédures. C'est pourquoi certains États laissent aux tribunaux toute latitude pour décider de ne pas constituer de comité pour chaque entité lorsque les circonstances le justifient. De manière générale, il pourrait donc être souhaitable que la loi sur l'insolvabilité autorise la constitution d'un comité des créanciers unique, si les conditions s'y prêtent.

b) Moment où présenter une demande et personnes autorisées à présenter une demande

22. Les avantages de la coordination des procédures peuvent apparaître au moment du dépôt d'une demande d'ouverture ou une fois les procédures ouvertes. Dans l'un et l'autre cas, il est souhaitable de laisser au tribunal le pouvoir d'apprécier si les différentes procédures devraient être coordonnées. Celui-ci peut déterminer s'il doit ordonner la coordination d'office, ou en réponse à une demande émanant de parties autorisées, comme un membre du groupe soumis à une procédure, le représentant de l'insolvabilité d'un membre, qui détient généralement les informations les plus pertinentes pour présenter une telle demande, ou un créancier. S'agissant des demandes émanant d'un créancier, il peut être à la fois souhaitable et réaliste de les limiter aux membres du groupe dont celui-ci est le créancier, car ce n'est qu'à leur sujet qu'il disposera généralement d'informations pertinentes.

c) Tribunaux compétents

23. La coordination des procédures peut aussi soulever les mêmes questions de compétence que celles mentionnées plus haut en ce qui concerne les demandes conjointes d'ouverture (voir par. 15 et 16 ci-dessus), à savoir que différents tribunaux ont compétence sur les différents membres du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité. Dans les pays où le problème se pose, celui-ci sera généralement tranché conformément aux règles de procédure internes. Dans certains États, différentes procédures peuvent être regroupées ou renvoyées à un tribunal approprié, par exemple le tribunal compétent pour administrer une procédure d'insolvabilité concernant la société mère d'un groupe. Un certain nombre de critères différents, comme la "règle du premier demandeur", l'importance de l'endettement ou le centre de contrôle, peuvent également être choisis pour déterminer le tribunal compétent au niveau interne. Pour regrouper les procédures ou les renvoyer à un tribunal unique, il faut établir une communication entre les

tribunaux concernés. Il se peut aussi que les créanciers des différents membres d'un groupe se trouvent dans des endroits différents, ce qui pose la question de la représentation et du lieu de constitution ou de rencontre des comités de créanciers.

24. Bien que ces questions puissent être traitées par une autre loi que celle régissant l'insolvabilité, il est souhaitable, comme il est noté plus haut à propos des demandes conjointes (par. 16) que l'approche préconisée par la recommandation 13 du *Guide législatif* soit suivie. Il faudrait pour cela que la loi sur l'insolvabilité indique clairement ou mentionne par un renvoi la loi permettant de déterminer le tribunal compétent pour connaître une demande de coordination procédurale.

d) Notification des demandes et décisions de coordination procédurale

25. Une demande de coordination des procédures peut être soumise aux mêmes exigences de notification qu'une demande d'ouverture formée conformément aux dispositions du *Guide législatif*. Lorsqu'elle est présentée en même temps que la demande d'ouverture, la demande de coordination ne doit être notifiée aux débiteurs concernés que si elle émane de créanciers. Une demande émanant des membres du groupe ne doit pas nécessairement être notifiée aux créanciers.

26. Lorsqu'une demande de coordination des procédures est présentée après l'ouverture de la procédure, les mêmes considérations devraient généralement s'appliquer, étant donné que la coordination des procédures ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux des créanciers.

27. Lorsqu'une décision de coordination procédurale est prise, il peut être souhaitable de préciser qu'elle doit être notifiée aux créanciers, même si une telle décision ne devrait pas avoir d'incidence sur leurs droits fondamentaux. Toutefois, il peut être possible de faire la distinction entre les décisions de coordination prises au moment de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et celles prises ultérieurement. Dans le premier cas, une notification distincte n'est peut-être pas nécessaire, mais les informations pertinentes pourraient être incluses dans la notification d'ouverture. Si la décision est prise après l'ouverture de la procédure, une notification pourrait être appropriée. Ceci pourrait être particulièrement important lorsque la loi prévoit, comme noté plus haut, que des procédures ouvertes dans différentes juridictions soient renvoyées à un tribunal unique, ou administrées par lui, et que ce renvoi risque d'avoir des incidences sur des aspects des procédures qui intéressent les créanciers, notamment le lieu de rencontre d'un comité de créanciers ou le lieu de déclaration des créances.

28. Il est possible de s'acquitter de l'obligation de notification à tous les créanciers par voie de notification collective, notamment dans une publication juridique donnée, si la législation interne le permet et lorsque les circonstances s'y prêtent, par exemple lorsqu'il existe un grand nombre de créanciers titulaires de créances d'un très faible montant. Outre les informations requises par les recommandations du *Guide législatif* relatives à la notification de l'ouverture d'une procédure, la notification d'une décision de coordination pourrait préciser le contenu de cette décision et comprendre des informations relatives, par exemple, à la coordination des audiences et des réunions et aux mesures à prendre s'agissant des accords de prêt.

e) Modification ou annulation d'une décision de coordination procédurale

29. Étant donné que la coordination des procédures a pour objectif de promouvoir l'efficacité administrative et de réduire les coûts, une loi sur l'insolvabilité peut inclure des dispositions prévoyant la modification ou l'annulation d'une telle décision en cas de changement de circonstances. Une telle approche peut par exemple se justifier si un redressement coordonné ne réussit pas et si chaque membre doit être mis en liquidation séparément. L'annulation d'une telle décision, bien que rarement nécessaire, devrait être possible étant donné que la décision initiale n'est pas censée avoir d'incidence sur les droits fondamentaux. La loi sur l'insolvabilité pourrait, à titre de protection, prévoir qu'il est possible d'annuler ou de modifier une décision sous réserve que cela ne porte pas atteinte aux mesures prises ni aux droits liés à la décision initiale.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant la coordination des procédures est:

a) De faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité concernant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises dans l'intérêt des créanciers et des débiteurs, tout en respectant l'identité juridique distincte de chaque membre du groupe; et

b) De faciliter la procédure et de réduire les coûts.

Contenu des dispositions législatives

Coordination de deux procédures d'insolvabilité ou plus

3. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que:

a) Le tribunal peut ordonner ou autoriser que l'administration des procédures d'insolvabilité concernant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises soit coordonnée. La portée et l'étendue de la coordination des procédures devraient être précisées par le tribunal;

b) La coordination des procédures peut comprendre certaines, voire la totalité des mesures suivantes: notification, partage des informations, coordination des audiences, négociations, procédure de déclaration des créances et coopération entre les représentants de l'insolvabilité;

c) Une demande de coordination procédurale peut être formée au moment de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou à tout moment ultérieur.

Parties autorisées à demander la coordination procédurale

4. La loi sur l'insolvabilité devrait préciser qu'une demande de coordination procédurale peut être formée par[1]:

[1] C'est aussi au droit interne qu'il appartient de déterminer le pouvoir dont peuvent disposer les

a) Un membre d'un groupe d'entreprises qui a demandé l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou qui est soumis à une telle procédure;

b) Le représentant de l'insolvabilité d'un membre d'un groupe d'entreprises qui est soumis à une procédure d'insolvabilité; ou

c) Un créancier, mais uniquement à l'égard des membres du groupe d'entreprises dont il est le créancier.

Examen des demandes de coordination des procédures

5. La loi sur l'insolvabilité devrait préciser que le tribunal peut prendre les mesures appropriées pour faciliter l'examen coordonné d'une demande de coordination des procédures.

6. Les mesures appropriées aux fins de la recommandation 5 pourraient notamment être les suivantes: audiences coordonnées et conjointes; partage et communication des informations; [...].

Modification ou annulation de la décision de coordination procédurale

7. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal peut modifier ou annuler une décision de coordination procédurale, à condition que cette modification ou annulation n'ait pas d'incidence sur les éventuelles mesures ou décisions prises en application de la décision de coordination.

Tribunaux compétents

8. La loi sur l'insolvabilité devrait préciser qu'aux fins de l'application de la recommandation 13 du *Guide législatif* aux groupes d'entreprises, les mots "ouvrir et conduire la procédure d'insolvabilité, y compris pour connaître des questions se posant pendant son déroulement" s'appliquent également aux demandes et aux décisions de coordination procédurale.

Notification de la coordination procédurale

9. La loi sur l'insolvabilité devrait établir les exigences à respecter pour la notification d'une demande ou d'une décision de coordination procédurale, ou de la modification ou de l'annulation d'une telle décision, notamment en ce qui concerne la portée et l'étendue de la décision; la ou les personnes à notifier; la personne chargée de la notification et le contenu de cette dernière.

[*Le document A/CN.9/WG.V/WP.82 présente un exposé introductif sur les groupes d'entreprises; les questions ci-après sont traitées dans les autres additifs à ce document: traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (protection et préservation de la masse de l'insolvabilité, utilisation et disposition des actifs et financement postérieur à l'ouverture), annulation et déclassement (Add.2); voies de droit (extension de la responsabilité, ordonnances de contribution et regroupement des patrimoines), participants (représentant de l'insolvabilité unique) et plans de redressement (Add.3); et questions internationales (Add.4).*]

---

tribunaux pour décider de coordonner les procédures d'insolvabilité (voir, A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.3, par. 24, pour ce qui est du pouvoir de décision des tribunaux).

A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.2 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-cinquième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

V. Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité 1-44

A. Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité 2-9

B. Utilisation et disposition des actifs 10-12

C. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure 13-29

1. Octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre solvable du groupe 16-19

2. Octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre insolvable du groupe 20-29

D. Procédure d'annulation 30-35

E. Déclassement 36-44

1. Créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur 37-41

2. Traitement des participations au capital 42-44

V. Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

1. Les effets que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité aura sur le débiteur et sur ses actifs sont examinés en détail dans le *Guide législatif* (voir deuxième partie, chap. I). De manière générale, cet impact serait le même en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises. Certaines conséquences qui pourraient être différentes dans le cas d'un groupe d'entreprises sont examinées ci-après, et concernent la protection et la préservation de la masse de l'insolvabilité; le financement postérieur à l'ouverture de la procédure; l'annulation; le déclassement; et les voies de droit, y compris les ordonnances de regroupement des patrimoines.

A. Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité

2. Le *Guide législatif* note (voir deuxième partie, chap. II, par. 26) que de nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient un mécanisme de protection de la valeur de la masse de l'insolvabilité qui non seulement interdit aux créanciers d'engager des actions pour faire exécuter leurs droits en se prévalant des moyens prévus par la loi pendant tout ou partie de la procédure d'insolvabilité, mais qui suspend également les actions déjà engagées contre le débiteur. Les dispositions du *Guide législatif* relatives à l'application de ce mécanisme, appelé "arrêt des poursuites", s'appliqueraient, de manière générale, en cas de procédures d'insolvabilité à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises (voir recommandations 39 à 51).

3. Une question qui peut se poser dans le contexte de l'insolvabilité de groupes d'entreprises, mais pas dans le cas de débiteurs autonomes, est l'extension de l'arrêt des poursuites à un membre qui n'est pas soumis à la procédure d'insolvabilité (la question ne se posera pas lorsque la loi sur l'insolvabilité autorise un membre solvable d'un groupe à être inclus dans la procédure). Elle peut revêtir une importance particulière pour un groupe d'entreprises en raison de l'interdépendance de ses activités commerciales. Lorsque, par exemple, des arrangements financiers sont conclus à l'échelle du groupe, au moyen de garanties croisées ou de sûretés réelles croisées, le financement octroyé à un membre peut avoir des incidences sur le passif d'un autre. De même, des actes concernant l'actif des membres qui ne sont pas soumis à la procédure d'insolvabilité peuvent avoir des répercussions sur l'actif et le passif des membres visés par des demandes d'ouverture ou par des procédures d'insolvabilité ou sur leur capacité à poursuivre le cours normal de leurs affaires.

4. L'extension de l'arrêt des poursuites peut être recherchée dans plusieurs situations, par exemple pour protéger une garantie intragroupe fondée sur les actifs du membre solvable garant; pour empêcher un prêteur qui cherche à faire exécuter un accord à un membre solvable, alors que cette exécution risque d'avoir des répercussions sur le passif d'un membre visé par une demande d'ouverture; et pour empêcher la réalisation d'une sûreté réelle sur les actifs d'une entité solvable qui sont essentiels aux activités commerciales du groupe, y compris celles des membres visés par une demande d'ouverture. Elle peut avoir une incidence sur les activités commerciales du membre solvable et les intérêts de ses créanciers, selon la nature de ce membre et sa fonction au sein du groupe. Les activités quotidiennes d'un membre réalisant des opérations commerciales, par exemple, risquent d'être plus touchées que celles d'une filiale établie pour détenir certains actifs ou obligations.

5. Dans certains pays, il ne sera peut-être pas possible d'ordonner des mesures liées à la procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un membre solvable d'un groupe (non inclus dans la procédure), car elles risquent d'être incompatibles avec, par exemple, la protection des droits réels ou de soulever des questions de droits constitutionnels. Néanmoins, il serait possible d'obtenir le même résultat si un tribunal pouvait, dans certains cas, notamment dans le cas d'une garantie intragroupe, ordonner des mesures de protection au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité à l'encontre d'autres membres du groupe. Les mesures seraient laissées à l'appréciation du tribunal, sous réserve des conditions qu'il juge appropriées.

6. De telles mesures pourraient être couvertes par la recommandation 48 du *Guide législatif*, qui prévoit que le tribunal peut prononcer des mesures en sus des mesures applicables automatiquement à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (comme celles prévues dans la recommandation 46). Comme le souligne la note de bas de page relative à la recommandation 48, les mesures supplémentaires pouvant être prononcées seraient fonction des types de mesures prévues dans une loi particulière et des mesures qui pourraient être appropriées dans une procédure d'insolvabilité donnée.

7. Des mesures pourraient également être proposées à titre provisoire. La recommandation 39 du *Guide législatif* traite des mesures provisoires, en précisant les types de mesures pouvant être prononcées "à la demande du débiteur, de créanciers ou de tiers, lorsque celles-ci sont nécessaires pour protéger et préserver la valeur des actifs du débiteur ou les intérêts des créanciers, entre le moment du dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de la procédure".

8. La protection des intérêts des créanciers, garantis ou chirographaires, du membre solvable du groupe est traitée dans les dispositions pertinentes du *Guide législatif*. La recommandation 51, par exemple, traite expressément de la question de la protection des créanciers garantis et des motifs d'aménagement de l'arrêt des poursuites applicable à l'ouverture, et pourrait être étendue aux créanciers garantis du membre solvable du groupe. D'autres motifs d'aménagement de l'arrêt des poursuites pourraient être liés à la situation financière du membre solvable et aux conséquences durables de l'arrêt des poursuites pour ses opérations courantes et, éventuellement, pour sa solvabilité.

9. Lorsqu'un créancier garanti est dans le même temps un autre membre du même groupe, une approche différente de la question de la protection pourrait être requise, surtout lorsque la loi sur l'insolvabilité autorise le regroupement ou le déclassement des créances des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur (voir ci-dessous).

B. Utilisation et disposition des actifs

10. Le *Guide législatif* note (voir deuxième partie, chap. II, par. 74) que bien qu'en règle générale il soit souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité ne lèse pas indûment les droits de propriété des tiers ou les droits réels des créanciers garantis, il sera souvent nécessaire, pour que l'objectif de la procédure puisse être atteint, de continuer à utiliser des actifs de la masse et des actifs en la possession du débiteur dont se sert l'entreprise ou à en disposer (y compris en les grevant).

11. Lorsque la procédure d'insolvabilité concerne deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises, des questions risquent de se poser à propos de l'utilisation des actifs appartenant à un membre du même groupe qui n'est pas soumis à la procédure d'insolvabilité pour financer la poursuite de l'activité des membres qui y sont soumis en attendant le règlement de la procédure. Lorsque ces actifs sont en la possession de l'un des membres insolvables du groupe, la recommandation 54 du *Guide législatif*, qui traite de l'utilisation d'actifs appartenant à des tiers et se trouvant en la possession du débiteur, pourrait être suffisante.

12. Lorsque ces actifs ne sont pas en possession de l'un des membres insolvables du groupe, la recommandation 54 ne s'appliquera pas de manière générale. Toutefois, dans certains cas, le membre solvable du groupe sera inclus dans la procédure d'insolvabilité et les dispositions d'un plan de redressement du groupe couvriront les actifs. Lorsque le membre solvable n'est pas inclus dans la procédure, il s'agira de savoir si ces actifs peuvent être utilisés pour soutenir les membres insolvables du groupe et, dans l'affirmative, les conditions auxquelles une telle utilisation serait subordonnée. L'utilisation de ces actifs risque de soulever des questions d'annulation, surtout lorsque le membre qui apporte le soutien devient ensuite insolvable, et constitue aussi une sorte d'inquiétude pour les créanciers de ce membre.

C. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

13. Le *Guide législatif* reconnaît que l'exploitation continue de l'entreprise du débiteur après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est essentielle pour un redressement et, dans une moindre mesure, pour une liquidation dans laquelle l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité. Elle exige que le débiteur ait accès à des fonds pour pouvoir continuer à payer les biens et les services qui lui sont indispensables, notamment les salaires, les assurances, le loyer, la continuation des contrats et d'autres dépenses d'exploitation, ainsi que les coûts liés à la préservation de la valeur des actifs. Il note, cependant, qu'un certain nombre de lois limitent la fourniture d'argent frais en cas d'insolvabilité ou n'abordent pas expressément la question d'un nouveau financement ou de la priorité de son remboursement. Parmi celles qui traitent effectivement du financement postérieur à l'ouverture de la procédure, pratiquement aucune n'aborde la question dans le contexte des groupes d'entreprises.

14. Les recommandations 63 à 68 du *Guide législatif* tendent à faciliter l'obtention d'un financement pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise du débiteur, à assurer une protection appropriée à ceux qui fournissent un financement postérieurement à l'ouverture de la procédure, et à assurer une protection appropriée aux parties sur les droits desquelles l'octroi d'un tel financement peut avoir une incidence.

15. Le financement postérieur à l'ouverture de la procédure peut être encore plus important dans le contexte d'un groupe que dans celui d'une procédure autonome. Sans un financement continu, les perspectives de redresser un groupe insolvable ou de le vendre en tout ou en partie en vue de la poursuite de l'activité sont très minces et l'impact économique de cet échec risque, surtout dans les grands groupes, d'être bien plus important qu'il ne le serait dans le cas d'un débiteur autonome. Les raisons qui poussent à promouvoir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans le contexte d'un groupe sont donc comparables à celles qui valent pour un débiteur autonome, bien qu'il risque de se poser un certain nombre de questions différentes. Ces questions pourront avoir trait à l'équilibre à trouver entre les intérêts de chaque membre du groupe et les mesures à prendre pour redresser l'ensemble; à l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre solvable du groupe, en particulier lorsque des questions de contrôle pourraient se poser, comme dans le cas d'un membre solvable contrôlé par la société mère insolvable; au traitement des opérations menées essentiellement entre des

parties ayant des liens privilégiés (voir glossaire, par. jj)); à l'octroi d'un financement par des membres du groupe soumis à la procédure d'insolvabilité; à l'éventuel conflit d'intérêts entre les besoins des différents débiteurs s'agissant de la poursuite du financement lorsqu'un représentant unique de l'insolvabilité est nommé pour plusieurs membres du groupe; et à l'opportunité de maintenir, dans la procédure d'insolvabilité, la structure financière du groupe qui existait avant le début de l'insolvabilité, surtout lorsque cette structure reposait sur le nantissement de tous les actifs du groupe pour un financement qui transitait par une entité centrale de ce dernier dotée de fonctions de trésorerie.

1. Octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre solvable du groupe

16. Comme on l'a noté plus haut, l'une des questions qui se posent en ce qui concerne le financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans le contexte d'un groupe d'entreprises est de savoir si les actifs d'un membre solvable du groupe peuvent être utilisés, en recourant par exemple à une sûreté réelle ou personnelle, pour obtenir auprès d'une source externe un financement destiné à un membre insolvable ou pour financer celui-ci directement et, dans l'affirmative, quelles sont les conséquences pour les recommandations du *Guide législatif* relatives à la priorité et aux sûretés. Il se peut que le membre solvable ait intérêt à ce que la société mère, d'autres membres ou encore le groupe tout entier conservent leur stabilité financière afin d'assurer sa propre stabilité financière et la poursuite de ses activités. Différents types d'entités solvables, comme les entités ad hoc avec un passif peu important et des actifs de valeur, pourraient participer à la constitution d'une sûreté personnelle ou réelle.

17. L'utilisation, cependant, des actifs d'un membre solvable du groupe pour financer un membre insolvable soulève plusieurs questions, en particulier lorsque ce membre solvable risque de devenir, ou devient ultérieurement, insolvable. Ce dernier accorderait ce financement de sa propre initiative conformément au droit des sociétés dans un contexte commercial et non conformément à la loi sur l'insolvabilité, mais les conséquences de ce financement peuvent être régies par cette dernière. On pourra, par exemple, se demander si un membre solvable du groupe serait, conformément à la recommandation 64 du *Guide législatif*, prioritaire s'il finançait un membre insolvable; si la créance naissant de cette opération ferait, en vertu de la recommandation 184, l'objet d'un traitement spécial parce que les opérations s'effectuaient entre parties ayant des liens privilégiés; ou si elle pourrait être considérée comme préférentielle en cas d'insolvabilité ultérieure du membre apportant le financement. Dans certaines lois, un tel financement équivaudrait à un transfert d'actifs de l'entité solvable à l'entité insolvable au détriment des créanciers et des actionnaires de la première et serait donc interdit.

18. Certaines des difficultés liées à l'octroi d'un financement par un membre solvable du groupe pourraient être résolues si elles étaient traitées dans le cadre d'un plan de redressement, auquel le membre solvable du groupe, de même que les personnes fournissant le financement, pourraient participer par contrat. Cependant, s'il se pouvait que dans certaines situations cette approche puisse convenir, la nécessité d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure dès le début de la procédure d'insolvabilité et avant qu'un plan puisse être négocié et dans des

situations telles que la liquidation en vue de la poursuite de l'activité, où il n'y aurait pas de plan de redressement, fait qu'elle aurait une application limitée.

19. La recommandation 63 du *Guide législatif* énonce les conditions d'obtention d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure (il faut que le représentant de l'insolvabilité juge un tel financement nécessaire pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise du débiteur ou pour préserver ou augmenter la valeur de la masse) et indique comment il peut être autorisé (par le tribunal ou par les créanciers). Ces critères restent valables dans le contexte de groupes d'entreprises et, pour lever tout doute, on pourrait préciser que dans le contexte d'un groupe d'entreprises, la recommandation 63 devrait être interprétée comme s'appliquant à l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure à un membre du groupe soumis à la procédure d'insolvabilité aussi bien par un prêteur extérieur que par un membre solvable du groupe.

2. Octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre insolvable du groupe

20. L'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre du groupe soumis à la procédure d'insolvabilité à un autre membre qui se trouve dans le même cas n'est pas directement traité par le *Guide législatif*. Il faudra, pour faciliter l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans cette situation, étudier plus avant certaines des difficultés que créent les lois existantes en ce qui concerne les entités insolvables qui empruntent et prêtent des fonds. En vertu de certaines lois sur l'insolvabilité, par exemple, l'octroi d'un tel financement risque de soulever des questions de responsabilité à la fois de la partie qui octroie le financement et de celle qui en bénéficie. Comme le note le *Guide législatif* (voir deuxième partie, chap. II, par. 96), certaines lois prévoient que lorsqu'un prêteur avance des fonds à un débiteur insolvable pendant la période qui précède l'ouverture de la procédure, il peut être responsable de toute augmentation des créances des autres créanciers ou que l'avance sera, en tant qu'opération préférentielle, susceptible d'annulation dans toute procédure d'insolvabilité subséquente. Dans d'autres lois, le représentant de l'insolvabilité est tenu d'emprunter l'argent, risquant d'engager sa responsabilité personnelle concernant le remboursement.

21. Si l'on peut s'attendre, en règle générale, à ce qu'un membre du groupe soumis à la procédure d'insolvabilité ne soit pas en mesure d'octroyer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure à un autre membre qui se trouve dans le même cas, il pourra exister des situations dans lesquelles cela sera à la fois possible et souhaitable, en particulier lorsque le groupe est considéré dans son ensemble. Dans la mesure où ce financement a une incidence sur les droits des créanciers – garantis ou non – des deux membres, il faut le mettre en balance avec la possibilité que le maintien de la valeur de continuation de l'entreprise profite en fin de compte à ces créanciers. Il faudra également trouver un juste équilibre entre le fait de sacrifier un membre du groupe au profit des autres et celui d'obtenir un meilleur résultat global pour tous les membres. Bien que difficile à atteindre, le but devra être de répartir équitablement les conséquences néfastes qui pourraient résulter d'un tel financement à court terme, cela dans l'optique d'un gain à long terme, plutôt que de sacrifier un membre (et ses créanciers) au profit des autres.

22. Pour lever tout doute, on pourra préciser que, dans le contexte d'un groupe d'entreprises, la recommandation 63 devrait être interprétée comme s'appliquant, outre les situations indiquées ci-dessus, à l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre du groupe soumis à la procédure d'insolvabilité à un autre membre qui se trouve dans la même situation.

a) Conflit d'intérêts

23. L'octroi d'un tel financement soulève également des questions en ce qui concerne d'éventuels préjudices et conflits d'intérêts qui n'existent pas dans le contexte d'un débiteur autonome. Un conflit d'intérêts peut surgir, par exemple, lorsqu'un représentant unique de l'insolvabilité est nommé pour plusieurs membres du groupe. Par exemple, le représentant de l'insolvabilité du membre qui octroie le financement pourra également être celui du membre bénéficiaire. Cette situation pourra être résolue en nommant un représentant supplémentaire (point examiné ci-après, voir le document A/CN.9/WP.82/Add.3, par. 42 à 46), que ce soit pour résoudre ce conflit précis ou, plus généralement, pour obtenir un meilleur équilibre entre les intérêts des créanciers des différents membres du groupe.

b) Priorité accordée au financement postérieur à l'ouverture de la procédure

24. La recommandation 64 du *Guide législatif* énonce la nécessité de définir la priorité à accorder au financement postérieur à l'ouverture de la procédure et le rang de cette priorité, à savoir avant les créanciers chirographaires ordinaires, y compris ceux titulaires d'une créance prioritaire afférente à l'administration de la procédure. Si la priorité constitue généralement une importante incitation à octroyer un tel financement, l'incitation requise dans le contexte d'un groupe est peut-être légèrement différente de celle requise dans le cas d'un débiteur autonome. L'intérêt du membre du groupe qui octroie le financement pourra tenir davantage à l'issue de la procédure pour l'ensemble du groupe (y compris ce membre) qu'à des considérations commerciales de bénéfice ou de gains à court terme. Dans ces conditions, on pourra s'interroger sur le fait de savoir si le rang de priorité recommandé par le *Guide législatif* serait approprié. On pourra, d'une part, estimer qu'un même rang de priorité serait approprié car il faut encourager l'octroi d'un financement et cette priorité protégerait davantage les créanciers du membre qui octroie le financement. On pourra également, d'autre part, estimer qu'en raison de la nature privilégiée de l'opération et du contexte de groupe (y compris l'intérêt qu'a le membre qui octroie le financement dans l'issue de la procédure pour l'ensemble du groupe), il faudrait accorder un rang de priorité inférieur pour protéger les intérêts des créanciers plus généralement et ménager un équilibre entre les intérêts des créanciers du membre qui octroie le financement et ceux du membre qui en bénéficie. Quelle que soit l'approche adoptée, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité accorde la priorité à ce prêt et spécifie le rang approprié.

c) Sûreté réelle en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

25. Les recommandations 65 à 67 du *Guide législatif* traitent de questions relatives à la constitution d'une sûreté en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure et seraient généralement applicables dans le contexte d'un groupe d'entreprises. La constitution d'une sûreté du type mentionné dans la

recommandation 65 par un membre du groupe soumis à la procédure d'insolvabilité en garantie du remboursement du financement octroyé à un autre membre qui se trouve dans la même situation peut être distinguée de la même opération qui s'effectue entre un prêteur extérieur et un débiteur autonome. Dans le contexte d'un groupe, le membre constitue la sûreté sur ses actifs non grevés, mais ne perçoit pas directement le bénéfice du financement et réduit potentiellement les actifs dont disposent ses créanciers. Il peut cependant retirer un bénéfice indirect lorsque l'octroi d'un financement aide à trouver une meilleure solution à l'insolvabilité globale. Comme on l'a vu plus haut, en outre, tout détriment à court terme est contrebalancé par le gain qu'obtiennent à long terme les créanciers, y compris ses propres créanciers. Le membre qui bénéficie du financement retire un bénéfice direct, mais accroît son endettement au détriment potentiel de ses créanciers, même si ces derniers devraient également retirer un bénéfice à plus long terme.

26. Pour ménager un juste équilibre entre les intérêts des créanciers du membre qui octroie le financement et ceux du membre qui en bénéficie, il peut être souhaitable d'exiger, conformément à la recommandation 65, que les créanciers consentent à la constitution d'une telle sûreté ou que le détriment causé aux créanciers soit contrebalancé par le bénéfice à retirer de la constitution de cette sûreté. La question du détriment ou du bénéfice est liée à la détermination de la nécessité d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure et à son autorisation en vertu de la recommandation 63, et il est par conséquent souhaitable que les parties visées par cette recommandation déterminent également le détriment. Conformément à la recommandation 63, cela pourrait être le représentant de l'insolvabilité, avec la possibilité de solliciter également l'autorisation des créanciers ou du tribunal.

27. Étant donné qu'il peut être nécessaire d'obtenir un nouveau financement de manière relativement urgente pour assurer la continuité de l'activité, il est souhaitable de maintenir au minimum le nombre d'autorisations requises. Le *Guide législatif* (voir deuxième partie, chap. II, par. 105 et 106) examine les avantages et les inconvénients des différents types d'autorisation qui s'appliqueraient également dans le contexte d'un groupe. On ajoutera que puisque les questions à résoudre seront probablement plus complexes dans ce contexte, faisant intervenir un nombre plus important de parties et des relations complexes, il est probable que ce sont les représentants de l'insolvabilité des membres correspondants du groupe qui seront le mieux à même d'évaluer l'impact du financement proposé, de même que pour ce qui est de déterminer la nécessité d'un nouveau financement en vertu de la recommandation 63. Bien que la participation des tribunaux ou des créanciers soit jugée souhaitable, il faudra cependant garder à l'esprit que l'on pourra rencontrer des retards lorsqu'il existe un grand nombre de créanciers à consulter ou lorsque le tribunal n'a pas les moyens de rendre des décisions rapidement.

28. Lorsqu'il est jugé souhaitable d'accorder à une sûreté constituée pour garantir un nouveau financement un rang de priorité supérieur à celui d'une sûreté existant sur le même actif, comme l'envisage la recommandation 66, les garanties prévues par cette recommandation et par la recommandation 67 s'appliqueraient dans le contexte d'un groupe.

d) Garantie personnelle ou autre assurance de remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

29. L'offre, par un membre du groupe, d'une garantie personnelle de remboursement d'un nouveau financement à un autre membre n'est pas une situation qui se produit dans le cas d'un débiteur autonome et n'est donc pas abordée dans le *Guide législatif*. Comme, cependant, les questions qui se posent sont comparables à celles examinées plus haut en ce qui concerne la constitution d'une sûreté, il pourra être judicieux d'adopter la même approche, c'est-à-dire de solliciter le consentement des créanciers ou la confirmation que le détriment potentiel sera contrebalancé par le bénéfice à retirer.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant le financement postérieur à l'ouverture de la procédure est:

a) De faciliter l'obtention d'un financement pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise des membres du groupe soumis à la procédure d'insolvabilité ou pour préserver ou augmenter la valeur des actifs entrant dans la masse de ces membres;

b) De faciliter l'octroi d'un financement par des membres du groupe, y compris ceux soumis à la procédure d'insolvabilité;

c) D'assurer une protection appropriée à ceux qui octroient un financement postérieurement à l'ouverture de la procédure et aux parties sur les droits desquelles l'octroi d'un tel financement peut avoir une incidence; et

d) D'aider à atteindre l'objectif d'une répartition équitable du bénéfice et du détriment parmi les membres du groupe.

Contenu des dispositions législatives

Disposition relative au financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre du groupe soumis à la procédure d'insolvabilité

10. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre à un membre d'un groupe d'entreprises soumis à une procédure d'insolvabilité:

a) D'avancer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure à d'autres membres du groupe d'entreprises soumis à la procédure d'insolvabilité;

b) De grever ses actifs en garantie du financement postérieur à l'ouverture de la procédure octroyé à d'autres membres du groupe d'entreprises soumis à la procédure d'insolvabilité; et

c) D'offrir une garantie personnelle ou toute autre assurance de remboursement du financement postérieur à l'ouverture de la procédure obtenu par d'autres membres du groupe soumis à la procédure d'insolvabilité, à condition que le représentant de l'insolvabilité du membre qui avance le financement, engage des actifs ou offre une garantie personnelle le juge

nécessaire à la continuation de l'activité ou à la survie de l'entreprise de ce membre du groupe ou à la préservation ou à l'amélioration de la valeur de la masse de ce membre du groupe. La loi sur l'insolvabilité pourra demander au tribunal d'autoriser l'opération ou aux créanciers du membre qui prête, engage ou garantit d'y consentir.

Priorité accordée au financement postérieur à l'ouverture de la procédure

11. La loi sur l'insolvabilité pourra spécifier le rang de priorité qui devrait s'appliquer au financement postérieur à l'ouverture de la procédure octroyé par un membre d'un groupe d'entreprises soumis à la procédure d'insolvabilité à un autre membre du groupe également soumis à cette procédure. Lorsque la priorité n'est pas spécifiée par la loi, le tribunal devrait être autorisé à déterminer ce rang de priorité.

Sûreté réelle en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

12. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une sûreté réelle du type visé par la recommandation 65 du *Guide législatif* peut également être constituée par un membre d'un groupe d'entreprises soumis à la procédure d'insolvabilité en garantie du remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure octroyé à un autre membre du groupe qui est également soumis à la procédure d'insolvabilité, à condition que les créanciers y consentent ou qu'il soit confirmé, conformément à la loi sur l'insolvabilité, que tout détriment causé aux créanciers est contrebalancé par le bénéfice à retirer de la constitution de la sûreté[1].

Garantie personnelle ou autre assurance de remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

13. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un membre d'un groupe d'entreprises soumis à la procédure d'insolvabilité peut offrir une garantie personnelle ou toute autre assurance de remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure obtenu par un autre membre du groupe soumis à cette même procédure, à condition que les créanciers y consentent ou qu'il soit confirmé, conformément à la loi sur l'insolvabilité, que tout détriment causé aux créanciers est contrebalancé par le bénéfice à retirer de l'offre de garantie personnelle ou de toute autre assurance de remboursement.

D. Procédure d'annulation

30. Les recommandations 87 à 99 du *Guide législatif* relatives à l'annulation s'appliqueraient, de manière générale, aux opérations effectuées entre membres d'un groupe d'entreprises. Toutefois, des considérations supplémentaires peuvent

---

[1] Les recommandations 66 et 67 du *Guide législatif* énoncent les mesures de protection à appliquer lors de la constitution d'une sûreté réelle en garantie du remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure. Ces mesures s'appliqueraient dans le contexte d'un groupe d'entreprises.

entrer en ligne de compte dans ce type d'opérations. Il faudra parfois dépenser beaucoup de temps et d'argent pour démêler l'écheveau des opérations intragroupe afin de déterminer lesquelles, le cas échéant, sont susceptibles d'annulation. Certaines opérations qui sembleraient préférentielles ou sous-évaluées entre les parties immédiatement intéressées pourraient être envisagées sous un autre jour lorsqu'elles sont replacées dans le contexte plus vaste d'un groupe étroitement intégré, où les inconvénients et les avantages qu'elles offrent seraient répartis plus largement. Ces opérations peuvent être soumises à des conditions différentes des conditions commerciales habituelles qui régissent les mêmes opérations conclues par des parties n'ayant pas de liens privilégiés entre elles. C'est le cas par exemple des contrats conclus pour l'établissement des prix de transfert[2]. De même, il se peut que certaines opérations légitimes réalisées au sein d'un groupe ne soient pas viables commercialement en dehors d'un groupe si les avantages et les inconvénients étaient analysés sur la base de conditions commerciales normales.

31. Les "opérations intragroupe" peuvent désigner, entre autres, des échanges commerciaux entre des membres du groupe; le transfert de bénéfices de la filiale à la société mère; des prêts d'un membre pour aider le membre emprunteur à poursuivre ses activités; des transferts d'actifs et des sûretés personnelles entre membres du groupe; des paiements effectués par une société à un créancier d'une société apparentée; une sûreté personnelle ou une hypothèque consentie par une société du groupe pour un prêt accordé par une partie extérieure à une autre société du groupe; ou diverses autres opérations. Un groupe peut avoir pour pratique de tirer le meilleur parti sur le plan commercial de tout l'argent et de tous les actifs à sa disposition dans son intérêt général, plutôt qu'au profit du membre auquel ils appartiennent. Il pourrait notamment regrouper les liquidités des filiales auprès du membre qui le finance. Bien que cette pratique ne serve pas toujours au mieux les intérêts des filiales, certaines lois permettent aux administrateurs de filiales détenues à 100 %, par exemple, d'agir ainsi, à condition que ce soit dans l'intérêt supérieur de la société mère.

32. Certaines opérations effectuées dans le cadre d'un groupe peuvent être clairement considérées comme susceptibles d'annulation aux termes de la recommandation 87 du *Guide législatif*. D'autres, en revanche, n'entrent peut-être pas aussi clairement dans le champ d'application de cette recommandation et peuvent soulever des questions qui ont trait à la mesure dans laquelle le groupe fonctionnait en tant qu'entreprise unique ou dans laquelle les patrimoines respectifs des membres du groupe étaient étroitement imbriqués, ce qui risque d'influer sur la nature des opérations entre les membres eux-mêmes et entre les membres et des créanciers externes. D'autres opérations encore ne seront peut-être pas couvertes par les dispositions d'annulation. Ainsi, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient l'annulation de paiements préférentiels aux créanciers d'un débiteur, mais non aux créanciers d'un membre appartenant au même groupe, sauf si le paiement est effectué, par exemple, en exécution d'une sûreté personnelle. Il est souhaitable

---

[2] Le prix de cession interne est le prix des biens et des services au sein d'une organisation multidivisionnelle. Des biens de la division de la production peuvent être vendus à la division du marketing, ou des biens d'une société mère à une filiale à l'étranger. La fixation des prix de transfert détermine la répartition du bénéfice total entre les différentes composantes de la société. Il peut être avantageux de les fixer de manière à ce que, en termes comptables, la majeure partie des bénéfices soit réalisée dans un pays où le taux d'imposition est faible.

qu'une loi sur l'insolvabilité fasse de ces facteurs des éléments à prendre en compte pour déterminer si une opération particulière entre membres d'un groupe serait susceptible d'annulation en vertu de la recommandation 87.

33. Une question qu'il faudrait peut-être examiner dans le cas d'un groupe est celle de savoir si les dispositions d'annulation ont pour but de protéger les opérations intragroupe dans l'intérêt du groupe tout entier ou de les soumettre à un examen particulier en raison des liens entre ses membres. Les opérations entre membres d'un groupe pourraient être régies par les dispositions d'une loi sur l'insolvabilité relatives aux opérations entre "personnes ayant des liens privilégiés entre elles". Le *Guide législatif* définit la "personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur" de manière à englober les membres d'un groupe d'entreprises, tels qu'une société mère, une filiale, une société partenaire ou une société apparentée du membre insolvable à l'encontre duquel la procédure d'insolvabilité a été ouverte, ou une personne, y compris une personne morale, qui a ou a eu un pouvoir de contrôle sur l'entreprise du débiteur. La loi sur l'insolvabilité soumet souvent ces opérations à des règles d'annulation plus strictes, en particulier en ce qui concerne la longueur des périodes suspectes, ainsi que les présomptions ou le renversement de la charge de preuve pour faciliter l'action en annulation en supprimant la condition selon laquelle le débiteur devait être insolvable au moment de l'opération, ou l'être devenu à la suite de celle-ci. Un régime plus strict peut se justifier par le fait que ces parties ont plus de chances d'être favorisées ou sont souvent les premières à savoir quand le débiteur est effectivement en difficulté financière.

34. La recommandation 97 mentionne les preuves à produire pour annuler une opération particulière et les défenses à opposer, et il pourrait être judicieux d'étudier comment elles s'appliqueraient dans le contexte d'un groupe et si une approche différente s'imposerait. Une approche de la charge de preuve dans le cas d'opérations mettant en jeu des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur pourrait consister à prévoir que l'intention ou la mauvaise foi requise est réputée ou présumée exister lorsque certains types d'opérations sont réalisées pendant la période suspecte, le cocontractant ayant la charge de prouver qu'il en est autrement. Dans le contexte des groupes d'entreprises, certaines lois ont établi que les opérations entre membres d'un groupe et entre ces membres et les actionnaires du groupe étaient présumées, sauf preuve contraire, porter préjudice aux créanciers et pouvaient en conséquence être annulées. Une approche différente consisterait à admettre, comme on l'a noté plus haut, que les opérations qui s'effectuent au sein d'un groupe, même si elles ne sont pas toujours commercialement viables si elles s'effectuent hors du contexte du groupe, sont généralement légitimes, surtout lorsqu'elles s'effectuent dans le cadre de la loi applicable et des activités normales des membres du groupe concerné, même si elles appellent une surveillance particulière (sur le modèle de ce que préconise la recommandation 184 du *Guide législatif* pour les créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur). Certaines lois permettent également de soumettre les créances de membres du groupe ayant des liens privilégiés avec le débiteur à un traitement spécial et les droits de tels membres découlant d'arrangements concernant la dette intragroupe d'être subordonnés aux droits des créanciers externes du membre insolvable.

35. La recommandation 93 n'aborde que brièvement la façon, pour un créancier, d'engager une action en annulation avec l'approbation du représentant de

l'insolvabilité ou l'autorisation du tribunal. Dans le contexte d'un groupe, le degré d'intégration peut grandement influencer l'aptitude des créanciers à identifier le membre du groupe avec lequel ils ont traité et fournir ainsi les informations requises pour engager une action en annulation.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions d'annulation est:

a) De reconstituer l'intégrité de la masse et d'assurer un traitement équitable aux créanciers;

b) D'offrir une sécurité juridique aux tiers en établissant des règles claires pour les cas dans lesquels les opérations effectuées avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et impliquant le débiteur ou des biens du débiteur peuvent être considérées comme préjudiciables et donc susceptibles d'annulation;

c) De permettre l'annulation de ces opérations à l'ouverture de la procédure; et

d) De faciliter le recouvrement de sommes d'argent ou d'actifs auprès des personnes qui sont parties à des opérations annulées.

Contenu des dispositions législatives

Opérations annulables

14. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsqu'il examine s'il faudrait annuler une opération du type mentionné dans la recommandation 87 a), b) ou c) du *Guide législatif* effectuée entre des personnes ayant des liens privilégiés dans le contexte d'un groupe d'entreprises, le tribunal peut tenir compte des circonstances, concernant le groupe, dans lesquelles s'est déroulée l'opération. Ces circonstances peuvent être notamment les suivantes: le degré d'intégration entre les membres du groupe qui sont parties à l'opération; l'objet de l'opération; et le fait de savoir si l'opération a procuré aux membres du groupe des avantages que ne s'accorderaient pas normalement des parties n'ayant pas de liens privilégiés entre elles.

Éléments d'annulation et moyens de défense

15. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier comment les éléments mentionnés à la recommandation 97 du *Guide législatif* s'appliqueraient à l'annulation d'une opération dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises[3].

---

[3] À savoir les éléments devant être prouvés pour faire annuler l'opération, la charge de la preuve, les moyens de défense pouvant être invoqués contre l'annulation et l'application de présomptions particulières.

E. Déclassement

36. Le *Guide législatif* note (voir deuxième partie, chap. V, par. 56) que le déclassement désigne une modification de l'ordre de priorité entre créanciers dans le cadre de l'insolvabilité indépendamment de la validité ou de la légalité de la créance. Une créance, même valable, pourrait être déclassée en raison d'un accord volontaire ou d'une décision judiciaire. Les deux types de créances qui peuvent généralement être déclassées en cas d'insolvabilité sont celles des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur et celles des propriétaires et des actionnaires du débiteur.

1. Créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur

37. Dans le contexte des groupes d'entreprises, le déclassement des créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur pourrait signifier par exemple que les droits des membres du groupe qui découlent d'arrangements intragroupe seraient éventuellement subordonnés aux droits des créanciers externes des membres du groupe qui sont soumis à la procédure d'insolvabilité.

38. Comme mentionné ci-dessus, le terme "personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur", tel qu'il est employé dans le *Guide législatif*, inclurait les membres d'un groupe d'entreprises. Le simple fait, cependant, d'une relation privilégiée avec le débiteur, y compris, dans le contexte d'un groupe, lorsque celui-ci est un autre membre du même groupe, ne suffira peut-être pas toujours, cependant, à justifier un traitement spécial des créances. Parfois, ces dernières seront totalement transparentes et devraient être traitées de la même manière que les créances analogues déclarées par des créanciers n'ayant pas de relation privilégiée avec le débiteur; dans d'autres cas, elles pourront susciter des soupçons et mériteront une attention particulière. Il pourra être nécessaire qu'une loi sur l'insolvabilité comporte un mécanisme permettant de déceler les types de comportement ou de situations dans lesquels des créances mériteront une attention particulière. Comme il est noté plus haut, des considérations similaires valent pour l'annulation d'opérations entre membres d'un groupe d'entreprises.

39. Le *Guide législatif* recense un certain nombre de situations dans lesquelles un traitement spécial pourrait se justifier (par exemple, lorsque le débiteur est nettement sous-capitalisé et lorsqu'il y a preuve d'abus de confiance). Dans le contexte d'un groupe, d'autres situations pourraient entrer en ligne de compte, par exemple: dans la relation entre une société mère et une filiale contrôlée, la participation de la première à la gestion de la seconde; le fait que la société mère a cherché à manipuler des opérations intragroupe à son propre avantage aux dépens de créanciers externes; ou le fait que la société mère s'est par ailleurs comportée de manière injuste, au détriment de créanciers et d'actionnaires du membre contrôlé du groupe. Dans certaines lois, l'existence de ces circonstances pourrait entraîner le déclassement des créances de la société mère après celles de créanciers chirographaires n'ayant pas de liens privilégiés avec le débiteur, voire d'actionnaires minoritaires de la société contrôlée.

40. Certaines lois prévoient d'autres approches en matière d'opérations intragroupe, par exemple en permettant que des dettes contractées par un membre du groupe qui a emprunté des fonds dans le cadre d'un arrangement de prêt

intragroupe soient subordonnées d'office aux droits des créanciers externes de ce membre; en permettant au tribunal d'examiner les arrangements financiers intragroupe pour déterminer si des fonds particuliers accordés à un membre du groupe devraient être traités comme un apport de capital plutôt que comme un prêt, lorsque les apports de capital sont subordonnés aux droits des créanciers (pour le traitement des participations au capital, voir plus loin); et en autorisant que des créances intragroupe soient subordonnées, de manière volontaire, aux créances externes

41. Dans le contexte d'un groupe d'entreprises, une décision de déclassement pourrait avoir pour conséquence pratique de réduire ou d'éteindre purement et simplement les remboursements aux membres du groupe dont les créances ont été déclassées si le montant des créances garanties et chirographaires externes est important par rapport aux fonds disponibles pour la répartition. Dans certains cas, une telle conséquence risquerait de compromettre la viabilité du membre subordonné et de porter préjudice non seulement à ses propres créanciers, mais aussi à ses actionnaires et, en cas de redressement, à l'ensemble du groupe. L'adoption d'une politique consistant à déclasser ces créances peut avoir pour effet de décourager le prêt intragroupe.

2. Traitement des participations au capital

42. Le *Guide législatif* note (voir deuxième partie, chap. V, par. 76) que de nombreuses lois sur l'insolvabilité font une distinction entre les créances de propriétaires et d'actionnaires susceptibles de naître de prêts accordés au débiteur et les créances résultant de leur participation au capital du débiteur. S'agissant des secondes, nombre de ces lois excluent généralement les propriétaires et les actionnaires de la répartition du produit des actifs tant que toutes les autres créances ayant un rang de priorité supérieur n'ont pas été intégralement remboursées (y compris les créances d'intérêts courant à partir de l'ouverture de la procédure). Aussi les actionnaires et les propriétaires recevront-ils rarement quelque chose pour leur participation au capital du débiteur. Lorsqu'une partie du produit leur revient, celle-ci est généralement répartie en fonction du classement des actions spécifié dans le droit des sociétés et dans les statuts de l'entreprise. En revanche, les créances nées de prêts ne sont pas toujours déclassées.

43. Rares sont les lois sur l'insolvabilité qui traitent expressément du déclassement des créances résultant d'une participation au capital dans le contexte des groupes d'entreprises. L'une d'entre elles permet aux tribunaux d'examiner les arrangements financiers intragroupe pour déterminer si des fonds particuliers accordés à un membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité devraient être traités comme un apport de capital, plutôt que comme un prêt intragroupe, ce qui permet de les subordonner aux droits des créanciers. Ces fonds peuvent être traités comme une participation au capital lorsque le ratio d'endettement initial était élevé avant leur apport et qu'il diminuerait après cet apport; si le capital social libéré était insuffisant; s'il est peu probable qu'un créancier externe aurait consenti un prêt dans des circonstances identiques; et si les conditions dans lesquelles l'avance a été consentie n'étaient pas raisonnables et qu'on ne pouvait pas raisonnablement attendre un remboursement.

44. Le *Guide législatif* aborde la question du déclassement dans le contexte du traitement des créances et des priorités, mais ne recommande pas de déclasser

certains types de créances en vertu de la loi sur l'insolvabilité, notant simplement que les créances déclassées auraient un rang inférieur aux droits des créanciers chirographaires ordinaires (recommandation 189).

[*Le document A/CN.9/WG.V/WP.82 présente les groupes d'entreprises; l'Add.1 aborde la demande et l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (demandes conjointes et coordination procédurale); l'Add.3 aborde les voies de droit (extension du passif, ordonnances de contribution et regroupement des patrimoines), les participants (représentant unique de l'insolvabilité) et les plans de redressement; l'Add.4, enfin, aborde les questions internationales*.]

A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.3 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-cinquième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
VI.	Voies de droit	1-41
	A. Extension de la responsabilité	4-9
	B. Ordonnances de contribution	10-13
	C. Regroupement des patrimoines	14-41
	1. Introduction	14-20
	2. Circonstances justifiant un regroupement	21-22
	3. Personnes autorisées à présenter une demande et moment où la présenter	23-26
	4. Intérêts concurrents en cas de regroupement	27-33
	5. Notification aux créanciers	34-36
	6. Effet d'une ordonnance de regroupement des patrimoines	37-38
	7. Modification d'une ordonnance	39
	8. Regroupement partiel des patrimoines	40
	9. Tribunal compétent	41
VII.	Participants	42-47
	A. Nomination d'un représentant de l'insolvabilité	42-47
	1. Coordination des procédures	42-44
	2. Nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique	45-46
	3. Débiteur non dessaisi	47
VIII.	Redressement de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises	48-55
	1. Plan de redressement unique	49-53
	2. Inclusion d'un membre solvable d'un groupe dans un plan de redressement	54-55

VI. Voies de droit

1. En raison de la nature des groupes d'entreprises et de la façon dont ils opèrent, il se peut qu'existe une toile complexe d'opérations financières intragroupe et que les créanciers aient traité avec différents membres, voire avec le groupe, en tant qu'entité économique unique, et non avec plusieurs membres séparément. Toute tentative de démêler les actifs et les passifs et d'identifier les créanciers de chaque membre du groupe exigera probablement une enquête juridique complexe et coûteuse. Quoi qu'il en soit, le principe de l'entité distincte voulant que chaque membre ne soit tenu qu'envers ses propres créanciers, il faudra peut-être, lorsque des procédures d'insolvabilité ont été ouvertes à l'encontre d'un ou de plusieurs membres, dissocier l'actif et le passif de chacun.

2. Lorsqu'on y parvient, le principe de l'entité distincte a pour effet de limiter le recouvrement des créances aux actifs du membre concerné. Lorsqu'on ne peut y parvenir ou lorsque des raisons précises conduisent à traiter le groupe comme une entreprise unique, certaines lois prévoient des voies de droit qui permettent de déroger à ce principe. À l'origine, ces voies de droit ont été mises au point pour remédier à l'impression d'inefficacité et d'iniquité que donnait, dans certains cas concernant des groupes, le principe traditionnel de l'entité distincte. Ces voies de droit, qui s'ajoutent à la possibilité d'annuler des opérations intragroupe ou de déclasser des prêts intragroupe, peuvent notamment être les suivantes: étendre aux membres solvables du groupe ainsi qu'aux dirigeants et aux actionnaires l'obligation de paiement des dettes externes; et ordonner une contribution ou encore la mise en commun ou le regroupement des patrimoines. Certaines d'entre elles exigent la constatation d'une faute, et d'autres l'établissement de certains faits en relation avec les opérations du groupe. Dans certains cas, notamment en cas de mauvaise gestion, d'autres voies de droit pourraient être plus adéquates, par exemple la révocation des administrateurs incriminés et la limitation de la participation de la direction à la procédure de redressement.

3. En raison de l'iniquité qui peut naître de l'obligation pour un membre du groupe de partager l'actif et le passif avec d'autres membres potentiellement moins solvables, les voies de droit qui dérogent au principe de l'entité distincte ne sont pas toujours disponibles, ne couvrent généralement pas toutes les situations et ne s'appliquent que dans des cas limités. Celles qui consistent à étendre l'obligation de paiement des dettes peuvent permettre de "percer" ou de "lever" le "voile de la personnalité juridique" et, partant, de tenir les actionnaires, généralement exonérés de toute responsabilité pour les activités de l'entreprise, responsables de certaines d'entre elles. Ce n'est pas le cas des autres voies de droit examinées ci-après, même si, dans certaines circonstances, l'effet peut sembler similaire.

A. Extension de la responsabilité

4. L'extension de la responsabilité pour les dettes externes et, dans certains cas, pour les actes des membres du groupe faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité aux membres solvables et aux dirigeants concernés est, dans certaines lois, une voie de droit ouverte à chaque créancier au cas par cas qui dépend de la relation que ce créancier entretient avec le débiteur.

5. De nombreuses lois reconnaissent des circonstances dans lesquelles la responsabilité limitée des sociétés admet des exceptions et où un membre du groupe et les dirigeants concernés pourraient être tenus responsables des dettes et actes d'un autre membre du groupe. Certaines lois adoptent une démarche prescriptive en limitant strictement ces circonstances; d'autres adoptent une démarche plus ouverte en laissant aux tribunaux une large marge d'appréciation pour évaluer chaque cas d'espèce à partir de principes directeurs précis. Dans les deux cas, cependant, l'extension de la responsabilité au-delà de l'entité insolvable se justifie par la relation entre le membre du groupe visé par une procédure d'insolvabilité et les membres ayant des liens privilégiés avec lui en matière de participation et de contrôle. Un autre facteur qui pourra entrer en ligne de compte est le comportement de la société ayant des liens privilégiés avec le membre soumis à une procédure d'insolvabilité vis-à-vis des créanciers de ce membre.

6. S'il existe différentes formulations des circonstances dans lesquelles la responsabilité pourrait être étendue, les exemples tombent généralement dans les catégories suivantes. On notera, cependant, que les lois ne reprennent pas toutes ces catégories et que, parfois, celles-ci se chevauchent:

a) Utilisation abusive, par un membre du groupe (peut-être la société mère), du contrôle qu'il exerce sur un autre membre, notamment l'exploitation constamment à perte d'une filiale dans l'intérêt de l'entité contrôlante;

b) Conduite frauduleuse de l'actionnaire dominant, notamment le siphonnement frauduleux des actifs d'une filiale ou l'accroissement frauduleux de son passif, ou conduite des affaires de la filiale dans l'intention de frauder des créanciers;

c) Exploitation d'une filiale comme mandataire, fiduciaire ou partenaire de la société mère;

d) Conduite des affaires du groupe ou d'une filiale d'une manière risquant de porter préjudice à certaines catégories de créanciers (par exemple, endettement envers les salariés d'un membre du groupe);

e) Fragmentation artificielle d'une entreprise unique en plusieurs entités dans le but d'échapper à d'éventuelles responsabilités; non-respect de l'obligation de traiter les membres d'un groupe en tant que personnes morales distinctes, notamment le non-respect de la responsabilité limitée des filiales ou la confusion d'actifs personnels et sociaux; ou utilisation de la structure de groupe comme simple leurre ou façade, par exemple l'utilisation de la forme sociale pour se soustraire à des obligations légales ou contractuelles;

f) Capitalisation insuffisante d'une entité, de sorte qu'elle ne dispose pas des capitaux nécessaires pour mener ses opérations. Cette sous-capitalisation peut exister lors de la création de l'entité ou résulter d'un épuisement du capital du fait de remboursements aux actionnaires ou du fait que ces derniers touchent des montants supérieurs aux bénéfices distribuables;

g) Fausse déclaration sur la nature réelle du groupe d'entreprises conduisant les créanciers à penser qu'ils traitent avec une entreprise unique plutôt qu'avec un membre d'un groupe;

h) Faute d'exécution, toute personne, y compris un autre membre du groupe, pouvant être tenue de réparer le préjudice ou le dommage subi par une entité du fait d'une fraude, du manquement à une obligation ou de toute autre faute, par exemple tout acte causant un préjudice grave ou un dommage pour l'environnement;

i) Faute de gestion, les administrateurs, y compris les administrateurs occultes d'une entité, ayant l'obligation de surveiller, par exemple, si l'entité peut normalement poursuivre son activité compte tenu de sa situation financière et étant tenus de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans un délai spécifié une fois l'entité devenue insolvable. Le fait de permettre ou d'ordonner à un membre du groupe de contracter des dettes alors qu'il est ou risque de devenir insolvable tomberait dans cette catégorie; et

j) Non-respect de prescriptions réglementaires, comme l'obligation de tenir une comptabilité régulière d'une filiale.

7. Généralement, le simple fait qu'une société mère contrôle ou domine une filiale, ou toute autre forme d'intégration économique étroite au sein d'un groupe d'entreprises, n'est pas considéré comme une raison suffisante pour ignorer la personnalité juridique distincte de chaque membre et pour lever le masque de la personnalité morale.

8. Dans plusieurs des exemples où la responsabilité pourrait être étendue à la société mère ou à une autre entité qui contrôle une filiale insolvable, les membres du conseil d'administration de la société mère ou de l'entité contrôlante (qui peuvent être décrits comme des administrateurs occultes ou de fait) pourront aussi être tenus personnellement responsables. Alors que les administrateurs d'une entité sont généralement redevables de certaines obligations envers cette dernière, les administrateurs d'un membre d'un groupe devront peut-être concilier ces obligations avec les intérêts commerciaux et financiers généraux du groupe. Pour défendre ces intérêts généraux, par exemple, il faudra peut-être, dans certaines circonstances, sacrifier ceux de certains membres. Afin de déterminer si les administrateurs d'une entité contrôlante seront personnellement responsables des dettes ou actes d'une entité contrôlée faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité, on pourrait notamment se fonder sur les éléments suivants: participation active ou non à la gestion de l'entité contrôlée; existence ou non d'une négligence ou d'une fraude grave dans la gestion de l'entité insolvable; manquement ou non de la direction de la société mère à son obligation de vigilance et de diligence, ou abus ou non du pouvoir de gestion; ou existence ou non d'une relation directe entre la gestion de l'entité contrôlée et son insolvabilité. Dans certains pays, les administrateurs peuvent également être pénalement responsables. Pour étendre la responsabilité dans ces cas, l'une des principales difficultés consiste à prouver le comportement en question pour montrer que l'entité contrôlante était l'administrateur occulte ou l'administrateur de fait.

9. Il existe également des lois en vertu desquelles les entités mères assument la responsabilité des dettes de leurs filiales par contrat, en particulier lorsque les créanciers concernés sont des banques, ou par des mécanismes volontaires de garantie réciproque. Dans d'autres lois, qui prévoient différentes formes d'intégration des groupes d'entreprises, l'entité principale peut être solidairement

responsable envers les créanciers des entités intégrées, pour des dettes naissant tant avant qu'après l'intégration.

B. Ordonnances de contribution

10. Une ordonnance de contribution est une ordonnance par laquelle un tribunal peut enjoindre à un membre solvable d'un groupe de verser un montant déterminé pour couvrir tout ou partie des dettes d'autres membres du groupe qui sont soumis à des procédures d'insolvabilité. Bien que ce type de mesures ne soit pas très courant dans les lois sur l'insolvabilité, quelques pays les ont adoptées ou envisagent de le faire et celles-ci se limitent généralement aux procédures de liquidation.

11. Certaines des questions évoquées ci-dessous ne nécessitent pas forcément que des dispositions spécifiques soient incluses dans la loi sur l'insolvabilité étant donné que d'autres lois peuvent déjà prévoir des voies de droit, comme celles concernant la responsabilité et la faute de gestion.

12. Dans les lois qui autorisent effectivement les ordonnances de contribution, la difficulté, évoquée plus haut, de concilier les intérêts des deux ensembles de créanciers chirographaires qui ont traité avec les deux membres distincts fait que le pouvoir de rendre ce type d'ordonnance n'est pas fréquemment exercé. Les tribunaux estiment également qu'une ordonnance de contribution pleine et entière peut être inappropriée si elle a pour effet de compromettre la solvabilité du membre du groupe non encore en liquidation, bien qu'il soit possible d'ordonner une contribution partielle limitée à certains actifs, par exemple le solde restant après l'exécution des obligations de bonne foi.

13. Dans l'une des lois qui prévoient des ordonnances de contribution, le tribunal doit tenir compte de certaines circonstances déterminées lorsqu'il examine la possibilité de rendre ou non une telle ordonnance, à savoir notamment: la mesure dans laquelle un membre ayant des liens privilégiés avec le membre en liquidation a pris part à la gestion de ce dernier; la conduite dont le membre ayant des liens privilégiés a fait preuve vis-à-vis des créanciers du membre en liquidation, même si l'affirmation, par les créanciers, de l'existence d'une relation entre les membres du groupe ne suffit pas à motiver une telle ordonnance; la mesure dans laquelle les circonstances qui ont abouti à la liquidation sont imputables aux actions du membre ayant des liens privilégiés; la conduite d'un membre solvable du groupe après l'ouverture de la procédure de liquidation envers un autre membre du groupe, surtout si elle a des répercussions, directes ou indirectes, sur les créanciers du membre soumis à la procédure d'insolvabilité, par exemple en cas d'inexécution d'un contrat; et tout autre élément que le tribunal juge approprié[1]. Une telle ordonnance pourrait également être prononcée, par exemple, lorsque la filiale doit assumer une lourde responsabilité pour des dommages corporels ou lorsque la société mère a permis à la filiale, alors que celle-ci était insolvable, de poursuivre son activité.

---

[1] New Zealand Companies Act 1993 (loi néo-zélandaise sur les sociétés), sect. 271 (1) (a) et 272 (1).

C. Regroupement des patrimoines

1. Introduction

14. Comme nous l'avons noté plus haut, lorsqu'une coordination procédurale est ordonnée, les actifs et les passifs respectifs des débiteurs restent distincts, les droits fondamentaux des réclamants demeurant inchangés. Le regroupement des patrimoines, en revanche, permet au tribunal, dans des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un même groupe, de ne pas tenir compte, dans des circonstances appropriées, de l'identité distincte de chaque membre, de regrouper leurs actifs et passifs respectifs et de les traiter comme s'il s'agissait de l'actif et du passif d'une entité unique. Ce regroupement a pour effet de créer une masse unique au profit général de l'ensemble des créanciers des membres ainsi regroupés. Peu de pays disposent de lois autorisant les décisions de regroupement et, lorsque cette voie de droit existe, elle n'est pas fréquemment utilisée. On s'inquiète principalement du fait que le regroupement remet en cause le principe de l'identité juridique distincte de chaque membre du groupe, qui est souvent utilisé pour structurer un groupe d'entreprises à diverses fins commerciales, remplissant différents objectifs et ayant d'importantes conséquences, par exemple en termes de droit fiscal, de droit des sociétés et de règles de gouvernement d'entreprise. De nombreux avantages issus de la flexibilité de cette structure pourraient être perdus si les tribunaux consentaient, d'une manière systématique, au regroupement des patrimoines.

15. Malgré l'absence de dispositions législatives expresses ou de norme prescrite sur les circonstances dans lesquelles le regroupement des patrimoines peut être ordonné, les tribunaux de certains pays ont directement contribué au développement de ces ordonnances et à la définition des circonstances adéquates. Cette pratique montre que les tribunaux sont davantage conscients du recours fréquent à des structures organisationnelles imbriquées pour des motifs fiscaux et commerciaux. Les circonstances qui justifieraient une décision de regroupement sont néanmoins très limitées et ce moyen n'est généralement utilisé que lorsque, en raison de l'intégration poussée des membres d'un groupe, du fait d'une participation ou d'un contrôle, il serait difficile, voire impossible, de démêler l'actif et le passif des différents membres sans y consacrer beaucoup de temps et de ressources.

16. Le regroupement est généralement examiné dans le contexte d'une liquidation et la législation qui l'autorise le fait uniquement dans ce contexte. Il existe toutefois des propositions législatives qui autoriseraient le regroupement dans le contexte de différents types de redressement. Dans les pays dépourvus de législation spécifique, il serait possible d'ordonner un regroupement en cas aussi bien de liquidation que de redressement, lorsqu'une telle décision pourrait par exemple faciliter le redressement du groupe. S'il doit généralement être ordonné par le tribunal, le regroupement serait également possible sur la base d'un consensus des parties intéressées. Certains commentateurs estiment que le regroupement par consensus se produit fréquemment dans des affaires portant sur des groupes d'entreprises, et souvent dans des situations où les tribunaux donneraient généralement gain de cause aux créanciers qui s'y opposeraient si une demande formelle était présentée. Un regroupement serait aussi possible par le biais d'un plan de redressement. Certaines lois autorisent l'insertion, dans un plan, d'une proposition de regroupement du débiteur avec d'autres membres du groupe, solvables ou non, proposition qui pourrait être appliquée avec l'approbation des créanciers.

17. Le regroupement pourrait se justifier lorsqu'il accroît la valeur à répartir entre les créanciers, soit en raison de la relation structurelle entre les membres du groupe, de la conduite de leurs affaires et de leurs relations financières, soit en raison de la valeur des actifs communs à l'ensemble du groupe, tels que la propriété intellectuelle utilisée à la fois dans un processus où interviennent plusieurs membres du groupe et dans le produit de ce processus. Une autre raison pourrait être l'absence de réelle séparation entre les membres et le maintien de la structure de groupe uniquement à des fins malhonnêtes ou frauduleuses.

18. Les principales inquiétudes que suscitent ces décisions de regroupement – et qui s'ajoutent à celles liées au problème fondamental du non-respect du principe de l'entité distincte – tiennent notamment à l'injustice qui peut être faite à un groupe de créanciers lorsqu'il est contraint à un partage *pari passu* avec des créanciers d'un membre moins solvable du groupe, et au fait de savoir si les économies ou les avantages dont bénéficie la collectivité des créanciers l'emportent ou non sur les inconvénients que chacun d'eux doit accessoirement subir. Il se pourrait que certains créanciers aient compté sur les actifs distincts ou sur l'identité juridique distincte d'un membre précis du groupe lorsqu'ils traitaient avec lui, et ils ne devraient donc pas se voir refuser un paiement intégral en raison des relations de leur partenaire commercial avec un autre membre du même groupe dont ils n'avaient pas connaissance. Il se pourrait que d'autres créanciers aient compté sur les actifs du groupe dans son ensemble, et il serait injuste de limiter leur recouvrement aux actifs d'un seul membre du groupe.

19. Comme il implique la mise en commun des actifs de différents membres du groupe, le regroupement ne permettra pas nécessairement à chacun des créanciers de recouvrer davantage, mais pourrait avoir plutôt pour effet de niveler les sommes recouvrées par l'ensemble des créanciers, en augmentant le montant distribué à certains au détriment d'autres. De plus, la possibilité d'un regroupement risque de permettre à des créanciers plus solides et plus importants de tirer profit d'actifs qui ne devraient pas leur revenir; d'inciter des créanciers opposants à recourir contre une décision de regroupement, au risque de prolonger la procédure d'insolvabilité; et de compromettre la sécurité offerte par les sûretés réelles ainsi que leur réalisation (si des créances intragroupe disparaissaient en raison d'un regroupement, les créanciers titulaires de sûretés en garantie de ces créances perdraient leurs droits).

20. Le regroupement concernerait généralement les membres du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité, mais il pourrait, dans certains cas et lorsque certaines lois sur l'insolvabilité l'autorisent, s'étendre à un membre apparemment solvable du groupe, lorsque ses affaires sont si étroitement liées à celles des autres membres du groupe qu'il serait avantageux de l'inclure dans le regroupement, lorsque des recherches plus poussées montrent qu'il était en réalité insolvable du fait de la confusion des actifs ou lorsque la personne morale est fictive. Cette situation peut être particulièrement préoccupante pour les créanciers du membre solvable, et une solution limitée pourrait être adoptée de sorte que l'ordonnance de regroupement ne s'applique qu'aux capitaux propres du membre solvable pour protéger les droits de ces créanciers.

2. Circonstances justifiant un regroupement

21. Un certain nombre d'éléments jugés utiles pour déterminer si un regroupement des patrimoines se justifie ou non ont été recensés, tant dans la législation qui autorise les décisions de regroupement que dans la pratique des tribunaux qui ont contribué à développer ces dernières. Chaque fois, il s'agit de mettre en balance ces différents éléments pour prendre une décision juste et équitable; aucun élément n'est nécessairement décisif à lui seul et les éléments n'ont pas besoin d'être tous réunis dans un cas précis. Ces éléments sont notamment les suivants: la présence d'états financiers consolidés pour le groupe; l'utilisation d'un seul compte bancaire pour tous les membres du groupe; le fait qu'il y ait une communauté d'intérêts entre les membres du groupe et que leur capital soit détenu par les mêmes personnes; le niveau de difficulté pour isoler l'actif et le passif de chaque membre; le partage des frais indirects, de gestion, de comptabilité et autres frais connexes entre différents membres du groupe; l'existence de prêts intragroupe et de garanties croisées pour ces prêts; la mesure dans laquelle des actifs ou des fonds ont été transférés d'un membre à l'autre pour des raisons pratiques, sans respecter les formalités appropriées; la suffisance de capital; la confusion d'actifs ou d'opérations commerciales; la nomination d'administrateurs ou de dirigeants communs et la tenue de conseils d'administration communs; un établissement commun; des opérations frauduleuses avec des créanciers; l'habitude d'inciter les créanciers à considérer le groupe d'entreprises comme une entité unique, ce qui crée la confusion chez les créanciers qui ne savent pas avec quel membre du groupe ils ont traité et brouille par ailleurs les contours juridiques des entreprises elles-mêmes; et le point de savoir si un regroupement faciliterait un redressement ou sert les intérêts des créanciers.

22. Ces nombreux facteurs conservent leur pertinence, mais certains tribunaux ont commencé à se concentrer sur un nombre limité d'entre eux et en particulier sur le fait de savoir si les affaires des membres du groupe sont tellement imbriquées que la séparation des patrimoines ne ferait qu'entraîner une perte considérable de temps et d'argent ou si les membres d'un groupe se livrent à des pratiques frauduleuses ou à des activités sans objet commercial légitime. Il ne s'agit pas ici de fraudes dans les opérations quotidiennes d'une société, mais plutôt de l'absence totale d'objet commercial légitime, qui peut avoir trait aux raisons pour lesquelles la société a été créée ou, une fois créée, aux activités qu'elle mène. On peut par exemple citer le cas du débiteur qui transfère pratiquement tous ses actifs à une entité nouvellement créée, ou à des entités séparées qu'il détient, afin de préserver et de conserver ces actifs pour son propre bénéfice et ainsi gêner, retarder et frauder ses créanciers. La simulation est un autre type de pratique frauduleuse, qui peut consister à créer un contrat qui n'exprime pas la véritable intention des parties et qui est dépourvu d'effet entre elles ou dont l'effet est différent de celui décrit dans le contrat, autrement dit un contrat fictif.

3. Personnes autorisées à présenter une demande et moment où la présenter

23. Une loi sur l'insolvabilité devrait traiter la question de savoir qui peut présenter une demande de regroupement des patrimoines et à quel moment. S'agissant de la première partie de la question, il semblerait approprié de suivre l'approche de la recommandation 14 du *Guide législatif* concernant les parties autorisées à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Au sein d'un

groupe, ces parties seraient un membre du groupe et un créancier de ce membre. Il conviendrait en outre d'autoriser le représentant de l'insolvabilité d'un membre à demander le regroupement car il arrive souvent que le ou les représentants nommés pour administrer les membres d'un groupe disposent des informations les plus complètes sur ces derniers et soient ainsi les plus à même d'apprécier l'opportunité ou l'intérêt d'un regroupement des patrimoines.

24. Bien que dans certains États le tribunal ait le pouvoir de décider de sa propre initiative d'ordonner le regroupement des patrimoines, la gravité des effets d'une telle décision impose de suivre un processus juste et équitable et de donner la possibilité aux parties intéressées d'être entendues et de s'opposer à une telle décision. Il est par conséquent souhaitable de ne pas donner un tel pouvoir aux tribunaux. Il convient de noter que le *Guide législatif* ne prévoit généralement pas que les tribunaux prennent des décisions de leur propre initiative sur des questions d'insolvabilité d'une telle gravité.

25. Étant donné que les facteurs justifiant le regroupement des patrimoines ne sont pas forcément toujours apparents ou certains au moment où la procédure d'insolvabilité est ouverte, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité apporte une réponse souple à la question du moment auquel former une demande de regroupement. Une telle demande pourrait être formée en même temps qu'une demande d'ouverture de la procédure, ou à tout moment par la suite, même si la possibilité de demander le regroupement pourrait être limitée en réalité par l'état d'avancement de l'administration de la procédure, en particulier, par exemple, s'agissant de l'exécution d'un plan de redressement. Lorsque le regroupement est ordonné après l'ouverture de la procédure, il se peut que certaines questions aient déjà été résolues, comme la déclaration et l'admission des créances, ou que certaines décisions aient été prises et appliquées à l'égard des différents membres du groupe. Il est souhaitable que la décision ordonne le regroupement des différentes procédures déjà engagées et préserve les droits existants. Il serait donc envisageable par exemple de traiter les créances déjà admises à l'encontre d'un membre comme créances admises sur la masse regroupée.

26. La même approche pourrait prévaloir pour étendre un regroupement existant à d'autres membres d'un groupe. Il peut devenir manifeste, pendant l'administration de la procédure, que d'autres membres du groupe devraient être inclus, à condition que les motifs sur lesquels s'appuie la décision initiale se vérifient aussi pour ces membres. Si la décision de regroupement est prise avec le consentement des créanciers, ou si les créanciers se voient donner la possibilité de s'opposer à une proposition de regroupement, l'ajout d'un autre membre à une étape ultérieure de la procédure peut modifier le groupe d'actifs par rapport à ce qui avait été convenu ou notifié aux créanciers à l'origine. Dans ce cas, il est souhaitable de donner à nouveau la possibilité aux créanciers d'accepter ou de refuser cet ajout. Lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné après une distribution partielle aux créanciers, l'adoption d'une règle garantissant l'égalité entre créanciers pourrait être souhaitable. On éviterait ainsi qu'un créancier ayant été partiellement désintéressé sur les actifs du seul membre du groupe ne reçoive paiement pour la même créance dans la procédure regroupée si le montant payé aux autres créanciers de la même classe est proportionnellement inférieur à la distribution partielle qu'il a déjà obtenue.

4. Intérêts concurrents en cas de regroupement

27. Non seulement les intérêts concurrents des créanciers des différents membres d'un groupe mais aussi ceux de différentes parties prenantes méritent d'être pris en considération dans le contexte d'un regroupement, en particulier les créanciers et les actionnaires; les actionnaires des différents membres du groupe, notamment ceux qui sont actionnaires de certains membres, mais pas d'autres; et les créanciers garantis et prioritaires des différents membres regroupés.

a) Propriétaires et actionnaires

28. De nombreuses lois sur l'insolvabilité adoptent la règle générale selon laquelle les droits des créanciers l'emportent sur ceux des propriétaires et des actionnaires, les droits de ces derniers ayant un rang inférieur à toutes les autres créances dans l'ordre de priorité régissant la répartition. Il en résulte souvent que les propriétaires et actionnaires ne reçoivent rien. Dans le contexte d'un groupe d'entreprises, les actionnaires de certains membres ayant de nombreux actifs et un passif peu important peuvent recevoir un paiement, alors que les créanciers d'autres membres qui ont moins d'actifs et un passif plus élevé ne recevront peut-être rien. Si le principe général qui consiste à classer les actionnaires après les créanciers chirographaires était appliqué, en cas de regroupement, au groupe dans son ensemble, tous les créanciers pourraient être payés avant les actionnaires d'un membre quelconque du groupe.

b) Créanciers garantis

29. Le *Guide législatif* examine la position des créanciers garantis dans la procédure d'insolvabilité et estime que, en règle générale, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle valide devraient être reconnues et la valeur économique des actifs grevés préservée. Cette approche vaudra aussi pour le traitement des créanciers garantis dans le contexte d'un groupe d'entreprises. Le *Guide* reconnaît également qu'une loi sur l'insolvabilité peut néanmoins avoir une incidence sur les droits de ces créanciers si des considérations commerciales et économiques l'exigent, sous réserve des mesures de protection appropriées (voir deuxième partie, chap. II, par. 59).

30. On pourrait se demander, à propos du regroupement notamment: si une sûreté réelle grevant tout ou partie des actifs d'un membre du groupe pourrait être étendue aux actifs d'un autre membre du groupe lorsqu'une décision de regroupement a été prise, ou si cette sûreté devrait être limitée à l'ensemble déterminé d'actifs sur lequel le créancier garanti s'était fondé à l'origine; si des créanciers garantis dont la sûreté n'est pas suffisante pourraient faire valoir des droits sur les actifs mis en commun en tant que créanciers chirographaires; et si des créanciers garantis internes (c'est-à-dire des créanciers qui sont dans le même temps membres du groupe) devraient être traités différemment des créanciers garantis externes. À cet égard, il pourrait être utile d'envisager des solutions différentes pour les sûretés grevant des actifs particuliers et celles grevant l'ensemble de la masse. Le fait de permettre l'extension de la sûreté d'un créancier garanti aux actifs faisant l'objet du regroupement, au moment de ce dernier, pourrait améliorer la position de ce créancier au détriment d'autres créanciers.

31. S'agissant des créanciers garantis externes, une solution pourrait consister à les exclure du regroupement, ce qui reviendrait à effectuer un regroupement partiel. Les créanciers garantis qui ont tenu compte de l'identité distincte des membres du groupe, comme dans le cas où ils se seraient fondés sur une garantie intragroupe, devraient peut-être faire l'objet d'une attention particulière. Lorsque des actifs grevés sont nécessaires au redressement, une solution différente pourrait être envisagée, qui consisterait par exemple à autoriser le tribunal à adapter la décision de regroupement de manière à prévoir des dispositions spécifiques pour ces actifs ou à exiger le consentement du créancier garanti concerné. Un créancier garanti pourrait renoncer à sa sûreté réelle à la suite du regroupement, la dette devenant payable par l'ensemble des entités regroupées.

32. Le sort des créanciers garantis internes pourrait aussi avoir à être examiné. En vertu de certaines lois, ces sûretés internes pourraient s'éteindre, les créanciers se retrouvant avec une créance non garantie, être modifiées ou déclassées.

c) Créanciers prioritaires

33. Des questions similaires se posent en relation avec le traitement des créanciers prioritaires. Sur le plan pratique, ils pourraient bénéficier ou pâtir de la mise en commun des actifs du groupe de la même manière que les autres créanciers chirographaires. Lorsque les priorités, par exemple celles octroyées aux prestations sociales ou aux créances fiscales, reposent sur le principe de l'entité unique, la question se pose de savoir comment elles devraient être traitées à l'échelle du groupe, surtout lorsqu'il y a interaction entre elles. Par exemple, les salariés d'un membre du groupe qui a de nombreux actifs et un passif peu important risquent d'être en concours avec ceux d'un membre qui se trouve dans la situation inverse, en cas de regroupement. Si les créanciers prioritaires sont en général susceptibles d'obtenir un meilleur résultat au détriment des créanciers chirographaires non prioritaires, les différents groupes de créanciers prioritaires devront peut-être revoir les attentes qu'ils pourraient entretenir du fait de leur rang de priorité à l'égard des actifs d'une entité unique.

5. Notification aux créanciers

34. Une demande de regroupement des patrimoines peut être soumise aux mêmes conditions de notification qu'une demande d'ouverture de procédure dans le *Guide législatif*. Lorsqu'elle est formée au même moment que la demande d'ouverture de procédure, seule la demande formée par des créanciers devrait être notifiée aux débiteurs concernés, conformément à la recommandation 19. La demande des membres d'un groupe formée en même temps que la demande d'ouverture ne devrait pas obligatoirement être notifiée aux créanciers, conformément aux recommandations 22 et 23 du *Guide législatif*, qui n'exigent pas la notification de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité aux créanciers de l'entité concernée.

35. En raison de l'impact potentiel du regroupement sur les droits des créanciers, les créanciers concernés devraient avoir le droit d'être avisés de toute décision de regroupement prise au moment de l'ouverture et pouvoir faire appel, conformément à la recommandation 138. Il faut notamment se demander si une seule objection suffirait à empêcher le regroupement. Une solution possible serait, par exemple, d'attribuer aux créanciers qui se sont opposés au regroupement et qui seront

fortement désavantagés par celui-ci par rapport à d'autres créanciers, un paiement supérieur à celui que recevront les autres créanciers chirographaires, ce qui reviendrait à s'écarter du principe strict de répartition égale. On pourrait aussi exclure certains groupes de créanciers avec certains types de contrats, par exemple des arrangements de financement de projets à recours limité qui ont été conclus avec des membres clairement identifiés du groupe dans des conditions commerciales normales.

36. Lorsque des créanciers forment une demande de regroupement après l'ouverture de la procédure, il serait souhaitable que cette demande soit notifiée aux représentants de l'insolvabilité des entités à regrouper. La notification devrait se faire de manière efficace et rapide selon les modalités définies par la loi interne.

6. Effet d'une ordonnance de regroupement des patrimoines

37. La loi sur l'insolvabilité devrait déterminer les effets d'une ordonnance de regroupement des patrimoines, qui seraient notamment les suivants: la constitution d'une masse unique regroupée de l'insolvabilité; l'extinction des créances intragroupe; le traitement des créances à l'égard de chaque membre à regrouper comme créances sur la masse regroupée; la reconnaissance des priorités établies par rapport à chaque membre comme priorités par rapport à la masse regroupée; et la tenue d'une seule réunion de créanciers pour tous les membres ayant fait l'objet du regroupement. En ce qui concerne la valeur de liquidation aux fins de la recommandation 152 b) du *Guide législatif*, cette valeur serait, en cas de regroupement des patrimoines, la valeur de liquidation de l'entité regroupée, et non la valeur de liquidation des différents membres avant regroupement des patrimoines.

38. Lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou lorsque des membres du groupe sont ajoutés à un regroupement à des moments différents, le choix de la date à partir de laquelle serait calculée la période suspecte devra probablement être envisagé de manière à apporter une certaine sécurité aux prêteurs et aux autres tiers. La question peut gagner en importance à mesure que le délai entre la demande d'ouverture, ou l'ouverture, de chaque procédure d'insolvabilité et la décision de regroupement des patrimoines s'allonge. Choisir la date de la décision de regroupement des patrimoines pour calculer la période suspecte à des fins d'annulation risquerait de poser des problèmes pour les opérations conclues entre la date de la demande d'ouverture, ou de l'ouverture, des procédures visant les différents membres du groupe et la date du regroupement. Une solution consisterait à calculer cette date en se fondant sur la recommandation 89 du *Guide législatif*. Une autre serait de fixer une date commune en se référant à la date à laquelle une demande d'ouverture a été formée ou une procédure d'insolvabilité ouverte à l'encontre des membres à regrouper, suivant ce qui intervient en premier. Dans l'un ou l'autre cas, la date devrait être spécifiée dans la loi sur l'insolvabilité à des fins de transparence et de prévisibilité.

7. Modification d'une ordonnance

39. Bien que, en raison des effets considérables d'une ordonnance de regroupement des patrimoines, la modification de cette décision ne soit pas toujours possible ou souhaitable, il se peut que l'ordonnance initiale doive être modifiée si les circonstances viennent à changer ou si de nouvelles informations deviennent disponibles. En pareil cas, il faudra que la décision de modification soit sans

conséquence sur toute mesure ou décision prise en application de l'ordonnance initiale.

8. Regroupement partiel des patrimoines

40. Certaines lois prévoient ce que l'on peut appeler un "regroupement partiel des patrimoines", c'est-à-dire une décision limitée de regroupement des patrimoines qui exclut certains actifs ou créances. Le regroupement peut être limité, par exemple, aux actifs et passifs qui sont imbriqués et exclure les actifs dont on connaît le propriétaire avec certitude. Une autre possibilité est d'exclure certains actifs du regroupement si autrement on risque de léser injustement les créanciers.

9. Tribunal compétent

41. Les questions examinées ci-dessus (voir A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.1, par. 15, 16, 23 et 24) à propos des demandes conjointes et de la coordination procédurale vaudraient aussi pour le regroupement des patrimoines.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions relatives au regroupement des patrimoines est:

a) De faire respecter, en tant que principe de base, l'identité juridique distincte de chaque membre d'un groupe d'entreprises;

b) De prévoir un cadre législatif pour le regroupement des patrimoines;

c) De préciser les circonstances très limitées dans lesquelles le regroupement des patrimoines est possible; et

d) De spécifier les critères objectifs et les procédures sur lesquels le regroupement des patrimoines devrait se fonder pour assurer la transparence et la prévisibilité.

Contenu des dispositions législatives

Identité juridique distincte au sein des groupes d'entreprises

16. La loi sur l'insolvabilité devrait respecter l'identité juridique distincte de chaque membre d'un groupe d'entreprises. Les exceptions à ce principe général devraient être limitées aux motifs exposés dans la recommandation 17.

Regroupement des patrimoines

17. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que le tribunal est habilité à ordonner le regroupement des patrimoines dans des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises dans les circonstances ci-après:

a) Lorsque le tribunal a la conviction que les actifs ou les passifs respectifs des membres du groupe d'entreprises sont si étroitement imbriqués

qu'il serait excessivement long ou coûteux de déterminer qui est propriétaire de tel ou tel actif et qui doit répondre de tel ou tel passif; ou

b) Lorsque deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises se livrent à des pratiques frauduleuses ou à des activités sans objet commercial légitime et que le tribunal a la conviction que le regroupement des patrimoines est essentiel pour corriger cette situation.

Demande de regroupement des patrimoines

18. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier:

a) Les personnes autorisées à demander le regroupement des patrimoines, à savoir notamment un membre d'un groupe d'entreprises, le représentant de l'insolvabilité d'un membre quelconque du groupe ou un créancier de ce membre;

b) Qu'une demande de regroupement des patrimoines peut être formée en même temps qu'une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises, ou à tout moment par la suite.

Effet d'une ordonnance de regroupement des patrimoines

19. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une ordonnance de regroupement des patrimoines devrait avoir les effets suivants:

a) Les créances et les dettes entre membres d'un groupe visés par l'ordonnance s'éteignent;

b) Les créances à l'égard des membres d'un groupe visés par l'ordonnance sont traitées comme des créances sur la masse unique regroupée;

c) Les priorités établies dans chaque procédure d'insolvabilité devraient être reconnues dans le cadre du regroupement des patrimoines [nonobstant l'effet de ce regroupement]; et

d) Une seule réunion des créanciers peut être convoquée pour l'ensemble des membres d'un groupe ayant fait l'objet du regroupement.

Traitement des sûretés réelles en cas de regroupement des patrimoines

20. La loi sur l'insolvabilité devrait respecter les droits et priorités d'un créancier qui détient une sûreté réelle sur un actif d'un membre du groupe visé par une ordonnance de regroupement des patrimoines, sauf:

a) Si le passif garanti est dû uniquement entre les membres du groupe et s'éteint du fait d'une ordonnance de regroupement des patrimoines; ou

b) Si le tribunal considère que la sûreté réelle a été obtenue par une fraude à laquelle le créancier a pris part; ou

c) Si l'opération par laquelle a été constituée la sûreté réelle est susceptible d'annulation au titre de la recommandation 88 du *Guide législatif*.

Regroupement partiel des patrimoines

21. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que le tribunal a la possibilité d'exclure certains actifs ou certaines créances lorsqu'il ordonne le regroupement des patrimoines.

Calcul de la période suspecte en cas de regroupement des patrimoines

22. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier la date à partir de laquelle devrait être calculée la période suspecte pour l'annulation des opérations du type mentionné dans la recommandation 87 du *Guide législatif* lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné:

a) Lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné en même temps que l'ouverture des procédures d'insolvabilité, la date spécifiée à partir de laquelle la période suspecte est calculée rétroactivement devrait être déterminée conformément à la recommandation 89 du *Guide législatif*;

b) Lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné après l'ouverture des procédures d'insolvabilité, la date spécifiée à partir de laquelle la période suspecte est calculée rétroactivement peut être:

i) une date différente pour chacun des membres visés par le regroupement, à savoir soit la date de demande d'ouverture soit la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité à l'encontre de chacun de ces membres, conformément à la recommandation 89 du *Guide législatif*; ou

ii) une date commune pour tous les membres visés par l'ordonnance de regroupement, à savoir la date de demande d'ouverture ou celle d'ouverture des procédures d'insolvabilité à l'encontre de ces membres, la plus rapprochée étant retenue.

Modification d'une ordonnance de regroupement des patrimoines

23. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal peut modifier une ordonnance de regroupement des patrimoines, y compris de regroupement partiel, à condition que l'ordonnance de modification n'ait pas d'incidence sur les mesures ou décisions prises en application de l'ordonnance de regroupement.

Tribunal compétent

24. La loi sur l'insolvabilité devrait indiquer que, afin que la recommandation 13 du *Guide législatif* s'applique aux groupes d'entreprises, les mots "ouvrir et conduire la procédure d'insolvabilité, y compris pour connaître des questions se posant pendant son déroulement" englobent les demandes et les ordonnances de regroupement des patrimoines.

Notification

25. La loi sur l'insolvabilité devrait fixer les conditions de notification des demandes et des ordonnances de regroupement des patrimoines ainsi que des demandes et des ordonnances de modification du regroupement, notamment les

parties qui devraient recevoir notification; la partie chargée de la notification; et le contenu de la notification.

VII. Participants

A. Nomination d'un représentant de l'insolvabilité

1. Coordination des procédures

42. Le *Guide législatif* examine un certain nombre de questions relatives à la nomination et au rôle du représentant de l'insolvabilité, les recommandations 115 à 125 s'appliquant d'une manière générale dans le contexte d'un groupe. Lorsque plusieurs procédures sont ouvertes à l'encontre des membres d'un groupe, une ordonnance de coordination procédurale peut être prise, ou ne pas l'être. Dans les deux cas, la coordination de ces procédures peut être facilitée si la loi sur l'insolvabilité inclut des dispositions spécifiques favorisant la coordination et indiquant la manière d'y parvenir, en se fondant sur l'article 27 de la Loi type. Cette approche pourrait être adoptée en matière de coordination entre les différents tribunaux chargés d'administrer les procédures pour différents membres d'un groupe ou entre différents représentants de l'insolvabilité nommés dans ces procédures. Lorsque des représentants de l'insolvabilité sont nommés, leurs obligations au titre du *Guide législatif* (en particulier les recommandations 111, 116, 117 et 120) pourraient être élargies pour comprendre notamment: le partage et la communication d'informations; l'approbation ou l'application des accords relatifs à la répartition des pouvoirs et des obligations entre les représentants de l'insolvabilité; la coopération pour l'utilisation et la disposition des actifs; la proposition et la négociation de plans de redressement coordonnés (à moins qu'il soit possible d'élaborer un plan unique pour le groupe, comme on le verra ci-après); la coordination de l'utilisation des pouvoirs d'annulation; l'obtention d'un financement postérieur à l'ouverture; et la coordination de la déclaration et l'admission des créances ainsi que la répartition des sommes entre créanciers. La loi sur l'insolvabilité pourrait aussi traiter de la résolution rapide des conflits entre les différents représentants de l'insolvabilité qui ont été nommés.

43. Lorsque plusieurs représentants de l'insolvabilité sont nommés pour les différentes procédures, la loi sur l'insolvabilité peut autoriser l'un d'entre eux, par exemple celui de la société mère, à assumer un rôle prépondérant dans la coordination des procédures dont font l'objet les membres d'un groupe. Bien qu'un tel rôle puisse refléter la réalité économique du groupe, l'égalité de tous les représentants de l'insolvabilité devrait être préservée au regard de la loi. La coordination sous la conduite d'un des représentants peut aussi se faire de manière volontaire, dans les limites de la loi applicable.

44. Dans certains pays, il arrive que ce soient les tribunaux, et non les représentants de l'insolvabilité, qui possèdent l'autorité principale pour coordonner les procédures d'insolvabilité. Lorsque la loi sur l'insolvabilité en dispose ainsi, et que différents tribunaux administrent des procédures visant différents membres d'un groupe, il est souhaitable que les dispositions concernant la coordination des procédures s'appliquent aussi aux tribunaux et que ces derniers disposent de pouvoirs inspirés de l'article 27 de la Loi type.

2. Nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique

45. La coordination de multiples procédures pourrait être facilitée par la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique. En pratique, il pourrait être possible d'en nommer un pour administrer des procédures multiples, ou il pourrait être nécessaire de nommer le même pour chacune des procédures à coordonner, tout dépendant des règles de procédure. Une telle nomination permettrait de coordonner l'administration des différents membres, réduirait les frais et faciliterait la collecte d'informations sur le groupe dans son ensemble. De nombreuses lois sur l'insolvabilité n'abordent pas cette question. Dans certains pays, toutefois, la nomination d'un seul représentant de l'insolvabilité dans le contexte des groupes est devenue courante. On y a également recouru, dans une mesure limitée, dans certains cas d'insolvabilité internationale.

46. Lorsqu'un représentant de l'insolvabilité unique est nommé pour administrer un groupe comprenant de multiples débiteurs entretenant des relations financières et commerciales complexes et différents groupes de créanciers, des conflits peuvent apparaître, notamment en relation avec des garanties croisées, des dettes intragroupe, des financements postérieurs à l'ouverture ou des actes illicites commis par un membre envers un autre. Pour parer à d'éventuels conflits, le représentant de l'insolvabilité pourrait être tenu de s'engager à solliciter l'avis du tribunal ou être soumis à une règle de pratique ou à une obligation légale l'y contraignant. De plus, la loi sur l'insolvabilité pourrait prévoir la nomination d'un ou de plusieurs autres représentants de l'insolvabilité pour administrer les entités en conflit. Cette nomination pourrait être liée au domaine spécifique du conflit et être circonscrite à la résolution de ce conflit, ou valoir pour la durée de la procédure. L'obligation d'information contenue dans les recommandations 116 et 117 du *Guide législatif* peut s'appliquer aux situations de conflit qui se posent dans le contexte d'un groupe.

3. Débiteur non dessaisi

47. Lorsque la loi sur l'insolvabilité permet au débiteur de garder les rênes de son entreprise et qu'aucun représentant de l'insolvabilité n'est nommé, il faudra peut-être prêter une attention particulière à la question de savoir comment les multiples procédures devraient être coordonnées et dans quelle mesure les obligations applicables au représentant de l'insolvabilité, y compris les obligations supplémentaires mentionnées ci-dessus, s'appliqueront à ce débiteur (voir *Guide législatif*, deuxième partie, chap. III, par. 16 à 18). Si le débiteur non dessaisi remplit les fonctions de représentant de l'insolvabilité, il conviendrait peut-être également d'étudier la manière dont les dispositions d'une loi sur l'insolvabilité permettant la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou permettant à l'un des multiples représentants de diriger la coordination des procédures pourraient s'appliquer à ce débiteur.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions relatives aux représentants de l'insolvabilité dans le contexte des groupes d'entreprises est:

a) De faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité ouvertes à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises; et

b) D'encourager la coopération lorsque deux représentants de l'insolvabilité ou plus sont nommés, afin d'éviter les chevauchements; de faciliter la collecte des informations sur les affaires financières et commerciales de l'ensemble du groupe d'entreprises; et de réduire les coûts.

Contenu des dispositions législatives

Nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique

26. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier [qu'un représentant de l'insolvabilité unique] [que le même représentant de l'insolvabilité] peut être nommé lorsque le tribunal décide que cette mesure sert au mieux les intérêts de l'administration des masses de l'insolvabilité de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises.

Conflit d'intérêts

27. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les mesures à prendre pour régler les conflits d'intérêts qui risquent de se poser lorsqu'un seul représentant de l'insolvabilité a été nommé pour administrer les procédures d'insolvabilité engagées à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises. Ces mesures peuvent inclure la nomination d'un ou de plusieurs représentants de l'insolvabilité supplémentaires.

Coopération entre deux représentants de l'insolvabilité ou plus dans le contexte d'un groupe

28. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que, lorsque des procédures d'insolvabilité ont été ouvertes à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises, les représentants de l'insolvabilité nommés devraient coopérer dans toute la mesure possible[2].

Coopération entre deux représentants de l'insolvabilité ou plus en cas de coordination procédurale

29. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsque plusieurs représentants de l'insolvabilité ont été nommés pour des procédures d'insolvabilité faisant l'objet d'une coordination procédurale, ceux-ci devraient coopérer dans toute la mesure possible.

Formes de coopération

30. Dans la mesure permise par la loi, la coopération dont les représentants de l'insolvabilité devraient faire preuve dans toute la mesure possible peut être assurée par tout moyen approprié, notamment:

---

[2] Outre les dispositions de la loi sur l'insolvabilité relatives à la coopération et à la coordination, le tribunal peut en général indiquer les mesures à prendre à cette fin pendant l'administration de la procédure.

a) Le partage et la communication d'informations;

b) L'approbation ou l'application d'accords relatifs à la répartition des pouvoirs et des obligations entre les représentants de l'insolvabilité, y compris l'assignation d'un rôle de coordination ou d'un rôle prépondérant à un seul représentant de l'insolvabilité;

c) La coordination de la proposition et de la négociation de plans de redressement; et

d) La coordination de l'administration et de la surveillance des affaires des membres d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité, notamment des opérations courantes lorsque l'activité doit se poursuivre; du financement postérieur à l'ouverture de la procédure; de la protection des actifs; de l'utilisation et de la disposition d'actifs; de l'utilisation des pouvoirs d'annulation; de la déclaration et de l'admission des créances; et de la répartition du produit de la disposition entre les créanciers.

VIII. Redressement de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises

48. Les recommandations 139 à 159 du *Guide législatif* traitent des questions spécifiques à l'élaboration, à la proposition, au contenu, à l'approbation et à l'exécution d'un plan de redressement. D'une manière générale, ces recommandations seront applicables dans le contexte d'un groupe d'entreprises. Il est toutefois souhaitable de se demander si, dans le cas particulier des groupes, des recommandations supplémentaires ou des explications plus détaillées sur l'application des recommandations existantes sont nécessaires.

1. Plan de redressement unique

49. Lorsque des procédures de redressement sont ouvertes à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises, que celles-ci doivent ou non être soumises à une coordination procédurale, une question que le *Guide législatif* ne traite pas est celle de savoir s'il sera possible de redresser les débiteurs en recourant à un plan unique. Un tel plan permettrait de réaliser des économies sur l'ensemble des procédures ouvertes contre le groupe, de régler les difficultés financières du groupe de manière coordonnée, et de maximiser la valeur pour les créanciers. Bien que plusieurs lois sur l'insolvabilité autorisent la négociation d'un plan de redressement unique, dans certaines lois cette approche est uniquement possible lorsque les procédures font l'objet d'une coordination procédurale ou donnent lieu à un regroupement des patrimoines, alors que dans d'autres elle ne serait généralement possible que lorsque les procédures pourraient être coordonnées de façon volontaire.

50. Si une loi sur l'insolvabilité autorisait l'élaboration et l'approbation d'un plan de redressement unique à l'égard de plusieurs membres d'un groupe, il faudrait se pencher sur l'application à un groupe d'un certain nombre de dispositions du *Guide législatif* relatives au redressement d'un débiteur unique, en particulier celles concernant la coordination de l'élaboration du plan, notamment les parties compétentes pour le proposer ou pour participer à sa proposition; la nature et la

teneur d'un plan et la documentation devant l'accompagner; la convocation et la conduite des réunions de créanciers concernant le plan; le classement des créances et les catégories de créanciers; le vote des créanciers et l'approbation d'un plan, notamment lorsque les membres d'un groupe sont créanciers les uns des autres et ont à ce titre des "liens privilégiés" entre eux; les mesures de protection applicables; les objections à l'approbation du plan (ou à son homologation, si celle-ci est exigée); et l'exécution d'un plan.

51. Dans la pratique, l'idée d'un plan de redressement unique nécessiterait l'élaboration et l'approbation du même plan, ou d'un plan similaire, dans chacune des procédures concernant les membres couverts par le plan. Le plan serait approuvé pour chaque membre, les créanciers de chaque membre votant conformément aux règles applicables à un plan pour un débiteur unique; il ne serait pas souhaitable d'envisager une approbation à l'échelle du groupe et de permettre à la majorité des créanciers de la majorité des membres d'imposer un plan pour l'ensemble des membres. Le processus de préparation du plan et de sollicitation de l'approbation devrait tenir compte de la nécessité pour tous les membres du groupe d'approuver ce plan et devra en conséquence traiter des avantages pouvant être tirés d'une telle approbation et des informations nécessaires pour obtenir cette approbation. Ces questions relèveraient des recommandations 143 et 144 du *Guide législatif* concernant le contenu du plan et de la note d'information jointe à ce dernier. Des informations supplémentaires pourraient être utilement fournies dans le contexte d'un groupe, notamment sur les opérations du groupe et son fonctionnement en tant que tel.

52. Un plan de redressement unique devrait prendre en compte les intérêts des différents groupes de créanciers et il pourrait être souhaitable dans certaines circonstances de prévoir des taux de remboursement différents pour les créanciers des différents membres du groupe. S'agissant de l'approbation du plan, il serait également souhaitable de trouver un juste équilibre entre les droits des différents groupes de créanciers, y compris des majorités adéquates, aussi bien parmi les créanciers d'un seul membre que parmi les créanciers de différents membres du groupe. Pour calculer les majorités applicables dans le contexte d'un groupe, il faudra peut-être examiner la manière de comptabiliser, aux fins du vote, les créanciers qui sont chacun titulaires d'une même créance à l'encontre de différents membres du groupe, lorsque ces créances ont des rangs de priorité différents. Il faudra peut-être examiner également la question de savoir si le rejet du plan par les créanciers d'un des membres pourrait empêcher l'approbation du plan à l'échelle du groupe et quelles en seraient les conséquences. Une solution consisterait à s'appuyer sur les dispositions applicables à l'approbation d'un plan de redressement pour un débiteur unique. Une autre consisterait à élaborer des règles de majorité différentes spécialement destinées à faciliter l'approbation dans le contexte d'un groupe. Des mesures de protection similaires à celles prévues dans la recommandation 152 du *Guide législatif* pourraient également être prévues, avec une exigence supplémentaire, à savoir que le plan soit équitable entre les créanciers des différents membres du groupe.

53. Dans le cadre d'un groupe, on entendrait par "personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur" notamment une personne qui a ou a eu un pouvoir de contrôle sur l'entreprise du débiteur ou une société mère, une filiale ou une société apparentée du débiteur. Le *Guide législatif* traite du vote de ces personnes pour

l'approbation du plan (voir deuxième partie, chap. IV, par. 46) et note que, même si certaines lois sur l'insolvabilité restreignent leur capacité de voter de différentes manières, la plupart d'entre elles ne traitent pas spécifiquement de la question. Le *Guide législatif* ne recommande pas de restreindre le droit de vote de ces personnes, mais, lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit de telles restrictions, celles-ci pourraient poser des problèmes si tous les créanciers d'un membre du groupe ont des liens privilégiés avec lui ou si très peu d'entre eux n'entretiennent pas de tels liens avec lui.

2. Inclusion d'un membre solvable d'un groupe dans un plan de redressement

54. Même si, d'une manière générale, une entité solvable ne pourrait pas être incluse dans un plan de redressement par décision du tribunal, au motif qu'elle ne serait ni soumise à la loi sur l'insolvabilité ni partie à la procédure d'insolvabilité, il se peut, dans certaines circonstances, qu'une telle inclusion soit opportune et, en réalité, elle n'est pas si rare en pratique. Une entité solvable pourrait être incluse dans un plan de redressement à titre volontaire afin d'aider au redressement d'autres membres du même groupe. La décision d'un membre solvable de participer à un plan de redressement serait une décision commerciale ordinaire de ce membre, et le consentement des créanciers ne serait pas nécessaire à moins d'être exigé par le droit des sociétés applicable. S'agissant de la note d'information jointe à un plan qui englobe un membre solvable d'un groupe, il conviendrait d'être prudent quant aux informations divulguées sur ce membre.

55. Une loi sur l'insolvabilité pourrait aussi inclure des dispositions relatives aux conséquences du défaut d'approbation d'un tel plan, comme le fait la recommandation 158 du *Guide législatif*. Une loi, par exemple, prévoit que le défaut d'approbation d'un plan entraîne la liquidation de tous les membres insolvables du groupe. Lorsque des membres solvables sont inclus dans le plan par consentement, il faudra peut-être prévoir des dispositions spéciales pour éviter que des avantages indus ne soient tirés de la liquidation.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant le plan de redressement dans le cadre d'un groupe d'entreprises est:

a) De faciliter le sauvetage coordonné des activités des membres d'un groupe soumis à la loi sur l'insolvabilité et ainsi de préserver les emplois et, dans les cas appropriés, de protéger les investissements;

b) De faciliter la négociation et l'approbation d'un plan de redressement unique dans les procédures d'insolvabilité concernant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises.

Contenu des dispositions législatives

Plan de redressement

31. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre l'approbation d'un plan de redressement unique dans les procédures d'insolvabilité à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises.

32. La loi sur l'insolvabilité peut disposer qu'un membre d'un groupe non visé par une procédure d'insolvabilité peut participer à un plan de redressement proposé pour deux membres ou plus visés par des procédures d'insolvabilité. La présente disposition est sans incidence sur les droits des actionnaires ou des créanciers dudit membre.

[*Le document A/CN.9/WG.V/WP.82 présente les groupes d'entreprises; le document A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.1 porte sur la demande d'ouverture et l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (demandes conjointes et coordination procédurale); le document A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.2 porte sur le traitement des actifs lors de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (protection et préservation de la masse de l'insolvabilité, utilisation et disposition des actifs, financement postérieur à l'ouverture), l'annulation, et le déclassement; le document A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4 porte sur les questions internationales*.]

A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-cinquième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
IX.	Questions internationales	1-36
A.	Compétence pour ouvrir une procédure d'insolvabilité	2-15
1.	Centre des intérêts principaux pour les différents membres du groupe d'entreprises	3-9
2.	Centre des intérêts principaux pour un groupe d'entreprises	10-15
B.	Financement postérieur à l'ouverture	16-25
1.	Questions	17-24
2.	Solutions	25
C.	Coordination et coopération	26-28
D.	Autres questions	29-36
1.	Coordination procédurale	29-30
2.	Regroupement des patrimoines	31
3.	Nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique	32
4.	Plan de redressement unique	33-36

IX. Questions internationales

1. De nombreuses questions touchant au traitement international des groupes d'entreprises sont examinées dans les documents A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2 et A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2. Comme l'a demandé le Groupe de travail à sa trente-quatrième session (A/CN.9/647, par. 90 et 91), le présent document donne un résumé des discussions antérieures, cerne les problèmes qui se posent concernant trois thèmes clefs (centre des intérêts principaux, financement postérieur à l'ouverture de la procédure, et coordination et coopération) et examine la manière dont ils ont déjà été traités dans les textes de la CNUDCI, ainsi que les solutions possibles. D'autres questions abordées dans le contexte des groupes nationaux, mais qui pourraient l'être également dans le contexte international (coordination des

procédures, plan de redressement unique et regroupement des patrimoines) sont également examinées.

A. Compétence pour ouvrir une procédure d'insolvabilité

(Références CNUDCI: A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2, par. 5 à 12; A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2, par. 2 à 17)

2. La discussion ci-après examine la possibilité de parvenir à une définition de la notion de centre des intérêts principaux pour a) les différents membres du groupe, et b) le groupe en tant que tel, ou d'accroître la sécurité à cet égard.

1. Centre des intérêts principaux pour les différents membres du groupe d'entreprises

a) Questions

3. Les modèles internationaux qui ont été élaborés pour traiter les questions d'insolvabilité internationale ne sont pas allés jusqu'à aborder les groupes d'entreprises. En conséquence, il n'y a actuellement aucun moyen d'ouvrir une procédure d'insolvabilité contre un groupe d'entreprises en tant que tel. Une procédure distincte doit être ouverte à l'encontre de chaque membre du groupe dans le pays concerné, fondée sur les critères d'ouverture applicables, en reconnaissant les procédures ouvertes, le cas échéant, dans d'autres pays (utilisant la Loi type, s'il y a lieu).

4. Le *Guide législatif* recommande que la loi sur l'insolvabilité spécifie quels débiteurs ont un lien suffisant avec l'État pour être soumis à ses dispositions (recommandation 10). Les deux démarches consignées sont celles suivies dans la Loi type: centre des intérêts principaux ou établissement dans l'État. Les critères d'ouverture sont abordés par les recommandations 15 et 16 du *Guide législatif*.

5. Il n'existe pas de définition unique, convenue sur le plan international, du centre des intérêts principaux; ce terme n'est défini ni dans la Loi type, ni dans le *Guide législatif*. Le Règlement CE indique toutefois 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" (considérant 13). Tant le *Guide législatif* (recommandation 11) que la Loi type (article 16-3) établissent que le siège statutaire du débiteur est présumé être le centre de ses intérêts principaux. La question qui se pose dans un contexte transnational est de déterminer le tribunal compétent pour se prononcer quant au centre des intérêts principaux pour les membres du groupe d'entreprises et de savoir si les autres tribunaux suivront cette décision.

6. Parmi les éléments considérés comme pertinents pour réfuter la présomption, on a recensé: le degré d'indépendance d'une filiale par rapport à la prise de décision en matière de finances, de gestion et de politique; les arrangements financiers entre société mère et filiale, y compris la structure du capital, l'emplacement des comptes bancaires et des services de comptabilité; la répartition de la responsabilité pour la fourniture de documents techniques et juridiques et la signature des contrats; le lieu de la conception, de la commercialisation, de l'établissement des prix et de la livraison des produits et de l'exercice des fonctions de direction.

7. En revanche, le *Guide législatif* et la Loi type définissent tous les deux le terme “établissement” (recommandation 12 et article 2 f)).

b) Solutions

8. Pour accroître la sécurité en ce qui concerne le centre des intérêts principaux du débiteur, on pourrait élaborer une définition du centre des intérêts principaux ou formuler une recommandation identifiant les facteurs à prendre en compte pour déterminer quel est le centre des intérêts principaux dans un cas précis.

9. Pour être efficace, cette définition ou recommandation devrait être internationalement reconnue, acceptée et généralement adoptée. Au cas où le Groupe de travail souhaiterait envisager d’élaborer une telle définition ou de formuler une telle recommandation, il voudra peut-être également examiner quel type de texte pourrait recueillir une vaste adhésion et être largement appliqué.

2. Centre des intérêts principaux pour un groupe d’entreprises

a) Questions

10. Pour éviter les procédures multiples, il est peut-être possible, dans certains cas, d’engager, dans un seul État, des procédures d’insolvabilité à l’encontre de différents membres du groupe situés dans des États différents. Ni le *Guide législatif*, ni la Loi type n’abordent cette question. La question clef est de déterminer dans quel État ces procédures devraient être ouvertes.

b) Solutions

11. L’identification du pays le plus central pour un groupe d’entreprises pourrait être facilitée par la définition d’un concept de “centre des intérêts principaux du groupe d’entreprises” ou par l’élaboration d’une règle en vertu de laquelle le centre des intérêts principaux du groupe serait un lieu précis, par exemple, le lieu d’immatriculation de la société mère du groupe ou le lieu où elle mène ses activités commerciales. On pourrait envisager d’étudier comment appliquer au mieux ce concept ou cette règle pour recueillir un large soutien et une vaste application, comme mentionné au paragraphe 9 ci-dessus. La détermination d’un centre des intérêts principaux pour un groupe d’entreprises pourrait avoir les effets suivants: réduction des coûts des procédures parallèles; coordination de la vente d’actifs à l’échelle mondiale; optimisation de la valeur de tous les membres du groupe; réduction du recours à la recherche de la juridiction la plus avantageuse; et redressement général du groupe.

12. Certains inconvénients pourraient toutefois également se présenter. Les créanciers devraient examiner la nature des liens d’une société avec laquelle ils traitent pour déterminer si elle fait ou non partie d’un groupe; une déconnexion pourrait exister entre l’établissement d’un membre d’un groupe et le lieu où la procédure d’insolvabilité pourrait être ouverte à son encontre; lorsque le centre des intérêts principaux doit être déterminé par référence à une série de facteurs, il n’est peut-être pas toujours possible d’établir l’emplacement du centre des intérêts principaux avant l’ouverture de la procédure d’insolvabilité; il faudrait que ce critère soit reconnu par tous pour éviter les risques de déconnexion et de demandes et de procédures conflictuelles ou qui se recoupent; et il faudrait élaborer une définition du “groupe d’entreprises” afin de s’entendre sur ce qu’est un membre du

groupe, notamment définir le niveau d'intégration requis si l'intégration étroite était un facteur déterminant. Dans les cas où il est précisé que le centre des intérêts principaux du groupe est celui de la société mère, des difficultés pourraient cependant surgir lorsque la société mère n'est pas insolvable alors que des membres du groupe situés ailleurs le sont.

13. Si le centre des intérêts principaux du groupe ne peut être établi que pour un groupe étroitement intégré, il convient de définir les facteurs établissant le degré requis d'intégration. Ces facteurs sont notamment: le degré d'indépendance d'un des membres du groupe par rapport à la prise de décision en matière de finances, de gestion et de politique ("fonctions de chef de bureau"); les arrangements financiers entre les membres du groupe, y compris la structure du capital, l'emplacement des comptes bancaires et des services de comptabilité; la répartition de la responsabilité pour la fourniture de documents techniques et juridiques et la signature des contrats; le lieu de la conception, de la commercialisation, de l'établissement des prix et de la livraison des produits et de l'exercice des fonctions de direction; et les perceptions des tiers, en particulier des créanciers, en ce qui concerne ce lieu.

14. Les *Principes de coopération entre pays de l'ALENA en matière d'insolvabilité transnationale* (Transnational Insolvency: Principles of Cooperation among NAFTA Countries) recommandent deux règles[1].

> Le principe 23 prévoit qu'une filiale devrait être autorisée à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans le pays où la procédure d'insolvabilité de la société mère a été ouverte afin que le redressement puisse être administré à l'échelle du groupe. La possibilité d'engager des procédures parallèles est reconnue, auquel cas la coordination devrait, dans toute la mesure possible, contribuer à procurer les avantages liés à la jonction des procédures[2].
>
> Le principe 24 prévoit que le redressement des groupes de sociétés devrait se faire à l'échelle mondiale, sous réserve de la nécessité de répartir la valeur des actifs en tenant compte de la forme sociale[3].

15. Les Principes prévoient une exception lorsque le pays principal ou le pays de la filiale font de l'insolvabilité une condition de la demande d'ouverture de la procédure faute de quoi le tribunal chargé de la procédure principale ne reconnaîtra

---

[1] Élaborés par l'American Law Institute en 2003 dans le cadre de son projet sur l'insolvabilité transnationale; peuvent être consultés à l'adresse www.ali.org.

[2] Principe procédural 23: Coordination avec les filiales.
Une filiale devrait être autorisée à demander l'ouverture d'une procédure de faillite dans le pays où se déroule la procédure de faillite de sa société mère et pouvoir obtenir la jonction des procédures ou le regroupement des patrimoines en vertu de la loi applicable, en l'absence d'une procédure la concernant dans le pays où se trouvent ses intérêts principaux. Lorsque la filiale est partie à une procédure parallèle dans le pays où se trouvent ses intérêts principaux, la coordination entre les deux procédures devrait procurer, si possible, les avantages liés à la jonction.

[3] Principe procédural 24: Principes appliqués aux filiales.
Les principes de coordination et de coopération devraient s'appliquer à la procédure parallèle concernant la filiale d'une société mère débitrice étrangère de la même manière qu'ils s'appliquent à la procédure parallèle concernant le débiteur, même si certaines décisions, comme la répartition de la valeur des actifs, peuvent être prises de manière différente en raison de la nécessité de respecter la forme sociale.

généralement pas sa compétence à l'égard d'une société qui n'est pas enregistrée et ne fait pas des affaires dans ledit pays, ce qui sera souvent le cas pour la filiale.

B. Financement postérieur à l'ouverture

(Références CNUDCI: A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2, par. 15 à 22; A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2, par. 20 à 25)

16. De nombreuses lois n'abordent pas la question du nouveau financement en cas d'insolvabilité, ou en limitent l'octroi. Même lorsqu'elles autorisent un financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans un contexte national, les lois sur l'insolvabilité adoptent des solutions différentes en ce qui concerne les questions de la priorité pouvant être accordée ou de la sûreté réelle pouvant être constituée pour faciliter l'octroi de ce financement, ainsi que les dispositions concernant la loi applicable, questions potentiellement difficiles à résoudre lorsqu'un financement postérieur à l'ouverture est octroyé dans un contexte international.

1. Questions

a) Obtenir et autoriser un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

17. Conformément à la recommandation 63 du *Guide législatif*, un financement postérieur à l'ouverture de la procédure peut être obtenu par un représentant de l'insolvabilité et autorisé par le tribunal ou approuvé par les créditeurs. Cette recommandation s'applique dans le cas d'un débiteur unique et aussi dans le contexte d'un groupe lorsque le financement est accordé par un membre solvable à un autre membre du groupe, que ce membre soit solvable ou soumis à une procédure d'insolvabilité. Le projet de recommandation 10 (A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.2) prévoit l'octroi d'un financement postérieurement à l'ouverture de la procédure par un membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité à un autre membre du groupe également soumis à une telle procédure d'insolvabilité.

18. Un certain nombre de questions se posent eu égard à l'obtention et à l'autorisation d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans le contexte d'un groupe international, notamment:

a) Un membre du groupe peut-il obtenir un financement dans son propre pays et le fournir à un membre du groupe qui se trouve dans un autre pays?

b) Quel serait le représentant de l'insolvabilité qui serait considéré comme obtenant le financement et quelles seraient les incidences sur la responsabilité personnelle du représentant de l'insolvabilité ou des dirigeants et administrateurs des deux membres du groupe?

c) Faudrait-il l'approbation du tribunal ou le consentement du créancier dans le pays du membre du groupe qui obtient le financement ou dans celui du membre qui le reçoit ou bien peut-être dans les deux?

d) L'approbation du financement par un tribunal aura-t-elle des effets dans l'autre pays?

e) Dans le contexte d'un groupe, chaque pays reconnaîtra-t-il les décisions prises dans l'autre qui affectent un financement postérieur à l'ouverture?

f) Dans quelle mesure, le cas échéant, l'exigence d'une autorisation dépend-elle des conditions du financement postérieur à l'ouverture?

g) Certaines questions particulières pourraient-elles se poser lorsqu'il est possible de nommer un représentant de l'insolvabilité unique pour les membres d'un groupe se trouvant dans différents États?

b) Priorité accordée au financement postérieur à l'ouverture de la procédure

19. La recommandation 64 du *Guide législatif* spécifie le niveau de priorité à accorder au financement postérieur à l'ouverture de la procédure, qui devrait aussi s'appliquer au financement postérieur à l'ouverture octroyé à un membre d'un groupe d'entreprises soumis à une procédure d'insolvabilité. Le projet de recommandation 11 (A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.2) prévoit que dans le cas d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure fourni par un membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité à un autre membre du groupe également soumis à une telle procédure d'insolvabilité, la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier le niveau de priorité à accorder; lorsque le niveau de priorité n'est pas spécifié par la loi, il devrait être déterminé par le tribunal. Le niveau spécifique de priorité n'est pas indiqué dans le projet de recommandation.

20. Plusieurs questions devraient peut-être être examinées eu égard à la priorité, notamment:

a) La priorité accordée dans un État sera-t-elle reconnue dans un autre État dans lequel l'opération de financement a lieu au sein du même groupe d'entreprises?

b) La distinction, en terme de priorité à accorder, entre l'octroi d'un financement par un membre solvable et l'octroi par un membre soumis à une procédure d'insolvabilité, sera-t-elle affectée par le caractère international de l'opération?

c) La question de l'autorisation est-elle affectée lorsque des priorités différentes sont accordées dans différents pays?

c) Sûreté réelle en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

21. Les recommandations 65 et 66 du *Guide législatif* portent sur la constitution d'une sûreté réelle en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure. La recommandation 67 concerne la procédure à suivre en cas de constitution d'une sûreté réelle primant sur les sûretés réelles antérieures. Ces recommandations s'appliqueraient dans le contexte d'un groupe, lorsque la sûreté réelle a été constituée par un membre solvable pour garantir un financement octroyé à un autre membre solvable ou à un membre soumis à une procédure d'insolvabilité.

22. Le projet de recommandation 12 (A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.2) porte sur la constitution d'une sûreté réelle par un membre soumis à une procédure d'insolvabilité en garantie d'un financement octroyé à un autre membre également soumis à une telle procédure d'insolvabilité. Il permet la constitution du type de sûreté réelle dont il est question dans la recommandation 65 du *Guide législatif*, pour autant que les créanciers y consentent ou que l'on détermine si tout préjudice subi par les créanciers est compensé par les avantages qui pourraient être tirés de la constitution de cette sûreté réelle.

23. Questions qui pourraient être examinées concernant la constitution d'une sûreté réelle:

a) Une sûreté réelle constituée dans un pays sera-t-elle reconnue comme valide et exécutoire dans un autre pays?

b) Si les créanciers garantis antérieurs dans un pays refusaient que des actifs soient grevés, dans ce pays (conformément à la recommandation 66 du *Guide législatif*) en garantie d'un financement octroyé dans un autre pays, le tribunal pourrait-il approuver la constitution de cette sûreté et dans quelles circonstances et à quelles conditions? Si le tribunal dans le pays qui bénéficie de la sûreté devait approuver cette opération, pourrait-il le faire et sur quelle base?

c) Des problèmes particuliers se poseraient-ils dans la situation envisagée par les recommandations 66 et 67 du *Guide législatif* qui envisagent la constitution de sûretés réelles au niveau international?

d) Octroi de garanties

24. Le projet de recommandation 13 (A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.2) prévoit qu'un membre d'un groupe d'entreprises soumis à une procédure d'insolvabilité peut garantir le remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure obtenu par un autre membre du groupe également soumis à une telle procédure d'insolvabilité, dans les mêmes conditions que celles qui prévalent pour la constitution d'une sûreté réelle (projet de recommandation 12). Les questions soulevées ci-dessus concernant la constitution d'une sûreté réelle pourraient également se poser concernant l'octroi d'une garantie.

2. Solutions

25. Les projets de recommandations concernant le financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans le contexte des groupes d'entreprises au niveau national (projets de recommandations 10 à 13) pourraient être revus en conséquence pour traiter certaines des situations mentionnées plus haut. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les recommandations du *Guide législatif* de la CNUDCI sur les opérations garanties concernant les règles de conflit de lois applicables aux sûretés réelles et leur application au financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans un contexte international.

C. Coordination et coopération

26. L'obtention d'un résultat coordonné pour l'insolvabilité d'un ou de plusieurs membres d'un groupe d'entreprises situées dans des États différents dépend de la possibilité ou non de reconnaître dans les autres pays les différentes procédures engagées contre chaque membre et de la possibilité pour les parties engagées dans les diverses procédures de coopérer entre elles pour garantir la coordination des procédures. Dans les États qui ont adopté la Loi type[4], la réponse devrait être

[4] Adoptée en Afrique du Sud (2000), en Australie (2008), en Colombie (2006), en Érythrée (1998), aux États-Unis d'Amérique (2005), en Grande-Bretagne (2006), aux îles Vierges britanniques, territoire d'outre-mer du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2005), au Japon (2000), au Mexique (2000), au Monténégro (2002), en Nouvelle-Zélande

relativement simple; une procédure ouverte dans l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux pourrait être reconnue en tant que procédure étrangère principale, tandis qu'une procédure ouverte dans un État où le débiteur a un établissement pourrait être reconnue en tant que procédure non principale et les effets de la reconnaissance prévus par la Loi type s'appliqueraient[5]. Là où la Loi type n'a pas été adoptée, en revanche, il faut faire référence aux lois nationales, dont beaucoup ne contiennent pas de dispositions équivalentes à celles de la Loi type en ce qui concerne la reconnaissance, l'assistance, la coopération ou la coordination[6]. Du fait de l'absence de telles dispositions, l'obtention d'un résultat coordonné peut demander du temps, de l'argent, et, dans certains cas, elle est impossible.

27. En référence à la discussion ci-dessus relative au centre des intérêts principaux des groupes d'entreprises, il convient de noter que dans la pratique, un degré élevé de coordination des procédures multiples visant les membres d'un groupe d'entreprises a été atteint dans plusieurs cas grâce aux accords internationaux, avec pour effet que les procédures concernant de nombreux membres, voir la totalité, ont pu être administrées à partir d'un seul et même lieu.

28. Le Groupe de travail sera saisi d'une note du Secrétariat sur la coopération, la coordination et la communication dans les cas d'insolvabilité internationale (A/CN.9/WG.V/WP.83). Il voudra peut-être examiner la mesure dans laquelle ce document traite de façon suffisante les questions de la coordination et de la coopération dans le contexte d'un groupe d'entreprises.

D. Autres questions

1. Coordination procédurale

29. Au lieu de préciser la définition du centre des intérêts principaux pour chacun des membres du groupe d'entreprises, une certaine forme de coordination procédurale pourrait aussi être possible. La coordination des procédures d'insolvabilité visant les membres d'un groupe d'entreprises est examinée plus haut (projets de recommandations 3 à 9, A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.1).

30. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les projets de recommandations 3 à 9 relatifs à la coordination des procédures pourraient être élargis pour tenir compte des situations internationales et dans quelles conditions, s'il y en a.

2. Regroupement des patrimoines

31. Cette question est traitée dans le contexte des groupes d'entreprises par les projets de recommandations 16 à 25 (A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.3). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il est souhaitable de viser un regroupement des

---

(2006), en Pologne (2003), en République de Corée (2006), en Roumanie (2003) et en Serbie (2004).

[5] Voir la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: art. 17 sur la décision de reconnaître et les articles 20 et 21 sur les effets de la reconnaissance.

[6] Pour une analyse de la loi de 39 pays, voir "Cross-Border Insolvency: A Guide to Recognition and Enforcement", INSOL International, 2003.

patrimoines dans les cas internationaux et, dans l'affirmative, si les projets de recommandations pourraient être révisés dans ce sens.

3. Nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique

32. Cette question est traitée dans le contexte des groupes d'entreprises par les projets de recommandations 26 à 30 (A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.3). Les recommandations 28 à 30 s'inspirent des dispositions sur la coordination et la coopération de la Loi type. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il est souhaitable de nommer un représentant de l'insolvabilité unique dans les cas d'insolvabilité internationale et, dans l'affirmative, comment ces projets de recommandations pourraient être révisés pour être applicables à ce contexte.

4. Plan de redressement unique

33. Cette question est traitée dans le contexte des groupes d'entreprises par les projets de recommandations 31 et 32 (A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.3). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il est souhaitable de réaliser un plan de redressement unique dans les cas d'insolvabilité internationale et, dans l'affirmative, comment ces projets de recommandations pourraient être révisés pour être applicables à ce contexte.

34. Une approche est proposée au niveau régional par les Principes de coopération entre les pays de l'ALENA, qui traitent de la possibilité de faire en sorte qu'un plan de redressement approuvé dans une procédure principale ait force obligatoire dans une procédure non principale à condition que certaines garanties soient respectées.

> "Recommandation 5: Force obligatoire des plans
>
> Les pays de l'ALENA devraient adopter des dispositions exigeant des tribunaux chargés de la procédure non principale qu'ils approuvent les plans de redressement découlant de la procédure principale, et ce malgré le non-respect des règles d'approbation de ces plans en vertu du droit national si: a) la répartition conformément au plan prévoit une valeur importante en provenance d'actifs ou de transactions d'un autre pays que le pays d'approbation; b) le plan a été approuvé conformément aux règles de vote de la loi de la procédure principale; c) les créanciers et les autres parties intéressées du pays d'approbation ont eu une occasion équitable et raisonnable de participer à la procédure principale; et d) le plan n'établit pas de discrimination injuste en raison de la nationalité ou du lieu de résidence ou de domicile. Les dispositions devraient aussi rendre ce plan définitif et obligatoire dans le pays d'approbation pour les droits de toutes les parties intéressées par les affaires du débiteur, dans la même mesure que le prévoit la loi régissant la procédure principale."

35. Lorsqu'il n'existe qu'une procédure principale et qu'il n'y a pas de procédure parallèle au sein de l'ALENA, les Principes prévoient, premièrement, que le plan devrait être définitif et obligatoire pour le débiteur et pour chaque créancier qui prend part d'une manière ou d'une autre à la procédure principale. À cette fin, la participation comprend la production d'une créance; le vote; ou l'acceptation de la répartition d'une somme d'argent ou de biens dans le cadre d'un plan. Les Principes prévoient en outre que le plan devrait aussi être définitif et obligatoire s'agissant des créances à l'encontre du débiteur détenues par chaque créancier chirographaire qui a

reçu une notification individuelle appropriée de l'affaire, et dont le cas serait examiné dans le cadre de la compétence des tribunaux chargés des affaires commerciales courantes en vertu de la loi du pays de la procédure principale, compte tenu du type de créance que ce créancier fait valoir.

36. L'application de ces Principes signifierait que chaque créancier qui a participé à la procédure principale de la manière indiquée pourrait être lié par le plan approuvé en vertu de cette procédure, même s'il n'était pas en faveur du plan, ainsi que tout créancier ayant reçu notification de la procédure et ayant eu des contacts suffisants avec le pays de la procédure principale pour que la compétence de ce dernier à son égard en matière d'insolvabilité soit acceptable.

C. Note du Secrétariat concernant le projet d'aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-cinquième session

(A/CN.9/WG.V/WP.83) [Original: anglais]

1. Le présent Aide-mémoire a été établi par le Secrétariat suite à une proposition, faite à la trente-huitième session de la Commission (2005), d'entreprendre des travaux sur la coordination et la coopération dans les affaires d'insolvabilité internationale, notamment sur la négociation et l'utilisation d'accords d'insolvabilité internationale, ce thème ayant une relation non seulement étroite mais également complémentaire avec la promotion et l'utilisation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (ci-après la "Loi type de la CNUDCI") et, en particulier, l'application de son article 27 c).

2. À sa trente-neuvième session (2006), la Commission est convenue que des travaux initiaux de compilation des données d'expérience pratique dans le domaine de la négociation et de l'utilisation des accords d'insolvabilité internationale devraient être facilités de manière informelle par le biais de consultations avec des juges et des praticiens de l'insolvabilité et qu'un rapport préliminaire sur l'avancement de ces travaux devrait lui être présenté pour qu'elle puisse examiner plus avant la question à sa quarantième session, en 2007[1].

3. À la première partie de sa quarantième session (2007), la Commission a examiné un rapport préliminaire résumant l'expérience dans le domaine de la négociation et de l'utilisation des protocoles d'insolvabilité internationale (A/CN.9/629). Elle s'est déclarée satisfaite des progrès réalisés dans les travaux de compilation des données d'expérience pratique en matière de négociation et d'utilisation des accords d'insolvabilité internationale et a réaffirmé que le Secrétariat devrait poursuivre ces travaux de manière informelle, en consultation avec des juges, des praticiens et d'autres experts[2].

4. À sa quarante et unième session, la Commission était saisie d'une note du Secrétariat rendant compte des nouveaux progrès accomplis dans le cadre de ces travaux (A/CN.9/654). Elle a noté que des consultations supplémentaires avaient été menées avec des juges et des praticiens de l'insolvabilité, et que le Secrétariat avait réalisé une compilation des données d'expérience pratique, organisée d'après le plan annexé au rapport précédent dont elle avait été saisie (A/CN.9/629). Elle a décidé que la compilation devrait être présentée sous forme de document de travail au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-cinquième session (Vienne, 17-21 novembre 2008) pour un premier examen. Le Groupe pourrait alors décider de poursuivre son examen à sa trente-sixième session en avril et mai 2009 et formuler des recommandations à la quarante-deuxième session de la Commission, en 2009, sans perdre de vue que la coordination et la coopération fondées sur des accords d'insolvabilité internationale revêtiraient probablement une importance

---

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

[2] Ibid., *soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 190 et 191.

considérable dans la recherche de solutions au traitement international des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité. La Commission a décidé de planifier les travaux de sa quarante-deuxième session en 2009 de sorte qu'elle puisse, si nécessaire, consacrer du temps à l'examen des recommandations du Groupe de travail V[3].

5. La compilation des données d'expérience pratique est présentée ci-après sous la forme de projet d'aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale. L'introduction explique la portée de l'Aide-mémoire, le contenu de chaque partie et la structure du texte.

Aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
	Introduction	1-12
	A. Structure et portée de l'Aide-mémoire	1-4
	B. Glossaire	5-12
I.	Contexte général	1-21
	A. Le cadre législatif de l'insolvabilité internationale	1-4
	B. Initiatives internationales	5-21
II.	Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: formes possibles de la coopération en vertu de l'article 27	1-21
	A. Article 27 a): Nomination d'une personne chargée d'agir suivant les instructions du tribunal	2-3
	B. Article 27 b): Communication d'informations jugées appropriées par le tribunal	4-10
	C. Article 27 c): Coordination de l'administration et de la surveillance des biens du débiteur	11
	D. Article 27 d): Approbation ou application des accords concernant la coordination des procédures	12-13
	E. Article 27 e): Coordination des procédures concurrentes	14-16
	F. Article 27 f): Autres formes de coopération	17-21
III.	Accords internationaux appliqués pour faciliter les procédures d'insolvabilité internationale multiples	1-190
	A. Questions préliminaires	1-34

[3] Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 321.

1. Qu'entend-on par accord international? 4-9
2. Circonstances de nature à favoriser le recours à un accord international . . 10
3. Calendrier des négociations 11-12
4. Parties à un accord international 13-15
5. Capacité de conclure un accord international 16-20
6. Présentation 21-23
7. Dispositions figurant généralement dans les accords internationaux 24-26
8. Effet juridique des accords internationaux 27-29
9. Garanties 30-32
10. Problèmes éventuels et moyens de les résoudre 33-34

B. Comparaison d'accords d'insolvabilité internationale 35-190
1. Dispositions liminaires 36-47
a) Parties 37-39
b) Rappel des faits ou historique de l'insolvabilité 40-41
c) Champ d'application 42
d) Objet 43-46
e) Langue de l'accord et langue de communication 47
2. Terminologie et règles d'interprétation 48-51
a) Terminologie 48-49
b) Règles d'interprétation 50-51
3. Tribunaux 52-85
a) Courtoisie internationale et indépendance des tribunaux 53-54
b) Répartition des rôles entre les tribunaux 55-70
c) Limitation volontaire de compétence 71-74
d) Droit de comparaître et d'être entendu 75-83
e) Procédures à venir 84-85
4. Administration de la procédure 86-101
a) Ordre de priorité des procédures 87-88
b) Arrêt des poursuites 89-95
c) Loi applicable 96-101
5. Répartition des responsabilités entre les parties à l'accord 102-137
a) Formes générales de coopération 104-106
b) Supervision du débiteur 107

c) Plans de redressement 108-112
d) Traitement des actifs 113-117
e) Responsabilité de l'ouverture d'une procédure 118-119
f) Traitement des créances 120-134
g) Financement postérieur à l'ouverture de la procédure 135-137
6. Communication 138-171
a) Communication entre les tribunaux 140-150
b) Communication entre les parties 151-167
c) Confidentialité des communications 168-171
7. Efficacité, modification, révision et résiliation des accords 172-180
a) Efficacité et conditions requises pour l'efficacité 172-176
b) Modification, révision et résiliation d'un accord 177-180
8. Frais et rémunérations 181-184
9. Mesures d'encadrement 185-190
a) Préservation des droits et de la compétence 186-188
b) Limitation de la responsabilité 189
c) Garanties 190

Annexe

Résumé des affaires mentionnées dans la partie III.B

Introduction

A. Structure et portée de l'Aide-mémoire

1. Le présent Aide-mémoire vise à fournir aux praticiens et aux juges des conseils sur des aspects pratiques de la coopération et de la communication dans les affaires d'insolvabilité internationale, en d'autres termes les affaires dans lesquelles le débiteur insolvable a des actifs dans plusieurs États ou dans lesquelles certains de ses créanciers se trouvent dans un État autre que celui où est ouverte la procédure d'insolvabilité. Ces affaires concernent parfois des débiteurs autonomes, mais plus généralement des groupes d'entreprises dont les locaux, les activités commerciales et les actifs sont situés dans de multiples États. Les conseils se fondent sur des expériences et des pratiques qui ont été recensées dans l'Aide-mémoire et accordent une place particulière à l'utilisation et à la négociation d'accords internationaux, dont certains sont analysés ici, qu'il s'agisse d'accords écrits homologués par les tribunaux, ou d'arrangements verbaux entre les parties aux procédures, conclus dans

le cadre d'affaires d'insolvabilité internationale au cours des 10 dernières années. On trouvera en annexe le résumé de plusieurs affaires dans lesquelles de tels accords sont intervenus.

2. La première partie de l'Aide-mémoire examine l'importance grandissante de la coordination et de la coopération dans les affaires d'insolvabilité internationale et présente brièvement divers textes internationaux élaborés en la matière ces dernières années. Ces textes abordent différents aspects de l'insolvabilité internationale: certains constituent un cadre législatif visant à faciliter la coopération et la coordination dans les affaires d'insolvabilité internationale, d'autres énoncent des principes qui pourraient être inclus dans des accords internationaux ou être adoptés par les tribunaux pour servir de cadre de référence aux communications internationales.

3. La deuxième partie développe l'article 27 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, en examinant différents moyens de coopérer dans les affaires d'insolvabilité internationale.

4. La troisième partie examine en détail les questions traitées dans les accords internationaux conclus à ce jour. Elle comporte un certain nombre de ce que l'on a appelé ici "exemples de clauses", inspirés à divers degrés des dispositions prévues dans différents accords internationaux, en particulier ceux mentionnés en annexe. Ces clauses illustrent comment diverses questions ont été traitées ou pourraient l'être. Il ne s'agit toutefois pas de dispositions types destinées à être incorporées directement dans des protocoles.

B. Glossaire

1. Notes sur la terminologie

5. Les définitions suivantes visent à fournir des orientations au lecteur. De nombreux termes employés ici ayant des sens fondamentalement différents selon les systèmes juridiques, l'acception que leur donne l'Aide-mémoire est expliquée ci-après, de sorte que les concepts considérés soient clairs et compris de tous. L'Aide-mémoire utilise, lorsqu'il y a lieu, une terminologie commune à la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et au Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (ci-après le "Guide législatif de la CNUDCI"). Pour la commodité du lecteur, cette terminologie est reproduite ci-dessous.

a) Emploi du terme "tribunal" dans l'Aide-mémoire

6. Le Guide législatif part du principe qu'un tribunal exerce tout au long de la procédure d'insolvabilité une surveillance qui peut comprendre la faculté d'ouvrir la procédure, de nommer le représentant de l'insolvabilité, de superviser ses activités et de prendre des décisions au cours de la procédure. Bien que ce principe soit valable en règle générale, d'autres solutions peuvent être envisagées lorsque, par exemple, les tribunaux ne sont pas en mesure de traiter les affaires d'insolvabilité (que ce soit par manque de ressources ou d'expérience en la matière) ou que l'on préfère confier cette surveillance à une autre autorité (voir première partie, chap. III, Cadre institutionnel).

7. Par souci de simplicité, le terme “tribunal” est employé dans le Guide dans le même sens qu’à l’alinéa e) de l’article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur l’insolvabilité internationale, à savoir qu’il désigne une autorité, judiciaire ou autre, compétente pour contrôler ou surveiller une procédure d’insolvabilité. Une autorité qui apporte un appui à la procédure d’insolvabilité ou qui y joue un rôle déterminé sans toutefois y exercer un pouvoir de décision ne serait pas considérée comme un “tribunal” au sens du Guide.

b) Règles d’interprétation

8. Le singulier inclut le pluriel; les mots “inclure”, “comprendre” et leurs équivalents ne signifient pas que les énumérations qu’ils introduisent sont exhaustives; et les formules “tel que”, “par exemple” et “notamment” doivent être interprétées de la même manière que le verbe “inclure” et ses équivalents.

9. Le terme “créanciers” devrait être interprété comme désignant à la fois les créanciers de l’État du for et les créanciers étrangers, sauf indication contraire.

10. Le terme “personnes” devrait être interprété comme désignant à la fois les personnes physiques et les personnes morales, sauf indication contraire.

c) Textes cités

11. Le présent Aide-mémoire renvoie, lorsqu’il y a lieu, à plusieurs textes internationaux qui traitent divers aspects de la coordination des affaires d’insolvabilité internationale, à savoir:

i) Les “Directives sur les communications entre tribunaux”: Directives applicables aux communications de tribunal à tribunal dans des cas transfrontaliers, publiées par l’American Law Institute (16 mai 2000) et adoptées par l’International Insolvency Institute (10 juin 2001);

ii) Le “Règlement CE”: Règlement (CE) nº 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d’insolvabilité;

iii) Les “Directives Co-Co”: Directives européennes pour la communication et la coopération en matière d’insolvabilité transfrontalière (European Communication and Cooperation Guidelines for Cross-Border Insolvency), élaborées par INSOL Europe, Branche universitaire (2007);

iv) Le “Concordat”: Concordat sur l’insolvabilité internationale (Cross-Border Insolvency Concordat), adopté par la Section du droit des affaires de l’Association internationale du barreau (Paris, 17 septembre 1995) et par le Conseil de l’Association (Madrid, 31 mai 1996);

v) La “Loi type de la CNUDCI”: Loi type de la CNUDCI sur l’insolvabilité internationale et Guide pour son incorporation (1997);

vi) Le “Guide législatif de la CNUDCI”: Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l’insolvabilité (2004).

2. Termes et définitions

12. On trouvera ci-après la définition de certains termes fréquemment employés dans l'Aide-mémoire:

a) "Accord international": accord, conclu verbalement ou par écrit, qui vise à faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité internationale ainsi que la coopération entre les tribunaux, entre les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité et entre les représentants de l'insolvabilité, et auquel participent aussi parfois d'autres parties intéressées;

b) "Actif grevé": actif sur lequel un créancier a une sûreté réelle;

c) "Actifs du débiteur": biens et droits du débiteur, notamment les droits sur des biens, en sa possession ou non, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, y compris les droits sur des actifs grevés ou sur des actifs appartenant à des tiers;

d) "Arrêt des poursuites": mesure qui empêche l'introduction, ou suspend la continuation, des actions individuelles, judiciaires, administratives ou autres, visant les actifs, les droits, les obligations ou les dettes du débiteur, y compris les actions visant à rendre une sûreté réelle opposable aux tiers ou à la réaliser; et qui empêche les mesures d'exécution contre les actifs de la masse de l'insolvabilité, la résiliation d'un contrat conclu avec le débiteur, ainsi que le transfert des actifs ou droits appartenant à la masse de l'insolvabilité, la constitution de sûretés sur ces actifs ou droits ou d'autres actes de disposition de ces actifs ou droits;

e) "Centre des intérêts principaux": lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers;

f) "Comité des créanciers": organe représentatif des créanciers dont les membres sont désignés conformément à la loi sur l'insolvabilité et qui est doté de pouvoirs consultatifs et autres spécifiés dans ladite loi;

g) "Cours normal des affaires": opérations réalisées à la fois i) dans le cadre de l'activité de l'entreprise du débiteur avant la procédure d'insolvabilité; et ii) dans des conditions commerciales normales;

h) "Créance": droit à paiement sur la masse du débiteur, qu'il naisse d'une dette, d'un contrat ou d'un autre type d'obligation juridique, qu'il soit d'un montant déterminé ou indéterminé, échu ou non échu, contesté ou non contesté, garanti ou non garanti, certain ou conditionnel;

i) "Créancier": personne physique ou morale qui a contre le débiteur une créance née au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou avant;

j) "Débiteur non dessaisi": débiteur qui, dans une procédure de redressement, garde les rênes de son entreprise, en conséquence de quoi le tribunal ne nomme pas de représentant de l'insolvabilité;

k) "Dispositions d'annulation": dispositions de la loi sur l'insolvabilité permettant d'annuler ou de priver d'effet d'une autre manière des opérations visant à transférer des actifs ou à contracter des obligations avant une procédure d'insolvabilité et de recouvrer l'un quelconque des actifs transférés ou sa valeur dans l'intérêt collectif des créanciers;

l) “Établissement”: tout lieu d’opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services;

m) “Insolvabilité”: état d’un débiteur qui est généralement dans l’incapacité d’acquitter ses dettes à leur échéance ou situation dans laquelle son passif excède la valeur de ses actifs;

n) “Limitation volontaire de compétence”: fait pour un tribunal d’accepter de limiter, en faveur d’un autre tribunal, l’exercice de sa compétence sur certaines questions, notamment par exemple la faculté de connaître de certaines demandes et d’ordonner certaines décisions;

o) “Masse de l’insolvabilité”: actifs du débiteur qui font l’objet de la procédure d’insolvabilité;

p) “Ouverture de la procédure”: date effective de la procédure d’insolvabilité, qu’elle soit définie par la loi ou par une décision de justice;

q) “Partie intéressée”: toute partie sur les droits, obligations ou intérêts de laquelle une procédure d’insolvabilité ou des aspects particuliers d’une procédure d’insolvabilité ont des incidences, notamment le débiteur, le représentant de l’insolvabilité, un créancier, un actionnaire, un comité des créanciers, une autorité publique ou toute autre personne ainsi concernée. Ne devraient pas être considérées comme des parties intéressées les personnes ayant un intérêt lointain ou diffus sur lequel la procédure d’insolvabilité aurait des incidences;

r) “Plan de redressement”: plan par lequel la prospérité et la viabilité financières de l’entreprise d’un débiteur peuvent être rétablies;

s) “Priorité”: droit d’une créance de primer une autre créance, lorsque ce droit naît par l’effet de la loi;

t) “Procédure d’insolvabilité”: procédure collective, soumise à la supervision d’un tribunal, en vue d’un redressement ou d’une liquidation;

u) “Procédure non principale”: procédure d’insolvabilité, autre qu’une procédure principale, qui a lieu dans un État où le débiteur a un établissement. Les procédures non principales ouvertes dans les États membres de l’Union européenne conformément au Règlement CE sont appelées “procédures secondaires”;

v) “Procédure principale”: procédure d’insolvabilité qui a lieu dans l’État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux;

w) “Procédure secondaire”: procédure non principale conduite dans les États membres de l’Union européenne conformément au Règlement CE;

x) “Redressement”: processus par lequel la prospérité et la viabilité financières de l’entreprise d’un débiteur peuvent être rétablies et l’entreprise continuer de fonctionner par le recours à différents moyens pouvant comprendre la remise des dettes, le rééchelonnement des dettes, la conversion de créances en prises de participation et la cession totale ou partielle de l’entreprise en vue de la poursuite de l’activité;

y) “Représentant de l’insolvabilité”: personne ou organe, même nommé(e) à titre provisoire, habilité(e) dans une procédure d’insolvabilité à administrer le redressement ou la liquidation de la masse de l’insolvabilité.

I. Contexte général

A. Le cadre législatif de l’insolvabilité internationale

1. Bien que le nombre d’affaires d’insolvabilité internationale ait considérablement augmenté depuis les années 1990, l’adoption de régimes juridiques, internes ou internationaux, permettant de traiter ces affaires n’a pas progressé au même rythme. L’absence de régimes adaptés a souvent conduit à des approches inadéquates et non coordonnées dont l’application est imprévisible et qui ont empêché, d’une part, le sauvetage d’entreprises en difficulté financière et l’administration équitable et efficace des procédures d’insolvabilité internationale et, d’autre part, la protection et la maximisation de la valeur des actifs du débiteur insolvable. De plus, les disparités et les conflits entre lois nationales ont inutilement entravé la réalisation des objectifs économiques et sociaux fondamentaux des procédures d’insolvabilité. La transparence a souvent fait défaut, en l’absence de règle claire sur la reconnaissance des droits et des priorités des créanciers existants, le traitement des créanciers étrangers et la loi applicable aux questions internationales. Si nombre de ces carences sont également manifestes dans les régimes internes d’insolvabilité, elles risquent d’avoir un impact plus important dans les affaires d’insolvabilité internationale, notamment en cas de redressement.

2. À l’inadéquation des lois existantes s’ajoute l’absence de prévisibilité concernant non seulement la façon dont celles-ci seront appliquées mais aussi les dépenses et le temps que pourrait exiger une telle application, d’où un surcroît d’incertitude qui risque de se répercuter sur les flux de capitaux et les investissements internationaux. L’acceptation des différents types de procédures de même que l’interprétation des concepts clefs et le traitement accordé aux parties concernées par une procédure d’insolvabilité diffèrent. Les procédures de redressement ou de sauvetage, par exemple, sont plus courantes dans certains pays que dans d’autres. La participation des créanciers garantis à la procédure d’insolvabilité, ainsi que le traitement qui leur est accordé dans le cadre de cette procédure, varient considérablement. Différents pays reconnaissent également différents types de procédures avec des effets différents. Par exemple, s’agissant du redressement, la loi d’un État envisagera la possibilité pour un débiteur non dessaisi de continuer à gérer son entreprise, tandis que la loi d’un autre État, dans lequel ce débiteur fait également l’objet d’une procédure, prévoira l’éviction des dirigeants en place ou la liquidation de l’entreprise. De nombreuses lois nationales sur l’insolvabilité prétendent appliquer, à leurs propres procédures, le principe de l’universalité aux fins d’une procédure unifiée dans laquelle les décisions de justice produiraient leurs effets sur les actifs situés à l’étranger. Dans le même temps, ces lois ne reconnaissent pas le principe d’universalité auquel les procédures d’insolvabilité étrangères se disent soumises. Aux différences entre les concepts fondamentaux et dans le traitement des participants vient s’ajouter le fait que certaines conséquences de la procédure d’insolvabilité, telles que l’arrêt des

poursuites contre le débiteur ou ses actifs, considéré comme un élément essentiel dans de nombreuses lois, sont sans effet au niveau international.

3. Parallèlement à l'absence d'initiatives visant à réformer les lois nationales, on constate une absence de traités multilatéraux ayant des effets mondiaux. Quelques traités ont été négociés au niveau régional. En règle générale, toutefois, ce type d'arrangement n'est possible (et ne convient) que pour les pays de la région dont les régimes d'insolvabilité et les lois générales sur le commerce sont similaires (voir par. 19 ci-dessous). Les faits montrent que, si les traités internationaux peuvent constituer un outil d'harmonisation à grande échelle, leur négociation exige généralement des efforts considérables et, comme l'a noté un commentateur, plus le degré d'utilité recherchée au moyen d'un traité est important, plus les difficultés pour faire aboutir ce dernier sont grandes et plus le risque d'échouer en définitive est élevé. La volonté d'instaurer le principe de courtoisie internationale dans les procédures d'insolvabilité en Europe constitue à cet égard un bon exemple. On s'est attaché à partir de 1960 à élaborer une convention sur la faillite qui devait faire pendant à la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (1968). Ces efforts ont abouti à l'adoption, en 1990, de la Convention européenne sur certains aspects internationaux de la faillite (Convention d'Istanbul). Ratifiée par un seul pays (Chypre), cette Convention a été remplacée par un projet de convention de l'Union européenne relative aux procédures d'insolvabilité. Bien que sur le point d'être adoptée par les États membres de l'Union en novembre 1995, cette convention n'a pu finalement être appliquée. Elle a repris vie sous la forme d'un règlement en mai 1999, qui a été adopté par le Conseil le 29 mai 2000 et est entré en vigueur le 31 mai 2002 (voir par. 20 ci-dessous).

4. Face à l'absence de réforme des lois nationales, certaines organisations non gouvernementales ont lancé plusieurs initiatives internationales afin de mettre en place un cadre juridique pour harmoniser les procédures d'insolvabilité internationale. Parmi ces initiatives figure la Loi type sur la coopération internationale en matière d'insolvabilité (MIICA) élaborée sous les auspices du Comité J de la Section du droit des affaires de l'Association internationale du barreau dans les années 1980. Bien qu'elle n'ait pas suscité une acceptation large et active de la part des États et des législateurs, elle a permis que le concept de loi type soit considéré comme un moyen viable de sortir de l'impasse où l'on se trouvait du fait de l'impossibilité persistante de conclure un traité mondial dans le domaine de l'insolvabilité. Cette loi type a aussi montré que le succès d'un projet dépendait de la participation des États au processus de négociation (élément essentiel des méthodes de travail de la CNUDCI), en particulier lorsque le texte élaboré exigeait que les États prennent certaines dispositions, législatives ou autres, en vue de son adoption.

B. Initiatives internationales

1. Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale

5. La CNUDCI a adopté en 1997 la Loi type sur l'insolvabilité internationale, qui traite du cadre législatif nécessaire pour faciliter la coopération et la coordination

dans les affaires d'insolvabilité internationale, et ce, afin de promouvoir les objectifs généraux suivants:

a) Assurer la coopération entre les tribunaux et les autres autorités compétentes de l'État concerné 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.

6. Ces principes soulèvent un certain nombre de questions qui ont trait à la mesure dans laquelle les tribunaux, dans l'exercice de leurs pouvoirs pour administrer les affaires dont ils sont saisis, sont autorisés à entretenir des échanges ou à entrer en relation avec des tribunaux étrangers susceptibles d'administrer une procédure analogue visant le même débiteur. Les tribunaux peuvent-ils par exemple traiter équitablement les parties prenantes communes, peuvent-ils être saisis par des parties prenantes étrangères suivant les mêmes conditions que des parties prenantes nationales ou peuvent-il permettre à une autre juridiction de jouer le rôle principal dans l'administration d'une procédure de redressement? On constate par exemple que, dans de nombreux cas, certains tribunaux sont peu disposés à limiter l'exercice de leur compétence en faveur d'un tribunal étranger, ou ne sont pas en mesure de le faire, et peuvent par conséquent préférer des procédures d'insolvabilité parallèles ou considérer les procédures principales et secondaires comme des procédures concurrentes ou parallèles. Cette préférence peut se fonder sur la loi applicable ou tenir au désir de protéger les intérêts des créanciers nationaux.

7. Dans sa résolution de 1997[4] où elle recommandait aux États d'adopter la Loi type de la CNUDCI, l'Assemblée générale des Nations Unies a souligné la nécessité de ce texte, son caractère opportun et son objet fondamental. Elle a noté en particulier que, du fait de l'expansion du commerce et des investissements internationaux, les entreprises et les particuliers disposent plus fréquemment qu'auparavant de biens dans plus d'un État et que la coopération et la coordination internationales en matière de surveillance et d'administration des biens et des affaires du débiteur insolvable deviennent souvent une nécessité impérieuse. Le manque de coordination et de coopération internationales dans les cas d'insolvabilité internationale amenuise les chances de sauvetage de sociétés aux prises avec des difficultés financières mais néanmoins viables, entrave l'administration équitable et efficace des insolvabilités internationales, est de nature à faciliter la dissimulation ou la dispersion des biens du débiteur et fait obstacle au redressement ou à la liquidation des biens et affaires du débiteur selon les modalités qui seraient les plus avantageuses pour les créanciers et les autres intéressés, y compris le débiteur et ses employés.

---

[4] Résolution 52/158 de l'Assemblée générale du 15 décembre 1997.

8. L'Assemblée générale a également noté que nombre d'États ne disposent pas d'un cadre législatif qui rendrait possible ou faciliterait une coordination et une coopération internationales efficaces. Elle s'est dite convaincue qu'une législation équitable en matière d'insolvabilité internationale, harmonisée au plan international, respectueuse des procédures et systèmes juridiques nationaux, et rencontrant l'agrément d'États ayant des régimes juridique, économique et social divers, contribuerait à l'expansion du commerce et des investissements internationaux, mais aiderait également les États à moderniser leurs lois en la matière.

9. Un groupe de travail intergouvernemental, composé de membres représentant 72 États, 7 organisations intergouvernementales et 10 organisations non gouvernementales, a négocié la Loi type entre 1995 et 1997. Celle-ci, de par sa nature, doit être incorporée dans le droit interne afin de constituer un cadre législatif unilatéral pour l'insolvabilité internationale. La Loi type de la CNUDCI se concentre sur les éléments qui sont nécessaires pour faciliter l'administration des affaires d'insolvabilité internationale et établir des liens entre États. De ce fait, elle respecte les différences entre les règles de procédure nationales et ne tente pas d'unifier quant au fond les législations sur l'insolvabilité (les règles matérielles sur l'insolvabilité font l'objet du Guide législatif de la CNUDCI).

10. Le texte de la Loi type propose des solutions qui peuvent être utiles à plusieurs titres, modestes mais importants, et qui s'articulent autour de quatre éléments essentiels: a) la possibilité pour les représentants de la procédure d'insolvabilité étrangère et pour les créanciers de saisir les tribunaux locaux; b) la reconnaissance de certaines décisions ordonnées par des tribunaux étrangers; c) les mesures à prendre à l'appui d'une procédure étrangère; et d) la facilitation de la coopération entre les tribunaux des États où se trouvent les biens du débiteur.

11. Les solutions proposées par la Loi type sont les suivantes:

a) Assurer l'accès de la personne administrant une procédure d'insolvabilité étrangère ("le représentant étranger") aux tribunaux de l'État adoptant, ce qui lui permet de demander un "répit" et donne aux tribunaux la possibilité de déterminer quelle coordination assurer entre les juridictions ou quelles autres mesures accorder pour régler au mieux l'insolvabilité;

b) Déterminer dans quel cas une procédure d'insolvabilité étrangère doit se voir accorder la "reconnaissance" et quelles peuvent être les conséquences de cette reconnaissance;

c) Établir des procédures de reconnaissance simplifiées;

d) Prévoir un régime transparent pour ce qui est du droit des créanciers étrangers d'entamer une procédure d'insolvabilité dans l'État adoptant, ou d'y participer;

e) Autoriser les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité de l'État adoptant à coopérer plus efficacement avec les tribunaux étrangers et les représentants étrangers participant à une insolvabilité;

f) Autoriser les tribunaux de l'État adoptant et les personnes administrant une procédure d'insolvabilité dans l'État adoptant à demander une assistance à l'étranger;

g) Déterminer la compétence des tribunaux et établir des règles de coordination en cas de procédures d'insolvabilité concurrentes dans l'État adoptant et un État étranger; et

h) Établir des règles pour la coordination des mesures accordées dans l'État adoptant en faveur de deux procédures d'insolvabilité ou plus pouvant être ouvertes dans des États étrangers à l'encontre du même débiteur.

12. L'absence d'un cadre législatif ou les incertitudes quant à la portée des pouvoirs législatifs en matière de coopération avec les tribunaux étrangers ont pour conséquence de limiter très souvent la coopération et la coordination entre juges de différentes juridictions dans les cas d'insolvabilité internationale. Ainsi qu'il est noté plus haut, la Loi type vise à aider les États à doter leurs lois sur l'insolvabilité de ce cadre législatif moderne et harmonisé.

13. Le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI insiste sur le rôle central de la coopération dans les procédures d'insolvabilité internationale pour conduire ces procédures efficacement et pour obtenir des résultats optimaux. Un élément clef est la coopération entre les tribunaux participant aux différentes procédures (article 25) et entre ces tribunaux et les représentants de l'insolvabilité nommés dans les différentes procédures (article 26). Un aspect essentiel de la coopération peut être l'instauration d'une communication entre les autorités chargées d'administrer les procédures d'insolvabilité dans les États concernés. Si la Loi type prévoit que les juges sont autorisés à coopérer et à communiquer entre eux au niveau international, elle ne précise pas les modalités de cette coopération et communication, laissant le soin à chaque État de définir ou d'appliquer ses propres règles. Elle note cependant que la capacité donnée aux tribunaux, avec due participation des parties, de communiquer "directement" avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers, ou de leur demander "directement" des informations ou une assistance, vise à éviter le recours aux longues procédures traditionnellement suivies, telles que les commissions rogatoires. Cette capacité est fondamentale lorsque les tribunaux estiment devoir agir très vite[5].

14. En août 2008, des lois fondées sur la Loi type de la CNUDCI avaient été adoptées par l'Afrique du Sud (2000); l'Australie (2008); la Colombie (2006); l'Érythrée (1998); les États-Unis d'Amérique (2005); la Grande-Bretagne (2006); les îles Vierges britanniques, territoire d'outre-mer du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2005); le Japon (2000); le Mexique (2000); le Monténégro (2002); la Nouvelle-Zélande (2006); la Pologne (2003); la République de Corée (2006); la Roumanie (2003); et la Serbie (2004)[6].

2. Concordat sur l'insolvabilité internationale de l'Association internationale du barreau

15. Le Concordat sur l'insolvabilité internationale, élaboré par le Comité J de l'Association internationale du barreau au début des années 1990 à partir de règles du droit international privé, est une initiative différente. Il a pour objectif de

---

[5] Loi type de la CNUDCI, Guide pour l'incorporation, par. 179.

[6] Ces informations sont régulièrement actualisées sur le site Web de la CNUDCI sous la rubrique "Textes de la CNUDCI, état des ratifications" à l'adresse http://www.uncitral.org.

suggérer des principes généraux pour les cas d'insolvabilité et de redressement internationaux, que les participants ou les tribunaux pourraient adopter afin de régler diverses questions. Ces principes portent notamment sur la désignation du for où sera administrée l'insolvabilité; l'application des règles de priorité de ce for; les règles en cas de pluralité des fors; et la désignation des règles applicables à l'annulation de certaines opérations réalisées avant l'insolvabilité. Le Concordat a d'abord été appliqué dans des affaires concernant le Canada et les États-Unis par certains des juges qui avaient activement contribué à son élaboration. Des protocoles d'insolvabilité internationale fondés sur le Concordat ont été conclus à plusieurs reprises entre ces deux pays ainsi qu'entre les États-Unis et Israël, les Bahamas, les îles Caïmanes, l'Angleterre, les Bermudes et la Suisse.

16. Cette forme de coopération est devenue une pratique courante du moins dans certains États. L'absence de traités officiels ou de législation interne réglant les problèmes soulevés par l'insolvabilité internationale a incité les praticiens à mettre au point, au cas par cas, des stratégies et des techniques pour résoudre les conflits qui surgissent lorsque les tribunaux de différents États tentent de mettre en œuvre des lois et d'appliquer des règles différentes aux mêmes parties. Le contenu et la durée de ces protocoles varient, et les modifications apportées en cours de procédure tiennent compte de la dynamique changeante d'une insolvabilité internationale afin de résoudre plus facilement des problèmes uniques qui se posent pendant la procédure.

17. Ce type de protocole a été utilisé pour la première fois en 1992 dans l'affaire Maxwell Communication Corporation[7], qui a été placée sous administration en Angleterre et soumise en même temps à la procédure du chapitre 11 à New York, avec désignation respectivement de plusieurs administrateurs ("administrators") et d'un enquêteur ("examiner"). Un protocole n'est peut-être pas la solution appropriée à tous les problèmes: en effet, son contenu est défini au cas par cas et il exige du temps pour être négocié, des actifs suffisants pour justifier une telle négociation, ainsi qu'une coopération entre les deux tribunaux et entre les praticiens de l'insolvabilité dans chaque pays. Toutefois, les affaires dans lesquelles ont été utilisés ces protocoles illustrent la manière dont la coopération et la coordination entre juges, tribunaux et professionnels de l'insolvabilité peuvent améliorer le régime international de l'insolvabilité en l'absence de grande réforme du droit au niveau national, régional ou international. Les protocoles ont souvent apporté des solutions novatrices à des problèmes internationaux et permis aux tribunaux de traiter les questions se posant dans chaque cas d'espèce. Bien que leur rôle éventuel dans une harmonisation plus large du droit et de la pratique en matière d'insolvabilité internationale soit limité, les protocoles sont de plus en plus souvent utilisés et des informations les concernant de plus en plus largement diffusées.

3. Arrangements régionaux

18. Quelques traités ont été négociés au niveau régional. D'une manière générale, ces arrangements ne sont possibles (et ne conviennent) que pour des pays dont les régimes de l'insolvabilité et les lois générales sur le commerce sont similaires. Leur application se limite nécessairement au groupe régional des États contractants.

---

[7] On trouvera en annexe le nom complet des affaires mentionnées dans le texte. Les affaires qui ne figurent pas en annexe sont citées intégralement en note de bas de page.

19. Parmi ces traités multilatéraux régionaux figurent: en Amérique latine, les Traités de Montevideo de 1889 et de 1940 et, dans les pays nordiques, la Convention entre le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède relative aux faillites (conclue en 1933, modifiée en 1977 et 1982). Ces traités améliorent sans nul doute la situation entre les États contractants. Il n'en reste pas moins que la mondialisation croissante du commerce et des investissements et la multiplication des cas d'insolvabilité internationale qui en résulte risquent de faire entrer en jeu des États non participants, ce qui montre bien les limites inhérentes à tout régime de traité régional. Les arrangements régionaux peuvent néanmoins s'avérer un point de départ utile pour une plus large coopération.

20. Comme on l'a vu plus haut, le Règlement CE régit les problèmes complexes que pose l'insolvabilité internationale en créant un cadre obligatoire dans lequel une procédure d'insolvabilité ouverte dans un État membre de l'Union européenne peut être reconnue et produire ses effets dans les autres États membres de l'Union. Il reconnaît que le bon fonctionnement du marché intérieur exige que les procédures d'insolvabilité transfrontalières fonctionnent efficacement et effectivement. Ce bon fonctionnement est compromis par une pratique que le Règlement tente de prévenir, laquelle consiste pour les parties à déplacer des avoirs ou des procédures judiciaires d'un État à un autre en vue d'améliorer leur situation juridique ("forum shopping")[8]. Le Règlement impose un régime obligatoire en ce qui concerne l'exercice de la compétence pour l'ouverture de procédures d'insolvabilité et les règles sur le choix de la loi, lesquelles déterminent la loi qui régira chaque aspect de la procédure à laquelle il s'applique. Il reconnaît également l'importance de la coopération entre procédures. L'article 31 fait obligation aux syndics des différentes procédures concurrentes de coopérer et de se communiquer des informations, mais ne donne pas beaucoup d'indications sur les modalités de cette communication et de cette coopération. Celles-ci sont examinées dans les Directives pour la communication et la coopération en matière d'insolvabilité transfrontalière ("Directives Co-Co") élaborées sous l'égide de la Branche universitaire d'INSOL Europe. Ces Directives forment un ensemble de principes de communication et de coopération entre les représentants de l'insolvabilité dans les affaires d'insolvabilité internationale.

4. Directives applicables aux communications de tribunal à tribunal dans des cas transfrontaliers

21. En 2000, l'American Law Institute (ALI) a élaboré les Directives applicables aux communications de tribunal à tribunal dans des cas transfrontaliers (Directives sur les communications entre tribunaux) dans le cadre de son travail sur l'insolvabilité transnationale dans les pays de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA). Ces Directives ont pour but d'encourager et de faciliter la coopération dans les affaires internationales. Elles ne visent pas à modifier les règles ou procédures internes applicables dans les pays, ni à affecter ou limiter les droits fondamentaux des parties à une procédure devant les tribunaux.

---

[8] Préambule du Règlement CE, considérants 2 et 4.

II. Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: formes possibles de la coopération en vertu de l'article 27

1. L'absence d'un cadre législatif, ou les incertitudes quant à la portée des pouvoirs législatifs en matière de coopération avec les tribunaux étrangers ont pour conséquence de limiter très souvent la coopération et la coordination entre juges de différentes juridictions dans les cas d'insolvabilité internationale. Comme mentionné plus haut, la Loi type de la CNUDCI prévoit ce cadre législatif autorisant la coopération et la communication entre les tribunaux à l'échelle internationale. Elle ne précise toutefois pas comment cette coopération et cette communication peuvent s'exercer. Pour aider les États n'ayant pas une longue tradition de coopération judiciaire internationale directe et ceux où la compétence discrétionnaire est traditionnellement restreinte, l'article 27 de la Loi type énumère des formes possibles de coopération qui pourraient être mises à profit pour coordonner les affaires d'insolvabilité internationale.

A. Article 27 a): Nomination d'une personne chargée d'agir suivant les instructions du tribunal

2. Une telle personne peut être nommée par un tribunal pour faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité lorsque celles-ci ont lieu dans différents pays et concernent le même débiteur. Cette personne peut exercer diverses fonctions, notamment: agir en qualité d'intermédiaire pour les tribunaux intéressés, en particulier lorsque des questions de langue sont en jeu; élaborer un protocole; et promouvoir le règlement consensuel des problèmes qui se posent aux parties. Lorsque le tribunal nomme une telle personne, l'ordonnance précise en général les conditions régissant cette nomination et les pouvoirs dévolus à ladite personne. Celle-ci peut être tenue de faire régulièrement rapport au tribunal ou aux tribunaux associés aux procédures, ainsi qu'aux parties.

3. Dans l'affaire *Maxwell*, par exemple, le tribunal des États-Unis avait désigné un examinateur doté de pouvoirs étendus en vertu du chapitre 11 du Code des faillites des États-Unis et l'avait chargé de faciliter la coordination des différentes procédures. Dans l'affaire *Nakash*, un examinateur avait également été désigné par le tribunal des États-Unis pour, notamment, essayer d'élaborer un protocole visant à harmoniser et coordonner les procédures au titre du chapitre 11 susmentionné avec certaines procédures engagées en Israël et, en fin de compte, favoriser un règlement consensuel de l'affaire en vertu dudit chapitre. Dans l'affaire *Matlack*, un accord international prévoyait la communication au tribunal de rapports intermédiaires, périodiques ou à la demande, récapitulant l'état d'avancement de la procédure d'insolvabilité étrangère et donnant d'autres informations que le tribunal pouvait demander.

B. Article 27 b): Communication d'informations jugées appropriées par le tribunal

4. L'établissement de liens de communication entre les autorités administrant les procédures d'insolvabilité dans les États concernés peut-être un élément essentiel de

la coopération. Les articles 25 et 26 de la Loi type de la CNUDCI autorisent la communication directe d'informations entre les tribunaux, entre les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité et entre les représentants de l'insolvabilité proprement dits. Là où la Loi type de la CNUDCI a été adoptée, les dispositions pertinentes établissent l'autorisation législative nécessaire à cette communication, sans pour autant préciser quelle forme peut prendre cette dernière. Toutefois, il est indiqué, à l'article 27, que la communication d'informations peut, par exemple, se faire par tout moyen jugé approprié par le tribunal. La Loi type prévoit que la communication d'informations ainsi autorisée est soumise à toutes règles impératives applicables dans l'État adoptant, comme les règles limitant la communication d'informations afin, notamment, de protéger la vie privée ou la confidentialité[9]. La capacité donnée aux tribunaux de communiquer "directement" et de demander "directement" information et assistance à des tribunaux étrangers ou à des représentants étrangers pour leur éviter de recourir aux longues procédures traditionnellement suivies, telles que les commissions rogatoires, est fondamentale lorsque lesdits tribunaux estiment devoir agir très vite[10].

5. La communication d'informations dans les affaires internationales peut favoriser les procédures internationales de nombreuses manières. Elle peut aider les parties à mieux comprendre les effets ou l'application de la législation étrangère, en particulier les différences ou les chevauchements qui pourraient autrement donner naissance à des litiges; faciliter la solution des problèmes moyennant une issue négociée acceptable par tous; susciter des réponses plus fiables des parties et éviter ainsi le manque d'objectivité inhérent à de telles situations et la tendance à déformer les faits, qui peuvent se manifester lorsque les parties représentent leurs propres intérêts dans leur propre pays. Elle peut aussi avoir une influence positive sur le plan international en favorisant une meilleure compréhension de la situation et contribuer ainsi à promouvoir le commerce international et à préserver la valeur des actifs en évitant les pertes qu'une action judiciaire fragmentée impliquerait. Il peut être difficile de recenser d'emblée certains des avantages que l'on peut tirer de ce processus, mais ceux-ci peuvent devenir évidents dès lors que les parties ont commencé à communiquer. Les communications internationales peuvent révéler, par exemple, certains faits ou procédures qui contribueront sensiblement à la recherche du meilleur règlement et qui, sur le long terme, pourront favoriser une réforme de la loi.

6. La communication d'informations peut se faire par l'échange de documents (notamment, exemplaires d'ordonnances officielles, de jugements, d'avis, de motivations de décision, de transcriptions de procédures, de déclarations sous serment et d'autres moyens de preuve), ou oralement. Les moyens de communication peuvent être la voie postale, le fax ou le courrier électronique, ou encore le téléphone ou la vidéoconférence. Des exemplaires des communications écrites peuvent aussi être remis aux parties, conformément aux dispositions applicables en matière de notification. La communication peut se faire directement soit entre les juges, soit entre les auxiliaires de justice (ou un intermédiaire désigné par le tribunal, comme mentionné plus haut) ou les représentants de l'insolvabilité, ou par leur truchement, conformément aux règles locales. Le développement des nouvelles technologies de la communication conforte certains aspects de la

---

[9] Loi type de la CNUDCI, Guide pour son incorporation, par. 182.

[10] Ibid., par. 179.

coopération et de la coordination, offre la possibilité de réduire les retards et, le cas échéant, facilite les contacts face à face. Dans un monde où les litiges se multiplient, ces méthodes de communication directe sont de plus en plus utilisées.

7. La communication d'informations entre les juges ou d'autres parties intéressées soulève un certain nombre de questions qu'il faut prendre en considération pour assurer une communication ouverte, efficace et crédible et faire en sorte que des procédures appropriées soient appliquées. D'une manière générale, il pourrait être indiqué de déterminer si la communication d'informations doit faire systématiquement partie de la procédure internationale ou s'il faut y recourir uniquement lorsqu'elle est jugée strictement nécessaire; si elle doit seulement porter sur les questions de procédure ou si elle peut également être étendue aux questions de fond; si un juge peut préconiser qu'une ligne de conduite particulière doit être adoptée; et, s'agissant des garanties, comme celles mentionnées ci-après (voir la partie III, par. 30 à 32 et 185 à 188) si elles doivent s'appliquer en toutes circonstances ou s'il peut y avoir des exceptions.

8. Dans chaque cas d'espèce, il faudra déterminer, pour une juridiction donnée: la procédure à suivre, y compris les personnes qui seront parties à la communication et toute limite susceptible de s'appliquer; les questions à examiner; si les parties se font la même idée et ont la même conception de la communication; toute garantie applicable pour protéger les droits matériels et procéduraux des parties; la langue de la communication et, par voie de conséquence, la nécessité de traduire les documents écrits ou d'interpréter les communications orales; et des méthodes acceptables de communication. Les garanties pourraient prévoir que les parties ont le droit d'être informées de toute communication proposée (par exemple toutes les parties et leurs représentants ou avocats), d'émettre des objections à l'égard de la communication proposée et d'être présentes lorsque la communication a lieu et d'y être associées, et qu'un enregistrement de cette dernière soit réalisé, versé au dossier de la procédure et mis à la disposition des avocats dans les deux tribunaux, sous réserve de toute mesure tendant à protéger la confidentialité que lesdits tribunaux pourraient juger opportune.

9. Dans les cas où la Loi type de la CNUDCI n'a pas été adoptée, l'autorisation législative nécessaire à la communication dans la procédure internationale pourrait faire défaut. Les différentes approches retenues à l'égard de la communication entre les tribunaux et les parties permettent d'illustrer certains des problèmes qui risquent de se poser. Outre l'absence d'autorisation spécifique, il arrive très souvent que les tribunaux de différents pays hésitent ou ne soient guère disposés à communiquer directement les uns avec les autres. Cette hésitation ou cette réticence peut avoir plusieurs causes: des considérations d'ordre éthique; la culture juridique; la langue; ou une connaissance insuffisante des lois étrangères et de leur application. Certains États ont une approche plutôt libérale de la communication entre les juges, alors que dans d'autres, les juges ne peuvent pas communiquer directement avec les parties ou les représentants de l'insolvabilité, ni même avec d'autres juges. Si dans certains États, les communications *ex parte* sont considérées normales et nécessaires, dans d'autres, elles ne sont pas acceptables[11]. À l'intérieur d'un même État, les juges et

[11] Par exemple, dans les pays membres de l'ALENA, les communications *ex parte* avec le juge sont acceptées au Mexique, alors qu'elles ne le sont pas au Canada et aux États-Unis. Voir American Law Institute, Principles of Cooperation Among the NAFTA Countries, Procedural

les juristes peuvent avoir des points de vue très différents sur le point de savoir s'il est opportun que les juges nouent des contacts sans que les avocats des parties en aient connaissance ou y soient associés. Certains juges, par exemple, acceptent sans difficulté l'idée d'avoir entre eux des contacts d'ordre privé, alors que certains juristes désapprouvent vivement cette pratique. En général, les tribunaux concentrent leur attention sur les questions dont ils sont saisis et peuvent être réticents à apporter une aide à des procédures connexes dans d'autres États, en particulier lorsque la procédure dont ils ont la charge ne semble pas comporter un élément international, à savoir un débiteur étranger, des créanciers étrangers ou des activités menées à l'étranger.

10. Les tribunaux peuvent adopter des directives, comme les Directives sur les communications entre tribunaux, pour coordonner leurs activités, améliorer leur efficacité et faire en sorte que les parties prenantes dans chaque État soient traitées de manière uniforme. En général, ces directives n'ont pas pour objet de modifier ou de changer les règles ou procédures internes applicables dans un pays donné ni de porter atteinte ou de faire obstacle aux droits fondamentaux d'une partie quelconque à la procédure dont les tribunaux sont saisis. Au contraire, elles visent à promouvoir la transparence de la communication entre les tribunaux ce qui permet aux juridictions de différents pays de communiquer entre elles, et elles peuvent être adoptées par un tribunal à des fins générales ou incorporées dans des accords internationaux particuliers.

C. Article 27 c): Coordination de l'administration et de la surveillance des biens du débiteur

11. La conduite de la procédure d'insolvabilité internationale exige souvent que l'on continue d'utiliser et de réaliser les actifs des différentes masses de l'insolvabilité ou d'en disposer au cours de la procédure. La coordination de cette utilisation, réalisation et disposition contribuera à éviter les différends et à faire en sorte que l'intérêt de toutes les parties en cause soit l'élément clef de l'action menée, notamment en matière de redressement. Les questions à prendre en considération pour faciliter la coordination sont notamment les suivantes: l'emplacement des différents actifs; la détermination de la loi régissant les actifs et des parties chargées d'établir comment l'on peut utiliser ces actifs ou en disposer (par exemple, le représentant de l'insolvabilité, les tribunaux ou dans certains cas le débiteur) y compris les approbations requises; la mesure dans laquelle la responsabilité de ces actifs peut être partagée entre ces différentes parties dans différents États ou attribuée à ces différentes parties; et la manière dont les informations peuvent être échangées pour assurer la coordination et la coopération. La coordination peut également être utile pour enquêter sur les actifs du débiteur et envisager d'éventuelles actions en annulation.

Principle 10, Topic IV.B, Comment, (Principes de coopération entre pays de l'ALENA, Principe procédural 10, Point IV.B, Commentaire) p. 57 et 58.

D. Article 27 d): Approbation ou application des accords concernant la coordination des procédures

12. Comme noté ci-dessus, les organismes s'occupant d'insolvabilité qui, quotidiennement, doivent faire face à la nécessité de traiter des affaires d'insolvabilité et essayer de coordonner l'administration d'affaires d'insolvabilité internationale en l'absence d'adoption généralisée de lois nationales ou internationales propres à faciliter le processus, ont élaboré des accords internationaux pour prendre en compte les conflits de procédure et de fond pouvant surgir dans ce contexte. L'objectif est de promouvoir le règlement de ces conflits moyennant l'instauration de liens de coopération entre les tribunaux, le débiteur et d'autres parties prenantes lorsque des questions de compétences sont en jeu, afin de permettre aux intéressés de travailler efficacement et d'accroître les réalisations pour les parties prenantes quand il risque d'y avoir conflit de compétences.

13. Ces accords internationaux ne remplacent pas la Loi type de la CNUDCI comme moyen de faciliter la coopération et la coordination internationales, mais ils peuvent être utilisés parallèlement à cette loi une fois adoptée et, en fait, la compléter. Ils sont examinés de façon détaillée dans la partie III ci-après.

E. Article 27 e): Coordination des procédures concurrentes

14. En cas de procédures internationales concurrentes à l'encontre d'un même débiteur, la Loi type de la CNUDCI vise à favoriser les décisions qui permettent d'atteindre les objectifs des deux procédures dans les meilleures conditions. L'article 29 donne au tribunal ayant à connaître d'une affaire où le débiteur fait l'objet de deux procédures, l'une étrangère, l'autre locale, des orientations sur la manière dont ces procédures devraient être coordonnées, en particulier en ce qui concerne les mesures prises, pour faire en sorte que les actions requises dans les différentes procédures puissent se dérouler sans être inutilement suspendues par une mesure d'interdiction. Par exemple, les actifs du débiteur peuvent être situés dans différents États et l'enquête visant ces actifs peut être entravée par une mesure d'interdiction décidée dans un ou plusieurs de ces États. Pour procéder à l'enquête, l'aménagement de l'arrête des poursuites pourrait être nécessaire. De même, la procédure engagée dans un État pourrait être appuyée par l'application d'une mesure d'interdiction dans un autre État où aucune procédure d'insolvabilité n'a été engagée à l'encontre du débiteur mais où celui-ci a des actifs. La reconnaissance de la mesure d'interdiction dans ce deuxième État contribuerait à protéger les actifs dans l'intérêt de tous les créanciers. En reconnaissant et en appliquant une mesure d'interdiction ordonnée par un autre tribunal, le tribunal concerné pourrait consulter le tribunal ayant ordonné la mesure d'interdiction pour préciser les points suivants : a) l'interprétation et l'application de la mesure d'interdiction et son éventuel aménagement ou modification, et b) l'application de la mesure d'interdiction.

15. Des procédures concurrentes peuvent également être coordonnées par le biais d'auditions conjointes (voir la partie III, par. 145 à 150 ci-dessous) et, dans le cas d'un redressement, à travers la coordination des plans de redressement, en particulier lorsque le même plan ou un plan similaire est nécessaire dans chaque État engagé dans la procédure d'insolvabilité. La coordination peut aussi être utile en ce qui concerne l'élaboration du plan, les négociations avec les créanciers, les

procédures d'approbation et le rôle dévolu aux tribunaux, s'agissant en particulier de l'application du plan et de son exécution.

16. Le chapitre V de la Loi type de la CNUDCI (articles 28 à 32) porte sur certains aspects de la coordination des procédures concurrentes, à savoir l'ouverture d'une procédure locale après la reconnaissance d'une procédure étrangère principale; la coordination des mesures prises; la coordination de plusieurs procédures; la présomption de l'insolvabilité; et les règles de paiement en cas de pluralité de procédures.

F. Article 27 f): Autres formes de coopération

17. Les formes de coopération qui ne sont pas expressément visées à l'article 27 pourraient être notamment celles mentionnées ci-après.

a) Questions de la compétence et de la répartition des litiges entre les tribunaux coopérants en vue de leur règlement

18. Pour parvenir à un niveau approprié de coopération, les tribunaux dans les États desquels une procédure d'insolvabilité a été engagée doivent parfois coordonner leurs efforts pour éviter les types de conflits auxquels peuvent donner lieu la méthode classique de la réciprocité et de la règle attribuant la priorité au premier jugement (dans ce cas, un procès impliquant les mêmes parties et portant sur les mêmes questions peut se dérouler parallèlement dans deux pays, le jugement retenu étant celui qui est prononcé en premier). Dans certains pays, les injonctions antipoursuites, qui empêchent une partie d'engager ou de poursuivre une procédure dans un autre pays peuvent également être utiles. Une coopération peut s'exercer, par exemple, pour recenser diverses questions dont les tribunaux respectifs seront saisis (et qui peuvent être décidées par les parties, sans décision de justice); pour permettre à un tribunal de s'en remettre à la compétence ou à la décision d'autres tribunaux; et dans la mesure où cela est autorisé, pour répartir les responsabilités touchant diverses questions entre les tribunaux concernés afin de favoriser la coordination et d'éviter le chevauchement des activités. Dans divers États, certains tribunaux traitant d'affaires multinationales ont tendance à rechercher le for le plus compétent dans chaque cas d'espèce, sans s'en remettre aux règles habituellement suivies. Cette solution a été très souvent appliquée aux affaires d'insolvabilité en raison de la compétence universelle qui s'exerce en la matière.

19. Dans la recherche du for le plus compétent, il se peut qu'un tribunal limite volontairement sa compétence en faveur d'un autre tribunal, ce qui signifie qu'une action en justice engagée auprès d'un tribunal donné peut être abandonnée pour permettre à un autre tribunal auprès duquel une action parallèle a également été engagée de trancher[12]. Il se peut aussi qu'un tribunal donne compétence à un autre tribunal lorsque, par exemple, une action est possible auprès du deuxième tribunal,

---

[12] Deux exemples: *Victrix Steamship Co., S.A. contre Salen Dry Cargo A.B.*, 825 F.2d 709 (2d Cir. 1987), affaire dans laquelle un tribunal des États-Unis a approuvé le rejet d'une plainte à l'encontre d'un débiteur dans une procédure d'insolvabilité suédoise par égard pour cette procédure; *Cunard Steamship Co. contre Salen Reefer Serv. A. B.*, 773 F.2d 452 (2d Cir. 1985), affaire dans laquelle un arbitrage a de même été rejeté en faveur d'une procédure d'insolvabilité.

mais pas du premier. Ainsi, dans l'affaire *Maxwell*, un créancier aurait été visé par une action en annulation aux États-Unis, mais non au Royaume-Uni. Le tribunal du Royaume-Uni a attribué la compétence au tribunal des États-Unis, toutes les parties étant convenues que l'application de la loi de ce dernier pays avait en l'espèce un caractère territorial. Après avoir examiné la question, toutefois, le tribunal des États-Unis a conclu que la loi du pays principalement intéressé par l'issue du litige, en l'espèce la loi britannique, devait prévaloir. Le tribunal des États-Unis a reconnu qu'à l'ère des sociétés multinationales deux ou plusieurs pays pouvaient également prétendre être le pays d'origine du débiteur. L'approche consistant à déterminer quelle règle de droit matériel de différents pays engagés dans un litige international devrait s'appliquer pour répondre au mieux à l'intérêt des parties, a été suivie dans d'autres cas[13].

20. Il ne sera peut-être pas possible pour un tribunal de limiter volontairement sa compétence en faveur d'un autre tribunal dans tous les cas, car les tribunaux sont souvent tenus d'exercer leur compétence ou un contrôle exclusif sur des points particuliers. Certains systèmes juridiques ont également des règles de procédure qui restreignent cette possibilité. En particulier, dans les pays de droit romain, il se peut qu'un tribunal ne puisse limiter sa compétence en faveur d'un tribunal étranger. Toutefois, il peut être laissé à la discrétion du représentant de l'insolvabilité de renoncer tout simplement à exercer une action donnée auprès des tribunaux de son pays et de choisir de laisser au représentant d'une procédure connexe dans un autre pays le soin d'exercer cette action dans ce pays.

b) Coordination de la production, de l'admission ou du rejet et du classement des créances

21. La coordination des procédures de vérification et d'admission des créances peut faciliter l'administration de plusieurs procédures d'insolvabilité internationale impliquant un grand nombre de créanciers dans différents États. Diverses mesures peuvent être adoptées, notamment: sélectionner une seule juridiction pour la déclaration, la vérification et l'admission des créances et l'attribution de la responsabilité de ce processus au tribunal ou au représentant de l'insolvabilité; coordonner ce processus lorsque les créances doivent être déclarées dans plus d'une procédure, ce qui suppose notamment que les représentants de l'insolvabilité doivent avoir des listes communes de créanciers et de créances admises et qu'il faille harmoniser les dates limites de déclaration et les procédures; veiller à ce que les créances vérifiées et admises dans un État soient reconnues dans d'autres États; établir un classement des créances; et ainsi de suite. La coordination du traitement des créances est une des questions généralement abordées dans les accords internationaux (voir partie III, par. 120 à 131 ci-dessous).

---

[13] Voir In re Lernout & Hauspie Speech Products N.V., 301 B.R. 651, (Bankr. D. Del., 2003), décision confirmée, 308 B.R. 672 (U.S. D. Del. (2004)).

III. Accords internationaux appliqués pour faciliter les procédures d'insolvabilité internationale multiples

A. Questions préliminaires

1. Comme noté ci-dessus, *les accords internationaux*, notamment, facilitent la gestion des procédures d'insolvabilité internationale multiples.

2. Comme indiqué plus haut, certains des projets internationaux visant à faciliter les procédures d'insolvabilité internationale se rapportent plus ou moins explicitement à des questions touchant ces accords, et mentionnent en particulier les protocoles internationaux dont ils recommandent l'usage dans certains cas. Certains, par exemple, ont élaboré des principes pour appuyer la négociation de protocoles, y compris en particulier le Concordat. Les Directives Co-Co recommandent l'application d'un protocole, considéré comme la meilleure forme de coopération, alors que les Directives sur les communications entre tribunaux renvoient à l'utilisation d'un protocole dans le contexte des auditions conjointes. Comme examiné plus haut, certains accords incorporent les modalités de ces instruments moyennant un renvoi; d'autres s'inspirent du libellé employé dans les textes pertinents pour élaborer des dispositions spécifiques.

3. S'appuyant sur l'expérience pratique, la partie suivante définit ce qu'on entend par accords internationaux, décrit leur utilisation, donne un aperçu de certaines des conditions régissant leur application et recense l'ensemble des questions figurant dans les accords internationaux en vigueur, en indiquant la manière dont ils ont été mis à profit dans différentes circonstances.

1. Qu'entend-on par accord international?

4. Les accords internationaux sont généralement des accords conclus pour faciliter la coopération et la coordination internationales dans le cadre de plusieurs procédures d'insolvabilité engagées dans différents États à l'encontre d'un même débiteur. Ils sont habituellement conçus pour appuyer la gestion de ces procédures et visent à contribuer à l'harmonisation des questions de procédure plutôt que des questions de fond entre les États concernés (bien que, dans un petit nombre de cas, des questions de fond puissent également être abordées). Ils peuvent prendre diverses formes (écrite ou orale), avoir des champs d'application différents (génériques ou spécifiques) et peuvent être conclus par différentes parties. Les accords génériques simples peuvent insister sur la nécessité d'une étroite coopération entre les parties sans prendre en compte des questions particulières, alors que les accords plus détaillés, ciblés, définissent un cadre de principes propres à régir plusieurs procédures d'insolvabilité et doivent être approuvés par les tribunaux concernés. Ils peuvent tenir compte d'un accord passé entre les parties en vue de prendre certaines mesures ou d'engager certaines actions, ou d'un accord visant à renoncer à de telles mesures ou actions.

5. Bien que différents de par leur forme, ces accords ont presque toujours force obligatoire pour les parties qui les concluent et ils régissent sensiblement les mêmes questions. Ils sont le plus souvent dénommés "protocoles", encore que d'autres dénominations puissent être utilisées, notamment contrat d'administration de l'insolvabilité, accord de coopération et de compromis, et mémorandum d'accord.

Étant donné que le terme “protocole” ne reflète pas nécessairement la diversité des accords conclus dans la pratique, les présentes notes emploient le terme plus général d’“accord international”.

6. Des accords internationaux ont été appliqués avec succès dans des procédures d’insolvabilité concernant le redressement ou la liquidation et dans diverses situations, notamment: procédures plénières multiples; procédures accessoires engagées dans différents États et concernant les mêmes parties; procédures principales et non principales; et procédure d’insolvabilité engagée dans un État parallèlement à une procédure autre qu’une procédure d’insolvabilité engagée à l’encontre du même débiteur dans un autre État. Ils ont également été mis à profit dans des affaires concernant des États ayant différentes traditions juridiques, à savoir pays de *common law* et pays de droit romain.

7. En plus de promouvoir une coordination efficace à l’échelle mondiale et de contribuer au règlement de procédures multiples engagées à l’encontre d’un même débiteur, ces accords ont également pour objet de protéger les droits fondamentaux, à l’échelon local, de chacune des parties associées à ces procédures. En tant que tels, ils sont considérés par de nombreux praticiens qui ont pu les mettre à profit comme l’élément déterminant pour élaborer des solutions appropriées face à des situations particulières où, sans eux, il aurait été très improbable de parvenir à un résultat concluant. Le recours croissant à ce type d’accords semble indiquer qu’au fil du temps ils pourraient devenir la norme en présence d’une forte composante internationale, encore que leur application ne soit pas universelle puisqu’elle se limite actuellement à un petit nombre d’États.

8. En général, les accords internationaux sont conçus pour répondre aux problèmes particuliers d’une affaire et aux besoins des parties intéressées. Ils peuvent être utilisés pour:

a) Promouvoir la sécurité juridique et l’efficacité en matière de gestion et d’administration des procédures;

b) Aider à préciser les attentes des parties;

c) Atténuer les litiges et promouvoir leur règlement lorsqu’ils se manifestent;

d) Aider à prévenir les conflits de compétence. Par exemple, grâce à l’accord conclu dans le cadre de la procédure *Maxwell*, les représentants de l’insolvabilité des États-Unis et du Royaume-Uni ont procédé de telle sorte qu’aucun conflit impliquant un règlement judiciaire n’a surgi;

e) Faciliter la restructuration;

f) Aider à réaliser des économies en évitant les chevauchements et la “course” aux actifs et contribuer à éviter les retards inutiles;

g) Promouvoir le respect mutuel dans l’intérêt de l’indépendance et de l’intégrité des tribunaux et éviter les conflits de compétence;

h) Promouvoir la coopération internationale et la compréhension entre les juges et les représentants de l’insolvabilité;

i) Favoriser l'élaboration d'un cadre de principes généraux pour traiter les questions clefs d'ordre administratif, liées à la nature transfrontière et internationale des procédures d'insolvabilité; et

j) Contribuer à maximiser la valeur de la masse. Dans le cadre de la procédure Everfresh, par exemple, on a estimé que l'accroissement de la valeur de la masse obtenu grâce à l'accord, lequel avait permis d'associer les créanciers et d'empêcher les créanciers chirographaires de prendre des mesures préjudiciables, était de l'ordre de 40 %.

9. Une connaissance insuffisante de l'application de ces accords est source de malentendus, d'aucuns pensant qu'ils sont utilisés pour permettre à une partie de se soustraire aux obligations, devoirs ou restrictions d'ordre juridique qui lui sont imposés ou de vouloir les transférer ou les imposer aux parties d'un autre pays d'une manière qui n'est pas autorisée en vertu du droit interne applicable à l'une ou l'autre partie. Cependant, un accord international n'est pas fait pour permettre à une partie quelconque de se soustraire à ses obligations juridiques; son objectif est de définir les meilleurs moyens possibles de coordonner la procédure dans les États concernés, dans les limites du régime juridique desdits États. Ce principe s'applique à toutes les parties, y compris aux tribunaux, qui doivent respecter les dispositions de leur législation interne. La mesure dans laquelle les tribunaux peuvent interpréter cette législation pour faciliter la coopération internationale est une autre question.

2. Circonstances de nature à favoriser le recours à un accord international

10. Malgré la spécificité des accords internationaux, on peut estimer que l'existence de certaines circonstances dans un cas donné milite en faveur de l'utilisation d'un accord propre à faciliter la coopération et la coordination internationales. Il ne faut pas voir dans ces circonstances un ensemble de facteurs exhaustifs et déterminants mais plutôt le signe qu'un accord pourrait être utile. Nonobstant l'existence d'un certain nombre de ces facteurs dans un cas donné, on peut décider pour d'autres raisons qu'un accord international est inutile ou souhaitable. Les circonstances militant en faveur d'un tel accord sont notamment les suivantes:

a) Procédure d'insolvabilité internationale comprenant un très grand nombre d'éléments internationaux;

b) Complexité de la structure du débiteur (par exemple, un groupe d'entreprises comptant un grand nombre de filiales);

c) Différents types de procédures d'insolvabilité dans les États concernés, par exemple, redressement s'accompagnant du remplacement des cadres supérieurs par les représentants de l'insolvabilité dans une juridiction et le débiteur non dessaisi dans l'autre;

d) Les actifs sont suffisants pour couvrir les frais afférents à l'élaboration de l'accord;

e) Il y a suffisamment de temps pour mener les négociations. Les accords internationaux ne peuvent pas toujours être mis à profit car les négociations pertinentes prennent du temps. Cela peut poser des problèmes lorsqu'il faut agir très rapidement;

f) Les dispositions de fond du droit de l'insolvabilité sont similaires;

g) Des interdictions contradictoires ont été prononcées dans les différentes procédures; et

h) Les représentants de l'insolvabilité désignés pour les différentes procédures sont employés par la même société internationale. Cette situation a été observée entre juridictions ayant un droit de l'insolvabilité très semblable, par exemple la Région administrative spéciale de Hong Kong (RAS de Hong Kong) et les îles Vierges britanniques, ou encore la RAS de Hong Kong et les Bermudes[14].

3. Calendrier des négociations

11. Un accord peut être négocié au début ou au cours d'une affaire à mesure que des questions se posent, et plusieurs accords peuvent être négociés pour traiter différentes questions. Bien qu'il existe quelques exemples de protocoles négociés au cours de la procédure, par exemple dans l'affaire *Maxwell*, la plupart des accords internationaux sont négociés avant le début de la procédure, afin de prévenir d'emblée d'éventuels litiges. Le calendrier des négociations est subordonné au temps disponible avant le début de la procédure ou pour le règlement d'un litige lorsque la procédure est déjà engagée. Par exemple, dans l'affaire *Federal-Mogul*, les parties avaient six mois pour négocier l'accord international, le début de la procédure officielle offrant toujours une solution de rechange. Le temps disponible pour les négociations, attesté par le niveau de détail de l'accord, avait permis aux parties de négocier quelques questions complexes et sensibles, comme la mesure dans laquelle le représentant de l'insolvabilité pourrait déléguer ses pouvoirs à un autre représentant de l'insolvabilité ou à une autre partie. Dans l'affaire *Collins et Aikman*[15], un protocole n'a pu être négocié car les parties ne disposaient que de quatre jours avant le début de la procédure. Dans d'autres cas, des procédures comme les procédures non principales peuvent débuter à la demande du représentant de l'insolvabilité de la procédure principale dans le seul but d'apporter un appui à cette dernière[16]. Le représentant de l'insolvabilité de la procédure principale peut avoir une idée précise de la nature de la coopération et de la coordination requises avant de demander l'ouverture de la procédure non principale et les négociations nécessaires à la conclusion d'un accord international peuvent être relativement rapides et non controversables.

12. Le temps requis pour la négociation d'un accord varie selon les cas et dépend d'un certain nombre de facteurs, notamment de ce que les parties savent des principales caractéristiques du débiteur et des conflits potentiels susceptibles de surgir au cours de la procédure. Dans les cas simples, il peut suffire de quelques jours pour que les parties prennent connaissance de ces éléments et pour que la négociation soit engagée, mais en général le délai est plus long.

4. Parties à un accord international

13. Très souvent, la négociation d'accords internationaux est engagée par les parties à la procédure, notamment les praticiens de l'insolvabilité ou les

---

[14] Voir, par exemple, GBFE, Peregrine.
[15] La référence exacte sera communiquée plus tard.
[16] Voir, par exemple, SENDO, EMTEC.

représentants de l'insolvabilité et dans certains cas le débiteur (y compris les débiteurs non dessaisis), ou sur proposition du tribunal ou avec son appui. Certains tribunaux encouragent expressément les parties à négocier un accord et à rechercher leur approbation[17]. Une intervention rapide des tribunaux peut dans certains cas être un facteur déterminant du succès de l'accord.

14. En règle générale, les parties qui concluent un accord international diffèrent en fonction de la loi applicable et de ce qui est autorisé, s'agissant par exemple des pouvoirs dont disposent les représentants de l'insolvabilité, les tribunaux et d'autres parties intéressées. L'accord est souvent mis en place par les représentants de l'insolvabilité, parfois par le débiteur (habituellement le débiteur non dessaisi) et, le cas échéant, avec la participation du comité des créanciers (pour plus de détails, voir la partie B où l'on trouvera une comparaison du contenu de différents accords internationaux). Il arrive rarement qu'un accord international soit conclu entre tribunaux, bien que dans certains pays cela puisse être possible. Toutefois, les négociations entre les parties dans les affaires internationales bénéficient souvent du concours des tribunaux et ceux-ci peuvent donner l'impulsion qui permettra de parvenir à un accord.

15. Certains arrangements établis par écrit sont signés par les parties qui les ont conclus, d'autres non. Bien que la signature témoigne de l'accord réalisé entre les parties, dans la pratique de nombreux accords écrits deviennent valides suite à l'approbation du tribunal en vertu d'un jugement d'expédient. Certains accords abordent la question de la signature des exemplaires des autres parties, chacun devant être considéré comme un original et également authentique, et envisagent la manière dont ils peuvent être signés, y compris par fac-similé, de manière à constituer un original[18]. L'identification des parties qui doivent signer un accord ou être liées par cet accord est déterminée par l'effet de l'accord, tant sur le fond que du point de vue de la procédure. C'est pourquoi, en général, les créanciers ne sont pas parties à un accord, bien que l'on trouve des exemples associant des créanciers ou le comité des créanciers. Étant donné qu'ils connaissent souvent mal le droit de l'insolvabilité des autres États, y compris ses objectifs, les créanciers peuvent compromettre le succès de l'ensemble de la procédure de redressement, et une étroite coopération, comme cela a été le cas dans l'affaire *Singer*[19], avec le comité des créanciers et les créanciers en général sera souhaitable. D'autres parties peuvent s'associer à l'accord au fil du temps, mais il est préférable que l'accord ne soit pas modifié par la présence de ces nouvelles parties et que celles-ci ne cherchent pas à changer ce qui avait été précédemment convenu.

5. Capacité de conclure un accord international

16. Pour qu'un accord produise ses effets, les parties qui le négocient doivent être dûment habilitées ou avoir les capacités requises pour ce faire et pour être à même de respecter leurs engagements. Ces capacités sont subordonnées à ce que les parties sont autorisées à faire en vertu de la loi applicable, ce qui peut différer d'un État à l'autre. Dans certains États, par exemple, le pouvoir du représentant de

---

[17] Voir, par exemple, Solv-Ex, Nakash.

[18] Voir, par exemple, Inverworld et Federal-Mogul.

[19] Voir *In re The Singer Company N.V.*, nº 99-10578 (Bankr. S.D.N.Y., enregistré le 13 septembre 1999).

l'insolvabilité de négocier et de conclure un accord relève des pouvoirs qui lui sont dévolus en vertu du droit de l'insolvabilité. Dans d'autres États, le représentant de l'insolvabilité peut avoir besoin du consentement des créanciers ou de l'autorisation du tribunal[20].

17. Un accord supposant l'approbation d'un tribunal dans un pays de droit romain peut amener ledit tribunal à rechercher l'autorisation légale pour ce faire, étant entendu que cette approbation ne relève pas nécessairement de la compétence en équité ni des pouvoirs inhérents généraux des tribunaux. Certains observateurs sont sceptiques quant à l'applicabilité de ces accords lorsqu'ils sont approuvés par des tribunaux de pays de droit romain en raison, lorsque la Loi type de la CNUDC n'a pas été adoptée, de l'absence de pouvoir judiciaire discrétionnaire comparable à celui prévu dans les pays de *common law*. D'autres commentateurs estiment que certains types d'accords internationaux, comme ceux portant uniquement sur des questions administratives, pourraient être conclus par les représentants de l'insolvabilité ou par les tribunaux eux-mêmes. Le fondement logique de cet argument est que ces accords relèvent de la compétence juridique des représentants de l'insolvabilité, puisqu'il leur incombe notamment de protéger et de maximiser la valeur de la masse, sous réserve que de telles responsabilités ne constituent pas une obligation juridique personnelle. Certains commentateurs sont d'avis que la responsabilité du représentant de l'insolvabilité à l'égard de la masse de l'insolvabilité pourrait constituer une obligation de conclure un tel accord.

18. Il a également été suggéré qu'un juge dans un pays de droit romain pourrait conclure un accord international avec un tribunal étranger eu égard à son obligation légale de prévenir des actions préjudiciables pour la masse. Comme indiqué ci-dessus à propos des représentants de l'insolvabilité, dans certains pays de droit romain les tribunaux pourraient rencontrer des difficultés à cet égard en ce sens que les juges peuvent être tenus personnellement responsables pour faute professionnelle. Bien qu'une telle issue soit peu probable lorsque l'objet de l'accord international est de renforcer la valeur de la masse dans les limites du droit applicable, l'existence de telles dispositions pourrait contribuer à expliquer une certaine réticence à conclure des accords internationaux dans certains pays de droit romain. Une autre raison pourrait être une connaissance insuffisante des accords internationaux et du fait que leur conclusion est laissée à la discrétion du tribunal.

19. La pratique montre que de tels accords peuvent être conclus entre pays de droit romain et pays de *common law*. Dans l'affaire *Nakash*, par exemple, le tribunal israélien a obtenu l'autorisation légale de conclure un tel accord. Dans l'affaire *AIOC*, un accord a été conclu entre les représentants de l'insolvabilité des États-Unis et de la Suisse avec l'approbation expresse de l'autorité suisse compétente en matière d'insolvabilité. Les accords conclus dans le cadre des affaires *ISA-Daisytek* et *SENDO* offrent d'autres exemples de coopération entre des pays de droit romain et des pays de *common law*, mettant en jeu le Royaume-Uni et l'Allemagne et la France. Des accords concernant uniquement des pays de droit romain ont également été conclus, par exemple dans l'affaire *EMTEC* entre l'Allemagne et la France.

---

[20] Voir, par exemple, la décision autorisant le représentant de l'insolvabilité dans l'affaire AKAI Holdings Limited à conclure et à appliquer un protocole; Haute cour de la Région administrative spéciale de Hong Kong, tribunal de première instance, Companies (Winding-up) nº 49, 2000.

20. Un facteur déterminant pour la conclusion de tels accords entre pays de droit romain et pays de *common law* est la volonté des tribunaux et des représentants de l'insolvabilité de collaborer pour lever les éventuels problèmes de compétence. Dans l'affaire *Nakash*, par exemple, le tribunal israélien avait demandé aux représentants de l'insolvabilité d'élaborer un tel accord, exprimant l'avis qu'il pouvait être souhaitable pour les parties intéressées et les tribunaux aux États-Unis et dans l'État d'Israël de conclure un accord[21]. Nombre des obstacles imputables aux différences existant entre les droits de l'insolvabilité des juridictions concernées ont ainsi pu être levés, l'accent ayant été mis sur l'objectif commun des deux systèmes législatifs, à savoir maximiser la valeur pour les parties. Néanmoins, dans la pratique, les accords sont plus fréquents entre les pays de *common law* dans lesquels les tribunaux ont une plus grande marge de manœuvre que dans les autres pays où une autorisation légale est nécessaire pour conclure de tels accords; l'adoption de la Loi type de la CNUDCI offrirait cette marge de manœuvre. Toutefois, les commentateurs dans les pays de droit romain sont généralement d'avis que les accords internationaux deviendront plus courants à l'avenir en raison de leur application concluante dans le cadre des procédures d'insolvabilité internationale.

6. Présentation

21. Comme indiqué ci-dessus, il n'existe pas de forme déterminée pour ces accords et, dans la pratique, on a recours à la fois à des accords conclus oralement et par écrit, bien que certaines législations puissent exiger la forme écrite pour que les accords soient valides et exécutoires. Chaque arrangement correspond à un cas particulier et vise à recenser et à favoriser des solutions pour régler les problèmes qui sont ou qui risquent de devenir importants pour l'affaire dont sont saisis les tribunaux en vertu de la législation des pays concernés. Les accords verbaux peuvent obliger les parties à procéder par étape, étant entendu qu'elles ne peuvent s'appuyer sur un cadre général comme celui que leur offrirait un accord écrit et elles doivent habituellement se faire mutuellement confiance pour ce qui est du respect et de l'exécution des dispositions desdits accords. Il est probablement plus difficile d'appliquer des accords verbaux que des accords écrits et il peut être également difficile de lier des parties à un accord verbal dans un contexte international. Le caractère exécutoire des accords internationaux conclus par écrit est fonction de leur nature juridique. Lorsqu'ils sont approuvés par un tribunal, ils relèvent généralement d'une ordonnance de ce dernier et ils sont exécutoires en tant que tels. S'ils ne sont pas approuvés par un tribunal, ils sont alors considérés comme des accords ordinaires (de procédure), à savoir comme des contrats entre les parties et ils sont exécutoires en tant que tels.

22. Une affaire donnée peut faire l'objet d'un seul accord ou d'une série d'accords abordant les différentes questions qui se posent, comme noté ci-dessus, à mesure que l'affaire progresse. Dans l'affaire *Maxwell*, par exemple, un protocole de

---

[21] Voir en outre l'affaire SunResorts [la référence exacte sera communiquée plus tard] qui mettait en jeu un tribunal des États-Unis et un tribunal des Antilles néerlandaises et au cours de laquelle ce dernier a réagi positivement aux préoccupations exprimées par le tribunal des États-Unis et a resserré les contrôles en matière de garde dans une mesure inhabituelle au regard de la législation des Antilles néerlandaises. Cette réaction positive tenait au fait que le tribunal des Antilles néerlandaises avait connaissance de la Loi type de la CNUDCI et du Concordat.

fonctionnement a été convenu dès le début de l'affaire afin d'aborder les questions de stabilisation et de préservation des actifs et un deuxième protocole à la fin de l'affaire afin de répartir le produit des actifs entre les créanciers et de clore la procédure.

23. La réalisation d'un accord sur la teneur d'un protocole peut être l'étape la plus importante pour faciliter la coopération et la coordination, car le processus de négociation contribue souvent à prendre en compte les attentes des parties et à favoriser une conclusion heureuse de la procédure d'insolvabilité. Une fois négociée, un protocole peut simplement constituer le cadre de l'administration de l'affaire et ne plus être mentionné. Il peut être aussi possible de régler certaines questions à travers le protocole d'une manière propre à limiter au minimum l'intervention des tribunaux, les juges n'étant pas alors tenus de communiquer entre eux de façon permanente à mesure que l'affaire progresse[22].

7. Dispositions figurant généralement dans les accords internationaux

24. Les accords internationaux peuvent se limiter à mentionner des principes généraux sur la manière dont la coopération et la coordination doivent s'exercer, mais ils peuvent aussi aborder des questions spécifiques, comme la limitation volontaire de compétence en faveur d'un autre tribunal, les procédures de règlement des créances, les procédures à suivre par les tribunaux pour communiquer, etc., selon les besoins de l'affaire et les problèmes à résoudre. Les questions examinées ci-après à la section B donnent un bon exemple des domaines qui peuvent être abordés dans les accords internationaux. Étant donné que ces accords sont très ciblés, il n'est pas nécessaire, dans chaque accord, de prendre en compte toutes les questions examinées ci-dessous.

25. Il ressort d'une étude des accords conclus à ce jour que les questions habituellement traitées sont notamment les suivantes: l'attribution des responsabilités concernant divers aspects de la conduite et de l'administration de la procédure entre les différents tribunaux concernés et entre les représentants de l'insolvabilité, y compris les limites au pouvoir d'agir sans l'approbation des autres tribunaux ou représentants de l'insolvabilité; l'accès aux mesures d'aménagement et leur coordination; la coordination du recouvrement des actifs dans l'intérêt des créanciers en général; la déclaration et le traitement des créances; l'utilisation et la disposition des actifs; les méthodes de communication, y compris la langue, la fréquence des échanges et les moyens mis en œuvre; les notifications; la coordination et l'harmonisation des plans de redressement; les questions portant expressément sur l'accord, notamment modifications et résiliation, interprétation, validité et règlement des différends; l'administration de la procédure, en particulier en ce qui concerne l'arrêt des poursuites ou la décision concertée des parties de ne pas engager certaines actions en justice; le choix de la loi applicable; l'attribution des responsabilités entre les parties à l'accord; les frais et les droits; et les garanties. Les accords peuvent également aborder des questions telles que la composition du conseil d'administration, les mesures que le conseil peut prendre et la procédure à suivre, les relations entre les actionnaires et le personnel de direction et entre les

---

[22] Voir, par exemple, l'affaire Maxwell.

actionnaires et le conseil d'administration et la gestion de la circulation de l'information[23].

26. Le choix des questions à prendre en compte dans l'accord peut être influencé par les similitudes ou les différences entre les lois et procédures des États intervenant dans une affaire internationale donnée. Lorsque les tribunaux sont de même tradition juridique, par exemple, l'accord visera peut-être à donner des détails plus précis sur les questions de fond. Lorsque les traditions juridiques sont différentes, il pourra alors être davantage axé sur le processus et la procédure et définir un cadre à l'appui de la communication et de la coopération. Un accord peut stipuler que soient analysées les lois des États concernés afin de déterminer si et comment un résultat concret peut être obtenu sans pour autant amener les représentants de l'insolvabilité ou d'autres parties à violer leurs obligations en vertu desdites lois. Les questions à aborder peuvent également impliquer l'attribution de responsabilités entre différents tribunaux pour obtenir leur règlement, en fonction des règles juridiques de fond qui doivent s'appliquer à un cas donné. La détermination de ces règles de fond peut être subordonnée au point de savoir lequel des États est le plus intéressé par l'issue de l'affaire et elle peut avoir pour effet qu'un tribunal limite sa compétence en faveur d'un autre, sous réserve que cette limitation ne prive pas les créanciers locaux d'une procédure régulière ou d'autres droits fondamentaux (voir la partie II, par. 18 à 20 ci-dessus, et la partie III, par. 71 à 74 ci-dessous), ou encore qu'une action donnée soit engagée devant un tribunal plutôt qu'un autre. Les accords approuvés par les tribunaux comportent en général des dispositions qui mettent l'accent sur l'indépendance de ces derniers et sur le principe de la courtoisie internationale, et qui donnent des précisions sur la répartition des responsabilités entre les différentes juridictions, en particulier en ce qui concerne le droit des parties intéressées d'ester en justice et d'être entendues dans les différentes procédures.

8. Effet juridique des accords internationaux

27. Les accords internationaux peuvent comprendre différents types de dispositions dont certaines peuvent avoir un effet juridique et lier les parties et d'autres être simplement des déclarations de bonne foi ou d'intention. Les déclarations de bonne foi ou d'intention, par exemple, peuvent renfermer des dispositions sur l'objectif de l'accord, alors que les dispositions sur les responsabilités des représentants de l'insolvabilité, sur les coûts ou sur la procédure à suivre pour que le protocole produise ses effets (par exemple moyennant l'approbation du tribunal) sont en général censées avoir un effet juridique.

28. Pour qu'il produise ses effets, un accord international requiert le consentement des parties concernées. Dans certains accords, il est expressément stipulé que les parties sont tenues de s'y conformer, de même que leurs successeurs, ayants cause, représentants, héritiers, exécuteurs testamentaires et représentants de l'insolvabilité respectifs[24]. Certains accords autorisent expressément les parties à prendre les mesures et à établir les documents qui peuvent être nécessaires et appropriés pour lui donner effet et le mettre en œuvre ou contiennent une déclaration d'où il ressort que les parties sont convenues de prendre les mesures pertinentes pour lui donner

---

[23] Voir, par exemple, Olympia & York.

[24] Voir, par exemple, Everfresh, Federal-Mogul.

effet. Dans certains pays, il peut suffire que les représentants de l'insolvabilité concluent un accord international en vertu de leurs pouvoirs propres, sans qu'il soit nécessaire que le tribunal donne ensuite son approbation. Il convient de noter que l'approbation de tels arrangements par les tribunaux n'est pas toujours prévue en vertu de la loi applicable. Certains pays, en particulier les pays de droit romain, peuvent exiger que les créanciers du débiteur donnent leur approbation pour que l'accord soit valide. Par exemple, dans la procédure *ISA-Daisytek*, il était prévu en vertu de l'accord que celui-ci produirait ses effets sous réserve de l'approbation des créanciers du débiteur conformément à la loi allemande. L'accord stipulait en outre que le représentant de l'insolvabilité ferait rapport sur les clauses de l'accord au tribunal compétent, suite à l'approbation des créanciers.

29. L'accord peut exiger l'approbation de chacun des tribunaux associés à la procédure d'insolvabilité conformément à la législation locale et à la pratique des différents États concernés. Il n'est pas rare qu'un accord renferme une disposition aux termes de laquelle il n'aura un effet contraignant ou exécutoire sur le plan juridique qu'une fois approuvé par les tribunaux concernés, et les parties en cause doivent en recevoir notification sous la forme appropriée afin de réduire au minimum le risque de problèmes. Dès lors qu'il est approuvé, cet accord a généralement l'effet d'une ordonnance et il est contraignant pour les parties désignées. L'un des avantages de l'approbation de l'accord par les tribunaux est que les parties ou les créanciers opposants ne peuvent plus plaider dans un sens qui serait préjudiciable pour ledit accord.

9. Garanties

30. Parmi les garanties à inclure dans un accord international, on peut distinguer entre celles qui devraient toujours y figurer et celles qui pourraient y figurer selon les besoins.

31. Les mesures devant figurer dans le protocole pourraient viser à interdire aux parties de se soustraire à l'autorité du tribunal et de déroger aux dispositions d'ordre public.

32. Les mesures susceptibles de figurer dans l'accord concernent la communication de pièces aux parties intéressées; la protection des droits des tiers non signataires; et la possibilité de soumettre tout litige au tribunal. Les parties qui concluent un accord international veulent pouvoir compter sur la capacité de leurs homologues de conclure un tel accord, sans avoir à mener des recherches longues et coûteuses sur la loi applicable dans l'autre juridiction. En conséquence, un accord peut inclure à titre de garantie une disposition certifiant que les parties audit accord ont la capacité voulue pour le conclure ou, lorsque le représentant de l'insolvabilité doit obtenir l'autorisation du tribunal pour conclure l'accord, une disposition reconnaissant cette condition eu égard à ses obligations en vertu de l'accord[25]. De même, des accords disposent souvent expressément que certaines actions ou répartitions des pouvoirs sont autorisées ou limitées dans la mesure prévue par la loi applicable ou que les parties désignées doivent respecter et honorer les obligations qui leur sont imposées par les lois nationales applicables.

---

[25] Voir, par exemple, Financial Asset Management Foundation.

10. Problèmes éventuels et moyens de les résoudre

33. Les procédures d'insolvabilité s'inscrivent dans un processus évolutif et des événements imprévus peuvent se manifester et modifier le cours de l'affaire. C'est pourquoi un accord international doit être souple et pouvoir être révisé pour tenir compte de l'évolution des circonstances à mesure que l'affaire progresse. Outre la révision des accords existants, les parties peuvent prendre conscience de la nécessité de conclure des accords supplémentaires portant sur des questions qui n'étaient pas prévues.

34. Des conflits peuvent aussi surgir au cours de la mise en œuvre de l'accord. Ils peuvent prendre diverses formes, qu'il s'agisse des termes de l'accord et de leur interprétation, de l'application de ses dispositions, etc. Il est donc important que l'accord prévoie des procédures appropriées pour le règlement des différends, de manière à préserver ce qui a été acquis au moment où surgit le conflit et à prévenir l'apparition d'autres problèmes. Ces dispositions pourraient préciser quels sont les tribunaux compétents pour résoudre certains problèmes ou renvoyer à d'autres mécanismes de règlement des différends.

B. Comparaison d'accords d'insolvabilité internationale

35. La présente section donne un aperçu du contenu et de la structure d'un certain nombre d'accords utilisés dans de récentes affaires d'insolvabilité internationale. Elle recense les questions qui y sont abordées et examine leur traitement. Comme il a été indiqué plus haut, ces accords sont élaborés au cas par cas, de sorte qu'il n'existe pas de norme ou de standard unique que l'on pourrait présenter ici comme modèle. Néanmoins, alors que certaines questions étudiées ci-après ne figurent que dans un petit nombre d'accords, d'autres sont communes à la plupart des accords examinés. La comparaison du contenu de ces derniers vise à mieux faire comprendre ces outils ayant servi à la coopération, à la communication et à la coordination internationales, et à guider ceux qui rédigeront de tels accords dans une affaire donnée, de façon à pouvoir écourter considérablement le temps de négociation nécessaire à leur élaboration. Cette comparaison se fonde surtout sur des accords écrits (généralement appelés protocoles), car ce sont ceux que l'on trouve le plus communément et le plus aisément, mais, lorsque cela est possible, il est fait référence à d'autres accords.

1. Dispositions liminaires

36. Les dispositions liminaires présentent généralement le dispositif d'un accord, en décrivant les événements qui ont conduit à sa négociation, en indiquant sa raison d'être, en désignant les parties, et ainsi de suite. Ces dispositions varient certes d'un accord à l'autre, mais en règle générale elles abordent tout ou partie des questions suivantes.

a) Parties

37. La plupart des accords présentent les parties aux procédures avec plus ou moins de détails, en indiquant par exemple le nom et la nature de leurs entreprises, le lieu de leur constitution, le lieu de leur établissement et, le cas échéant, leur

situation par rapport à d'autres membres d'un groupe[26]. Certains accords ne désignent pas explicitement les personnes qui y sont parties, mais précisent que le texte devrait régir la conduite de toutes les parties intéressées dans le cadre des procédures d'insolvabilité, en faisant référence aux débiteurs, aux représentants de l'insolvabilité et au comité des créanciers[27].

38. Différentes personnes ayant un intérêt dans les procédures peuvent participer à l'accord, selon les questions qui y sont abordées et les parties auxquelles il doit s'imposer. Toutefois, en règle générale, on peut dire que sont parties à un accord les personnes dont les obligations sont visées et dont le consentement est nécessaire. Certains accords sont concluent entre les représentants de l'insolvabilité[28] tandis que d'autres concernent une plus grande diversité de parties intéressées, notamment le comité des créanciers, un prêteur garanti du débiteur et le débiteur lui-même[29].

39. Le protocole *Commodore* montre que les accords sont adaptés à chaque cas d'espèce: le comité des créanciers a demandé l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité aux États-Unis. Les représentants de l'insolvabilité aux Bahamas ont répondu en demandant au tribunal de ne pas connaître de l'affaire et d'ordonner des mesures à l'appui de la procédure étrangère. Par la suite, les représentants bahamiens et le comité des créanciers ont conclu un accord pour régler les litiges envisagés et mettre en place un cadre favorisant l'administration efficace des procédures d'insolvabilité dans les deux États. La participation du comité des créanciers peut certes renforcer la légitimité des accords qui concernent directement le comité ou les créanciers, mais elle n'est pas indispensable dans tous les cas.

b) Rappel des faits ou historique de l'insolvabilité

40. Un exposé de l'affaire, qui dresse l'historique de l'insolvabilité, peut clarifier et mieux faire comprendre l'accord. Souvent, à la présentation des parties succède un résumé des différentes procédures d'insolvabilité impliquant les parties, qui ont été ouvertes déjà ou qui sont imminentes. Encore une fois, ce résumé sera plus ou moins détaillé, certains accords précisant les dates et lieux de dépôt des demandes, les ordonnances qui ont été prononcées, etc.

41. S'agissant des entreprises multinationales, deux situations peuvent se présenter lorsque des procédures d'insolvabilité ont lieu dans des États différents: dans la première, le débiteur est le même dans les deux procédures. Dans la seconde, différents membres d'un groupe sont visés et les débiteurs sont distincts dans chaque procédure. Cependant, la coopération entre ces procédures peut être importante en raison des liens entre les membres du groupe, même s'ils constituent des entités séparées et juridiquement distinctes. Lorsqu'il y a redressement notamment, cette coopération peut faire augmenter la valeur de revente. L'accord peut expliquer ces différentes situations.

---

[26] Voir, par exemple, Solv-Ex, Quebecor.

[27] Voir, par exemple, Laidlaw, Matlack.

[28] Voir, par exemple, AIOC, Inverworld, Maxwell. Si les représentants de l'insolvabilité conviennent de conclure un protocole, on peut passer outre à l'opposition du débiteur; Voir, par exemple, Nakash.

[29] Voir, par exemple, Commodore, 360Networks.

c) Champ d'application

42. Généralement, les accords internationaux traitent de leur champ d'application. Diverses approches sont toutefois retenues. Certains accords commencent par une déclaration générale selon laquelle le texte doit régir la conduite de toutes les parties intéressées dans le cadre des procédures d'insolvabilité. D'autres décrivent ce champ d'application plus précisément. Ainsi, les dispositions sur le champ d'application peuvent poser un cadre général de principes dont les parties sont convenues pour régler diverses questions telles que: le recouvrement et la disposition ou la réalisation sous une autre forme des actifs du débiteur, notamment la vente à une personne déterminée[30]; l'admission, la vérification et le classement des créances, notamment leur rang de priorité; la coordination de la préparation, de l'approbation, de l'homologation et de l'application d'un plan de redressement ou d'un autre dispositif semblable; la stratégie à suivre sur le plan judiciaire en ce qui concerne toute question qui ne pourrait être réglée tout de suite de bonne foi; la répartition du produit; les questions générales concernant l'administration. Ces dispositions peuvent également tendre à faciliter la coordination, par exemple en prévoyant des procédures coordonnées pour le traitement des questions énumérées ci-devant. Souvent le champ d'application d'un accord coïncide avec son but ou son objet; en indiquant l'objectif visé, l'accord définit dans le même temps son champ d'application.

d) Objet

43. Une disposition relative à l'intention des parties dans le cadre de l'accord et, notamment aux objectifs à atteindre, permet de résumer l'objet qu'elles se sont fixé ensemble dans cet accord et de le faire connaître clairement à un tribunal dont l'approbation pourrait être sollicitée.

44. De nombreux accords ont en commun plusieurs buts et objectifs généraux, notamment[31]:

a) Harmoniser et coordonner les activités auprès des tribunaux qui connaissent des différentes procédures d'insolvabilité;

b) Favoriser l'administration équitable, transparente, ordonnée et efficace des procédures d'insolvabilité, au profit de tous les débiteurs, de leurs créanciers et d'autres parties intéressées, où qu'ils se trouvent, afin de réduire les coûts et d'éviter le chevauchement des efforts;

c) Protéger les droits et les intérêts de toutes les parties;

d) Favoriser la coopération internationale et le respect de l'indépendance judiciaire et de la courtoisie internationale; et

e) Mettre en application un cadre de principes généraux pour régler les questions élémentaires d'administration découlant de la nature transfrontière et internationale des procédures d'insolvabilité.

---

[30] Voir, par exemple, Solv-Ex.

[31] Les Directives Co-Co comportent des dispositions semblables qui ont trait aux buts et objectifs premiers (Directives 1 et 2).

45. D'autres buts peuvent être poursuivis, par exemple: faciliter le redressement de l'entreprise du débiteur en tant qu'entreprise multinationale; protéger l'intégrité du processus d'administration; consulter et informer les créanciers au sujet de l'évolution de la situation; s'assurer que les questions appropriées sont portées devant les tribunaux compétents et que ces actions ont lieu de manière rapide et efficace; coordonner les activités entre les différents représentants de l'insolvabilité, afin de limiter les coûts et d'éviter le chevauchement des efforts; consigner divers accords mutuels, concernant notamment la coordination des mesures, dans lesquels les parties s'engagent à respecter les obligations imposées par la loi de chaque pays ou à agir conformément à certains principes, par exemple la confiance mutuelle, le respect du devoir de coopération et d'information[32].

46. Certains accords précisent également ce qu'ils ne visent pas, par exemple créer un précédent ayant une valeur contraignante, ou constituer une solution appropriée à toutes les procédures non principales dans une affaire donnée, tout en reconnaissant qu'ils pourraient être considérés comme un exemple de bonne pratique[33]. Ce type de disposition vient répondre à la défiance des parties en ce qui concerne le champ d'application et la recevabilité de tels accords en droit interne et pourrait dès lors faciliter leur acceptation par les parties.

e) Langue de l'accord et langue de communication

47. Comme les procédures d'insolvabilité internationale concernent souvent des États dont la langue n'est pas la même, on peut prévoir une disposition relative à la langue à utiliser dans l'accord et à la langue de communication entre les parties. Il est vrai toutefois que de nombreux accords conclus jusqu'ici ont été rédigés en langue anglaise ou existent en deux langues, sans référence aucune à la langue proprement dite[34]. C'est sans doute parce que la majorité de ces accords ont été conclus entre des États de langue anglaise, mais une disposition relative au choix de la langue serait souhaitable lorsque les États concernés ne parlent pas la même langue.

Exemples de clauses

Parties

1) Entre

Le bureau du représentant de l'insolvabilité de l'État A, représenté par [nom et adresse], agissant en qualité de représentant de l'insolvabilité dans le cadre de la procédure principale à l'encontre du débiteur [adresse] dans l'État A, désigné par décision du tribunal de l'État A en date du […], ci-après appelé le "représentant de la procédure principale",

d'une part

ET

[32] Ces principes sont définis à l'article 31 du Règlement CE.

[33] Voir, par exemple, SENDO.

[34] Voir, par exemple, SENDO; les Directives Co-Co abordent aussi la question de la langue (Directives 10.1 et 10.2).

Le bureau du représentant de l'insolvabilité de l'État B, représenté par [nom et adresse], agissant en qualité de représentant de l'insolvabilité dans le cadre de la procédure non principale à l'encontre du débiteur [adresse] dans l'État B, désigné par décision du tribunal de l'État B en date du […], ci-après appelé le "représentant de la procédure non principale",

d'autre part

ci-après dénommés les "représentants de l'insolvabilité".

Rappel des faits/historique de l'insolvabilité

2A) La société X, [constituée/dont le siège statutaire se trouve] dans l'État A, est la société mère à la tête d'un groupe multinational qui exerce son activité par l'intermédiaire de ses diverses filiales et sociétés apparentées dans les États A, B, C et D.

La société X et certaines de ses filiales et sociétés apparentées directes et indirectes dans l'État A ont engagé des procédures d'insolvabilité auprès du tribunal de l'État A aux termes de la loi sur l'insolvabilité de cet État, et ces actions ont fait l'objet d'une coordination procédurale, sous l'affaire nº […]. Les débiteurs de l'État A gardent la possession de leurs biens respectifs, exercent et gèrent leur activité conformément à la loi sur l'insolvabilité de l'État A. Des comités de créanciers non garantis (le "comité des créanciers") ont été désignés dans le cadre des procédures de l'État A.

La société Y (filiale indirecte de la société X dans l'État B) et certaines de ses filiales et sociétés apparentées directes et indirectes dans l'État B ont engagé des procédures d'insolvabilité auprès du tribunal de l'État B aux termes de la loi sur l'insolvabilité dans cet État. Des ordonnances ont été prononcées en vertu desquelles a) les débiteurs de l'État B sont admis à bénéficier des mesures prévues dans la loi sur l'insolvabilité de l'État B, et b) Z a été désigné représentant de l'insolvabilité des débiteurs de l'État B, avec les droits, pouvoirs, devoirs et limitations de responsabilité énoncés dans la loi sur l'insolvabilité de l'État B et dans l'ordonnance du tribunal de l'État B.

Les procédures dans les États A et B sont séparées et distinctes. Ni les débiteurs de l'État A ni ceux de l'État B n'ont demandé la reconnaissance de leur procédure dans l'autre État. Ni les débiteurs de l'État A ni ceux de l'État B ne sont débiteurs dans le cadre des autres procédures, bien qu'ils y aient comparu et déclaré des créances.

2B) La société X, de l'État A, est la société mère d'une entreprise dans l'État B qui exerce son activité dans les États A et B, par l'intermédiaire de diverses filiales et sociétés apparentées dans ces États. La société X et certaines de ses filiales et sociétés apparentées (appelées collectivement les "sociétés X") sont le plus important prestataire indépendant de services N dans la région, réalisant environ 90 % de leur revenus dans l'État A.

Les sociétés X ont pour activité le développement, l'intégration et le support de systèmes pour les services N. Elles assurent des services N à leurs clients à l'aide de nouveaux logiciels fournis par les principaux fabricants d'ordinateurs.

Les sociétés X ont engagé des procédures d'insolvabilité auprès du tribunal de l'État A en vertu de la loi sur l'insolvabilité de l'État A. Elles gardent la possession de leurs biens respectifs, exercent et gèrent leur activité conformément à la loi sur l'insolvabilité de l'État A. Aucun comité de créanciers non garantis n'a été désigné, mais il est prévu qu'il le sera dans le cadre des procédures de l'État A (le "comité des créanciers").

Certains sociétés X, dont la société mère, X, ont des actifs et exercent leur activité dans l'État B. La société X et cinq de ses filiales et sociétés apparentées dans l'État B (appelées collectivement les "demandeurs") ont engagé des procédures auprès du tribunal de l'État B en vertu de la loi sur l'insolvabilité de l'État B. À leur demande, le tribunal de l'État B a décidé a) que les procédures de l'État A étaient des "procédures étrangères" aux fins de la loi sur l'insolvabilité de l'État B et que b) les actions contre les demandeurs et leurs biens étaient interdites ou suspendues.

Les demandeurs sont parties aux procédures dans les États A et B.

Champ d'application et objet

Des procédures parallèles, concurrentes étant en instance dans les États A et B pour le débiteur, il y a lieu de prendre des mesures d'administration élémentaires pour coordonner certaines activités dans les deux procédures, protéger les droits des parties et préserver la compétence indépendante des tribunaux. Un cadre de principes généraux devrait être établi d'un commun accord pour régler les questions suivantes:

a) La vente des actifs du débiteur;

b) L'admissibilité et la priorité des créances déclarées à l'encontre du débiteur;

c) L'harmonisation de la soumission, de l'approbation, de l'homologation et de l'application d'un plan de redressement aux termes des lois sur l'insolvabilité des États A et B; et

d) Les questions générales concernant l'administration.

4) Les conditions et dispositions ci-après s'appliquent aux procédures dans les États A et B: […]

5) Les représentants des procédures principale et non principale sont convenus d'exécuter le présent accord, afin d'établir les modalités pratiques de la répartition des actifs entre les créanciers de la société. Le présent accord a pour but d'organiser la coopération entre les représentants de l'insolvabilité, notamment d'organiser l'échange d'informations entre eux en ce qui concerne la vérification des créances et la répartition des actifs.

But et objectifs

6) Les procédures d'insolvabilité étant en instance dans les États A et B et ailleurs pour le débiteur, il y a lieu de prendre des mesures d'administration élémentaires afin de

coordonner certaines activités dans le cadre des procédures d'insolvabilité, de protéger les droits des parties et de préserver la compétence indépendante des tribunaux et la courtoisie internationale. Le présent accord a donc été conclu pour favoriser la réalisation des buts et objectifs ci-après, jugée souhaitable par les uns et les autres, dans les procédures des États A et B et, dans toute la mesure nécessaire, dans d'autres procédures:

a) Harmoniser et coordonner les activités dans les procédures d'insolvabilité;

b) Favoriser l'administration ordonnée et efficace des procédures d'insolvabilité, afin, entre autres, de les optimiser, de réduire leurs coûts et d'éviter le chevauchement des efforts;

c) Respecter l'indépendance et l'intégrité des tribunaux et autres autorités judiciaires des États A, B et tiers;

d) Favoriser la coopération internationale et le respect de la courtoisie internationale entre les tribunaux, le débiteur, le comité des créanciers, les représentants de l'insolvabilité et les parties intéressées dans le cadre des procédures d'insolvabilité;

e) Faciliter l'administration équitable, transparente et efficace des procédures d'insolvabilité au profit de tous les créanciers du débiteur et des autres parties intéressées, où qu'ils se trouvent; et

f) Mettre en application un cadre de principes généraux pour régler les questions administratives élémentaires découlant de la nature transfrontière et internationale des procédures d'insolvabilité.

Langue

7) Le présent accord a été conclu en anglais et en français (les deux textes faisant également foi). La langue de communication entre les parties est l'anglais.

2. Terminologie et règles d'interprétation

a) Terminologie

48. Les lois sur l'insolvabilité reposent sur une terminologie et des notions dont la signification peut varier considérablement d'un État à l'autre. Même lorsque les parties parlent la même langue, un terme peut être interprété différemment suivant le système juridique. Afin d'assurer une compréhension commune, de nombreux accords définissent certains termes qu'ils emploient. Les méthodes utilisées à cette fin varient cependant. Parfois, une section complète est consacrée aux définitions, parfois une approche au cas par cas est retenue, de brèves explications étant données au fil du texte, en tant que de besoin[35].

---

[35] Voir, par exemple,, GBFE, 360Networks; le Concordat comporte un glossaire qui comprend les termes suivants: règles d'administration, créance ordinaire, redressement, décharge, répartition,

49. Les termes souvent expliqués dans ces accords sont par exemple: les lois nationales applicables, les tribunaux nationaux compétents, les professionnels de l'insolvabilité, les représentants de l'insolvabilité, les types de procédures, le débiteur, les parties, l'arrêt des poursuites, les procédures engagées par les créanciers.

b) Règles d'interprétation

50. Des règles générales d'interprétation sont souvent énoncées, à savoir par exemple que le singulier englobe le pluriel et inversement; que les titres insérés ne répondent qu'à un souci de commodité et n'ont pas de signification particulière; que les références à une partie, quelle qu'elle soit, sont réputées désigner, s'il y a lieu, ses successeurs ou cessionnaires selon le cas; que le masculin englobe le féminin ou le genre neutre[36].

51. Certains accords font une référence explicite aux principes énoncés dans le Concordat[37], ou aux Directives sur les communications entre tribunaux[38], en les incorporant dans leurs propres dispositions pour régir certaines questions.

Exemples de clauses

Terminologie

8) Dans le présent accord, sauf si le contexte exige qu'il en soit autrement, les termes suivants sont définis comme suit: […]

Règles d'interprétation

9) a) Lorsque le contexte l'exige, le singulier englobe le pluriel et inversement. De même, le masculin englobe le féminin et le genre neutre.

b) L'index et les titres des clauses du présent accord ne répondent qu'à un souci de commodité, et n'ont pas d'incidence sur l'interprétation de l'accord.

c) Les références aux clauses, paragraphes et dispositions liminaires ne concernent que le présent accord, sauf indication contraire.

d) Les références à une partie, quelle qu'elle soit, sont réputées désigner, s'il y a lieu, ses successeurs ou cessionnaires selon le cas.

e) Sauf disposition contraire expresse, les références au présent accord ou à tout autre document renvoient aussi à cet accord, à ses dispositions liminaires et à ses

---

procédure d'insolvabilité, for de l'insolvabilité, droit international, procédure limitée, liquidation, for principal/procédure principale, créanciers non locaux, représentant officiel, for plénier/procédure plénière, créance privilégiée, règles de classement, créance garantie, règles sur les nullités; les Directives Co-Co comportent une définition du représentant de l'insolvabilité (Directive 4).

36 Voir, par exemple, GBFE.

37 Voir, par exemple, AIOC, Everfresh.

38 Voir, par exemple, Systech.

tableaux ou tous autres documents tels qu'ils auront été modifiés, complétés et/ou remplacés par la suite en toutes manières.

f) S'agissant de la computation des délais depuis une date déterminée jusqu'à une date ultérieure déterminée, les termes "depuis le" signifient "depuis le … inclus" et "jusqu'au" signifie "jusqu'au … exclus".

3. Tribunaux

52. La coopération judiciaire est de plus en plus considérée comme indispensable à la bonne conduite des affaires d'insolvabilité internationale, en rendant plus prévisible leur déroulement – les débiteurs et créanciers n'ayant pas à anticiper les réactions judiciaires aux procédures étrangères – et en favorisant le traitement équitable de toutes les parties. Les accords internationaux se sont fondés sur diverses approches pour faciliter la coordination et la coopération entre les tribunaux de différents États afin d'assurer la bonne administration des procédures et d'éviter les litiges.

a) Courtoisie internationale et indépendance des tribunaux

53. La "*courtoise internationale*", au sens juridique, n'est ni une obligation absolue ni une simple courtoisie ou une marque de bonne volonté, mais la reconnaissance qu'un État accorde sur son territoire aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d'un autre État, en tenant dûment compte des devoirs et des convenances au niveau international, ainsi que des droits de ses propres ressortissants, ou d'autres personnes qui sont sous la protection de ses lois. De nombreux accords soulignent l'importance de la courtoise internationale et de l'indépendance des tribunaux en précisant que leur approbation et application ne doivent en rien compromettre ou diminuer cette indépendance. Ils soulignent aussi que chaque tribunal est habilité à exercer sa compétence et son autorité en toute indépendance et en tout temps en ce qui concerne les affaires dont il est saisi et la conduite des parties qui comparaissent devant lui[39]. Cette disposition vise à donner l'assurance que chaque partie à l'accord agit aux termes (partant dans les limites) du droit interne applicable.

54. Souvent, les accords indiquent expressément que, conformément à la courtoisie internationale, ils ne sauraient être interprétés notamment comme:

a) Portant atteinte à l'indépendance, à la souveraineté ou à la compétence des tribunaux;

b) Faisant obligation aux débiteurs, au comité des créanciers ou aux représentants de l'insolvabilité de se soustraire à tout devoir que leur impose le droit national en vertu duquel ils ont été constitués ou désignés;

c) Autorisant toute action qui exige l'approbation spécifique de l'un des tribunaux ou des deux; ou

---

[39] Voir *Hilton contre Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), décision dans laquelle un tribunal américain traite de la reconnaissance d'une décision rendue par un tribunal français et donne une première définition de la courtoisie internationale; voir aussi 360Networks, Matlack.

d) Empêchant tout créancier ou autre partie intéressée de faire valoir ses droits fondamentaux en vertu des lois applicables[40].

b) Répartition des rôles entre les tribunaux

55. Lorsque des procédures d'insolvabilité à l'égard du même débiteur sont ouvertes dans différents États, il faudra souvent déterminer les questions que les différents tribunaux devront examiner. Dans certains cas, un tribunal unique sera chargé de trancher ou de régler certaines questions. Dans d'autres, la situation ne sera pas aussi claire et plusieurs tribunaux pourraient jouer un rôle égal, partagé ou conjoint pour prendre certaines décisions[41]. Nonobstant l'indépendance et la souveraineté de chaque tribunal, les accords internationaux "répartissent" souvent les rôles entre tribunaux compétents pour le traitement de différentes questions afin d'assurer la coordination efficace des procédures et d'éviter chevauchements, litiges et doubles emplois. Pour ce faire, les tribunaux peuvent approuver l'accord ou alors, les parties peuvent de manière informelle convenir de porter certaines questions devant certains tribunaux. Le rôle attribué peut être défini de manière assez large, par exemple l'utilisation et la disposition des actifs du débiteur en général, ou de manière plus précise, par exemple la vérification et l'admission des créances ou l'approbation de certaines opérations en ce qui concerne l'utilisation et la disposition de certains actifs, notamment le fait de gager ou de grever des actifs[42].

56. Même lorsque certaines questions relèvent d'un tribunal particulier, l'accord peut demander que ce tribunal, dans l'examen de ces questions, sollicite et prenne en compte les vues des autres tribunaux et participants. Ainsi, dans une affaire comportant des procédures principale et non principale, il a été demandé au tribunal chargé des actifs dans le contexte de la procédure non principale de prendre en compte toutes propositions émanant des représentants de l'insolvabilité dans la procédure principale[43]. Un accord peut également prévoir qu'il est souhaitable que la décision concernant une question particulière soit prise par un seul tribunal et ce, au moyen d'une coopération entre les tribunaux[44].

57. D'autres exemples montrent comment des accords internationaux peuvent faciliter cette coordination et cette coopération entre les tribunaux. Dans l'affaire *Inverworld*, un accord approuvé par les tribunaux a conduit à l'abandon de la procédure d'insolvabilité anglaise, sous réserve de certaines conditions relatives au traitement des réclamants dans le cadre de cette procédure et à la répartition des fonctions entre les deux autres tribunaux restant saisis. Le tribunal américain devait régler les questions de droit et de fait en suspens concernant les montants auxquels pouvaient prétendre les différentes classes d'investisseurs, tandis que le tribunal

---

[40] Voir, par exemple, AgriBioTech, Pioneer; les Directives Co-Co prévoient une déclaration similaire (Directive 3).

[41] Il est recommandé dans le Concordat de confier à un seul for la responsabilité principale de coordonner toutes les procédures d'insolvabilité se rapportant à un débiteur (Principe 1). Lorsqu'il y a un for principal, il est recommandé dans le Concordat que ce for coordonne l'administration et la récupération des actifs (Principe 2A); à défaut de for principal, le Concordat traite du rôle de chaque tribunal en ce qui concerne la décision relative à la valeur et à l'admissibilité des créances (Principe 8) et l'administration des actifs (Principe 4).

[42] Voir, par exemple, Maxwell, Pioneer.

[43] Voir, par exemple, SENDO.

[44] Voir, par exemple, Laidlaw.

caïmanais devait superviser l'administration de la répartition du produit entre les réclamants. Chaque tribunal devait considérer les actions de l'autre comme contraignantes, pour éviter des procédures judiciaires parallèles. Dans l'affaire *Maxwell*, un accord approuvé par les tribunaux tant anglais qu'américain a réparti les fonctions entre les tribunaux et prévu une coopération pour l'administration des procédures. Entre autres, l'accord conférait au représentant anglais de l'insolvabilité le pouvoir d'administrer tous les actifs et toutes les opérations de l'entreprise du groupe débiteur, d'engager des dépenses, sous réserve de l'approbation par le représentant américain de l'insolvabilité concernant des questions particulières et de l'approbation du tribunal américain.

58. Certains accords précisent les facteurs qui déterminent la compétence de chaque tribunal pour agir concernant certaines questions. Il peut s'agir du lieu de situation du débiteur, de ses actifs ou de ses créanciers; de l'application de règles de conflit de lois; d'un accord sur la loi applicable; ou d'autres facteurs de rattachement. Ainsi, la conduite de la procédure d'insolvabilité peut incomber au tribunal de l'État où elle a été ouverte; l'approbation des opérations peut être confiée au tribunal de l'État où sont situés les actifs faisant l'objet de l'opération; la distribution du produit des actifs et la charge de donner des instructions aux représentants de l'insolvabilité concernant le traitement des actifs peuvent être confiées au tribunal de l'État où sont situés les actifs; l'examen des créances à l'égard du débiteur peut être confié au tribunal de l'État dont le débiteur est un ressortissant, de l'État où les créanciers résident, sont domiciliés ou exercent leur activité et disposent de bureaux, ou de l'État où les créances sont nées de la fourniture de biens ou services au débiteur, ou selon le type de contrat et la nationalité du cocontractant[45].

59. Certains accords prévoient que les tribunaux doivent agir conjointement pour certaines opérations, par exemple la disposition des actifs du débiteur ou plus précisément leur vente. Un accord peut disposer aussi que des audiences conjointes devraient être tenues pour régler certaines questions, par exemple l'utilisation et la disposition des actifs et la répartition du produit, lorsque ces actifs sont situés dans les deux États ou dans un État tiers[46]. En raison de la nature de l'entreprise du débiteur et en particulier de l'interconnexion et de l'interdépendance des lignes de communication entre ses activités commerciales et Internet mondiales, un accord a retenu une méthode consistant à déterminer les questions qui devaient être réglées avec l'aide de différents tribunaux. Les tribunaux pouvaient tenir des audiences conjointes pour trancher ces questions et ont pu traiter ensemble d'autres questions à inclure au fur et à mesure que se déroulait la procédure d'insolvabilité[47]. L'accord disposait par ailleurs que certaines questions précises (par exemple la répartition du produit de la vente entre les masses de l'insolvabilité des débiteurs d'un seul État) qui n'avaient pas été réglées dans le cadre d'audiences conjointes le seraient par un seul tribunal.

60. Afin de résoudre de manière pratique des questions découlant de différences entre systèmes juridiques, les tribunaux peuvent rendre des ordonnances sur une base réciproque, c'est-à-dire à condition que l'autre juridiction rende des

---

[45] Voir, par exemple, AgriBiotech, Everfresh.
[46] Voir, par exemple, Inverworld, PSINet.
[47] Voir, par exemple, PSINet.

ordonnances appropriées. Cette approche a été adoptée dans l'affaire *360Networks*, où les fournisseurs étaient réticents à renégocier des contrats sans décision formelle du débiteur garantissant qu'il ne serait pas mis fin ensuite à ces contrats dans la procédure américaine, ce qui est permis par la loi américaine, au détriment de leurs droits. De tels arrangements nécessiteraient l'approbation des tribunaux.

i) Traitement des créances

61. Le traitement des créances peut consister à vérifier, admettre et classer des créances mais aussi à déterminer le sort qui doit leur être réservé dans tout plan de redressement. Un accord peut disposer que chaque créance doit être examinée par un seul des tribunaux concernés, sauf si elle est étroitement liée, en vertu des règles de conflit des lois, à un autre État, s'il s'agit d'une créance pour laquelle une garantie ou une priorité est revendiquée en vertu des lois d'un autre État ou s'il a été convenu expressément que la créance serait régie par les lois d'un autre État[48].

62. Lorsqu'une créance est déclarée dans le cadre d'une procédure, certains accords prévoient que le créancier est réputé avoir choisi de faire vérifier sa créance et d'en faire déterminer l'admissibilité par le tribunal qui administre cette procédure. Si les créances sont déclarées dans le cadre de plusieurs procédures, l'accord peut désigner le tribunal qui en assurera la vérification et l'admission[49]. Les tribunaux peuvent également convenir d'élaborer des règles relatives au traitement de certains aspects de la procédure, par exemple la preuve des créances[50]. Les parties aux procédures peuvent également choisir de reporter l'examen de ces questions et d'élaborer ultérieurement une procédure de règlement des créances en général ou de certains types de créances en particulier (par exemple les créances entre sociétés du même groupe)[51].

ii) Action en annulation

63. Certains accords déterminent qui doit se charger de rechercher et de poursuivre les actifs supposés faire partie de la masse du débiteur dans le ressort du tribunal[52]. La répartition des pouvoirs de recherche et d'action en justice peut dépendre des dispositions pertinentes de la loi applicable en la matière, y compris les dispositions sur le conflit de lois.

iii) Représentants de l'insolvabilité

64. Les accords traitent souvent des pouvoirs de chaque tribunal en ce qui concerne le représentant de l'insolvabilité désigné dans la procédure qu'il administre. Ces pouvoirs peuvent concerner la désignation, la conduite et la rémunération, ainsi que l'audition et le règlement de toute question se posant à ce sujet dans le cadre de la procédure d'insolvabilité dont ce tribunal est saisi[53]. Dans certains cas, ils peuvent concerner aussi le représentant de l'insolvabilité désigné dans l'autre procédure. Ainsi, dans une affaire sans accord international écrit, un

---

[48] Voir, par exemple, Solv-Ex.
[49] Voir, par exemple, Pioneer.
[50] Voir, par exemple, Philip.
[51] Voir, par exemple, Quebecor.
[52] Voir, par exemple, Nakash.
[53] Voir, par exemple, Commodore, Mosaic.

tribunal a été appelé à approuver la rémunération du représentant de l'insolvabilité de l'autre for[54].

iv) Règlement des différends

65. Afin d'assurer une coopération continue entre les procédures et de faire respecter le cadre établi par l'accord, celui-ci peut préciser la façon dont seront réglés les différends qui peuvent en naître[55]. En effet, des différends peuvent naître en ce qui concerne l'objet, l'interprétation ou l'application de l'accord ou en ce qui a trait à l'administration des procédures ou de la masse du débiteur.

66. Les accords internationaux adoptent diverses approches pour le règlement des différends. Ils peuvent par exemple exiger des parties qu'elles fassent tous les efforts raisonnables pour trouver un arrangement avant de porter la question devant un tribunal. Faute d'arrangement, la question peut être soumise au tribunal chargé, selon l'accord, d'en faire respecter l'application ou de régler certains différends, concernant par exemple tout acte ou toute décision du représentant de l'insolvabilité. Un accord peut aussi prévoir qu'un différend relatif à une question découlant d'une procédure ouverte dans un État sera soumis au tribunal compétent de cet État ou, lorsque le différend concerne toutes les procédures visées par un accord, que le différend sera réglé par le tribunal le plus approprié[56].

67. Un accord peut également prévoir une disposition permettant aux tribunaux de régler ensemble les différends, lorsqu'il y a lieu, au moyen d'une audience conjointe. Si, nonobstant cette disposition, le différend est porté auprès d'un seul des tribunaux, l'accord peut aussi autoriser le tribunal i) à rendre une décision contraignante après avoir consulté l'autre tribunal; ii) à limiter volontairement sa compétence en renvoyant la question, en tout ou en partie, à l'autre tribunal; ou iii) à solliciter une audience conjointe avec l'autre tribunal[57].

68. Une autre approche peut consister à désigner un tiers pour régler les différends. L'accord peut préciser la procédure de médiation à suivre, en abordant des questions telles que l'ouverture, la possibilité de dérogation, le calendrier, le choix et la désignation du médiateur, la rémunération et l'immunité ainsi que la confidentialité de cette procédure[58].

69. Certains accords recommandent en outre que les tribunaux se donnent l'un l'autre des avis ou des conseils et précisent la procédure applicable. Dans un souci de plus grande transparence, les règles de notification prévues par l'accord s'appliqueraient généralement et le débiteur, le comité des créanciers ou les représentants de l'insolvabilité pourraient faire valoir leurs observations auprès du tribunal compétent en réponse à un avis ou conseil écrit reçu de l'autre tribunal[59].

---

[54] Voir United Pan-Europe.

[55] Voir, par exemple, Solv-Ex; les Directives Co-Co conseillent aux tribunaux de coopérer pour régler tout différend se rapportant à la finalité ou à l'application des dispositions de tout accord ou protocole de coopération (Directive 16.2).

[56] Voir, par exemple, GBFE, ISA-Daisytek.

[57] Voir, par exemple, Inverworld, Laidlaw.

[58] Voir, par exemple, Manhatinv.

[59] Voir, par exemple, Mosaic.

70. Un accord peut aussi indiquer les parties habilitées à soulever une question au sujet de l'accord, par exemple les représentants de l'insolvabilité[60] ou d'autres parties intéressées.

c) Limitation volontaire de compétence

71. La limitation volontaire de compétence désigne le fait pour un tribunal d'accepter de restreindre, en faveur d'un autre tribunal, l'exercice de sa compétence sur certaines questions, par exemple la faculté de connaître de certaines demandes et de rendre certaines ordonnances. Lorsqu'elle est possible, elle peut servir à éviter des jugements contradictoires. La limitation volontaire de compétence en faveur d'un autre tribunal est une question délicate, qui touche à la souveraineté et à l'indépendance. Elle ne peut se produire que si les tribunaux concernés en conviennent et aura souvent un caractère de réciprocité, à savoir que le tribunal d'un État convient de renvoyer certaines questions au tribunal d'un autre État ou de faire exécuter les décisions de cet autre tribunal car ce dernier convient d'en faire autant. Cette limitation volontaire de compétence est souvent facilitée du fait que les tribunaux reconnaissent que, sans elle, les procédures ne pourraient pas progresser et qu'il en résulterait une perte de valeur au détriment des créanciers. Les accords internationaux qui prévoient une telle limitation ne produisent généralement leurs effets que lorsqu'ils ont été approuvés par les tribunaux concernés.

72. Il ne sera peut-être pas possible pour un tribunal de limiter volontairement sa compétence dans tous les cas, car souvent les tribunaux sont tenus d'exercer leur compétence ou un contrôle exclusif sur des points particuliers. Certains systèmes juridiques prévoient aussi des règles de procédure qui restreignent cette possibilité. En particulier dans les pays de droit civil, il est probable que les tribunaux ne puissent pas limiter leur compétence en faveur d'un tribunal étranger. Cependant, il peut être laissé à l'appréciation du représentant de l'insolvabilité de renoncer tout simplement à intenter une action auprès des tribunaux de son pays et de choisir de laisser au représentant d'une procédure connexe dans un autre pays le soin d'engager cette action dans ce pays.

73. Les accords internationaux peuvent prévoir des dispositions très précises sur la limitation volontaire de compétence, en stipulant les questions pour lesquelles un tribunal devrait s'en remettre aux décisions d'un autre tribunal, par exemple le règlement des différends pouvant naître de l'accord, l'arrêt des poursuites ou encore les questions de droit étranger. Ils peuvent aussi contenir des dispositions générales, en prévoyant qu'un tribunal doit s'en remettre à la décision d'un autre tribunal lorsqu'il y a lieu ou lorsque cela est faisable[61]. Dans l'affaire *Inverworld* évoquée ci-haut, l'accord conclu a conduit l'un des trois tribunaux concernés à limiter sa compétence en faveur des deux autres tribunaux en abandonnant la procédure dont il était saisi, sous certaines conditions relatives au traitement des réclamants et à la répartition des attributions entre les deux autres tribunaux.

74. Les dispositions sur la limitation volontaire de compétence peuvent prévoir par exemple: qu'il est dans l'intérêt des débiteurs et des parties prenantes que l'un des tribunaux assure l'administration principale du redressement[62]; que le tribunal de

---

[60] Voir, par exemple, GBFE, Peregrine Investment.
[61] Voir, par exemple, Olympia & York, PSINet.
[62] Voir, par exemple, Pioneer.

l'État dont les lois régissent la créance doit connaître de la décision faisant appel du rejet de la créance; que, si un tribunal différent est saisi en appel, la question sera renvoyée au tribunal compétent[63]; et que, dans certains cas, l'approbation du tribunal de l'État concerné pourra être réputée accordée[64].

d) Droit de comparaître et d'être entendu

i) Qui a ce droit?

75. L'article 9 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale dispose qu'un représentant étranger est habilité à s'adresser directement à un tribunal de l'État adoptant pour lui éviter des formalités telles que licences ou actions consulaires. Généralement, ces formalités sont longues et complexes, entravant l'action rapide qui est souvent nécessaire dans les procédures d'insolvabilité, qu'elles soient nationales ou internationales. Dans les États qui n'ont pas adopté la Loi type, ce droit d'accès direct peut être limité par des conditions de forme ou par la législation nationale.

76. Les accords qui traitent de la question de l'accès direct le font à des degrés différents et à l'égard de parties intéressées différentes[65]. Certains abordent cette question explicitement, en reconnaissant aux parties le même droit de comparaître et d'être entendues dans chacun des États concernés par l'accord que celui dont jouissent leurs homologues domiciliés dans ces États. Cet accès peut être accordé aux représentants de l'insolvabilité ou à d'autres parties intéressées, y compris les créanciers, le débiteur, le comité des créanciers et les prêteurs qui fournissent un financement après l'ouverture de la procédure. S'agissant de l'accès des créanciers, de nombreux accords leur confèrent le droit de comparaître, que la partie concernée ait ou non déclaré une créance dans le cadre de la procédure en question. D'autres accords font référence aux principes du *Concordat* qui accorde à chaque partie, créancier et comité des créanciers le droit, mais non l'obligation, de comparaître dans le cadre des procédures dans les différents fors[66].

77. Certains accords indiquent que les représentants de l'insolvabilité d'un État conviennent que leurs homologues étrangers ont qualité pour agir dans la procédure d'insolvabilité locale ou prévoient que les représentants de l'insolvabilité d'un État appuieront une requête émanant du représentant de l'insolvabilité d'un autre État pour comparaître dans le cadre de la procédure locale[67]. L'effet des accords entre les représentants de l'insolvabilité sur l'accès direct au tribunal dépend de la loi applicable et peut constituer une simple disposition dénotant de la bonne volonté ou donnant l'assurance qu'un représentant de l'insolvabilité ne fera pas opposition à la comparution de son homologue devant le tribunal de son État.

78. Certains accords apportent aussi des précisions en indiquant notamment où il faut adresser une demande de comparution, en donnant l'adresse exacte du tribunal[68].

---

63 Voir, par exemple, GBFE.
64 Voir, par exemple, GBFE.
65 Les Directives Co-Co recommandent un accès direct pour le représentant de l'insolvabilité étranger (Directive 5).
66 Voir, par exemple, Nakash, Quebecor; voir aussi le Concordat, Principes 3A, 3C et 3D.
67 Voir, par exemple, Manhatinv, Federal-Mogul.
68 Voir, par exemple, Everfresh.

ii) Soumission à la compétence des tribunaux

79. L'article 10 de la Loi type constitue une "clause de sauvegarde" visant à garantir que le tribunal de l'État adoptant n'étendra pas sa compétence à l'ensemble des biens du débiteur ou au représentant étranger au seul motif que le représentant étranger aurait introduit une demande de reconnaissance d'une procédure étrangère. Lorsque la Loi type n'a pas été adoptée, un représentant de l'insolvabilité ou une autre partie comparaissant devant les tribunaux d'un autre État sera assujetti aux règles de cet État sur cette question. Un accord qui traite du droit de comparution dans les différents États qu'il vise peut aborder la question de la soumission à la compétence des tribunaux dans la mesure où le permet le droit interne applicable afin de parer à d'éventuels conflits si l'État du for n'a pas adopté la Loi type. Un accord comportant une telle disposition nécessitera l'approbation du tribunal pour produire ses effets.

80. Le traitement de cette question varie d'un accord à l'autre. Certains accords prévoient que la comparution devant le tribunal d'un État ou l'introduction d'une demande dans cet État peut assujettir la partie intéressée à la compétence des tribunaux de cet État aux fins de cette procédure[69]. D'autres disposent qu'une partie n'est assujettie à la compétence des tribunaux d'un autre État que si elle a déclaré une créance dans le cadre de la procédure ouverte dans cet État[70]. Si une partie n'a pas déjà comparu devant un tribunal étranger, ou ne souhaite pas comparaître devant ce tribunal, un accord peut disposer qu'elle est admise à déposer des moyens de preuve écrits à l'appui de ses arguments sans qu'il soit considéré qu'elle a comparu devant le tribunal étranger où ces moyens sont produits, pourvu que le tribunal ne soit pas saisi d'une demande reconventionnelle.

81. Certains accords dispensent les représentants de l'insolvabilité de se soumettre généralement à la compétence des tribunaux étrangers[71], tandis que d'autres prévoient que le tribunal a compétence sur le représentant de l'insolvabilité mais seulement en ce qui concerne les questions pour lesquelles il comparaît devant ce tribunal[72]. Cette disposition permet de tenir compte de la réticence d'un représentant de l'insolvabilité à se soumettre à la compétence personnelle des tribunaux d'un État étranger. Cette réticence peut venir de ce qu'il connaît mal le droit de l'État étranger et de ce qu'il souhaite s'abstenir de tout acte dans un État étranger qui l'amènerait à manquer à ses devoirs nationaux ou éviter de contrevenir à la loi de l'État étranger du fait qu'il ne pourrait accomplir un acte qui irait à l'encontre de ses devoirs nationaux.

82. Certains accords dispensent le comité des créanciers de se soumettre à cette compétence des tribunaux étrangers, en prévoyant que la comparution devant un autre for ne constitue pas un chef de compétence personnelle sur les différents membres du comité[73].

83. Certains accords contiennent des mesures de protection en disposant que nul ne sera soumis aux règles de droit matériel d'un for sauf si, aux termes des règles de

---

69 Voir, par exemple, Loewen, Matlack.

70 Voir, par exemple, Inverworld.

71 Voir, par exemple, Manhatinv; cette approche a été retenue par les Directives sur les communications entre tribunaux, lesquelles disposent que le représentant de l'insolvabilité ne sera pas soumis, du fait de sa comparution dans le cadre d'une procédure étrangère, à la compétence du tribunal étranger (Directive 13).

72 Voir, par exemple, 360Networks, Livent.

73 Voir, par exemple, Pioneer, Systech; voir aussi le Concordat, Principes 3A et 3C.

conflit de lois du for, il est assujetti à ces lois dans une procédure autre que d'insolvabilité portant sur la même opération[74].

e) Procédures à venir

84. Les accords peuvent traiter des questions susceptibles de naître lorsque des procédures d'insolvabilité supplémentaires sont ouvertes à l'encontre du débiteur (par exemple dans d'autres États ou, dans le cas d'un groupe d'entreprises, en ce qui concerne un membre supplémentaire du groupe). Un accord peut aborder la question de sa relation avec d'éventuelles procédures d'insolvabilité futures qu'il ne vise pas expressément, en disposant qu'en cas d'ouverture d'une procédure étrangère, les mesures et principes qu'il énonce s'étendront aux opérations liées à cette procédure étrangère, à condition que tous les créanciers dans le cadre de la procédure étrangère se voient accorder le même traitement, indépendamment du lieu de leur domicile. Un accord peut également régir la situation où un tribunal approuve ultérieurement un accord supplémentaire avec un tribunal d'un autre État, en faisant obligation au tribunal concerné uniquement par l'accord initial de respecter l'accord supplémentaire dans la mesure où ses lois le permettent et en conformité avec les principes de courtoisie internationale et de coopération[75].

85. Une disposition plus générale étend à toute autre procédure non principale qui sera ouverte par la suite à l'encontre du débiteur l'obligation faite aux représentants de l'insolvabilité d'une procédure non principale de communiquer aux représentants de l'insolvabilité de la procédure principale des informations sur la valeur des créances déclarées auprès d'eux[76]. Cette disposition vise simplement à souligner que l'accord ne va pas à l'encontre d'une telle obligation prévue par la loi.

Exemples de clauses

Courtoisie internationale et indépendance des tribunaux

10) L'approbation et l'application du présent accord ne privent pas les tribunaux des États A et B de leur compétence indépendante et ne la diminuent pas non plus. Ni les tribunaux de l'État A ou B, ni le débiteur ni aucun créancier ou aucune partie intéressée qui approuve et met en œuvre le présent accord n'est réputé avoir porté une atteinte à la souveraineté des États A ou B ou avoir approuvé une telle atteinte.

Conformément aux principes de courtoisie internationale et d'indépendance énoncés au paragraphe 1 ci-dessus, aucune disposition du présent accord ne peut être interprétée comme:

i) Augmentant, diminuant ou modifiant d'une autre manière l'indépendance, la souveraineté ou la compétence des tribunaux des États A ou B ou de toute autre instance judiciaire dans les États A ou B, ni la capacité de ce tribunal ou de cette instance à prendre toute mesure appropriée en vertu de la loi applicable;

ii) Obligeant le tribunal de l'État A à agir contrairement à ses obligations en vertu des lois de l'État A;

---

[74] Voir, par exemple, Solv-Ex.

[75] Voir, par exemple, 360Networks.

[76] Voir, par exemple, SENDO.

iii) Obligeant le tribunal de l'État B à agir contrairement à ses obligations en vertu des lois de l'État B;

iv) Obligeant le débiteur, le comité des créanciers ou les représentants de l'insolvabilité à agir ou ne pas agir de manière à manquer aux devoirs que leur impose toute loi applicable; ou

v) Autorisant tout acte qui exige l'approbation expresse de l'un des tribunaux ou des deux en vertu des lois sur l'insolvabilité des États A ou B après notification appropriée et audience (sauf dans la mesure où cet acte est décrit expressément dans le présent accord).

Le débiteur, le comité des créanciers, les représentants de l'insolvabilité et leurs salariés, membres et mandataires respectifs, de même que les professionnels qu'ils ont chacun recrutés, accomplissent et remplissent les devoirs que leur imposent les lois des États A et B et d'autres lois, ou réglementations applicables ou ordonnances des tribunaux compétents.

Répartition des attributions entre les tribunaux

11) Le tribunal de l'État A exerce seul et à titre exclusif sa compétence et son autorité sur la conduite et les débats de la procédure de l'État A. [*Reprendre cette clause pour le tribunal de l'État B.*]

Répartition des attributions entre les tribunaux: traitement des créances

12) Afin de coordonner la restructuration de l'entreprise du débiteur et d'éviter tout chevauchement inutile d'efforts et de dépenses ou des décisions judiciaires contradictoires, les principes suivants sont applicables lorsqu'il s'agit de déterminer la validité, le montant et le traitement de toutes créances à l'encontre des débiteurs:

a) Toutes les créances à l'encontre de l'un des débiteurs découlant ou issues de toutes garanties octroyées par le débiteur de l'État A en ce qui concerne les obligations du débiteur de l'État B aux termes de la loi de l'État B ou par le débiteur de l'État B en ce qui concerne les obligations du débiteur de l'État A aux termes de la loi de l'État A sont examinées par le tribunal de l'État A dans le cadre de la procédure de l'État A;

b) Toutes les créances à l'encontre du débiteur de l'État A sont examinées par le tribunal de l'État A dans le cadre de la procédure de l'État A;

c) Toutes les créances à l'encontre du débiteur de l'État B (à l'exception des créances décrites à l'alinéa a) ci-dessus) sont examinées selon les principes suivants:

i) Quiconque déclare une créance à l'encontre du débiteur de l'État B dans le cadre de la procédure de l'État A est réputé avoir choisi de faire déterminer la validité, le montant et le traitement de cette créance par le tribunal de l'État A;

ii) Quiconque déclare une créance à l'encontre du débiteur de l'État B dans le cadre de la procédure de l'État B est réputé avoir choisi de faire déterminer la validité, le montant et le traitement de cette créance par le tribunal de l'État B;

iii) Quiconque déclare une créance à l'encontre du débiteur de l'État B dans le cadre à la fois de la procédure de l'État A et de la procédure de l'État B est réputé avoir choisi de faire déterminer la validité, le montant et le traitement de cette créance par le tribunal de l'État A.

Action en annulation

13) La loi sur l'insolvabilité de l'État A est la règle de droit matériel qui régit tous les transferts faits aux entités situées dans l'État A. [*Reprendre cette clause pour l'État B.*]

Représentants de l'insolvabilité

14) Le représentant de l'insolvabilité et les professionnels de l'État A désignés dans la procédure de l'État A sont soumis à la compétence unique et exclusive du tribunal de l'État A pour toutes questions, y compris:

a) Leur mandat;
b) Leur rémunération;
c) Leur responsabilité éventuelle à l'égard de toute personne physique ou morale, y compris le débiteur et les tiers en rapport avec la procédure d'insolvabilité; et
d) L'audition et le règlement de tout point relatif à ces questions soulevé dans le cadre de la procédure de l'État A.

Le représentant de l'insolvabilité et les professionnels désignés dans l'État A ne sont pas tenus de faire approuver leur désignation dans le tribunal de l'État B. En outre, le représentant de l'insolvabilité et les professionnels de l'État A:

a) Ne sont rémunérés pour leurs services que conformément à la loi sur l'insolvabilité de l'État A et à d'autres lois applicables de l'État A ou ordonnances du tribunal de l'État A; et
b) Ne sont pas tenus de faire approuver leur rémunération par le tribunal de l'État B.

[*Reprendre ces deux clauses pour l'État B.*]

Règlement des différends

15A) Les parties saisissent le tribunal de l'État A, le tribunal de l'État B, ou les deux, de tous différends liés aux conditions, à l'objet ou à l'application du présent accord, après notification conformément au paragraphe x ci-dessus. Lorsqu'une question est soumise à un seul tribunal, celui-ci, pour trancher le litige:

a) Peut consulter l'autre tribunal; et
b) Peut, à son entière discrétion:
i) Rendre une décision contraignante après ladite consultation;
ii) S'en remettre à la décision de l'autre tribunal en lui renvoyant la question, en tout ou en partie; ou
iii) Solliciter une audience conjointe des deux tribunaux.

Nonobstant ce qui précède, chaque tribunal, lorsqu'il prend une décision, respecte l'indépendance, la courtoisie internationale ou la compétence inhérente de l'autre établie par la loi.

15B) Le présent accord est régi exclusivement par la loi de l'État A. Tout différend relatif à la validité, à l'interprétation, à l'exécution ou à la non-exécution du présent accord est soumis à la compétence exclusive du tribunal de l'État A.

15C) Les parties intéressées peuvent saisir les tribunaux de l'État A et de l'État B de tous différends liés aux conditions, à l'objet ou à l'application du présent accord,

après notification.

Limitation volontaire de compétence

16) Afin d'harmoniser et de coordonner l'administration des procédures d'insolvabilité, les tribunaux des États A et B font de leur mieux pour coordonner leurs activités entre eux et s'en remettre au jugement de l'autre, lorsqu'il y a lieu et lorsque cela est faisable, et pour coordonner les activités dans le cadre des procédures d'insolvabilité, afin que toute question particulière soit réglée sur le fond par un seul tribunal.

Droit de comparaître et d'être entendu

17) Le débiteur, ses créanciers et les autres parties intéressées à la procédure d'insolvabilité, y compris le comité des créanciers et les représentants de l'insolvabilité, ont qualité pour: a) comparaître et être entendus dans le cadre de la procédure d'insolvabilité dont est saisi le tribunal dans l'État A ou B de la même manière que les créanciers et les autres parties intéressées domiciliés dans l'État du for, sous réserve des règles et réglementations locales qui s'appliquent généralement à toutes les parties comparaissant devant ce tribunal et b) déposer une demande de comparution ou accomplir tout autre acte auprès du tribunal de l'État A ou B, pourvu cependant que toute comparution ou dépôt permette de soumettre un créancier ou une partie intéressée à la compétence du tribunal concerné par cette comparution ou ce dépôt. La comparution du comité des créanciers dans le cadre de la procédure de l'État B ne constitue pas un chef de compétence personnelle dans l'État B sur les membres du comité des créanciers. Nonobstant ce qui précède, et conformément aux principes énoncés au paragraphe x ci-dessus [*attributions du tribunal concernant le recrutement et la rémunération des représentants de l'insolvabilité*], a) le tribunal de l'État B n'a compétence sur le représentant de l'insolvabilité de l'État A qu'en ce qui concerne les questions particulières pour lesquelles le représentant de l'insolvabilité de l'État A comparaît devant le tribunal de l'État B; et b) [*Reprendre alinéa a) pour le tribunal de l'État A.*]

Procédures à venir

18) Lorsqu'une procédure étrangère est engagée, toutes les personnes concernées par le présent accord mettent en œuvre, dans toute la mesure possible, et pourvu que tous les créanciers dans le cadre de cette procédure étrangère se voient accorder le même traitement quel que soit le lieu de leur domicile, les mesures prévues dans le présent accord dans le cadre de toute procédure étrangère et sont régies par l'objet et les principes du présent accord pour les opérations se rapportant à la procédure étrangère.

Si le tribunal de l'État A rend une ordonnance portant approbation d'un accord avec les tribunaux d'un État autre que l'État B, le tribunal de l'État B respecte ledit accord dans la mesure où le permettent les lois et traités de l'État B et en conformité avec les principes de courtoisie internationale et de coopération. [*Reprendre cette clause pour le tribunal de l'État B.*]

4. Administration de la procédure

86. La manière dont certaines questions de procédure qui se posent dans des procédures d'insolvabilité internationale, comme l'ordre de priorité des procédures,

l'arrêt des poursuites et la loi applicable, sont traitées dans la pratique peut être déterminante pour le succès d'une procédure d'insolvabilité internationale. Ainsi, si un arrêt des poursuites dans un État n'est pas respecté dans d'autres États dans lesquels, par exemple, le débiteur a des actifs, cela peut donner lieu à une "course au tribunal", dommageable pour la valeur de la masse de l'insolvabilité et les intérêts des créanciers. Ces questions pourraient donc fort bien être abordées dans un accord.

a) Ordre de priorité des procédures

87. Comme il est indiqué plus haut, l'expérience a montré que les tribunaux étaient souvent peu désireux ou incapables de limiter volontairement leur compétence au profit d'un tribunal étranger et préféraient donc souvent la tenue de procédures d'insolvabilité parallèles, ou traiter des procédures primaires et secondaires comme s'il s'agissait de procédures concurrentes ou parallèles. Cette préférence peut être liée à la loi applicable ou à la volonté de protéger les intérêts des créanciers nationaux. Dans un souci de sécurité juridique, ainsi que pour éviter d'éventuels conflits et simplifier les questions de coordination, un accord peut répartir les taches responsabilités pour différentes questions entre les tribunaux ou déterminer la priorité des différentes procédures. Par exemple, les parties peuvent décider, d'un commun accord, de la procédure principale, qui sera prioritaire sur l'autre procédure, non principale[77].

88. Il arrive que les représentants de l'insolvabilité désignés dans un État demandent qu'une procédure soit ouverte dans un autre pays afin d'éviter des conflits de compétences et tout risque de dispersion des actifs du débiteur au détriment des créanciers[78]. Comme il ne sera pas toujours possible que le représentant de l'insolvabilité qui demande l'ouverture de la procédure soit désigné dans l'autre pays, il peut être important que le représentant étranger de l'insolvabilité s'entende avec lui afin de faciliter la coordination des procédures et ne pas compromettre la procédure accessoire. Dans l'affaire *SENDO*, par exemple, les représentants de l'insolvabilité ont conclu un accord "dans l'objectif de définir un mode pratique de fonctionnement qui permettrait de coordonner les deux procédures d'insolvabilité de manière efficace", car ils ont reconnu que le cadre juridique existant, c'est-à-dire le Règlement CE, n'établissait que des principes de fonctionnement très généraux[79].

b) Arrêt des poursuites

89. Le Guide législatif de la CNUDCI note qu'un objectif essentiel d'une loi sur l'insolvabilité efficace est de protéger la valeur de la masse de l'insolvabilité contre toute dépréciation due aux actions des diverses parties à la procédure d'insolvabilité et de permettre que la procédure soit administrée d'une manière équitable et ordonnée. Un arrêt ou une suspension des poursuites est un des moyens permettant d'atteindre cet objectif. Les insolvabilités internationales impliquant des procédures multiples posent souvent des questions difficiles concernant l'arrêt des poursuites, en particulier lorsqu'il s'agit d'appliquer ou de respecter un arrêt prononcée par des

---

[77] Voir, par exemple, GBFE, Peregrine.
[78] Voir, par exemple, GBFE, Peregrine, SENDO.
[79] Voir, par exemple, SENDO.

tribunaux dans une procédure étrangère, ou de prononcer des arrêts parallèles à l'appui de ces procédures étrangères. La législation nationale peut imposer des limites à la reconnaissance ou au respect d'un arrêt des poursuites prononcé par un tribunal étranger, ou ne pas autoriser un tribunal à accorder un arrêt des poursuites en invoquant la validité présumée d'une demande d'ouverture de procédures à l'étranger. En outre, la portée d'un arrêt ordonné dans une procédure étrangère n'aura peut-être pas d'équivalent direct dans un État où l'on cherche à l'appliquer. Le respect d'un arrêt des poursuites ordonné par un tribunal étranger peut dépendre de considérations politiques et économiques, ainsi que des liens et des contacts commerciaux avec l'État qui l'a prononcé. Même lorsqu'une loi nationale prévoit l'effet universel d'un arrêt automatique des poursuites, un tribunal étranger peut être enclin à protéger les intérêts des créanciers nationaux et ignorer l'arrêt étranger, même si cela joue contre la maximisation de ce que tous les créanciers pourraient recouvrer.

90. La Loi type prévoit un arrêt automatique dès la reconnaissance d'une procédure étrangère et traite d'un certain nombre de questions relatives à la coordination des mesures entre les procédures principale et non principale[80]. Les États qui adoptent la Loi type devraient avoir une position relativement claire et transparente concernant l'arrêt des poursuites[81]. En revanche, dans d'autres États ou dans les États où l'on ne cherchera pas la reconnaissance des procédures étrangères, la question pourra être abordée dans un accord international. Étant donné que la reconnaissance d'un arrêt des poursuites prononcé à l'étranger ne peut pas être imposée à un tribunal en vertu simplement d'un accord entre les parties, les tribunaux devront généralement conclure un accord à cet effet.

91. Les accords abordent de différentes manières la question de l'arrêt des poursuites. Certains prévoient une reconnaissance conjointe, en indiquant que le tribunal d'un État donne effet à l'arrêt prononcé dans l'autre État concerné par l'accord sur son propre territoire, et vice-versa. Ils peuvent également prévoir que l'arrêt des poursuites ne sera exécuté que dans la mesure nécessaire et appropriée, ou dans la mesure dans laquelle il est applicable dans l'État où il a été ordonné. En reconnaissant et en appliquant un arrêt applicable dans un autre État, l'accord peut prévoir que le tribunal doit consulter le tribunal qui l'a prononcé pour tout ce qui touche à l'interprétation et à l'application de cet arrêt, c'est-à-dire son éventuelle modification, son aménagement et les questions d'exécution.

92. D'autres accords ne prévoient pas la reconnaissance automatique par les tribunaux concernés d'un arrêt des poursuites ordonnée par un tribunal visé par l'accord, mais permettent que l'on s'adresse à ces tribunaux à des fins de reconnaissance et d'assistance, lorsque cette assistance peut aboutir à ce qu'il soit donné effet à la décision, ou fourni une mesure équivalente[82].

93. À côté de l'arrêt des poursuites ordonné par un tribunal, les parties peuvent convenir de suspendre toute procédure engagée par eux à l'encontre du débiteur pendant une période déterminée, en attendant que soit trouvée l'approche optimale pour la coordination des différentes procédures. Un tel accord peut être coordonné

---

[80] Loi type de la CNUDCI, articles 20 et 21, 28 et 29.

[81] Tous les États adoptant une législation fondée sur la Loi type n'ont pas adopté l'arrêt automatique.

[82] Voir, par exemple, Federal-Mogul.

par l'intermédiaire des comités de créanciers ou impliquer l'accord des créanciers (en particulier lorsque ces derniers ont demandé l'ouverture de la procédure d'insolvabilité) et pourrait prendre la forme d'un accord écrit[83], mais également exister sous une autre forme. Ainsi, dans une affaire comportant des procédures principale et non principale, le représentant de l'insolvabilité de la procédure principale a accepté de ne pas demander, pendant un certain temps, l'arrêt des poursuites dans la procédure non principale, afin d'optimiser le recouvrement des actifs du débiteur, alors même que la loi applicable l'autorisait à le faire[84].

94. La question de l'aménagement de l'arrêt des poursuites pourrait également être abordée. Un accord, par exemple, prévoyait une garantie qui permettait aux parties, en cas d'urgence, d'obtenir un aménagement de l'arrêt des poursuites après l'entrée en vigueur de l'accord. Un autre facilitait la coordination en accordant au représentant étranger de l'insolvabilité un aménagement de l'arrêt automatique des poursuites pendant une période déterminée, afin de lui permettre de faire des recherches sur des actifs qui étaient censés faire partie de la masse du débiteur dans l'État du for. Dans une affaire où la procédure d'insolvabilité internationale devait être administrée conjointement et un plan de travail arrêté, l'accord approuvé par le tribunal accordait aux représentants de l'insolvabilité un aménagement de l'arrêt de toutes poursuites ou une ordonnance similaire, pour que le plan arrêté puisse être mis en œuvre.

95. Dans les situations impliquant des actifs ou des personnes dans un État tiers, un accord peut prévoir que chaque tribunal concerné peut accorder un aménagement d'urgence à la demande du représentant de l'insolvabilité. Dans un accord qui contenait des dispositions à cet effet, il était précisé que, puisque l'aménagement pouvait être accordé par le tribunal d'un pays, le représentant de l'insolvabilité devrait essayer d'obtenir l'approbation a posteriori des autres tribunaux aussi rapidement que possible[85].

c) Loi applicable

96. Lorsque la procédure d'insolvabilité concerne des parties ou des actifs situés dans des États différents, se posera alors la question complexe de savoir quelle loi appliquer à la validité et à l'opposabilité des droits sur ces actifs ou d'autres créances, et quel traitement accorder à ces actifs ainsi qu'aux droits et créances des parties qui ne sont pas situées dans l'État dans lequel la procédure a été ouverte. L'État du for appliquera généralement ses règles de droit international privé (ou règles de conflit de lois) pour déterminer quelle loi est applicable à la validité et à l'opposabilité d'un droit ou d'une créance et à leur traitement dans la procédure. Bien que la procédure d'insolvabilité puisse en règle générale être gouvernée par la loi de l'État d'ouverture de la procédure (*lex fori concursus*), de nombreux États ont adopté des exceptions, plus ou moins nombreuses et étendues, et aux justifications diverses, à l'application de cette loi. Cette diversité peut être une source d'insécurité juridique et d'imprévisibilité pour les parties concernées par une procédure d'insolvabilité internationale. En traitant spécifiquement la question de loi applicable, une loi sur l'insolvabilité peut contribuer à la sécurité juridique pour ce

---

[83] Voir, par exemple, Inverworld.
[84] Voir, par exemple, SENDO.
[85] Voir, par exemple, Nakash.

qui est des effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits et créances ou sur les parties concernées par cette procédure.

97. Toutefois, la plupart des États n'ont pas de règles de conflit de lois exposées de façon formelle pour la solution des questions d'insolvabilité internationale. Un exemple illustrera les difficultés rencontrées. Dans l'affaire *Toga Manufacturing*, le tribunal des faillites des États-Unis n'a pas fait droit à la demande du débiteur canadien, car la créance du créancier américain, qui aurait été prioritaire en vertu du droit américain, aurait été traitée comme une créance ordinaire non garantie dans la procédure canadienne[86].

98. En l'absence de règles claires dans la loi applicable, un accord peut chercher à éviter un éventuel conflit découlant de différentes règles de conflit de lois en précisant la loi applicable pour certaines questions. De nombreux accords règlent des questions telles que le traitement des créances; le droit à compensation et les sûretés; l'application de dispositions d'annulation; l'utilisation et la disposition des actifs; la répartition du produit de la vente des actifs du débiteur, etc[87]. Différentes approches sont adoptées pour déterminer la loi applicable à ces questions. L'une d'entre elles consiste à appliquer la loi du for, à moins que des considérations de courtoisie internationale n'exigent l'application d'une autre loi. D'autres accords indiquent que les questions doivent être tranchées par le tribunal local à partir d'une analyse s'appuyant sur les règles de conflit de lois applicables dans cette juridiction, ou conformément à la loi régissant l'obligation sous-jacente. Dans le cas des dispositions d'annulation, par exemple, cet accord peut préciser qu'il s'agit de la loi de l'État sur le territoire duquel sont situées les entités auxquelles des actifs ont été transférés, ou de la loi déterminée par les règles de la juridiction dont dépendent les créanciers[88].

99. Il peut être prévu que si la loi régissant l'obligation sous-jacente n'est pas claire, ou que c'est la loi d'un État qui n'est pas concerné par l'accord, il faudrait appliquer les règles sur le choix de la loi de l'un des États concernés pour déterminer lequel des tribunaux sera chargé de trancher la question. Une autre approche précise que les règles de conflit de lois d'un pays tiers doivent s'appliquer si l'application des lois des pays concernées aboutit à des résultats contradictoires[89].

100. Les parties peuvent également convenir de la manière de régler certaines questions qui seraient traitées différemment dans les différents pays. Dans une affaire concernant les Pays-Bas et les États-Unis, qui était coordonnée en l'absence d'arrangement écrit, les parties sont convenues qu'un contrat contraignant régi par la loi d'un pays tiers serait rejeté conformément à la loi des États-Unis. Elles sont également convenues que les effets d'un tel rejet seraient examinés dans le cadre d'un arbitrage aux Pays-Bas, qui appliquerait la loi du pays tiers[90]. Enfin, elles sont convenues de ne pas appliquer la loi d'un État et donc de ne pas faire dépendre

---

[86] Dans l'affaire *Toga Manufacturing Ltd*, 28 B.R. 165 (E.D. Mich 1983).

[87] Le Concordat laisse à chaque juridiction le soin de décider de la valeur et de l'admissibilité des créances, et de déterminer certains droits des créanciers, pour les affaires qui lui sont soumises, en se fondant sur une analyse basée sur les règles de conflit de lois (Principe 8A).

[88] Voir, par exemple, AgriBioTech, Everfresh.

[89] Voir, par exemple, Peregrine Investment.

[90] Voir United Pan Europe.

certaines créances du niveau de la participation au capital, car cela aurait été incompatible avec la loi sur l'insolvabilité de l'autre pays[91].

101. Comme il a été noté plus haut (voir par. 22 ci-dessus), les parties peuvent conclure plusieurs accords au cours d'une procédure d'insolvabilité. Un accord préliminaire peut alors indiquer que les parties s'efforceront de négocier un accord ultérieur réglant, par exemple, le traitement des créances, qui préciserait la loi applicable aux créances produites par chaque débiteur et ses créanciers dans les autres procédures[92].

Exemples de clauses

Ordre de priorité des procédures

19) Sous réserve des dispositions du présent accord, la procédure de l'État A est la procédure principale, et celle de l'État B la procédure non principale. Toutefois, pour des raisons pratiques, comme les activités commerciales de la société sont et ont toujours été concentrées dans l'État B, la liquidation sera pour l'essentiel effectuée dans et à partir de l'État B.

Arrêt des poursuites

20A) Le tribunal de l'État A reconnaît la validité de l'arrêt des poursuites et des actions applicable à l'encontre du débiteur de l'État B et de ses biens aux termes de la loi sur l'insolvabilité de l'État B. Pour appliquer les dispositions du présent paragraphe, le tribunal de l'État A peut consulter le tribunal de l'État B concernant a) l'interprétation et l'application de l'arrêt des poursuites ordonné dans l'État B et de toute décision du tribunal de l'État B modifiant ou aménageant l'arrêt des poursuites et b) l'exécution de l'arrêt des poursuites dans l'État A.

Aucune disposition du présent accord n'affecte ou ne limite le droit des débiteurs ou d'autres parties de faire valoir l'applicabilité ou la non-applicabilité de l'arrêt des poursuites ordonné dans l'État A ou l'État B à une procédure indépendamment de l'endroit où elle se déroule, ou à un bien, un actif, une activité ou autre, indépendamment de l'endroit où il se trouve.

Aucune disposition du présent accord n'affecte ou ne limite la capacité de l'un ou l'autre tribunal de demander a) qu'un arrêt des poursuites affectant les parties qui le saisissent ne s'applique pas à une demande introduite par ces parties auprès de l'autre tribunal ou b) qu'un aménagement soit accordé pour permettre à ces parties de s'adresser à l'autre tribunal selon les conditions qu'il jugera appropriées.

20B) Afin de promouvoir l'administration ordonnée et efficace des procédures d'insolvabilité et de protéger la masse du débiteur au profit des créanciers et des autres parties prenantes, les parties:

---

91 Ibid., la loi qui n'a pas été appliquée est la section 510 b) du Code des faillites des États-Unis.

92 Voir, par exemple, Calpine, Quebecor.

a) Si le représentant de l'insolvabilité de l'État A en fait la demande, demandent au tribunal de l'État B, dans la mesure permise par la loi de ce dernier, de reconnaître la procédure de l'État A et/ou de lui apporter une assistance juridique, et de donner effet à l'arrêt ordonné dans l'État A dans l'État B, ou d'accorder des mesures équivalentes;

b) [*Même disposition pour le tribunal de l'État A.*]

Loi applicable

21) Le tribunal qui tranche décide de la valeur, de l'admissibilité et de l'ordre de priorité des créances produites en s'appuyant sur une analyse fondée sur les règles de conflit de lois applicables.

5. Répartition des responsabilités entre les parties à l'accord

102. La coopération est particulièrement nécessaire dans les domaines où l'on peut s'attendre à des conflits possibles. Un moyen d'éviter les conflits potentiels est de conclure des accords précisant les responsabilités de chaque partie, ou prévoyant au moins une coopération dans ces domaines. C'est pourquoi les accords définissent souvent les responsabilités des parties à une procédure pour toute une série de questions: supervision du débiteur; plans de redressement; traitement des actifs; pouvoir d'engager une action; traitement des créances, y compris la vérification des créances et la notification au créancier; et financement postérieur à l'ouverture de la procédure. Toutefois, dès qu'un accord aborde l'intervention ou la responsabilité du tribunal, ou les mesures que doit prendre celui-ci, il est nécessaire de lui demander d'approuver ces dispositions pour que l'accord prenne effet.

103. Dans certains États, un représentant de l'insolvabilité peut confier la responsabilité de certaines actions à un autre représentant de l'insolvabilité, lorsque c'est possible sur le plan pratique, et s'acquitter de ses propres obligations en surveillant et examinant ce que fait ce deuxième représentant; c'est même possible avec des représentants situés dans d'autres États. Les représentants de l'insolvabilité peuvent également prendre certains engagements pour coordonner leurs activités avec des tribunaux ou d'autres parties. Ainsi, dans un cas où aucun accord écrit n'avait été conclu, le représentant de l'insolvabilité a adressé au tribunal de l'autre pays une lettre confirmant qu'il ne consentirait pas à la disposition d'actifs ou de fonds de la masse sans l'approbation de ce tribunal, dans la mesure requise[93].

a) Formes générales de coopération

104. Certains accords ne traitent pas en détail la répartition des responsabilités entre les différentes parties et les tribunaux, mais comprennent une déclaration générale concernant la coopération entre les parties, qui s'apparente à une déclaration de bonne foi ou d'intention, et laisse aux parties une marge de manœuvre pour déterminer les modalités de coopération[94].

---

[93] Voir United Pan Europe.

[94] Voir, par exemple, Philip, Systech.

105. Des dispositions peuvent par exemple prévoir: que les parties, qui peuvent comprendre, selon le cas, certains ou la totalité des débiteurs, le comité des créanciers et les représentants de l'insolvabilité, prendront toutes mesures raisonnables pour coopérer entre elles à l'occasion de mesures prises dans les tribunaux des États concernés, et pour coordonner l'administration des procédures dans l'intérêt des différentes masses de l'insolvabilité et des parties prenantes[95]; que toutes les mesures prises dans les différentes procédures d'insolvabilité doivent autant que possible être cohérentes; et que l'administration des procédures devrait être organisée de manière à assurer l'efficacité et à réduire les coûts, en se concentrant sur la coordination des activités des représentants de l'insolvabilité, les questions devant être traitées par les tribunaux et les questions de procédures pertinentes.

106. Des dispositions plus détaillées peuvent préciser les moyens de réaliser cette coopération, par exemple en partageant l'administration des procédures, les représentants de l'insolvabilité se mettant d'accord sur la manière de coordonner leurs activités, sous réserve des obligations et des responsabilités qui leur incombent aux termes de la loi applicable. Ces dispositions peuvent comprendre un accord selon lequel: chaque représentant contrôle l'administration des filiales du débiteur dans son État et demande l'assistance de l'autre si nécessaire; un représentant de l'insolvabilité peut agir sans le consentement préalable de l'autre représentant et sans notification préalable en ce qui concerne les questions pour lesquelles une notification aux parties intéressées n'est pas exigée par la loi régissant la procédure d'insolvabilité; ou un représentant de l'insolvabilité doit essayer, de bonne foi, d'obtenir le consentement de l'autre représentant de l'insolvabilité avant de prendre certaines mesures, notamment demander le regroupement des patrimoines du débiteur ou y consentir, ou de prendre toute autre mesure susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur le débiteur ou l'une de ses entités[96]. Les dispositions peuvent également préciser la procédure à suivre pour réaliser cette coopération, par exemple la tenue d'une réunion initiale, au cours de laquelle les représentants de l'insolvabilité examineraient toutes les mesures qui ont déjà été prises à l'égard des actifs du débiteur et élaboreraient ensemble un plan de travail, suivie par des réunions régulières. D'autres précisions pourraient être données sur ces réunions, par exemple leur calendrier et la manière dont elles se tiendraient (en personne ou par téléphone). Les dispositions pourraient indiquer aussi que les documents établis pour une procédure peuvent être utilisés pour des objectifs similaires dans d'autres procédures ou que les représentants de l'insolvabilité devraient participer aux procédures d'insolvabilité de l'autre juridiction en qualité de gestionnaires, en exerçant les droits, pouvoirs et obligations d'un débiteur non dessaisi[97].

---

[95] Voir, par exemple, Federal-Mogul, Laidlaw; le Concordat suit une approche similaire, en prévoyant que, dans les cas où il y a plusieurs juridictions compétentes, mais pas de juridiction principale, les tribunaux coordonnent leurs efforts, sous réserve, dans les cas appropriés, d'un protocole de gouvernance (Principe 4 A). Les Directives Co-Co recommandent la coopération des représentants de l'insolvabilité, et fixent les détails de cette coopération (Directives 12.1 à 4), notamment la désignation, par le tribunal, du représentant de la procédure principale ou de son agent en tant que coreprésentant de la procédure secondaire de manière à assurer la coordination entre les différentes procédures, sous la surveillance du tribunal (Directive 16.3).

[96] Voir, par exemple, AIOC.

[97] Voir, par exemple, Manhatinv, Commodore.

b) Supervision du débiteur

107. Un accord peut établir la mesure dans laquelle le débiteur sera responsable de la supervision de son entreprise, en déterminant ce que la direction peut ou ne peut faire sans avoir préalablement consulté les représentants de l'insolvabilité, ou sans leur consentement. Le consentement préalable peut être requis, par exemple, pour l'utilisation et la disposition des actifs, tandis qu'une consultation préalable peut l'être pour l'ouverture d'une procédure judiciaire; le recrutement ou le licenciement d'employés, sauf dans le cours normal des affaires; et les consultations avec des syndicats, sauf dans le cours normal des affaires[98].

c) Plans de redressement

108. Lorsque des procédures de redressement sont ouvertes à l'encontre d'un débiteur dans plusieurs États ou à l'encontre de plusieurs membres d'un groupe d'entreprises dans plusieurs États, la question se pose de savoir s'il sera possible de redresser les débiteurs de manière coordonnée, par exemple par le biais d'un plan unique qui permettra de réaliser des économies sur les différentes procédures d'insolvabilité, de régler les difficultés financières des débiteurs de manière coordonnée, et de maximiser la valeur pour les créanciers. Certaines lois sur l'insolvabilité autorisent l'élaboration d'un tel plan, tandis que dans d'autres cela n'est possible que si les différentes procédures peuvent être coordonnées. En conséquence, cette question est souvent abordée dans les accords internationaux, dont beaucoup prévoient que pour chaque procédure, un plan de redressement ou un arrangement similaire doit être soumis à chaque tribunal responsable et que les plans doivent être pour l'essentiel similaires[99]. Il est possible aussi d'établir des plans de redressement similaires dans différents États en l'absence d'accord écrit, si les parties collaborent de manière que les plans et les processus d'approbation et d'homologation soient conformes aux deux systèmes juridiques. Il peut également être possible conformément à l'obligation légale du représentant de l'insolvabilité de maximiser la valeur de la masse et d'agir dans l'intérêt des débiteurs.

109. L'élaboration conjointe des plans est un moyen approprié de répondre aux préoccupations des créanciers et des tribunaux, lorsqu'ils ont un rôle à jouer dans l'approbation et l'application des plans, et peut être coordonnée par le biais d'un accord international. Ce dernier peut couvrir: l'élaboration du ou des plans; le classement et le traitement des créanciers[100]; les procédures d'approbation, y compris la sollicitation et le vote; et le rôle des tribunaux (le cas échéant), en particulier pour l'homologation d'un plan approuvé par les créanciers et pour son application[101]. Un accord pourrait également prévoir que les plans, une fois approuvés par les créanciers et, si nécessaire, homologués par les tribunaux

---

98 Voir, par exemple, Federal-Mogul.

99 Voir, par exemple, Solv-Ex; les Directives Co-Co mettent elles aussi l'accent sur la coopération des représentants de l'insolvabilité, dans la mesure du possible, d'une manière compatible avec l'objectif de redressement ou la vente de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité (Directive 14.1).

100 Voir, par exemple, Everfresh.

101 Voir, par exemple, AgriBioTech.

concernés, devraient lier les réclamants dans les États concernés, qu'ils aient produit des créances dans ces États ou qu'ils aient reconnu autrement leur compétence[102].

110. Si l'accord n'établit pas ce genre de procédures, il peut néanmoins prévoir qu'elles devraient l'être conformément à la loi applicable par le débiteur en consultation avec les représentants de l'insolvabilité, ou sur ordre des tribunaux concernés. Un accord international qui prévoit une coordination de manière générale, mais sans traiter spécifiquement des plans de redressement, peut néanmoins faciliter la coordination de tels plans. Dans l'affaire *360Networks*, par exemple, l'accord ne traitait pas de la question des plans de redressement, mais lors du redressement, les parties sont convenues d'élaborer deux plans pour l'essentiel similaires et de faire dépendre chacun de l'approbation de l'autre.

111. Lorsqu'un seul plan de redressement est négocié, il faut veiller à ce que les créanciers soient traités sur un pied d'égalité dans chaque pays. Ainsi, dans l'affaire *Felixstow Dock and Railway Co.*[103], le débiteur américain a cherché à obtenir la coopération des tribunaux anglais pour lever des injonctions visant ses actifs situés en Angleterre, et empêchant qu'ils ne soient réalisés ou déplacés. Bien que le tribunal américain ait assuré au tribunal anglais que, si ces injonctions étaient levées, la poursuite des actions devant les tribunaux anglais ne constituerait pas une atteinte à l'autorité des juridictions américaines, le tribunal anglais a refusé. Il craignait que les créanciers anglais ne reçoivent un traitement moins favorable dans le cadre d'un plan de redressement américain.

112. Différentes approches peuvent être adoptées pour l'élaboration et la présentation du plan. Cette tâche peut être confiée au débiteur (ou aux débiteurs), lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit que le débiteur n'est pas dessaisi et continue d'exploiter l'entreprise, ou aux représentants de l'insolvabilité, éventuellement en coopération avec le débiteur. Dans ce dernier cas, différentes approches peuvent être suivies pour coordonner le processus dans différents États. La direction de l'entreprise du débiteur dans un État peut, par exemple, être la mieux placée pour élaborer un plan de redressement pour l'ensemble des entreprises du débiteur, en consultation avec tous les représentants de l'insolvabilité. Le plan peut également être établi par le débiteur, en collaboration avec le représentant d'un seul pays, mais avec la participation d'autres représentants, en particulier lorsque la loi sur l'insolvabilité exige que les représentants de l'insolvabilité participent à la négociation du plan de redressement, ou consentent à ce dernier[104].

d) Traitement des actifs

113. Il sera souvent nécessaire, pour que l'objectif de la procédure d'insolvabilité puisse être atteint, de continuer à utiliser des actifs en possession du débiteur ou à en disposer (y compris en les grevant). Lorsque l'insolvabilité du débiteur implique des procédures dans différents États, il peut être nécessaire de coordonner l'utilisation et la disposition des actifs afin d'en optimiser la valeur, dans l'intérêt de tous les créanciers. Des accords peuvent être utilisés pour faciliter cette coordination, en établissant des règles d'approbation; en répartissant les

---

[102] Voir, par exemple, AgriBioTech.

[103] Felixstowe Dock and Railway Co. c. US. Lines Inc.; [1989] Q.B. 360 (1987) (Eng.). Affaire T & N Ltd; [2005] B.CC. 982.

[104] Voir, par exemple, AgriBioTech, Maxwell.

responsabilités entre les différentes parties intéressées; et en fixant les détails des procédures pour l'utilisation et la disposition. Bien que ce soit la loi applicable qui détermine la mesure dans laquelle la responsabilité peut être répartie entre les différents tribunaux et les représentants de l'insolvabilité, la pratique montre que plusieurs approches sont possibles[105].

i) Supervision par les tribunaux

114. Certains accords chargent les tribunaux de superviser l'utilisation et la disposition des actifs, ce peut être le tribunal de l'État où sont situés les actifs; le tribunal de l'État où est situé le débiteur; ou bien conjointement les tribunaux compétents pour les différentes procédures d'insolvabilité[106]. Dans certains accords, le critère du lieu de situation s'applique uniquement à certains types d'actifs, tels que les immeubles[107]. Une autre approche, qui peut convenir dans certains cas, notamment lorsqu'il y a un haut degré d'interdépendance au niveau de la gestion et des opérations des entreprises dans les différents pays, consiste à subordonner la vente de certains actifs à l'approbation conjointe des tribunaux concernés, indépendamment de l'endroit où se trouvent ces actifs[108], même s'il est souhaitable de s'assurer qu'une telle disposition n'entraîne pas des retards inutiles, ni une réduction de la valeur. Pour faciliter cette approbation conjointe et la répartition du produit entre les différents débiteurs, certains accords autorisent la tenue d'audiences conjointes[109]. L'exigence de l'approbation conjointe peut être limitée aux actifs qui dépassent une certaine valeur, ou à certains types d'opérations: on peut par exemple faire la distinction entre la disposition des actifs dans le cours normal des affaires et en dehors du cours normal des affaires, l'approbation étant uniquement requise dans ce dernier cas. Un accord peut aussi spécifier que l'approbation est inutile pour certains types d'opérations, par exemple déposer des fonds sur un compte bancaire. Certains accords prévoient que l'approbation doit être obtenue pour chaque opération, tandis que d'autres prévoient qu'une décision unique du tribunal peut couvrir toute disposition d'actifs, ce qui permet aux représentants de l'insolvabilité d'agir sans avoir dans chaque cas à demander l'approbation[110].

ii) Supervision par les représentants de l'insolvabilité

115. Une autre approche consiste à autoriser expressément le représentant de l'insolvabilité à utiliser les actifs du débiteur, ou à en disposer, sans l'approbation d'un tribunal, lorsque la loi applicable le permet, ce qui permet de réduire le temps

---

105 Lorsqu'il y a plusieurs procédures plénières et qu'il n'y a pas de procédure principale, le Concordat indique que chaque procédure devrait administrer les actifs de son ressort (Principe 4B). Lorsqu'il existe des procédures principale et non principale, les Directives Co-Co recommandent que chaque représentant de l'insolvabilité cherche à vendre les actifs [pour lesquels il est compétent] en coopération avec les autres représentants, de manière à optimiser la valeur de l'ensemble des actifs [Directive 13.1]. En outre, tout tribunal national appelé à agir devrait approuver une vente ou une disposition susceptible d'optimiser cette valeur [Directive 13.1].

106 Voir, par exemple, AgriBioTech, Everfresh.

107 Voir, par exemple, PSINet.

108 Voir, par exemple, Tee-Comm.

109 Voir, par exemple, Livent, PSINet.

110 Voir, par exemple, Livent, Solv-Ex.

nécessaire pour ces actions. Cette autorisation pourrait également prévoir d'exiger du débiteur qu'il dispose de certains actifs. Dans certaines situations, il pourrait être approprié de demander au représentant de l'insolvabilité d'obtenir au préalable le consentement de son homologue à l'étranger avant de disposer des actifs, y compris d'actions ou de parts sociales. Afin d'éviter tout blocage, l'obligation d'obtenir le consentement pourrait être limitée à une tentative de bonne foi ou à une consultation. Lorsque le débiteur est autorisé à gérer les actifs, par exemple, en tant que débiteur non dessaisi, l'approbation des représentants de l'insolvabilité peut être requise uniquement pour une vente ou une disposition en dehors du cours normal des affaires[111]. Même lorsque l'approbation d'un tribunal n'est pas requise pour la vente ou la disposition d'actifs, les tribunaux peuvent en superviser l'utilisation et la disposition en demandant au représentant de l'insolvabilité de communiquer régulièrement des informations sur son travail[112].

116. L'accord peut également régir les points suivants concernant l'utilisation et la disposition d'actifs: les modalités de la disposition; la fixation d'un taux de change pour les opérations qui exigent le calcul d'un montant dans différentes monnaies; les modalités ou le lieu de paiement du produit; et l'utilisation du produit provenant des ventes, par exemple financement du fonds de roulement, couverture des dépenses approuvées par le tribunal, planification des financements ou distribution aux créanciers[113].

iii) Recherche des actifs

117. La recherche des actifs du débiteur est souvent la clef du succès d'une procédure d'insolvabilité, et une approche coordonnée peut permettre d'éviter les chevauchements d'activités et d'économiser des coûts. Il est possible de coordonner ces recherches en en chargeant, par exemple, le représentant de l'insolvabilité d'un État, ou en coordonnant les activités des représentants d'autres manières, notamment en déterminant les modalités de notification et de communication d'informations. Lorsque la responsabilité est confiée à un représentant de l'insolvabilité, il est souhaitable que ce dernier informe ses homologues dans les autres États des résultats de la recherche[114] et les consulte régulièrement pour examiner les progrès effectués et les résultats, ainsi que les mesures à prendre, et leur soumette des projets des requêtes qu'il se propose de présenter aux tribunaux.

e) Responsabilité de l'ouverture d'une procédure

118. Pendant une procédure d'insolvabilité, il peut devenir nécessaire d'ouvrir différents types de procédures à l'encontre du débiteur ou de tiers, y compris des procédures d'insolvabilité ou autres à l'encontre, par exemple, des filiales du débiteur (où qu'elles se trouvent) qui ne font pas encore l'objet d'une procédure d'insolvabilité, ou des procédures parallèles, motivées par la présence d'actifs essentiels, de l'activité principale ou du lieu d'incorporation[115], ou des mesures concernant des tiers, comme l'annulation de certaines opérations, ou des actions

---

[111] Voir, par exemple, AIOC, Manhatinv.
[112] Voir, par exemple, Inverworld.
[113] Voir, par exemple, AIOC, Everfresh.
[114] Voir, par exemple, Maxwell, Nakash.
[115] Voir, par exemple, Commodore.

liées à la déclaration et à la vérification de créances. Afin d'éviter d'éventuels conflits, un accord peut répartir les responsabilités d'engager de telles procédures entre les différents représentants, sous certaines conditions, telles que le consentement écrit des autres représentants de l'insolvabilité[116].

119. La répartition des responsabilités de cette manière peut être importante pour répondre aux exigences du droit local, car de nombreuses lois, lorsqu'elles spécifient les personnes qui peuvent demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, n'incluent pas les représentants étrangers de l'insolvabilité, n'abordent pas la question de leur capacité en vertu de ces lois de faire une telle demande, ce qui met dès lors leur capacité en doute. L'objet de l'article 11 de la Loi type est de faire en sorte qu'un représentant étranger, après la reconnaissance de la procédure principale ou non principale, ait la capacité de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans l'État concerné, si les conditions d'ouverture sont par ailleurs remplies; la Loi type ne modifie pas les conditions prévues par la loi locale pour l'ouverture d'une telle procédure. De même, l'article 23 prévoit la capacité d'un représentant étranger, dès la reconnaissance d'une procédure étrangère, d'engager les actions d'annulation qui sont envisageables dans l'État concerné. Toutefois, dans les pays qui n'ont pas adopté la Loi type, ou dans lesquels il y a un doute quant à la capacité d'un représentant étranger d'engager une telle procédure, l'attribution de cette responsabilité, dans le cadre d'un accord international, à un autre représentant de l'insolvabilité peut faciliter l'ouverture de cette procédure. Un accord peut également porter sur des questions de procédure connexes, telles que les délais de production de certains documents et rapports, et l'obligation de notification, conformément à la loi nationale applicable.

f) Traitement des créances

120. Dans la procédure d'insolvabilité, les créances entrent en ligne de compte à plusieurs niveaux, et déterminent quels créanciers peuvent voter, selon quelles modalités, et combien ils recevraient en cas de répartition. C'est pourquoi la formalité de déclaration, de vérification et d'admission des créances est un élément clef de la procédure d'insolvabilité. Lorsqu'une procédure d'insolvabilité a une dimension internationale, les questions de procédure relatives à la coordination du traitement des créances, comme le lieu et la date (y compris les délais) de la déclaration, la responsabilité et la procédure de vérification et d'admission, la notification des créances déclarées et la reconnaissance croisée de l'admission, peuvent être précisées et coordonnées dans un accord. Un tel accord peut exiger ou non l'approbation du tribunal, selon le rôle joué par ce dernier dans le processus d'admission et de vérification des créances. Les détails de la procédure de vérification et d'admission des créances peuvent être négociés à l'ouverture de la procédure, ou l'accord négocié à ce moment prévoir que certaines créances seront traitées ultérieurement dans le cadre d'un protocole précisant le moment, le processus, le tribunal et la loi applicable au règlement des créances intragroupe[117].

121. Si les accords écrits règlent généralement la coordination du traitement des créances, un tel accord n'est pas toujours nécessaire. Ainsi, dans une affaire impliquant les États-Unis et les Pays-Bas, le débiteur non dessaisi et les

---

[116] Voir, par exemple, Manhatinv.

[117] Voir, par exemple, Calpine, Quebecor.

professionnels de l'insolvabilité ont collaboré pour coordonner les différents processus sans conclure d'accord écrit, et fait en sorte que les lois des deux pays soient respectées.

122. Les accords peuvent également régler les questions de priorité et de déclassement. Dans une affaire, par exemple, les parties sont convenues de ne pas faire dépendre certaines créances du niveau de la participation au capital, ce qui était possible aux termes de la loi de l'un des pays, mais aurait été contraire à celle de l'autre.

i) Déclaration des créances

123. Les accords peuvent établir les procédures de déclaration des créances, et traiter de la question des créances qui sont déclarées plusieurs fois, afin de déterminer le lieu où elles seront vérifiées et admises. Soit les créances déclarées dans un pays sont considérées comme ayant été déclarées en bonne et due forme dans l'autre pays, où elles sont ensuite examinées, soit une créance déclarée dans une procédure peut être réputée avoir été déclarée dans les deux, l'endroit où elle a été déclarée en dernier étant responsable de son examen. Un accord peut également préciser qu'il faut avoir déclaré une créance pour participer à une répartition ou voter sur toute proposition ou tout plan de redressement[118].

ii) Vérification et admission des créances

124. La vérification et l'admission des créances peuvent être effectuées de diverses manières par les différentes parties, qu'il s'agisse des tribunaux, des représentants de l'insolvabilité et dans certains cas, du débiteur. Comme il est indiqué plus haut, les accords peuvent réglementer la procédure de vérification et d'admission des créances et en charger les tribunaux ou les représentants de l'insolvabilité[119]. Un accord peut aussi prévoir que les représentants doivent collaborer pour s'entendre sur la procédure ou sur le fait que les créances doivent être traitées conformément à la loi applicable.

125. Lorsque les tribunaux sont impliqués dans le processus, les parties peuvent convenir soit qu'un tribunal vérifiera et admettra toutes les créances[120], soit que chaque tribunal responsable d'une procédure d'insolvabilité vérifiera et admettra les créances qui ont été dûment déclarées dans cette procédure[121]. Lorsque les décisions relatives aux créances doivent être prises par un tribunal, ce dernier peut être le tribunal de l'État dans lequel est situé le débiteur, ou le tribunal auquel la créance est déclarée, à moins que le principe de la courtoisie internationale n'en dispose autrement ou qu'un autre tribunal soit plus approprié compte tenu des circonstances[122].

126. Lorsque l'accord prévoit que les créances doivent être vérifiées et admises dans un État, il peut exiger qu'elles soient reconnues par les autres tribunaux

---

[118] Voir, par exemple, AgriBioTech, Livent.

[119] Voir, par exemple, Inverworld; le Concordat énonce des principes pour la déclaration de créances s'agissant d'affaires avec un for principal et d'affaires avec plusieurs juridictions compétentes, mais pas de juridiction principale (Principes 2 D et E, 4 C à E).

[120] Voir, par exemple, AgriBioTech.

[121] Voir, par exemple, Commodore.

[122] Voir, par exemple, PSINet.

concernés et que le processus soit accepté par le débiteur. De même, lorsque les décisions relatives aux créances doivent être prises par plusieurs tribunaux, un accord peut prévoir que chaque tribunal examine les créances qui lui ont été déclarées, et que ses décisions doivent être appliquées et reconnues par les autres tribunaux, dans la mesure autorisée par la loi applicable. Lorsque des mesures doivent être prises pour assurer la reconnaissance, l'accord peut en attribuer la responsabilité, par exemple, au débiteur ou au représentant de l'insolvabilité[123]. Exiger que les représentants de l'insolvabilité échangent régulièrement le registre des créances déclarées à chaque tribunal peut faciliter la coordination du traitement des créances[124]. Lorsque les créanciers sont tenus, en vertu de la loi applicable, d'assister en personne à la vérification de leurs créances, un accord international pourrait aborder le problème des frais de voyage des créanciers étrangers, qui risque de dissuader les titulaires de petites créances de faire valoir leurs droits.

127. Un accord peut prévoir que le tribunal statuant sur les créances décidera de la valeur, de l'admissibilité et de l'ordre de priorité des créances en faisant une analyse fondée sur les règles de conflit de lois applicables dans le lieu où il se trouve, ou en accord avec la loi régissant la créance sous-jacente[125]. Il peut également traiter de la question des objections à l'encontre des créances, en autorisant par exemple que des objections soient formulées dans le cadre de chaque procédure[126].

128. Un accord peut également prévoir que c'est un représentant de l'insolvabilité, et non les tribunaux, qui devra vérifier et admettre les créances, et préciser les détails de la procédure. Un accord, par exemple, prévoyait que les représentants des procédures principale et non principale dans différents États de l'Union européenne devraient chacun vérifier le montant et la forme des créances déclarées dans leur procédure et que le représentant de la procédure non principale devrait fournir une liste des créances de cette procédure au représentant de la procédure principale. La vérification devait être effectuée séparément, conformément à la loi nationale et aux dispositions du Règlement CE[127].

129. La responsabilité du traitement de certaines créances, comme les créances non garanties, peut dans certains cas être attribuée à certaines parties, par exemple le débiteur non dessaisi, sous réserve que les représentants de l'insolvabilité aient été consultés[128].

130. Un accord peut également régler le traitement des créances en cas de redressement, avant l'approbation et la mise en œuvre du plan. Un accord, par exemple, a attribué en premier lieu aux représentants de l'insolvabilité la responsabilité, pendant cette période, de déterminer, en consultation avec le débiteur, la validité ou le montant des créances et leur paiement ou autre mode de règlement[129].

131. Un accord peut aussi régir la manière dont il peut être fait appel du rejet de créances, et devant quels tribunaux. Afin de faciliter la coordination et de renforcer

---

[123] Voir, par exemple, PSINet, AgriBioTech.
[124] Voir, par exemple, AIOC.
[125] Voir, par exemple, Everfresh, AgriBioTech.
[126] Voir, par exemple, Everfresh.
[127] Voir, par exemple, SENDO.
[128] Voir, par exemple, Everfresh.
[129] Voir, par exemple, Federal-Mogul.

la transparence et la prévisibilité, un accord peut encore comprendre certains formulaires standard concernant la vérification et l'admission des créances, tels que i) la preuve de la créance, ii) la notification du rejet et iii) la notification de l'admission[130].

iii) Répartition

132. Lorsque les créanciers peuvent déclarer leurs créances dans plusieurs procédures, il est souhaitable que celles-ci soient coordonnées de manière à éviter qu'un créancier ne bénéficie d'un traitement plus favorable que les autres créanciers de même rang, en obtenant paiement de sa créance dans plusieurs procédures. L'article 32 de la Loi type énonce une règle qui s'applique dans cette situation (parfois appelée règle du "hotchpot").

133. Certains accords comprennent une disposition générale sur la répartition, qui prévoit par exemple que tous les actifs du débiteur doivent être réalisés dans l'intérêt de tous les créanciers garantis, prioritaires et chirographaires non initiés, le produit net de la vente devant être réparti conformément à l'ordre de priorité établi par la loi d'un for. D'autres accords règlent expressément la question du double paiement. Une approche consiste à avoir une disposition générale qui prévoit qu'un créancier ne doit pas être payé deux fois lorsqu'il déclare sa créance dans deux procédures parallèles. D'autres accords, plus détaillés, indiquent comment éviter cette situation, notamment en demandant aux représentants de l'insolvabilité d'échanger les informations pertinentes, comme les dates prévues de distribution ou, le cas échéant, la liste des créanciers bénéficiaires. On peut également prévoir que le créancier devrait recevoir paiement comme s'il avait déclaré une créance unique dans une seule procédure, mais que le recouvrement au prorata sur les actifs du débiteur est limité au montant autorisé par les deux lois[131].

134. Un accord peut également définir les modalités de la répartition, par exemple la monnaie de paiement des créances; la personne qui paiera les dividendes (on peut prévoir que chaque représentant de l'insolvabilité est responsable de la répartition pour la procédure pour laquelle il a été nommé)[132], et les créanciers qui recevront paiement.

g) Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

135. 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. Lorsqu'il n'a pas d'actifs liquides pour faire face à ses besoins immédiats de trésorerie, il devra obtenir des fonds auprès de tiers[133]. Comme de nombreuses lois sur l'insolvabilité

---

130 Voir, par exemple, GBFE.

131 Voir, par exemple, AIOC, SENDO.

132 Voir, par exemple, Peregrine Investment, GBFE.

133 Les Directives Co-Co recommandent que les représentants de l'insolvabilité coopèrent en vue de l'obtention d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, y compris en octroyant une priorité ou une sûreté réelle aux prêteurs, en fonction de ce qui convient et est autorisé par la loi applicable (Directive 14.2); voir également Guide législatif de la CNUDCI, deuxième

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, on pourrait aborder la question du financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans un accord international pour répondre à l'insécurité engendrée par ces différentes approches en cas d'insolvabilité internationale.

136. Pourtant, de nombreux accords n'abordent pas la question du financement postérieur à l'ouverture. Parfois, la décision judiciaire approuvant l'accord contient des dispositions relatives à un tel financement. Elle peut par exemple autoriser les demandeurs à explorer toutes les options de refinancement et à vendre des éléments matériels de leur entreprise ou des actifs, sous réserve de l'approbation préalable du tribunal et des prêteurs, selon le cas, et approuver et reconnaître le financement qui a été approuvé dans des procédures devant d'autres pays[134]. Un accord prévoyait que le représentant de l'insolvabilité qui était responsable de l'exploitation continue de l'entreprise avait besoin du consentement des autres représentants et de l'approbation de l'autre tribunal pour obtenir un financement, même si ce consentement n'était pas nécessaire aux termes de la loi applicable[135]. Ce mécanisme a été adopté pour garantir que les procédures parallèles d'insolvabilité atteignent les objectifs d'optimisation de la valeur de la masse et de préservation des intérêts de chaque régime d'insolvabilité concerné. Un accord peut également traiter des questions de compétence, en prévoyant par exemple que tout fournisseur d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure devrait relever de la seule compétence du pays dans lequel le financement a été fourni[136].

137. De même, un accord peut expressément autoriser le représentant de l'insolvabilité à emprunter des fonds ou à grever des biens et imposer des conditions telles que le consentement du comité des créanciers, ou autoriser l'utilisation du produit de certaines opérations autres que la vente d'actifs pour financer par exemple le fonds de roulement, ou pour investir, en s'en remettant au jugement raisonnable du représentant quant au choix de l'investissement[137].

Exemples de clauses

Formes générales de coopération

22) Pour aider à une administration efficace de la procédure d'insolvabilité, le débiteur, le comité des créanciers et les représentants de l'insolvabilité a) coopèrent entre eux à l'occasion de mesures prises par les tribunaux des États A et B et b) prennent toutes autres mesures appropriées pour coordonner l'administration des procédures dans les États A et B, dans l'intérêt de la masse du débiteur et des parties prenantes.

Supervision du débiteur

23) Le débiteur:

---

partie, II, par. 94 à 107 et recommandations 63 à 68.

134 Voir, par exemple, Systech.

135 Voir, par exemple, Maxwell.

136 Voir, par exemple, Mosaic.

137 Voir, par exemple, GBFE, Livent.

a) Ne prend aucune des mesures suivantes sans le consentement préalable du représentant de l'insolvabilité de l'État A:

i) Grever un bien d'une hypothèque, d'une charge ou d'une sûreté;

ii) Sauf disposition d'un plan de redressement auquel la loi de l'État A donne effet, accepter la validité ou le montant des créances nées avant l'engagement de la procédure, les payer ou les régler sur les actifs du débiteur;

iii) Procéder à des ventes ou acquisitions intragroupe en dehors du cours normal des affaires et sans respecter la politique actuelle des prix de transfert du débiteur;

b) Ne prend aucune des mesures suivantes sans avoir consulté au préalable le représentant de l'insolvabilité de l'État A:

i) Déposer un plan de redressement auprès du tribunal de l'État A, ou le transmettre aux créanciers du débiteur, ou à une classe de créanciers pour approbation;

ii) Consulter des syndicats en dehors du cours normal des affaires;

iii) Recruter ou licencier des employés en dehors du cours normal des affaires. En cette matière, il respecte à tout moment la législation sur l'emploi applicable.

Plans de redressement

24) Dans la mesure permise par la loi des pays concernés et dans la mesure du possible, les représentants de l'insolvabilité des États A et B déposent des plans de redressement pour l'essentiel similaires dans les deux États, conformément aux lois sur l'insolvabilité respectives de ces deux États. Les représentants de l'insolvabilité des États A et B coordonnent, dans la mesure du possible, toutes les procédures en rapport avec ces plans, notamment l'invitation à voter sur le plan, le traitement des créanciers et le classement des créances. En l'absence de dispositions du présent accord, ces procédures sont établies soit par la loi applicable, soit par d'autres décisions des tribunaux des États A et B.

Afin de coordonner le dépôt simultané de plans de redressement dans les États A et B, les représentants de l'insolvabilité des États A et B prennent toutes mesures nécessaires pour obtenir une prolongation des délais de dépôt dans les deux États.

Traitement des actifs: supervision par les tribunaux

25) Les opérations portant sur des actifs situés dans l'État A seront soumises à la seule approbation du tribunal de l'État A. Les opérations portant sur des actifs situés dans l'État B seront soumises à la seule approbation du tribunal de l'État B. Les opérations portant sur des actifs situés dans les deux États seront soumises à la compétence conjointe des deux tribunaux.

Supervision par les représentants de l'insolvabilité

26) Le débiteur ne peut, sans le consentement préalable des représentants de l'insolvabilité des États A et B, acquérir, vendre des actifs, ni en disposer, en dehors du cours normal des affaires.

Recherche des actifs

27) Il est procédé à une recherche des actifs du débiteur où qu'ils se trouvent. Le représentant de l'insolvabilité de l'État A a déjà commencé cette recherche et la poursuit conformément au présent accord, dans un souci de continuité, d'efficacité et de limitation des dépenses. Nonobstant ce qui précède, le représentant de l'État B, le débiteur, ou toute autre partie intéressée a le droit, à tout moment, de demander à l'un ou l'autre tribunal d'autoriser le représentant de l'insolvabilité de l'État B à faire une recherche indépendante ou de lui ordonner de le faire.

Lors de cette recherche, le représentant de l'insolvabilité de l'État A informe à tout moment le représentant de l'État B de toute action qu'il souhaite engager et le consulte de bonne foi au sujet des motifs et du bien-fondé de ces actions. À moins que cela ne soit pas raisonnablement possible en raison des circonstances, le représentant de l'insolvabilité de l'État A fournit au représentant de l'insolvabilité de l'État B un projet de chaque demande qu'il se propose de soumettre à l'un ou l'autre tribunal pour l'exercice de ces actions. Le représentant de l'insolvabilité de l'État A n'est pas tenu d'obtenir le consentement du représentant de l'insolvabilité de l'État B en la matière, mais si ce dernier se prononce contre l'une de ces actions, a) le représentant de l'insolvabilité de l'État A est tenu d'informer le tribunal auprès duquel il souhaite exercer l'action du désaccord du représentant de l'insolvabilité de l'État B, et b) le représentant de l'insolvabilité de l'État B doit avoir une occasion raisonnable de comparaître devant le tribunal concerné et d'y être entendu, et de demander que des mesures soient prises.

Le représentant de l'insolvabilité de l'État A tient à tout moment le représentant de l'insolvabilité de l'État B informé des progrès de la recherche des actifs du débiteur et le consulte régulièrement à ce sujet. À moins que le représentant de l'insolvabilité de l'État B ou un tribunal n'en décident autrement, le représentant de l'insolvabilité de l'État A partage rapidement avec le représentant de l'État B tous les documents et autres informations obtenus dans le cadre de sa recherche.

Responsabilité de l'ouverture d'une procédure

28) Le représentant de l'insolvabilité de l'État A tente de bonne foi d'obtenir le consentement du représentant de l'insolvabilité de l'État B avant:

a) D'ouvrir ou d'accepter une procédure d'insolvabilité (que ce soit dans l'État A, dans l'État B ou ailleurs) à l'encontre du débiteur situé dans l'État A; et

b) D'amener le débiteur de l'État A ou sa filiale à engager une procédure judiciaire.

Déclaration, vérification et admission des créances

Voir l'exemple de clause numéro 12: *Répartition des rôles entre les tribunaux: traitement des créances.*

Répartition

29) Afin d'éviter le risque, en cas de pluralité des procédures, de verser à un créancier plus que son dû, chaque représentant de l'insolvabilité est tenu d'envoyer aux autres représentants de l'insolvabilité:

a) Avant tout paiement, le projet de plan de répartition sur la base duquel le paiement des dividendes sera effectué. Les représentants de l'insolvabilité auxquels ce projet est envoyé répondent à l'autre représentant de l'insolvabilité dans les [...] jours à compter de la date de réception du projet, faute de quoi, ils seront réputés l'avoir accepté;

b) Après tout versement de dividendes, une liste indiquant les noms et adresses des créanciers qui ont été payés, le montant payé et la nature de la créance.

Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

30) Le représentant de l'insolvabilité de l'État A tente, de bonne foi, d'obtenir l'approbation préalable du représentant de l'insolvabilité de l'État B avant d'emprunter des fonds, de nantir des actifs ou de grever des biens du débiteur.

6. Communication

138. Ainsi qu'il a été noté plus haut, la communication entre les parties aux procédures est souvent considérée comme un moyen essentiel de remédier à l'incertitude que peuvent susciter les affaires d'insolvabilité internationale du fait que les parties ne connaissent pas nécessairement bien les lois des autres États ni leur application. Aussi les accords internationaux ont-ils très fréquemment pour objet de définir les modalités de communication entre les parties. Lorsque les dispositions du chapitre IV de la Loi type (art. 25 à 27) ont été incorporées dans le droit interne, elles constitueront le cadre législatif dans lequel s'inscriront les communications entre les tribunaux, entre les représentants de l'insolvabilité et entre les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité. Un accord peut fournir de plus amples détails sur les questions suivantes: types d'informations à échanger; moyens à utiliser pour ces échanges; modes et fréquence des communications; envoi de notifications; et confidentialité. Lorsque la Loi type n'a pas été incorporée, un accord pourrait alors à la fois servir de cadre pour les communications et fournir les détails pratiques nécessaires. La définition des modalités de communication dans un accord facilitera la coordination globale des procédures, favorisera la confiance des parties, évitera les litiges et renforcera la transparence[138].

139. Un accord en matière communication pourrait être utilisé pour traiter toutes les questions notées ci-dessus, ou certaines d'entre elles, en fonction des besoins dans chaque cas d'espèce et dans les limites permises par les règles de procédure locales. De nombreux accords de ce type ont été approuvés par les tribunaux. Cette approbation ne sera toutefois requise que si l'accord porte sur des aspects de la communication entre les tribunaux. Elle ne sera pas nécessaire s'il traite de la communication, par exemple, entre les représentants de l'insolvabilité et les

---

[138] Les Directives Co-Co recommandent que les tribunaux communiquent entre eux pour coordonner et harmoniser les différentes procédures d'insolvabilité (Directive 2), et abordent également la question de la communication entre les tribunaux et les représentants étrangers (Directive 4). Elles recommandent également que les tribunaux coopèrent entre eux directement, ou par l'intermédiaire des représentants de l'insolvabilité ou de toute personne ou tout organe désigné pour agir sur leur instruction (Directive 16.4). Elles traitent par ailleurs du moment où peuvent s'effectuer les communications (Directive 15), ainsi que des modalités et moyens de communication (Directives 6 et 7).

créanciers. Un accord en matière de communication peut être un accord parmi d'autres conclus pendant le déroulement des procédures afin de résoudre différentes questions et servir de point de départ pour faciliter le règlement de ces autres questions.

a) Communication entre les tribunaux

i) Communication directe

140. Comme on l'a vu plus haut (partie II.B), la communication entre les tribunaux concernés revêt très souvent un caractère essentiel en raison de la fonction importante de supervision que ceux-ci remplissent dans le cadre des procédures d'insolvabilité. Elle peut contribuer aussi à éviter un "duel" entre les procédures, des retards et des dépenses excessifs, des audiences inutilement longues et lourdes, des différences de traitement entre les créanciers se trouvant dans la même situation ainsi que la perte d'actifs de valeur. Il se peut en outre que la communication directe facilite le règlement des problèmes qui découlent du traitement différent accordé d'une loi à l'autre au même type de créances. Dans l'affaire *Stonington Partners*, par exemple, où des procédures d'insolvabilité parallèles se déroulaient aux États-Unis et en Belgique, il était question du classement d'une créance pour fraude boursière, qui n'aurait pas été remboursée du tout selon la loi américaine mais qui aurait pu être admise selon la loi belge et se classer au même rang que toutes les autres créances chirographaires, si elle avait été prouvée[139]. Lorsque la loi applicable l'autorise, la communication entre tribunaux offre une garantie à ces derniers, en leur permettant d'avoir directement connaissance de l'administration de l'autre procédure. Dans une affaire concernant une procédure judiciaire engagée contre le débiteur aux États-Unis et une procédure d'insolvabilité ouverte dans les Antilles néerlandaises, un appel téléphonique du juge du tribunal des Antilles néerlandaises au juge américain a permis de corriger des informations erronées qui avaient été communiquées par les parties. Toujours dans cette affaire, la communication directe entre les tribunaux a permis au tribunal américain de rendre une décision, avec l'accord du tribunal des Antilles néerlandaises, ordonnant une médiation et la désignation d'un médiateur avec le consentement des parties[140]. Dans une autre affaire concernant les États-Unis et le Canada, le tribunal canadien avait besoin d'informations du tribunal américain pour savoir si les critères d'indépendance étaient satisfaits par le "représentant étranger", de sorte qu'il puisse reconnaître ce représentant et ordonner les mesures nécessaires au Canada[141].

141. Dans l'affaire *Cenargo*[142], où des procédures d'insolvabilité avaient été ouvertes aux États-Unis et au Royaume-Uni, le juge anglais a été contacté par le juge américain qui souhaitait dialoguer directement afin de résoudre les difficultés causées par le prononcé d'ordonnances concurrentes. Une communication directe entre les juges s'est établie lors d'une conférence téléphonique, à laquelle a participé l'avocat des différentes parties. Pendant la conférence, le juge anglais a indiqué que la loi anglaise ne lui permettait de s'entretenir officiellement avec un

---

[139] Malheureusement, la juridiction inférieure n'a pas suivi la ferme recommandation de la juridiction supérieure de communiquer directement avec le tribunal belge, voir *supra* note 10.

[140] Voir *supra* note 21.

[141] AgriBioTech.

[142] Affaire Cenargo Int'l, PLC, 294 B.R. 571 (Bankr. S.D.N.Y. 2003).

autre juge d'aucune question sans le consentement et la présence des parties. Ces dernières se sont vues donner la possibilité de faire des observations à la fin de la conférence et un compte rendu a été distribué à la demande du juge anglais. Les différentes garanties pouvant s'appliquer à la communication directe sont examinées dans la partie II (voir par. 8 ci-dessus) et ci-après (voir par. 185 à 188).

142. Les dispositions sur la communication entre tribunaux prévues dans les accords internationaux peuvent être plus ou moins détaillées. Par exemple, elles peuvent prévoir que les tribunaux des différents États communiqueront entre eux d'une manière générale ou sur toute question touchant aux procédures d'insolvabilité ou afin de coordonner leurs efforts et d'éviter le risque de décisions contradictoires[143]. Elles peuvent aussi préciser les questions particulières sur lesquelles les tribunaux peuvent communiquer et, dans certains cas, demander l'avis d'autres tribunaux, par exemple l'application de la loi de l'autre État à certains aspects comme l'interprétation et la mise en œuvre de l'arrêt des poursuites ordonné par un tribunal de cet État[144].

143. Lorsque les tribunaux ne sont pas en mesure de communiquer directement, la communication peut néanmoins être facilitée par les représentants de l'insolvabilité, par un intermédiaire ou au moyen d'une lettre ou d'un autre document écrit. Comme il a été indiqué plus haut, la communication directe dans les affaires d'insolvabilité internationale est soumise à la loi et à la pratique nationales, lesquelles ne la facilitent pas toujours (voir partie II, par. 9 ci-dessus). L'article 31 du Règlement CE régit la communication entre les représentants de l'insolvabilité mais ne dit rien de la communication entre les tribunaux. Certains États membres de l'Union européenne ont développé cette disposition. Une loi, par exemple, autorise le juge ou le représentant de l'insolvabilité à fournir au représentant étranger toutes les informations jugées nécessaires à la procédure étrangère et exige des tribunaux ou des représentants nationaux qu'ils donnent au représentant étranger la possibilité de formuler des propositions concernant le traitement des actifs dans la procédure nationale[145].

144. Les affaires *Maxwell*, *Nakash* et *Matlack* illustrent comment un intermédiaire peut être utilisé pour la communication entre juges (voir partie II, par. 3 ci-dessus). Un accord peut spécifier le type d'informations qui seront échangées et les modalités de cet échange (voir partie II, par. 6 ci-dessus). La communication peut également être facilitée par l'incorporation, dans l'accord, de principes directeurs, tels que les Directives sur les communications entre tribunaux (voir partie II, par. 10 ci-dessus)[146], et être soumise aux dispositions générales d'un accord international régissant le règlement des différends[147].

ii) Audiences conjointes

145. Il est également possible, pour faciliter la coordination de procédures multiples, d'organiser des audiences ou des conférences conjointes lorsque cela est nécessaire pour régler certains points. Cette solution a l'avantage de permettre aux

---

143 Financial Asset Management, Laidlaw, Pioneer, Systech.
144 Calpine.
145 § 239 I et II de la loi autrichienne sur la faillite (Konkursordnung).
146 Voir, par exemple, Matlack.
147 Voir, par exemple, Calpine.

tribunaux de résoudre directement et rapidement les questions complexes découlant des différentes procédures d'insolvabilité. Les parties aux procédures peuvent entrer directement en contact de même que poser des questions et demander des éclaircissements à l'avocat comparaissant devant l'autre tribunal. Cette forme de communication directe s'est avérée très fructueuse pour une affaire qui concernait les États-Unis et l'Allemagne, dans laquelle le représentant allemand de l'insolvabilité a comparu lors d'une audience en déposant par téléphone[148]. Lorsque le recours à la visioconférence est possible, le fait que les parties se "voient" peut également les aider à mieux se comprendre.

146. Certains accords laissent aux tribunaux le soin de décider du moment où se tiendront des audiences ou conférences conjointes, en prévoyant, par exemple, que celles-ci peuvent être organisées sur toute question ayant trait à l'administration, au traitement ou au règlement de tout aspect des procédures, si les tribunaux le jugent nécessaire ou souhaitable ou afin de faciliter ou de coordonner la conduite efficace et appropriée des procédures[149]. L'organisation d'audiences conjointes peut aussi se limiter à des questions particulières, comme la disposition des actifs.

147. Les accords définissent parfois les modalités à suivre pour les audiences conjointes et, dans certains cas, pour les conférences aussi. Certains prévoient des dispositions semblables à la Directive 9 des *Directives sur les communications* entre tribunaux; d'autres incorporent ces Directives par référence. Ces dispositions peuvent prévoir les modalités suivantes[150]:

a) Qu'une liaison téléphonique ou vidéo sera établie pour permettre à un tribunal d'entendre ou de voir simultanément les débats se déroulant devant l'autre tribunal[151];

b) Qu'une partie devra soumettre ses arguments ou ses demandes uniquement au tribunal devant lequel elle comparaît, sauf si l'autre tribunal l'autorise expressément à les lui présenter. Certains accords prévoient en outre qu'une fois l'audience conjointe programmée, copie de ces arguments ou demandes doit être gracieusement communiquée à l'autre tribunal, et que les demandes tendant au prononcé de mesures par les deux tribunaux doivent être présentées aux deux tribunaux à la fois[152];

c) Que les juges des différents États qui connaîtront de ces demandes seront autorisés à communiquer entre eux avant l'audience, avec ou sans la présence des avocats, afin d'établir les principes qui régiront la soumission ordonnée des documents et le prononcé des décisions, et afin de résoudre toute question connexe de procédure ou autre[153]; et

d) Que les juges des différents États, après avoir connu d'une demande, seront autorisés à communiquer entre eux suite à l'audience, sans la présence des avocats, afin de déterminer si les deux tribunaux peuvent coordonner leurs décisions

---

148 Voir Dornier Aviation [DANA], le nom complet de l'affaire sera fourni ultérieurement.
149 Voir, par exemple, 360Networks, Quebecor.
150 Voir, par exemple, Solv-Ex, Inverworld.
151 Voir, par exemple, Livent.
152 Voir, par exemple, Mosaic, Philip.
153 Voir, par exemple, PSINet.

et définir les conditions dans lesquelles ces décisions seront rendues, et afin de régler toute autre question de procédure ou question n'ayant pas trait au fond.

148. Les audiences conjointes peuvent également se dérouler selon d'autres modalités: par exemple, les juges des différents États peuvent comparaître et siéger conjointement dans l'un ou l'autre tribunal, selon ce qu'ils conviendront, à condition que les créanciers et les autres parties intéressées puissent comparaître et être entendus en personne ou dans le tribunal du juge qui s'est déplacé pour comparaître dans l'autre tribunal[154].

149. Certains accords, plutôt que de laisser ce soin aux juges, fixent eux-mêmes les règles de production des éléments de preuve dans les audiences conjointes et de présentation des arguments ou des demandes par les parties qui y comparaîtront[155].

150. Dans les affaires où les accords internationaux conclus prévoyaient des dispositions en la matière, des audiences conjointes ont été organisées avec succès et ont permis la tenue d'une conférence téléphonique, pour mettre au point un calendrier coordonné des procédures, et d'une audience conjointe par liaison vidéo pour examiner une proposition de vente des actifs dans les différents États[156].

b) Communication entre les parties

i) Échanges d'informations entre les représentants de l'insolvabilité

151. La communication entre les représentants de l'insolvabilité peut être tout aussi importante pour coordonner les procédures d'insolvabilité, en ce qu'elle facilite l'échange d'informations et la coordination des activités que ceux-ci doivent entreprendre dans l'exécution de leurs obligations. On constate dans la pratique que des échanges d'informations ont eu lieu sur la base d'accords verbaux et écrits[157].

152. L'échange d'informations peut être expressément prévu dans l'accord ou s'inscrire dans le cadre d'une obligation plus générale de coopération[158]. Un accord peut prévoir des échanges réguliers qui, par exemple, se concrétiseront par la présentation de rapports d'exploitation mensuels, qu'élaborent les représentants de l'insolvabilité et qui sont transmis à certaines parties, ou par la tenue de consultations dans le cadre de réunions ou de conférences trimestrielles[159]. L'accord peut préciser comment ces réunions devront se dérouler (par téléphone ou en présence des personnes) et selon quelles modalités[160]. Un accord peut par ailleurs prévoir l'établissement conjoint d'un plan de travail afin de coordonner et d'encadrer les mesures essentielles que devront prendre les représentants de l'insolvabilité. Il peut disposer notamment que chaque représentant devra régulièrement informer l'autre de ses activités et des développements importants concernant le débiteur, de même que l'aviser de toutes demandes présentées au tribunal et, dans certains cas, lui communiquer le projet de ces demandes ou la copie de tout document déposé dans le cadre de la procédure ou d'autres documents

---

154 Voir, par exemple, Livent.
155 Voir, par exemple, Laidlaw, Loewen.
156 Voir, par exemple, Everfresh, Systech.
157 Voir, par exemple, United Pan Europe.
158 Comparer 360Networks et Loewen avec Manhatinv.
159 Voir, par exemple, Peregrine Investment, Commodore.
160 Voir, par exemple, Manhatinv.

importants[161], tels que des avis d'experts. La fourniture d'informations peut être facilitée lorsque les représentants de l'insolvabilité sont obligés de tenir des registres clairs concernant l'administration de la masse, notamment les décisions de gestion importantes[162], des livres et des registres rendant compte de la disposition des actifs et des rapports mensuels sur les dépenses et frais afférents à l'administration.

153. Les représentants de l'insolvabilité peuvent convenir qu'ils tiendront des consultations avec leurs homologues étrangers, si la demande leur en est faite, ou qu'ils se consulteront sur des questions particulières, telles que l'élaboration et la négociation de plans de redressement devant être présentés dans les différents États[163]. Un accord traitant des procédures principale et non principale dans des États membres de l'Union européenne renvoyait à l'article 31 du Règlement CE et exigeait qu'avant tout acte de disposition des actifs, chaque représentant de l'insolvabilité établisse et se communique une liste des actifs situés sur le territoire où se déroulait la procédure non principale. Il exigeait également que le représentant de la procédure principale fasse au représentant de la procédure non principale une proposition en vue du transfert global de tous les actifs. Le représentant de la procédure non principale était tenu de communiquer la proposition ainsi que sa réponse à cette proposition au tribunal administrant la procédure non principale. Les représentants de l'insolvabilité étaient également tenus de se communiquer un projet de plan de répartition et une liste des créanciers ayant été payés[164].

ii) Communication d'informations à d'autres parties

154. Outre l'échange d'informations entre représentants de l'insolvabilité, un accord international peut prévoir des dispositions sur la communication de ces informations à d'autres parties, telles que les tribunaux concernés et les créanciers ou le comité des créanciers. Ce type de disposition peut être utile pour apporter une certaine sécurité et éviter les risques de conflits. L'accord peut exiger, par exemple, que les informations échangées par les représentants de l'insolvabilité, comme les rapports mensuels concernant leurs activités, soient également communiquées aux créanciers, au comité des créanciers ou encore aux tribunaux[165]. Des informations supplémentaires peuvent être échangées si la demande en est faite, soit par un représentant de l'insolvabilité soit par un comité des créanciers.

155. Afin d'accroître la transparence des procédures, certains accords prévoient que les informations accessibles au public dans un État devront être communiquées dans tous les États[166] ou que tous les réclamants devront avoir le même accès aux informations divulguées, notamment les informations concernant la situation financière, le statut et les activités du débiteur, la nature et l'effet d'un plan de redressement et l'avancement des procédures dans chaque État. Des mesures telles

---

161 Voir, par exemple, Peregrine Investment, Nakash.
162 Voir, par exemple, Federal-Mogul, Inverworld.
163 Voir, par exemple, Peregrine Investment, Maxwell.
164 Voir SENDO.
165 Voir, par exemple, Inverworld, Commodore.
166 Voir, par exemple, Calpine, Everfresh.

que la tenue, par le tribunal, de conférences mensuelles pour faire le point de la situation peuvent également favoriser l'échange d'informations[167].

156. Un accord peut également régir la communication entre la direction de l'entreprise débitrice et les représentants de l'insolvabilité. Il peut prévoir, par exemple, que les représentants de l'insolvabilité et les dirigeants des entités débitrices se consulteront régulièrement sur des questions stratégiques, en précisant les types d'informations que les dirigeants devront fournir aux représentants ou en autorisant ces derniers à consulter tous les livres et autres registres requis. Les informations à communiquer peuvent être notamment: les procès-verbaux des réunions du conseil d'administration de l'entreprise débitrice; les informations comptables périodiques, les rapports périodiques sur l'état d'avancement d'autres procédures judiciaires concernant le débiteur; et copie de toutes les déclarations d'impôt[168].

iii) Notification

a. Cas exigeant une notification

157. L'envoi de notifications aux parties intéressées est un élément capital de l'administration efficace des procédures d'insolvabilité internationale. Il est aussi un mécanisme fiable pour la diffusion d'informations essentielles. La loi applicable peut exiger l'envoi d'une notification à différentes parties et personnes concernées par ces procédures. Si un accord international ne peut se soustraire aux exigences de la loi applicable, il peut en revanche en étendre le champ d'application (par exemple en prévoyant l'envoi d'une notification à un plus grand nombre de destinataires ou la communication d'informations plus détaillées), clarifier la façon dont les dispositions s'appliqueront d'une procédure à l'autre et les compléter, si nécessaire, pour tenir compte de la relation entre ces procédures. Un accord peut préciser, par exemple, quelle partie est tenue d'envoyer la notification, quelle personne doit la recevoir, à quel moment la notification doit être adressée et quel doit en être le contenu.

158. Les dispositions régissant la notification dans un accord peuvent être très générales et se fonder sur les règles applicables prévues dans les lois sur l'insolvabilité. Au lieu de préciser les circonstances exactes qui justifient l'envoi d'une notification, l'accord peut se limiter à indiquer que, lorsqu'une notification est requise, une partie doit l'adresser aux autres parties par écrit conformément à la loi applicable[169]. Une autre solution serait que l'accord prévoie que toutes les parties devront recevoir notification de toutes les procédures conformément aux pratiques suivies par chaque tribunal[170].

159. Un accord peut également limiter les cas où une notification est exigée, en excluant les questions ayant trait purement à la forme et non au fond, ou restreindre l'obligation de notification aux cas dans lesquels sont tenues des audiences

---

[167] Voir, par exemple, Solv-Ex, Inverworld.

[168] Voir, par exemple, Maxwell, Federal-Mogul; voir aussi Guide législatif de la CNUDCI concernant les obligations du débiteur (deuxième partie, III, par. 22 à 33 et recommandation 110).

[169] Voir, par exemple, AIOC.

[170] Voir, par exemple, Livent, Solv-Ex.

conjointes[171]. L'accord peut également traiter du défaut de notification, en dispensant une partie d'adresser une notification préalable en temps voulu, si un événement l'en empêche raisonnablement[172], à condition que la notification soit envoyée le plus rapidement possible après cet événement.

160. Un accord peut exiger l'envoi d'une notification pour les questions suivantes: dépôt par un représentant de l'insolvabilité d'une demande d'ouverture d'une procédure concernant un membre du groupe du débiteur[173]; dépôt d'une demande, d'une requête ou d'un document quelconque dans l'une des procédures d'insolvabilité ou dans toutes; audiences connexes ou autres actes de procédure imposés par la loi applicable en rapport avec les procédures d'insolvabilité; demande d'approbation de la rémunération et des dépenses des représentants de l'insolvabilité et des professionnels; questions concernant le traitement des créances et les plans de redressement; ordonnances rendues ou motifs et opinions exprimés par les tribunaux dans le cadre des procédures; action concernant la recherche d'actifs dans d'autres États; demande tendant au prononcé des mesures d'urgence; opération, ou demande d'approbation d'une opération, concernant les actifs de la masse, notamment l'utilisation, la vente, la location, le dépôt de fonds ou tout autre acte de disposition; et financement postérieur à l'ouverture[174].

b. Parties tenues d'adresser une notification

161. Certains accords spécifient les personnes tenues d'adresser une notification, par exemple, les représentants des différentes procédures d'insolvabilité, le débiteur ou la partie normalement tenue de l'obligation de notification dans l'État où sont déposés certains documents ou dans lequel se déroule la procédure[175].

c. Destinataires de la notification

162. Les personnes devant être avisées de différents aspects des procédures d'insolvabilité internationale varient d'un accord à l'autre. Les dispositions tantôt précisent que l'obligation de notification ne vaut que pour les parties à l'accord, tantôt exigent qu'une notification soit adressée généralement à un certain nombre de destinataires, par exemple le débiteur, le comité des créanciers, les créanciers, les représentants de l'insolvabilité et parfois d'autres personnes nommées ou désignées par les tribunaux ou habilitées à recevoir notification conformément à la pratique de l'État où sont déposés les documents ou dans lequel a lieu la procédure. L'envoi de la notification peut se limiter, en ce qui concerne les créanciers, au comité des créanciers ou à un certain nombre des créanciers les plus importants, par exemple les 20 principaux. Les destinataires peuvent également être déterminés par référence à une liste tenue dans le cadre d'une des procédures ou par référence à toutes les parties en droit de recevoir notification conformément à une ordonnance rendue dans l'une ou l'autre procédure. Certains accords précisent les coordonnées, notamment le numéro de télécopieur ou l'adresse complète des parties devant recevoir notification. D'autres non seulement énumèrent les parties devant être

---

171 Voir, par exemple, Federal-Mogul, PSINet.

172 Voir, par exemple, AIOC.

173 Voir, par exemple, Commodore, y compris par exemple une filiale ou une holding intermédiaire située entre le débiteur et ses sociétés apparentées ou filiales: Maxwell.

174 Voir, par exemple, AgriBioTech, Matlack.

175 Voir, par exemple, Inverworld, Mosaic.

avisées, mais précisent également que la notification doit se faire conformément aux pratiques de chaque tribunal[176].

163. D'autres accords font obligation au représentant de la procédure principale d'adresser notification à tous les créanciers se trouvant dans d'autres États, par courrier ordinaire, en envoyant à chacun un avis qui précise les formalités requises et les sanctions prévues par la loi applicable dans la procédure principale. L'accord peut également exiger l'envoi d'une notification aux créanciers dont les créances seront examinées par un tribunal autre que celui auprès duquel elles ont été déclarées[177].

164. Lorsque le représentant de l'insolvabilité doit obtenir l'approbation du tribunal pour rechercher ou poursuivre les actifs du débiteur dans un État particulier, un accord peut exiger qu'une notification soit adressée aux autres tribunaux concernés par la procédure[178]. Certains accords prévoient que toutes les parties doivent être avisées du dépôt d'une demande tendant au prononcé d'une ordonnance contraire à leurs dispositions[179].

d. Mode de notification

165. Certains accords ne précisent pas comment la notification doit être adressée, et se contentent d'exiger qu'elle le soit conformément aux pratiques de chaque tribunal ou par écrit. D'autres accords énumèrent différentes méthodes, parmi lesquelles les parties peuvent choisir, par exemple: messagerie express, fax, télécopieur, courrier électronique ou autre forme électronique de communication, courrier ou service de messagerie permettant la remise de la notification le lendemain de son envoi, ou remise en mains propres. Un accord peut également prévoir des dispositions concernant la publication d'une notification, en stipulant à quel moment et sur quel support (par exemple le journal) le débiteur devra la publier et dans quelle langue, afin que les créanciers, où qu'ils se trouvent, et les autres parties intéressées soient en mesure de la comprendre, la notification satisfaisant ainsi aux conditions requises pour être suffisante et produire effet[180].

166. Un accord peut contenir des dispositions sur l'effet de la notification et les conséquences d'un changement de l'adresse où celle-ci doit être envoyée. Il peut prévoir, par exemple, que la notification aura effet malgré un tel changement, si celui-ci n'a pas été signalé dans un certain délai fixé par référence au moment où la notification est envoyée. Ainsi, en cas de remise de la notification en mains propres, par exemple, l'avis concernant le changement d'adresse doit être reçu avant le moment de cette remise, et en cas de communication par fax, au moment de la transmission (avec confirmation en retour de cette transmission). Un accord peut en outre indiquer les preuves requises pour établir que la notification a eu lieu.

---

176 Voir, par exemple, AIOC, Laidlaw.
177 Voir, par exemple, Solv-Ex.
178 Voir, par exemple, Nakash.
179 Voir, par exemple, Everfresh, Solv-Ex; les Directives Co-Co prévoient notamment que les représentants de l'insolvabilité doivent être avisés de toute audience ou de toute ordonnance qui les concerne (Directives 17.1 à 3).
180 Voir, par exemple, Federal-Mogul, Olympia & York.

e. Notification concernant l'application de l'accord

167. Un accord peut prévoir l'envoi de notifications relatives à son application, en exigeant qu'une notification soit adressée, conformément aux modalités qu'il décrit, lorsqu'il a été complété, modifié, résilié ou remplacé[181]. En cas de litige concernant l'accord, ce dernier peut exiger que certaines parties soient avisées[182].

c) Confidentialité des communications

168. Il se peut que bon nombre des informations sur le débiteur et ses affaires devant être examinées et échangées dans le cadre des procédures d'insolvabilité soient commercialement sensibles, confidentielles ou soumises à des obligations dues envers des tiers (notamment secrets d'affaires, informations sur la recherche-développement ou sur les clients). En conséquence, leur utilisation doit être soigneusement pesée et leur communication limitée de telle sorte que des tiers ne puissent en tirer un avantage déloyal. Le caractère confidentiel des informations, en particulier dans une affaire d'insolvabilité internationale où les règles de protection de la confidentialité varient d'un État à l'autre, peut être traité dans un accord[183].

169. Tous les accords ne contiennent pas des dispositions sur la confidentialité des communications[184]. Ceux qui en prévoient procèdent de différentes manières: en disposant généralement que les informations échangées devront rester confidentielles ou que les informations non accessibles au public ne pourront être divulguées que sous réserve des mesures de protection appropriées, par exemple, que des arrangements sur la confidentialité soient conclus; que les représentants de l'insolvabilité concluent un accord écrit dans le but de protéger et de préserver tout secret; que la partie concernée donne son consentement par écrit; ou que la divulgation soit exigée par la loi applicable ou sur ordonnance d'un tribunal. Lorsque des informations sont échangées, un accord peut prévoir que cet échange ne constitue pas une renonciation au secret qui les protège, notamment au secret des communications entre avocat et client ou au secret des pièces et documents établis en vue d'une procédure judiciaire[185].

170. Les règles de confidentialité peuvent régir non seulement l'échange d'informations mais également le processus de règlement des litiges découlant de l'accord et toute pièce produite dans ce processus. L'accord peut limiter la divulgation d'informations par les participants à ce processus ou prévoir que cette

---

181 Voir, par exemple, Loewen, Mosaic, Pioneer.

182 Voir, par exemple, PSINet, Systech.

183 Le principe 3D du Concordat traite également de la confidentialité; les Directives Co-Co recommandent que, dans toute la mesure autorisée par la loi applicable, les informations utiles non accessibles au public soient communiquées par un représentant de l'insolvabilité sous réserve des dispositions appropriées en matière de confidentialité, si cela est raisonnable sur le plan commercial et pratique (Directive 7.5); et que l'obligation d'information, au sens des Directives, comprenne l'obligation de fournir sur demande copie des documents à un coût raisonnable (Directive 7.6). Elles abordent aussi la question des communications entre représentants de l'insolvabilité (Directives 6.1 et 7.1 à 7), y compris entre représentants des procédures principale et non principale (Directive 8).

184 Voir, par exemple, les accords dans les affaires Maxwell et SENDO.

185 Voir, par exemple, Commodore, Inverworld, Everfresh, Livent, Manhatinv, Federal-Mogul.

divulgation ne peut être exigée, par exemple, par le représentant de l'insolvabilité[186].

171. Les accords relatifs à la confidentialité peuvent également concerner le comité des créanciers. Un accord prévoyait que le comité des créanciers serait lié par la réglementation adoptée dans un État afin qu'il ne soit pas tenu d'exécuter les accords sur la confidentialité normalement exigés dans l'autre procédure[187].

Exemples de clauses

Communication entre les tribunaux

31) Les tribunaux des États A et B peuvent communiquer entre eux sur toute question ayant trait aux procédures dans les États A et B et, outre les audiences conjointes prévues dans le présent accord, peuvent organiser d'autres audiences conjointes sur toute question concernant la conduite, l'administration, le règlement ou le traitement d'un aspect quelconque de ces procédures, à condition qu'ils jugent ces audiences nécessaires ou souhaitables et, en particulier, afin de faciliter ou de coordonner la conduite efficace et appropriée des procédures dans les États A et B.

Communication entre les parties: échange d'informations entre les représentants de l'insolvabilité

32) Outre les autres dispositions du présent accord qui régissent l'échange d'informations, les représentants de l'insolvabilité des États A et B conviennent de s'échanger, sans aucune restriction, toutes les informations que chacun a ou pourrait avoir en sa possession ou sous son contrôle et que chacun peut communiquer légalement à l'autre, concernant l'entreprise débitrice, ses dirigeants, administrateurs, salariés, conseillers, professionnels et mandataires anciens ou actuels, ainsi que son actif et son passif. Les représentants de l'insolvabilité sont autorisés à s'échanger des informations protégées par le secret, sans toutefois y être obligés. Chaque représentant de l'insolvabilité tient l'autre pleinement informé de ses activités et des développements importants dont il a connaissance sur les questions se rapportant au débiteur.

Le prononcé d'une ordonnance approuvant le présent accord signifie que les tribunaux concernés, les représentants de l'insolvabilité, les professionnels recrutés par ces derniers, leurs salariés, mandataires et représentants reconnaissent chacun qu'ils ne renoncent pas au secret des communications entre avocats et clients, au secret des pièces et documents établis en vue d'une procédure judiciaire, au secret professionnel ni à aucun autre secret reconnu par toute loi applicable, et qu'ils y restent soumis.

Communication entre les parties: communication d'informations à d'autres parties

33) Les informations accessibles au public dans un État sont accessibles au public dans l'autre État. Dans la mesure autorisée, les informations non publiques sont communiquées aux représentants officiels du débiteur, au comité des créanciers et à tout autre comité officiel constitué dans le cadre des procédures en ce qui concerne

---

[186] Voir, par exemple, Manhatinv.

[187] Voir, par exemple, Quebecor.

le débiteur, et aux parties intéressées, y compris aux parties fournissant un financement postérieur à l'ouverture des procédures, sous réserve des accords de confidentialité appropriés.

Notification

34) Toute demande ou tout document déposé dans l'une des procédures d'insolvabilité ou dans les deux, ainsi que toute audience connexe ou autre acte de procédure exigé par la loi applicable en rapport avec les procédures d'insolvabilité ou l'accord, seront notifiés par les moyens appropriés (y compris, lorsque les circonstances l'exigent, par messagerie express, télécopie ou d'autres formes électroniques de communication) aux parties ci-après:

a) Tous les créanciers et autres parties intéressées conformément à la pratique de l'État dans lequel sont déposés les documents ou dans lequel doit avoir lieu la procédure; et

b) Lorsque les parties mentionnées à l'alinéa a) ne sont pas autorisées à recevoir cette notification, l'avocat représentant le comité des créanciers, les représentants de l'insolvabilité et toutes autres parties que l'un ou l'autre tribunal désignera.

La notification prévue dans le présent paragraphe est adressée par la partie qui est normalement tenue de l'obligation de notification dans l'État où sont déposés les documents ou dans lequel doit avoir lieu la procédure. En outre, le débiteur fournit au tribunal de l'État A ou B, sur demande, copie de toutes les ordonnances ou mesures similaires prononcées par l'autre tribunal dans le cadre des procédures d'insolvabilité.

Confidentialité des communications

35) Les représentants de l'insolvabilité des États A et B conviennent de ne pas divulguer à un tiers les informations non accessibles au public reçues de l'autre concernant les dirigeants, administrateurs ou salariés actuels ou anciens de l'entreprise débitrice, sauf si cette divulgation est:

a) Acceptée par l'autre partie;
b) Exigée par la loi applicable; ou
c) Exigée par ordonnance d'un tribunal compétent.

7. Efficacité, modification, révision et résiliation des accords

a) Efficacité et conditions requises pour l'efficacité

172. Les parties qui négocient un accord souhaitent que ce dernier soit efficace. C'est pourquoi certains accords énoncent les conditions à satisfaire pour qu'ils prennent effet, en exigeant généralement l'approbation des tribunaux des différents États. Il peut s'agir d'un tribunal particulier ou de l'ensemble des tribunaux concernés par les procédures. Une disposition supplémentaire peut stipuler que l'accord ne produit aucun effet juridique obligatoire ou contraignant tant que cette approbation n'a pas été obtenue. Lorsqu'il approuve un accord, un tribunal peut également préciser que les parties ne seront liées par cet accord que lorsque les autres tribunaux l'auront également approuvé[188]. Certains accords prévoient des

[188] Voir, par exemple, Solv-Ex, Systech.

exigences additionnelles, par exemple que la décision d'un tribunal approuvant l'accord soit transmise à tous les créanciers ayant déclaré des créances dans la procédure d'insolvabilité administrée par ce tribunal ou aux parties qui ont signé l'accord[189].

173. Certaines lois nationales exigent que le comité des créanciers approuve l'accord et que copie de ce dernier et de cette approbation soit communiquée au tribunal, afin que l'accord prenne effet[190].

174. Dans la pratique, les tribunaux qui ont été amenés à approuver des accords à ce jour l'ont fait en considérant que ces accords constituent le consensus auquel sont parvenues les parties concernées, notamment les représentants de l'insolvabilité souvent nommés par eux. D'une manière générale, les tribunaux se fient au jugement professionnel des représentants de l'insolvabilité qui, en tant que praticiens expérimentés, ont rédigé l'accord pour trouver une solution pragmatique permettant d'harmoniser et de coordonner des procédures d'insolvabilité concurrentes[191]. Le juge anglais dans l'accord *Maxwell*, par exemple, a déclaré qu'il lui avait fallu une vingtaine de minutes pour lire et approuver l'accord, car il s'était limité à vérifier que celui-ci ne comportait pas d'erreur manifeste. Dans l'affaire *Everfresh*, les tribunaux des deux États concernés ont approuvé l'accord le jour même où cette approbation a été demandée.

175. Lorsqu'ils se sont prononcés sur un accord, les tribunaux ont examiné différents facteurs, par exemple s'il existait un conflit avec un principe quelconque de la courtoisie internationale ou si le principe de l'égalité de traitement entre les créanciers était respecté[192]. Les tribunaux ont pris soin de ne pas approuver des accords qui autoriseraient des mesures contraires à la loi ou équivalant à un excès de pouvoir. Dans une affaire concernant des procédures d'insolvabilité concurrentes, le tribunal était saisi d'un plan de redressement élaboré par les représentants de l'insolvabilité de l'autre État. Le tribunal n'a approuvé ce plan qu'avec des modifications, attendu qu'il ne pouvait approuver un plan autorisant des mesures qui étaient contraires à la loi ou qui constituaient un excès de pouvoir, du fait que, dans ce plan, les administrateurs des sociétés du groupe débiteur auraient été exonérés de toute responsabilité pour manquement à leurs obligations envers leur société[193]. Afin de faciliter l'approbation et d'éviter les contestations, les créanciers peuvent être autorisés pendant le processus d'approbation à soulever des objections concernant le contenu ou la rédaction de l'accord, objections qui seront examinées par le tribunal lorsqu'il décidera ou non d'approuver l'accord.

176. Outre l'approbation par les tribunaux, un accord peut prévoir que les parties seront autorisées à prendre les mesures et à établir les documents nécessaires et appropriés pour son application effective. Les parties peuvent aussi expressément

---

189 Voir, par exemple, AIOC, Nakash.

190 Dans la législation allemande, par exemple, le juge de l'insolvabilité ne peut pas décider qu'un accord international entre les représentants de l'insolvabilité aura force obligatoire, car cette décision ne peut être prise que par le comité des créanciers; voir, par exemple, ISA-Daisytek.

191 Voir *supra* note 20. Le juge anglais dans l'affaire Maxwell a noté que "si de l'avis professionnel de l'administrateur, telle ou telle mesure sert au mieux les intérêts des créanciers, le tribunal suivra généralement cet avis".

192 Ibid.

193 Voir affaire APB Holdings Ltd., High Court of Justice of Northern Ireland, Chancery Division, [1991] N.I. 17.

convenir qu'elles feront tout ce qui sera nécessaire pour donner pleinement effet aux dispositions de l'accord[194].

b) Modification, révision et résiliation d'un accord

177. De nombreux accords contiennent des dispositions sur les modifications dont ils peuvent faire l'objet, de manière à tenir compte de l'évolution de la situation. En règle générale, les accords approuvés par les tribunaux stipulent qu'ils ne peuvent être complétés, modifiés ou remplacés d'une quelconque manière, sauf approbation des tribunaux concernés après envoi d'une notification à certaines parties et après une audience. Certains accords exigent non seulement l'approbation des tribunaux mais également le consentement écrit des parties. L'accord peut préciser quelles parties devront donner leur consentement, notamment le débiteur, les représentants de l'insolvabilité, certains créanciers ou un comité des créanciers[195].

178. Toutes les modifications apportées à un accord ne sont pas soumises à l'approbation des tribunaux. N'ont pas à être approuvés, par exemple, les changements suivants: a) l'adjonction, en tant que partie, d'un ou de plusieurs membres du groupe débiteur, où qu'ils soient constitués, pour lesquels des procédures d'insolvabilité ont été ouvertes dans un État; b) le retrait, en tant que partie, d'un débiteur si celui-ci n'est plus, ou ne sera plus sous peu, membre du groupe débiteur ou s'il a cessé, ou cessera sous peu, de faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité dans un État; c) le remplacement, la révocation ou l'adjonction d'une personne en tant que représentant de l'insolvabilité; ou d) d'autres modifications découlant des exemples précédents. Certains accords prévoient une disposition garantissant qu'aucune modification ne portera atteinte aux droits à réparation, exonération ou à d'autres mesures de protection qu'ils prévoient en ce qui concerne des actes accomplis avant la modification.

179. Certains accords précisent qui est autorisé à modifier ou à résilier l'accord; à quel moment; et avec quels effets. Par exemple, un accord précisait que toute partie intéressée pouvait demander à l'un ou l'autre tribunal à tout moment de modifier ou de résilier l'accord. Dans un accord exigeant le consentement des parties pour qu'il prenne effet, toute modification serait normalement subordonnée au consentement de chaque partie. La modification annulerait la version antérieure de l'accord.

180. Tous les accords ne contiennent pas des dispositions relatives à leur résiliation. Ceux qui prévoient de telles dispositions le font dans le cadre des clauses sur la modification ou précisent à quel moment ils prendront fin. La résiliation peut intervenir par exemple, en ce qui concerne l'un des débiteurs dans l'un des pays, a) si le représentant de l'insolvabilité notifie par écrit aux autres parties que l'accord est résilié; b) si la direction notifie par écrit aux parties que l'accord est résilié; ou c) en ce qui concerne l'un des débiteurs faisant l'objet d'un plan de redressement, lorsque le plan prend effet conformément à la loi applicable.

---

194 Voir, par exemple, Inverworld, Nakash.

195 Voir, par exemple, Solv-Ex, Quebecor.

Exemples de clauses

Efficacité et conditions requises pour l'efficacité

36A) Le présent accord ne prend effet qu'après avoir été approuvé par les deux tribunaux des États A et B.

36B) Conformément à la loi de l'État A, le présent accord prend effet sous réserve de l'approbation des créanciers du débiteur. Le représentant de l'insolvabilité de l'État A convoquera une réunion des créanciers dans l'État A le plus rapidement possible et fera tous les efforts raisonnables pour obtenir l'approbation des créanciers sur cet accord.

Le représentant de l'insolvabilité de l'État A communique les dispositions du présent accord au tribunal de l'État A dans un délai de […] jours et au tribunal de l'État B dans un délai de […] jours à compter de la réunion des créanciers mentionnée ci-dessus.

Modification, révision et résiliation

37) Le présent accord ne peut être complété, modifié, résilié ou remplacé d'une quelconque manière sauf accord écrit des parties et approbation des deux tribunaux des États A et B. Toute procédure judiciaire visant à compléter, modifier, résilier ou remplacer le présent accord est notifiée conformément aux paragraphes ci-dessus [*sur la notification*].

8. Frais et rémunérations

181. L'administration des procédures d'insolvabilité peut entraîner des frais, qu'il s'agisse notamment des dépenses pour rechercher des actifs du débiteur, de la rémunération du représentant de l'insolvabilité ou des frais de procédure. Pour assurer la bonne administration des procédures, de nombreux accords contiennent des dispositions sur les frais et rémunérations qui y sont associés, et certains d'entre eux du moins traitent spécifiquement de la rémunération des représentants de l'insolvabilité [Solv-Ex]. D'une manière générale, les accords suivent le principe selon lequel les obligations contractées par les représentants de l'insolvabilité doivent être financées sur la masse de l'insolvabilité correspondante[196].

182. Les accords indiquent généralement quels frais et rémunérations devront être payés, suivant quelles modalités et quel tribunal a compétence sur la question. Certains disposent, par exemple, que la rémunération des professionnels recrutés, y compris les conseillers financiers ou autres, par le débiteur, voire par les prêteurs garantis ou les prêteurs octroyant un financement après l'ouverture de la procédure, pour des activités réalisées dans un État ou en rapport avec la procédure d'insolvabilité ouverte dans cet État, relève de la compétence unique et exclusive du tribunal de cet État; l'approbation d'un autre tribunal n'est pas requise. En règle

[196] Voir, par exemple, Manhatinv; voir aussi les Principes du droit européen de l'insolvabilité, 2003, du Groupe de travail international sur le droit européen de l'insolvabilité, qui sont communs à de nombreuses lois nationales sur l'insolvabilité (Principe 5.1); les Directives Co-Co recommandent que les obligations contractées par le représentant de l'insolvabilité pendant la procédure ainsi que sa rémunération soient financées sur les actifs administrés dans le cadre de la procédure pour laquelle il a été nommé (Directive 11.1).

générale, une telle disposition s'applique pour chaque État concerné par l'accord international et peut obliger les parties intéressées à demander aux tribunaux d'examiner si une répartition différente des dépenses conviendrait mieux compte tenu des circonstances de l'espèce. De même, les rémunérations, frais et dépenses ordinaires du représentant de l'insolvabilité et des professionnels recrutés par ce dernier seront généralement financés sur la masse de l'insolvabilité dans l'État où ils ont été désignés[197]. L'accord peut également stipuler des règles détaillées en matière de comptabilité, en prévoyant notamment l'échange d'une comptabilité mensuelle entre les représentants de l'insolvabilité, de même que sa nature confidentielle.

183. Lorsqu'un accord traite de la procédure principale et de la procédure non principale, il peut prévoir des dispositions sur la manière dont les frais seront répartis entre les deux procédures[198]. Dans un accord, par exemple, les frais de la procédure non principale devaient être financés sur les actifs du débiteur en tant que dépenses afférentes à l'administration de la procédure principale, mais dans certaines limites et sous réserve de la loi applicable en ce qui concerne la question de savoir ce qui pouvait entrer dans ces frais, par exemple, la vérification des créances déclarées, l'établissement d'un relevé des salaires dus et le recouvrement des actifs suite aux actions engagées ou poursuivies par les représentants de l'insolvabilité. L'accord spécifiait en outre le montant que les représentants de la procédure non principale recevraient en tant que dépense afférente à l'administration de la procédure principale et déterminait le juge compétent pour fixer le montant de la rémunération.

184. Certains accords comportent une disposition sur la communication des frais et rémunérations, disposition qui exige que les frais engagés et rémunérations perçues dans chaque procédure soient communiqués dans l'autre procédure, afin d'assurer la transparence et de garantir la confiance entre les tribunaux des différents États concernant le paiement des rémunérations aux professionnels. Dans une affaire où aucun accord écrit n'avait été conclu, un tribunal a approuvé la rémunération des professionnels recrutés dans la procédure étrangère et, ensuite, le représentant étranger a participé à l'examen de la rémunération des professionnels recrutés dans la procédure locale.

Exemples de clauses

Frais et rémunérations

38) Les représentants de l'insolvabilité dans les États A et B conviennent que la rémunération, les frais et les dépenses ordinaires de chacun (y compris des professionnels et autres mandataires qu'ils ont chacun recrutés, ainsi que les frais qu'ils engageront pour s'entraider) doivent être financés en premier lieu sur les fonds que chacun détient dans l'État A ou B, respectivement. Aucune disposition du

---

197 Voir, par exemple, Mosaic, Systech.

198 Voir, par exemple, SENDO; les Directives Co-Co recommandent que les obligations contractées par le représentant de l'insolvabilité et la rémunération qui lui est due dans le cadre de la procédure principale avant l'ouverture d'une procédure non principale, mais concernant des actifs entrant dans la masse, soit en principe financées par la masse correspondant à la procédure non principale (Directive 11.2).

présent accord n'empêche les représentants de l'insolvabilité de se transférer des fonds pour le financement des rémunérations approuvées par le tribunal compétent, le financement des dépenses ordinaires et frais afférents à l'administration ou aux fins de répartition, si ce transfert est, de l'avis raisonnable de l'un ou l'autre représentant, conforme aux objectifs du présent accord.

9. Mesures d'encadrement

185. Les clauses d'un accord ne devraient pas conduire à une violation de la loi locale ou des droits des parties intéressées. Par conséquent, un accord peut contenir une série de dispositions relatives aux mesures d'encadrement, c'est-à-dire des dispositions qui garantissent un certain statut, qui peut être lié à des droits, des principes ou des faits. En général, de telles dispositions visent à préserver les droits et la compétence, à exclure ou limiter la responsabilité et garantir le pouvoir des parties de conclure l'accord. Ce dernier point est particulièrement important, car les parties souhaitent avoir l'assurance que leur homologue est dûment habilité et que la loi applicable sera respectée. Comme il a été indiqué plus haut (voir par. 46 ci-dessus), certains accords comportent à la fin d'une disposition une phrase selon laquelle, malgré ce qui précède, il ne faudrait pas interpréter ladite disposition comme ayant un certain effet. D'autres accords comportent des dispositions plus générales concernant les mesures d'encadrement[199].

a) Préservation des droits et de la compétence

186. Un accord peut stipuler que ni ses clauses ni une mesure prise en vertu de celles-ci ne devraient porter atteinte ou nuire aux pouvoirs, droits, réclamations et exceptions du débiteur et de sa masse, des représentants de l'insolvabilité, des créanciers ou actionnaires en vertu du droit applicable ni empêcher ou priver une personne du droit de faire valoir ou exercer ses droits fondamentaux contre toute autre personne en vertu du droit applicable[200].

187. Un accord peut comporter des dispositions sur la préservation de la compétence, en indiquant par exemple qu'aucune de ses dispositions ne vise à affecter, réduire, limiter, étendre ou accroître la compétence des tribunaux concernés car, nonobstant la coopération et la coordination, chaque tribunal devrait pouvoir à tout moment exercer sa compétence et son autorité de façon indépendante sur les matières dont il est saisi et la conduite des parties qui comparaissent devant lui[201].

188. Un accord peut aussi donner des exemples de ce qu'il ne saurait être interprété notamment comme: faisant obligation au débiteur, au comité des créanciers ou au représentant de l'insolvabilité de se soustraire à tout devoir que leur impose le droit national, dont l'obligation du débiteur de payer certains frais au représentant de

---

[199] Les directives applicables aux communications de tribunal à tribunal disposent que les Directives ne constituent pas compromis ou renonciation par le tribunal de quelque responsabilité ou autorité et ne constituent pas une détermination substantive de quelque manière controversée devant le tribunal ou devant l'autre tribunal, ni une renonciation par quelque partie impliquée à quelque droit substantif qu'elle peut avoir ou quelque réclamation ni ne constituent une réduction de l'effet de quelque ordonnance émise par le tribunal ou par l'autre tribunal (Directive 17).

[200] Voir, par exemple, 360 Networks, Loewen, Philip.

[201] Voir, par exemple, Laidlaw, Commodore.

l'insolvabilité en vertu de la loi applicable; autorisant toute action exigeant l'approbation spécifique de l'un des tribunaux ou des deux; empêchant tout créancier ou autre partie intéressée de faire valoir ses droits fondamentaux en vertu de la loi applicable y compris, notamment, le droit de faire appel des décisions prises par l'un ou par la totalité des tribunaux concernés; ou comme affectant ou limitant les droits du débiteur ou d'autres parties de faire valoir l'applicabilité ou la non-applicabilité de l'arrêt des poursuites prononcé dans les différentes procédures à une procédure, indépendamment de l'endroit où elle se déroule, ou à un actif ou une activité, indépendamment de l'endroit où ils se trouvent[202].

b) Limitation de la responsabilité

189. Un accord peut prévoir que, malgré la coopération entre les différentes parties, ni les représentants de l'insolvabilité ni les professionnels auxquels ils font appel, leurs employés, mandataires ou représentants ne devraient voir leur responsabilité engagée pour des actions ou à la suite d'actions de leurs homologues dans d'autres États. Certains accords stipulent également qu'il ne faudrait pas interpréter le prononcé d'un aménagement de l'arrêt automatique des poursuites pour une fin particulière, par exemple permettre au représentant de l'insolvabilité de faire des recherches sur les actifs du débiteur, comme une approbation de mesures particulières que le représentant de l'insolvabilité pourrait prendre pour atteindre cette fin. Les parties peuvent aussi convenir d'inclure d'autres personnes dans une telle clause, y compris un médiateur, si le processus de règlement des litiges prévoit la médiation[203].

c) Garanties

190. Certains accords contiennent une disposition dans laquelle chaque partie déclare et garantit à l'autre que la signature, la remise et l'exécution par elle de l'accord relèvent de son pouvoir et de son autorité, encore qu'une telle disposition ne soit peut-être pas nécessaire lorsque le tribunal doit approuver l'accord[204].

Exemples de clauses

Préservation des droits

39) Aucune clause du présent accord ni aucune mesure prise en vertu du présent accord ne porte atteinte ou ne nuit aux pouvoirs, droits, réclamations et exceptions des débiteurs et de leurs masses, du comité des créanciers, des représentants de l'insolvabilité ou de créanciers du débiteur en vertu de la loi applicable, y compris des lois relatives à l'insolvabilité des États A et B et des ordonnances des tribunaux des États A et B.

Préservation de la compétence

40) Aucune clause du présent accord n'augmente, ne diminue ou n'affecte de quelque autre manière l'indépendance, la souveraineté ou la compétence de l'un quelconque des tribunaux concernés, ou de n'importe quel autre tribunal des États A, B ou […], y compris, notamment, la latitude de l'un des tribunaux

---

[202] Voir, par exemple, Livent, Systech.
[203] Voir, par exemple, Manhatinv.
[204] Voir, par exemple, Everfresh, Inverworld.

concernés ou d'autres tribunaux d'accorder des mesures appropriées en vertu de la loi applicable.

Limitation de responsabilité

41) Le représentant de l'insolvabilité de l'État A reconnaît a) que le représentant de l'insolvabilité de l'État B fait fonction de représentant de l'insolvabilité du débiteur conformément à la loi applicable de l'État B et n'engage pas sa responsabilité personnelle en vertu du présent accord ou d'une autre manière; et b) que ni lui-même ni le débiteur n'ont d'autre réclamation contre le représentant de l'insolvabilité de l'État B que celles qui découleraient du présent accord.

[*Même disposition pour le représentant de l'insolvabilité de l'État B.*]

Garanties

42) Chaque partie déclare et garantit à l'autre que la signature, la remise et l'exécution par elle du présent accord relèvent de son pouvoir et de son autorité et ont été dûment autorisées par elle ou approuvées par le tribunal selon le cas.

Annexe

Résumé des affaires mentionnées dans la partie III.B

1. AgriBioTech Canada Inc. (2000)[205]

Dans l'affaire *AgriBioTech Canada, Inc.*, des procédures d'insolvabilité parallèles ont été ouvertes au Canada et aux États-Unis à l'égard de la filiale de l'un des plus gros producteurs de graines fourragères et de graines de graminées des États-Unis. Un point fondamental du protocole concernait la coordination des ventes des biens du débiteur, soumises à l'approbation des deux tribunaux. Le produit obtenu devait être conservé dans un compte distinct sous l'autorité du tribunal canadien. Le protocole prévoyait des audiences conjointes par des moyens de communication modernes, ainsi que le droit des juges de discuter confidentiellement de questions connexes. Les créanciers avaient le droit de comparaître devant l'un ou l'autre tribunal et relèveraient alors de la compétence du tribunal choisi. Le débiteur est convenu de soumettre des plans de redressement pour l'essentiel similaires dans les deux pays, que les créanciers pourraient accepter ou rejeter conjointement. Le tribunal canadien a été désigné pour traiter les créances des créanciers conformément au droit canadien, mais leur validité devait être déterminée conformément à la loi régissant l'obligation sous-jacente. Le protocole comportait également une disposition sur l'annulation des opérations.

2. AIOC Corporation and AIOC Resources AG (1998)[206]

Dans l'affaire *AIOC Corporation*, 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 regroupement des ressources et plus précisément les modalités de vérification des créances.

3. Akai Holdings Limited et Kong Wah Limited (2004)[207]

Les affaires *Akai Holdings Limited* et *Kong Wah Limited* étaient identiques, et concernaient des procédures d'insolvabilité concurrentes dans la Région administrative spéciale (RAS) chinoise de Hong Kong et les Bermudes. L'objectif

---

[205] Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Canada), Case No. 31-OR-371448 (16 June 2000) and the United States Bankruptcy Court for the District of Nevada, Case No. 500-10534 LBR, (28 June 2000) (Unofficial version).

[206] United States Bankruptcy Court for the Southern District Court of New York, Case Nos. 96 B 41895 and 96 B 41896 (3 April 1998).

[207] High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, Cases No. HCCW 49/2000 and HCCW 50/2000 (6 February 2004) and the Supreme Court of Bermuda.

du protocole était faire en sorte que les deux procédures de liquidation soient administrées simultanément de Hong Kong, qui était l'établissement principal des sociétés débitrices, bien que le protocole reconnaisse la procédure engagée aux Bermudes comme la "procédure principale". Les protocoles ont été rédigés de manière à tenir compte des dispositions pertinentes des lois sur l'insolvabilité de la RAS de Hong Kong et des Bermudes et à permettre aux représentants de l'insolvabilité d'administrer les deux liquidations de la manière la plus économique. En conséquence, les créances de créanciers pouvaient être produites dans l'un ou l'autre lieu. Le tribunal de la RAS de Hong Kong a approuvé les protocoles et noté que, faute de législation pour traiter des matières touchant l'insolvabilité internationale, les protocoles proposés semblaient être le meilleur moyen de servir les intérêts des créanciers. Comme dans les protocoles des affaires *Peregrine* et *Greater Beijing First Expressways Limited*, les mêmes personnes ont été désignées représentants de l'insolvabilité pour chacune des sociétés dans les deux lieux.

4. Affaire Calpine Corporation (2007)[208]

Calpine Corporation, une société du Delaware, est la société mère d'une entreprise multinationale qui a des activités par l'intermédiaire de diverses filiales et sociétés apparentées aux États-Unis, au Canada et dans d'autres pays. Des procédures de redressement ont été ouvertes aux États-Unis et au Canada, les débiteurs respectifs étant séparés et distincts. Le protocole a été élaboré, entre autres, pour coordonner et harmoniser les deux procédures. Un mémorandum d'accord, destiné à régler les créances intragroupe, qui avait été signé auparavant, a été incorporé dans le protocole. En outre, ce dernier comportait une disposition exigeant que les débiteurs du Canada et des États-Unis négocient un protocole spécifique concernant les créances pour traiter les créances produites par chacun d'eux (et leurs créanciers respectifs) dans l'affaire de l'autre. Les buts énoncés dans le protocole étaient: d'éviter le chevauchement des activités; de respecter la souveraineté des tribunaux concernés et de faciliter l'administration équitable, ouverte et efficace de la procédure d'insolvabilité. À ces fins, le protocole prévoyait la coopération des tribunaux, notamment des décisions conjointes sur les questions de compétence et sur les litiges découlant du protocole; des audiences conjointes; des obligations de notification et la reconnaissance mutuelle de l'arrêt des poursuites. Le protocole incorporait par référence les Directives Co-Co.

5. Affaire Commodore Business Machines (1994)[209]

L'affaire *Commodore* concernait des procédures d'insolvabilité aux Bahamas et aux États-Unis. Le protocole a été conclu entre les représentants de l'insolvabilité des Bahamas et le comité des créanciers. Son principal objectif était de convertir la procédure involontaire du chapitre 7 du Code des faillites des États-Unis, qui avait été ouverte à la demande de certains créanciers, en procédure au titre du chapitre 11 aux États-Unis et de régler le litige envisagé. Les parties sont convenues dans le protocole que les représentants de l'insolvabilité des Bahamas assumeraient les fonctions habituellement exercées par un débiteur non dessaisi en vertu du

---

[208] United States Bankruptcy for the Southern District of New York, Case No. 05-60200 (9 April 2007) and Court of Queens Bench of Alberta (Canada), Case No. 0501-17864 (7 April 2007).

[209] United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York and the Supreme Court of the Commonwealth of the Bahamas (1994).

chapitre 11. Les autres objectifs du protocole étaient de faciliter la liquidation des actifs dans les deux pays et d'éviter des décisions contradictoires des tribunaux concernés. En conséquence, les représentants de l'insolvabilité des Bahamas ont été désignés débiteurs non dessaisis dans la procédure des États-Unis. Le protocole traitait de la déclaration des créances; du recrutement et de la rémunération des représentants de l'insolvabilité; des comptables et des avocats; de l'obligation pour les représentants de l'insolvabilité d'informer les deux tribunaux et le comité des créanciers et de gérer les fonds; de vendre les actifs; de prêter et d'emprunter de l'argent et d'engager des procédures judiciaires.

6. Affaire EMTEC (2006/2007)[210]

L'affaire *EMTEC* concernait un groupe imbriqué formant une structure pyramidale classique avec une société holding, constituée aux Pays-Bas, coiffant trois sociétés françaises et une société allemande, qui détenaient elles-mêmes le capital social d'autres sociétés situées dans l'Union européenne ou en Asie. Une procédure d'insolvabilité a été ouverte en France pour toutes les sociétés du groupe, y compris celles dont le siège inscrit était à l'étranger. Une procédure d'insolvabilité secondaire a été ouverte en Allemagne à la demande du représentant de l'insolvabilité de la procédure française. Les deux représentants de l'insolvabilité ont ensuite conclu un accord afin d'établir les conditions concrètes de la répartition des actifs entre les créanciers et d'organiser la coopération entre eux-mêmes, en particulier l'échange d'informations concernant la vérification des créances et la répartition des actifs. L'accord prévoyait que le représentant de l'insolvabilité de la procédure principale transférerait une certaine somme d'argent au représentant de l'insolvabilité de la procédure secondaire, et que ce dernier répartirait cette somme entre les créanciers sans faire de distinction entre les créanciers des différentes procédures. Le représentant de l'insolvabilité de la procédure secondaire est convenu d'éviter un double paiement aux créanciers qui avaient produit des créances dans les deux procédures. Il a également été convenu que les créances admises dans les deux procédures seraient payées là où elles recevraient le montant le plus élevé. Le représentant de l'insolvabilité de la procédure secondaire est convenu d'informer le représentant de l'insolvabilité de la procédure principale par écrit avant de procéder à une répartition. L'accord prévoyait qu'il était régi exclusivement par la loi française et que le tribunal français aurait compétence exclusive pour tout litige le concernant.

7. Affaire Everfresh Beverages Inc. (décembre 1995)[211]

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. 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

---

[210] Tribunal de commerce de Nanterre (France) et tribunal de l'insolvabilité de Mannheim (Allemagne).

[211] Ontario Court of Justice, Toronto (Canada), Case No. 32-077978 (20 December 1995) and the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 95 B 45405 (20 December 1995).

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 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, c'est-à-dire le cas où il n'y a 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.

8. Affaire Federal-Mogul Global Inc. (2001)[212]

L'affaire *Federal-Mogul* concernait la procédure de redressement d'un important fournisseur de pièces détachées d'automobiles aux États-Unis et en Grande-Bretagne. Le protocole, qui devait prendre en compte des plaintes contre l'amiante contre les filiales anglaises, se donnait pour but l'administration ordonnée et efficace de la procédure d'insolvabilité; la coordination des activités et la mise en œuvre d'un ensemble de principes généraux. Le protocole chargeait de l'élaboration d'un plan de redressement et du traitement des plaintes contre l'amiante et des demandes d'indemnisation les débiteurs non dessaisis des États-Unis. L'acquisition, la vente et le grèvement d'actifs étaient soumis à l'approbation préalable des représentants de l'insolvabilité, de même que la plupart des autres activités sortant du cours normal des affaires. En outre, le protocole traitait des procédures de communication entre les débiteurs et les représentants de l'insolvabilité; des questions de confidentialité; des droits de comparaître devant les tribunaux concernés; de la reconnaissance mutuelle de l'arrêt des poursuites; et du recrutement et de la rémunération des représentants de l'insolvabilité et des professionnels.

9. Affaire Financial Asset Management Foundation (2001)[213]

Dans l'affaire *Financial Asset Management* (FAM) Foundation, des procédures d'insolvabilité concernant une fiducie ont été ouvertes au Canada et aux États-Unis. Un protocole a été conclu par le débiteur, les représentants de l'insolvabilité et le créancier principal. Chaque tribunal a accepté de respecter en général la décision de l'autre tribunal, si cela était "approprié et possible". Le protocole exposait schématiquement la procédure pour les audiences conjointes et la comparution devant l'un ou l'autre tribunal. Il confirmait aussi le caractère exécutoire d'un jugement que le créancier principal avait obtenu précédemment contre le débiteur devant un tribunal en Californie. Il précisait en outre les attributions des tribunaux concernant certaines questions, par exemple que le tribunal des États-Unis pourrait être chargé de déterminer si la FAM avait ou non violé une mesure ordonnée dans le jugement susmentionné.

---

[212] United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Case No. 01-10578 (SLR), and the High Court of England and Wales, Chancery Division in London (2001).

[213] United States Bankruptcy Court for the Southern District of California, Case No. 01-03640-304, and the Supreme Court of British Columbia (Canada), Case No. 11-213464/VA.01 (2001).

10. Affaire Greater Beijing First Expressways Limited (2003) (GBFE)[214]

L'affaire *Greater Beijing First Expressways* impliquait des procédures d'insolvabilité dans les îles Vierges britanniques et la RAS de Hong Kong, concernant la liquidation de l'exploitant d'une route à péage. Cette affaire est très voisine de l'affaire *Peregrine*, car l'ouverture de la procédure dans les îles Vierges avait principalement pour but d'appuyer celle qui l'avait été dans la RAS de Hong Kong et d'éviter des conflits de compétence et la dispersion des actifs. Comme dans l'affaire *Peregrine*, les représentants de l'insolvabilité désignés dans les deux procédures étaient les mêmes professionnels, de manière à coordonner les activités; faciliter l'échange d'informations et de déterminer, préserver et maximiser la valeur des actifs du débiteur et les réaliser. Les attributions étaient réparties entre les deux procédures, par exemple les représentants de la RAS de Hong Kong étaient chargés de la conduite des affaires au jour le jour et des décisions relatives aux créances des créanciers, et les représentants des îles Vierges de la réalisation des actifs. En outre, le protocole régissait la déclaration des créances; la monnaie des paiements; la rémunération des représentants; et les obligations de notification et les formulaires joints pour la preuve de la dette; l'avis de rejet et l'avis d'admission.

11. Affaire Inverworld (1999)[215]

Dans l'affaire, complexe, d'*Inverworld* Inc., 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 contraignantes, afin d'éviter des procédures judiciaires parallèles et d'aboutir à un règlement coordonné au niveau mondial.

12. Affaire ISA-Daisytek (octobre 2007)[216]

Dans l'affaire *ISA-Daisytek*, des procédures d'insolvabilité parallèles ont été ouvertes en Angleterre et en Allemagne. La décision du tribunal anglais selon laquelle la procédure anglaise était la procédure principale conformément au Règlement CE a été contestée et non reconnue pendant plus d'un an en Allemagne. Il en est résulté une incertitude concernant le statut, les pouvoirs et les responsabilités respectifs des représentants de l'insolvabilité anglais et allemand. Une fois la procédure anglaise reconnue comme procédure principale par les tribunaux allemands, les représentants de l'insolvabilité des deux pays ont élaboré un "accord de coopération et de compromis" afin de régler toutes les questions en

---

[214] High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, HCCW No. 338/2000, and the High Court of Justice of the Eastern Caribbean Supreme Court, Suit No. 43/2000 (2003).

[215] United States District Court for the Western District of Texas, Case No. SA99-C0822FB (22 October 1999), the High Court of England and Wales, Chancery Division (1999), and the Grand Court of the Cayman Island (1999).

[216] High Court of England and Wales, Chancery Division, Leeds and the Insolvency Court of Düsseldorf (Germany).

suspens entre eux et de traiter des étapes futures de la procédure d'insolvabilité. Le protocole comportait une disposition de compromis, qui réglementait le paiement du produit dans la procédure secondaire (en Allemagne) et le versement des dividendes de certaines filiales étrangères à la procédure principale (en Angleterre), les distributions aux créanciers, et la responsabilité des représentants de l'insolvabilité. Il contenait également une disposition concernant son approbation et indiquait qu'il devrait être interprété conformément à la loi anglaise et que les tribunaux anglais seraient seuls chargés de faire respecter ses clauses.

13. Affaire Laidlaw Inc. (2001)[217]

L'affaire *Laidlaw* impliquait une procédure d'insolvabilité au Canada et aux États-Unis à l'encontre d'une entreprise multinationale exerçant ses activités par l'intermédiaire de diverses filiales et sociétés affiliées aux États-Unis, au Canada et dans d'autres pays. Les débiteurs ont envoyé le protocole aux tribunaux pour approbation afin de mettre en œuvre les procédures administratives de base nécessaires pour coordonner certaines activités dans la procédure d'insolvabilité. Le protocole ressemble de près à celui de l'affaire *Loewen*, et comprend des dispositions sur la courtoisie internationale et l'indépendance des tribunaux; la coopération, y compris les audiences conjointes; le recrutement et la rémunération des représentants de l'insolvabilité; la notification; la reconnaissance de l'arrêt des poursuites; les procédures de règlement des conflits conformément au protocole; la prise d'effet et la modification du protocole; et la préservation des droits.

14. Affaire Livent Inc. (1999)[218]

Dans l'affaire *Livent* Inc., les tribunaux ont utilisé pour la première fois un système de visioconférence par télévision en circuit fermé via satellite pour tenir deux audiences 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 actifs ou presque de ce dernier. Le protocole prévoyait expressément ce type d'audiences et laissait aux deux juges une certaine marge d'appréciation pour examiner et régler les questions procédurales et techniques liées à ces audiences conjointes. Celles-ci ont été conclues avec succès en deux jours et les tribunaux ont accordé des ordonnances complémentaires autorisant la vente des actifs dans les deux pays à un seul acheteur.

15. Affaire Loewen Group Inc. (1999)[219]

Dans l'affaire *Loewen Group* Inc., le débiteur, une grande société multinationale, avait demandé l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité au Canada et aux États-Unis et immédiatement présenté aux deux tribunaux un

---

[217] Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Canada), Case No. 01-CL-4178 (10 August 2001) and the United States Bankruptcy Court for the Western District of New York, Case No. 01-14099 (20 August 2001).

[218] United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 98-B-48312, and the Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Canada), Case No. 98-CL-3162 (11 June 1999).

[219] United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Case No. 99-1244 (30 June 1999), and the Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Canada), Case No. 99-CL-3384 (1 June 1999).

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 audiences conjointes en respectant certaines règles fixées par lui; les créanciers et les autres parties intéressées pourraient comparaître devant l'un ou l'autre tribunal; chaque tribunal aurait compétence sur les représentants de l'insolvabilité de l'autre pays uniquement pour les questions particulières que ceux-ci lui avaient soumises; et tout arrêt des poursuites serait coordonné entre les deux pays.

16. Affaire Manhattan Investment Fund (2000)[220]

Le protocole conclu dans l'affaire *Manhattan Investment Fund*, 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.

17. Affaire Matlack Inc. (2001)[221]

Dans l'affaire *Matlack*, groupe de transport en vrac exerçant ses activités aux États-Unis, au Mexique et au Canada, un protocole a été élaboré pour coordonner des procédures d'insolvabilité pendantes au Canada et aux États-Unis. Le protocole incorporait les Directives Co-Co en appendice. Dans le protocole, les deux tribunaux sont convenus de reconnaître l'arrêt des poursuites du tribunal étranger pour empêcher des actions préjudiciables contre les actifs du débiteur. Les débiteurs, leurs créanciers et autres parties intéressées pouvaient comparaître devant l'un ou l'autre tribunal, et relèveraient donc de sa compétence. Les autres questions abordées concernaient le recrutement et la rémunération des professionnels, les obligations de notification et la préservation des droits des créanciers.

18. Affaire Maxwell Communication Corporation plc. (1991/1992)[222]

Le premier protocole d'insolvabilité internationale a été conclu dans l'affaire *Maxwell Communication plc*. En l'espèce, un débiteur avait engagé deux procédures

---

220 United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 00-10922BRL (April 2000), the High Court of Justice of the British Virgin Islands (19 April 2000), and the Supreme Court of Bermuda, Case No. 2000/37 (April 2000).

221 Superior Court of Justice of Ontario (Canada), Case No. 01-CL-4109, and the United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Case No. 01-01114 (MFW) (2001).

222 In re Maxwell Communication Corporation plc, 93 F.3d 1036, 29 Bankr.Ct.Dec. 788 (2nd Cir. (N.Y.) 21 August 1996) (No. 1527, 1530, 95-5078, 1528, 1531, 95-5082, 1529, 95-5076, 95-5084) and Cross-Border Insolvency Protocol and Order Approving Protocol in Re Maxwell Communication plc between the United States United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 91 B 15741 (15 January 1992), and the High Court of England and Wales, Chancery Division, Companies Court, Case No. 0014001 of 1991 (31 December 1991).

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 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 préautorisés 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.

19. Affaire Mosaic (2002)[223]

Cette affaire impliquait des procédures d'insolvabilité parallèles au Canada et aux États-Unis. Les parties ont compris dès le début que l'insolvabilité du réseau *Mosaic* de sociétés allait donner lieu à un certain nombre d'audiences compliquées et controversées dans les deux pays, et qu'il était essentiel de créer un cadre à l'intérieur duquel les tribunaux pourraient, indépendamment mais en coopérant, traiter des diverses entités. Le protocole ressemblait beaucoup, par sa forme et son contenu, aux protocoles conclus dans les affaires *Loewen* et *Laidlaw*, et comportait des dispositions sur la courtoisie internationale et l'indépendance des tribunaux; la coopération, y compris les audiences conjointes; le recrutement et la rémunération des représentants de l'insolvabilité; la notification; la reconnaissance de l'arrêt des poursuites; les procédures de règlement des conflits selon le protocole; la prise d'effet et la modification du protocole; et la préservation des droits. Le protocole a contribué au succès des ventes internationales dans la procédure.

20. Affaire Nakash (1996)[224]

Dans l'affaire *Nakash*, un protocole a été conclu entre les tribunaux américain et israélien. Il était soumis à autorisation légale expresse en Israël et a dû être

---

[223] Ontario Court of Justice, Toronto (Canada), Court File No. 02-CL-4816 (7 December 2002) and the United States Bankruptcy Court for the Northern District of Texas, Case No. 02-81440 (8 January 2003).

[224] United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 94 B 44840 (23 May 1996), and the District Court of Jerusalem (Israel), Case No. 1595/87 (23 May 1996).

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.

21. Affaire 360Networks Inc.[225]

Dans l'affaire *360Networks*, le protocole concernait les États-Unis et le Canada. Le groupe 360Networks était un fournisseur de fibres optiques ayant des activités internationales, comprenant plus de 90 sociétés immatriculées dans quelque 33 pays et employant près de 2 000 personnes. Comme la majeure partie de ses actifs était située au Canada et aux États-Unis, des procédures d'insolvabilité ont été ouvertes dans ces deux pays. Les ordonnances initiales comprenaient un protocole international dont les objectifs étaient les suivants: 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 entre les tribunaux des deux pays et tout tribunal étranger; et appliquer un ensemble de principes généraux pour régler les problèmes administratifs découlant du caractère international des procédures. Afin d'atteindre ces objectifs, le protocole abordait, entre autres aspects, la coordination et la coopération entre tribunaux, y compris les audiences conjointes; la notification; le recrutement et la rémunération des professionnels; la reconnaissance commune de l'arrêt des poursuites; les procédures étrangères futures; et une procédure pour régler les conflits selon le protocole. Les deux processus de restructuration se sont toutefois déroulés de façon relativement indépendante et ont peu fait référence au protocole. Des plans pour l'essentiel similaire ont été déposés dans chaque pays, chacun étant tributaire de l'approbation de l'autre. Le protocole prévoyait des audiences conjointes, mais aucune n'a été nécessaire.

22. Affaire Olympia & York Developments Limited (1993)[226]

L'affaire *Olympia & York Developments Ltd.* concernait une société mère canadienne et ses filiales exerçant leurs activités principalement aux États-Unis, au Canada et au Royaume-Uni. Le protocole a été élaboré pour harmoniser les procédures au Canada et aux États-Unis, et pour réaliser un consensus entre les différentes parties concernant la gouvernance du débiteur en remaniant le conseil

---

[225] British Columbia Supreme Court, Vancouver (Canada), Case No. L011792 (28 June 2001) and United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 01-13721-alg (29 August 2001).

[226] Ontario Court of Justice, Toronto (Canada), Case No. B125/92 (26 July 1993) and United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case Nos. 92-B-42698-42701 (15 July 1993) (Reasons for Decision of the Ontario Court of Justice: (1993), 20 C.B.R. (3d) 165).

d'administration de chaque société. Le protocole contenait des dispositions, entre autres, sur la composition, l'autorité, les actions, la révocation et la réélection des administrateurs, ainsi que sur sa modification et son approbation. Le cadre de coopération internationale d'Olympia & York a abouti au redressement rapide et efficace des débiteurs.

23. Affaire Peregrine Investments Holdings Limited (1999)[227]

Dans l'affaire *Peregrine*, la société débitrice était constituée aux Bermudes et avait son établissement principal dans la RAS de Hong Kong, où avait été ouverte la procédure d'insolvabilité. Peu de temps après, une procédure d'insolvabilité a également été ouverte aux Bermudes, essentiellement pour éviter des conflits de compétence et pour veiller à ce que les représentants de l'insolvabilité désignés dans la RAS de Hong Kong aient les pleins pouvoirs dans d'autres lieux et pour les actifs situés hors de Hong Kong. Les représentants de l'insolvabilité étaient les mêmes personnes dans les deux procédures à l'exception de l'un d'entre eux désigné uniquement dans la procédure aux Bermudes, mais tous étaient employés par le même cabinet international d'avocats. Le protocole a été élaboré pour harmoniser et coordonner les procédures; assurer l'administration ordonnée et efficace des procédures dans les deux endroits; recenser, préserver et maximiser la valeur des actifs du débiteur dans le monde au profit collectif de ses créanciers et des autres parties intéressées; coordonner les activités; et partager les informations. Le protocole établissait que la procédure aux Bermudes serait la procédure principale et la procédure ouverte dans la RAS de Hong Kong la procédure non principale. La quasi-totalité de la liquidation des actifs du débiteur devait néanmoins être effectuée dans et à partir de la RAS de Hong Kong, car c'est là que les activités commerciales du débiteur étaient et avaient toujours été concentrées. Le protocole déterminait les questions devant être traitées principalement dans la RAS de Hong Kong, par exemple les décisions relatives aux créances des créanciers et la répartition des dividendes entre les créanciers. Il comportait également des dispositions sur les créances et leur répartition; les droits et les pouvoirs des représentants de l'insolvabilité en ce qui concerne l'échange d'informations; la liquidation des dépens; et les demandes aux tribunaux. Le protocole contenait en annexe des formulaires pour preuve de la dette; un avis de rejet et un avis d'admission.

24. Affaire Philip Services Corporation (1999)[228]

L'affaire *Philip Services Corporation* (juin 1999) est considérée comme la première procédure d'insolvabilité internationale "prénégociée"[229]. 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

---

[227] High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, HCCW Companies (Winding-up) No. 20 of 1998, and the Supreme Court of Bermuda Companies (Winding-up) No. 15 of 1998, (1999).

[228] United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Case No. 99-B-02385 (28 June 1999), and the Ontario Superior Court of Justice, Toronto, Case No. 99-CL-3442 (25 June 1999).

[229] Procédure possible dans certains pays, dans laquelle un plan de redressement est négocié volontairement avant l'ouverture d'une la procédure d'insolvabilité et approuvé ensuite par le tribunal.

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 ci-dessous, par. 31)). 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.

25. Affaire Pioneer Companies Inc.[230]

Dans l'affaire *Pioneer*, il s'agissait d'une procédure d'insolvabilité aux États-Unis concernant une entreprise multinationale de ce pays et certaines de ses filiales directes et indirectes et sociétés affiliées et d'une procédure d'insolvabilité au Canada concernant une filiale canadienne, qui était également débitrice dans les affaires des États-Unis. La structure et les dispositions du protocole ressemblaient à celles des affaires *Laidlaw*, *Loewen*, et *Mosaic*. Le protocole reconnaissait en outre qu'il était dans l'intérêt des débiteurs et de leurs parties prenantes que le tribunal des États-Unis se charge de l'administration principale du redressement et énonce des principes généraux quant à la manière dont il devrait être statué sur les créances à l'encontre des débiteurs, notamment pour ce qui est de prouver ces dernières.

26. Affaire PSINet Inc. (2001)[231]

L'affaire *PSINet* concernait des procédures d'insolvabilité au Canada et aux États-Unis. Le protocole a été conclu pour coordonner les procédures d'insolvabilité dans les deux pays et avait une structure similaire aux protocoles des affaires Loewen, Laidlaw et Mosaic. Il exposait en outre certaines questions d'insolvabilité et de redressement au niveau international soulevées par la nature des opérations commerciales des débiteurs aux États-Unis et au Canada et l'interconnectivité et l'interdépendance des lignes de communication dans les opérations commerciales et opérations par Internet du groupe, qui exigeaient l'aide des deux tribunaux pour être réglées de manière équitable et efficace. Ces questions comprenaient: l'approbation de la vente d'actifs; l'allocation du produit; le traitement des créances intragroupe;

---

[230] Quebec Superior Court (Re PCI Chemicals Canada Inc.) (Canada), Case No. 5000-05-066677-012, (1 August, 2001) and the United States Bankruptcy Court for the Southern District of Texas (Re Pioneer Companies Inc.), Case No. 01-38259 (1 August 2001).

[231] Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Canada), Case No. 01-CL-4155 (10 July 2001) and the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 01-13213 (10 July 2001).

et l'approbation et l'exécution de tout plan de redressement impliquant comme parties les débiteurs de chaque pays. Le protocole établissait des lignes directrices pour ces questions, qui devaient être tranchées et réglées par des audiences conjointes des tribunaux. Le protocole autorisait l'application des Directives Co-Co. Il a joué un rôle essentiel dans le succès de la vente des actifs canadiens de PSINet.

27. Affaire Quebecor World Inc. (2008)[232]

L'affaire *Quebecor* concernait des procédures parallèles pendantes aux États-Unis et au Canada. Les débiteurs ont proposé l'approbation d'un protocole dès le début des affaires, prévoyant la nécessité de la communication entre les tribunaux et d'audiences conjointes afin de faciliter les procédures en raison de l'ampleur des opérations des débiteurs dans les deux pays. Le juge des États-Unis a différé l'approbation du protocole, afin de créer un comité des créanciers et de lui donner la possibilité de commenter la procédure. En conséquence, le protocole initial a été modifié pour inclure d'autres dispositions; une disposition en vue d'élaborer ultérieurement un protocole commun concernant les créances en ce qui concerne le délai de déclaration, le traitement, la compétence et la loi applicable au règlement des créances intergroupe produites par les créanciers des débiteurs dans les deux procédures; et une disposition détaillée relative aux procédures à suivre lorsque l'on considère que des mesures demandées dans un État ont un impact important dans d'autres États. Le protocole incorporait aussi les Directives Co-Co. Des audiences conjointes ont eu lieu pour approuver la vente des opérations européennes des débiteurs et ont abouti au prononcé rapide d'ordonnances distinctes approuvant cette vente.

28. Affaire SENDO International Limited (2006)[233]

Dans l'affaire *SENDO*, une procédure principale d'insolvabilité était pendante au Royaume-Uni et une procédure secondaire en France. La procédure secondaire a été ouverte à la demande du représentant de l'insolvabilité de la procédure principale parce que SENDO avait des employés en France. Avec l'ouverture de la procédure secondaire, les employés en France étaient couverts par la loi française sur l'insolvabilité, qui était plus favorable que la loi anglaise, et le représentant de l'insolvabilité français pouvait vendre des actifs situés sur le territoire français et recueillir des déclarations de créances impayées enregistrées par les débiteurs français et étrangers de SENDO. Les représentants de l'insolvabilité des deux procédures ont conclu un accord pour coordonner celles-ci, notant que le Règlement CE n'établissait que des principes de fonctionnement très généraux. Dans cet accord, ils sont convenus, pour mettre en œuvre ces principes, d'agir dans un esprit de confiance mutuelle, et de respecter le devoir de se communiquer des informations et de coopérer ainsi qu'il est indiqué à l'article 31 du Règlement CE, la procédure principale l'emportant sur la procédure secondaire. L'accord comprenait des dispositions sur le traitement de la notification et de la déclaration des créances

---

[232] Montreal Superior Court, Commercial Division (Canada), No. 500-11-032338-085 and the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, No. 08-10152 (JMP) (2003).

[233] Procédure d'insolvabilité devant la High Court of Justice, Chancery Division of London (Royaume-Uni) et devant le tribunal de commerce de Nanterre (France) (2006).

des créanciers; sur les modalités pratiques de vérification des créances; le traitement des frais de justice; et sur le traitement des actifs de la filiale française du débiteur.

29. Affaire Solv-Ex Canada Limited et Solv-Ex Corporation (1998)[234]

Dans l'affaire *Solv-Ex Canada Limited* et *Solv-Ex Corporation*, qui concernait les États-Unis et le Canada, un certain nombre de décisions contraires rendues par les tribunaux des deux pays avaient conduit à une impasse. 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 audiences et ensuite b) déterminer s'ils pourraient rendre des décisions concordantes. Les tribunaux ont ensuite approuvé le protocole.

30. Affaire Systech Retail Systems Corp. (2003)[235]

L'affaire *Systech Retail Systems* concernait des procédures d'insolvabilité aux États-Unis et au Canada pour un important prestataire de services proposés dans des points de vente, opérant par l'intermédiaire de diverses filiales et sociétés affiliées au Canada et aux États-Unis. Les sociétés débitrices ont conclu un protocole visant à établir des procédures administratives de base entre les procédures des deux pays. Le protocole comprenait des dispositions sur la courtoisie internationale et l'indépendance des tribunaux; la coopération; le recrutement et la rémunération des représentants de l'insolvabilité et des professionnels; la notification; la reconnaissance commune de l'arrêt des poursuites en vertu des lois des deux pays; les droits de comparaître et d'être entendu; et les procédures de règlement des litiges conformément au protocole. Ce dernier comprenait aussi les Directives Co-Co. Après l'approbation du protocole par les deux tribunaux, une audition conjointe a été tenue conformément aux Directives, et a permis de régler et de coordonner un certain nombre de questions à caractère international.

31. Affaire Tee-Comm. Electronics Inc (1997)[236]

Le protocole conclu dans l'affaire *Tee-Comm. Electronics* Inc., qui concernait les États-Unis et le Canada, visait 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,

---

234 Alberta Court of Queen's Bench, Case No. 9701-10022 (28 January 1998) and the United States Bankruptcy Court for the District of New Mexico, Case No. 11-97-14362-MA (28 January 1998).

235 Ontario Court of Justice, Toronto, Court File No. 03-CL-4836 (20 January 2003) and the United States Bankruptcy Court for the Eastern District of North Carolina, Raleigh Division, Case No. 03-00142-5-ATS (30 January 2003).

236 In re AlphaStar Television/Tee-Comm Distribution, Inc, Ontario Court of Justice (Canada) and the United States Bankruptcy Court for the District of Delaware (27 June 1997).

sans aborder d'autres questions, telles que le droit sur le produit de la vente et la répartition de ce produit.

32. Affaire United Pan-Europe Communications N.V. (2003)[237]

Dans cette affaire, le débiteur était un des plus grands câblo-opérateurs basé aux Pays-Bas et détenant des participations dans des filiales directes et indirectes, notamment aux États-Unis. Des procédures d'insolvabilité ont été ouvertes dans ces deux pays. Selon le conseiller néerlandais du débiteur, la loi et la procédure néerlandaises n'admettaient pas un protocole, de sorte que les conseillers dans les deux pays ont collaboré étroitement à mesure que des problèmes se sont posés dans les procédures pour veiller à ce que toutes les décisions respectent les lois des deux États. Les deux représentants de l'insolvabilité ont participé aux délibérations. La coordination portait sur la fourniture continue d'informations aux tribunaux et aux représentants de l'insolvabilité; le recrutement et la rémunération du conseiller et des représentants de l'insolvabilité; la mise au point de procédures de sollicitation à appliquer dans les deux cas; les ventes d'actifs; et un plan de redressement. Le résultat a été que les procédures dans les deux pays ont été clôturées le même jour.

---

[237] La référence appropriée sera indiquée plus tard.

D. Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-sixième session (New York, 18-22 mai 2009)

(A/CN.9/671) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-4

II. Organisation de la session 5-10

III. Délibérations et décisions 11

IV. Coopération, communication et coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale 12-15

V. Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité 16-124

A. Questions internationales 16-55

B. Questions internes 56-124

VI. Incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle 125-127

I. Introduction

1. À sa trente-neuvième session, en 2006, la Commission est convenue que la question du traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité était suffisamment avancée pour être présentée au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) afin qu'il l'examine et qu'il faudrait laisser à ce Groupe de travail toute latitude pour lui présenter des recommandations appropriées concernant la portée de ses travaux futurs et la forme qu'ils devraient prendre, en fonction du contenu des solutions proposées aux problèmes qu'il mettrait en évidence sur le sujet.

2. À sa trente et unième session, tenue à Vienne du 11 au 15 décembre 2006, le Groupe de travail est convenu que le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale constituaient une base solide pour l'unification du droit dans ce domaine et que les travaux en cours avaient pour objet de compléter ces textes et non de les remplacer (voir A/CN.9/618, par. 69). Une manière possible de procéder serait d'examiner les dispositions des textes existants qui pourraient également s'appliquer dans le contexte des groupes d'entreprises, de voir quelles questions devraient être étudiées plus avant et d'élaborer des recommandations supplémentaires. D'autres questions, bien que se rapportant aux groupes d'entreprises, pourraient être traitées de la même manière que dans le Guide et la Loi type. Il a également été dit que le résultat éventuel des travaux pourrait prendre la forme de recommandations législatives

accompagnées d'un commentaire concernant les considérations de principe sur lesquelles s'appuient ces recommandations (voir A/CN.9/618, par. 70).

3. Le Groupe de travail a poursuivi l'examen du traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité à sa trente-deuxième session (mai 2007), se fondant sur des notes du Secrétariat couvrant le traitement tant national qu'international (A/CN.9/WG.V/WP.76 et Add.1). Faute de temps, il n'a pas étudié le traitement international des groupes d'entreprises dont il est question dans le document A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2.

4. À ses trente-troisième (novembre 2007), trente-quatrième (mars 2008) et trente-cinquième (novembre 2008) sessions, le Groupe de travail a continué d'examiner le traitement des groupes d'entreprises (précédemment appelés "groupes de sociétés") en cas d'insolvabilité, en se fondant sur des notes du Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.78 et Add.1, A/CN.9/WG.V/WP.80 et Add.1 et A/CN.9/WG.V/WP.82 et Add.1 à 4).

II. Organisation de la session

5. Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), qui se composait de tous les États membres de la Commission, a tenu sa trente-sixième session à New York du 18 au 22 mai 2009. Y ont assisté les représentants des États membres suivants: Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Australie, Bélarus, Bénin, Bulgarie, Canada, Chili, Chine, Colombie, Égypte, Équateur, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Grèce, Guatemala, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Lettonie, Malaisie, Maroc, Mexique, Nigéria, Norvège, Ouganda, Pologne, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal, Suisse, Thaïlande et Venezuela (République bolivarienne du).

6. Ont également assisté à la session les observateurs des États ci-après: Afghanistan, Angola, Bangladesh, Belgique, Croatie, Danemark, Ghana, Indonésie, Iraq, Irlande, Lituanie, Mauritanie, Philippines, Qatar, République de Moldova, Slovénie et Turquie.

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

a) *Organisations du système des Nations Unies*: Banque mondiale et Fonds monétaire international (FMI);

b) *Organisations intergouvernementales*: Commission européenne et Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO);

c) *Organisations non gouvernementales internationales invitées*: American Bar Association (ABA), American Bar Foundation (ABF), Association internationale du barreau, INSOL International (INSOL), International Credit Insurance and Surety Association (ICISA), International Insolvency Institute (III), International Women's Insolvency & Restructuring Confederation (IWIRC), International Working Group on European Insolvency Law (IWGEIL), Inter-Pacific Bar Association (IPBA) et Union Internationale des Avocats (UIA).

8. Le Groupe de travail a élu les membres suivants du Bureau:

Président: M. Wisit Wisitsora-At (Thaïlande)

Rapporteur: Mme Haini Hassan (Malaisie)

9. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.V/WP.84);

b) Note du Secrétariat sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.85 et Add.1);

c) Note du Secrétariat sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale (A/CN.9/WG.V/WP.86 et Add.1 à 3);

d) Note du Secrétariat sur le traitement de la propriété intellectuelle dans le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.87);

e) Proposition des États-Unis d'Amérique sur le financement postérieur à la demande d'ouverture (A/CN.9/WG.V/WP.88); et

f) Additif à une note du Secrétariat concernant le projet d'annexe au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties traitant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle et, en particulier, l'incidence de l'insolvabilité du donneur ou preneur de licence de propriété intellectuelle sur une sûreté réelle mobilière grevant ses droits découlant d'un accord de licence (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4).

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

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Examen de la coopération, de la communication et de la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale, du traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité et de l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

11. Le Groupe de travail a commencé son examen de la coopération, de la communication et de la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale en se fondant sur le document A/CN.9/WG.V/WP.86 et Add.1 à 3 et a continué d'examiner le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.V/WP.85 et Add.1, A/CN.9/WG.V/WP.88 et d'autres documents mentionnés dans ces derniers. Il a

également examiné l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.V/WP.87 et A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4 et sur un extrait du rapport du Groupe de travail VI sur les travaux de sa quinzième session (A/CN.9/WG.VI/XV/CRP.1/Add.5). Il est rendu compte ci-après de ses délibérations et décisions sur ces points.

IV. Coopération, communication et coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale

12. Le Groupe de travail a commencé son examen de la coopération, de la communication et de la coordination dans les procédures d'insolvabilité en se fondant sur le document A/CN.9/WG.V/WP.86, qui contient le projet d'aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale ("l'Aide-mémoire").

13. Le Groupe de travail s'est félicité de cet aide-mémoire, soulignant son utilité pour les praticiens et les juges, ainsi que pour les créanciers et les autres parties concernées, surtout compte tenu de la crise financière actuelle. Dans ce contexte, il a été estimé que l'Aide-mémoire arrivait à point nommé, car il s'appliquait dans un certain nombre de cas complexes et de vaste portée et constituait le premier document sur les accords internationaux à être élaboré par une organisation internationale. Le Groupe de travail a également noté avec satisfaction que les propositions relatives à la version antérieure du projet d'aide-mémoire (document A/CN.9/WG.V/WP.83), qui avait été communiquée aux gouvernements pour commentaire, avaient été prises en compte.

14. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait décidé à sa dernière session (voir A/CN.9/666, par. 21) d'arrêter le titre de l'Aide-mémoire à un stade ultérieur. À ce sujet, il a notamment été proposé de remplacer le titre "Aide-mémoire" par "principes directeurs" ou "recommandations" sur les protocoles, la coopération, la communication et la coordination. Ces propositions ont reçu un certain appui. On a cependant rappelé qu'à la dernière session, il avait été estimé que le document était de nature purement descriptive et donc qu'il ne donnait pas de conseils et ne devrait pas constituer un guide. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail est convenu d'intituler l'Aide-mémoire "Guide de pratiques de coopération, de communication et de coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale", le mot "pratiques" venant répondre aux préoccupations exprimées précédemment en ce qui concerne l'emploi du mot "guide". Il a noté que tous les passages du projet de document mentionnant le titre devraient être modifiés en conséquence.

15. Le Groupe de travail a adopté l'Aide-mémoire afin qu'il soit éventuellement finalisé et adopté à la quarante-deuxième session de la Commission, en 2009. Il a été noté que l'application pratique de l'Aide-mémoire serait examinée au huitième Colloque judiciaire multinational CNUDCI/INSOL/Banque mondiale qui se tiendrait en juin 2009, avant la quarante-deuxième session de la Commission.

V. Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité

A. Questions internationales

16. Le Groupe de travail a poursuivi sa discussion sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.V/WP.85 et Add.1 et d'autres documents mentionnés dans ces derniers. Il a commencé par aborder les questions internationales exposées dans le Add.1.

1. Centre de coordination d'un groupe d'entreprises

Projets de recommandations 1 et 2

17. Le Groupe de travail a rappelé les délibérations tenues à la session précédente (A/CN.9/666, par. 31) et les raisons pour lesquelles il pouvait être souhaitable d'identifier un des membres du groupe d'entreprises comme centre de coordination afin d'atteindre les objectifs énumérés au paragraphe 5 du document A/CN.9/WG.V/WP.85/Add.1. Il a notamment été rappelé que le centre de coordination serait considéré comme le premier entre ses égaux et ne jouirait pas de pouvoirs supplémentaires du fait de sa qualité de centre de coordination.

18. S'il a été généralement estimé que les objectifs énumérés au paragraphe 5 devaient être atteints, l'opinion a été exprimée que l'identification d'un centre de coordination dans un groupe d'entreprises entraînait un certain nombre des difficultés liées à l'identification du centre des intérêts principaux d'un débiteur autonome. Le problème était notamment de savoir si la décision identifiant un centre de coordination dans un État pourrait être exécutée ou du moins reconnue dans d'autres États, et quel État devrait prendre cette décision. Il a été proposé qu'il s'agisse du tribunal de l'État dans lequel la procédure était initialement ouverte à l'encontre d'un membre du groupe. Une deuxième proposition était le tribunal de l'État où la coordination était demandée. À l'appui de cette dernière, il a été fait observer que, si le lieu du centre de coordination dans le premier État n'était pas légitime, il était peu probable que le deuxième État coopère.

19. D'autres difficultés se posaient, à savoir qu'il fallait: veiller à ce que le centre exerce une fonction procédurale et non une fonction de fond; garantir une souplesse suffisante pour tenir compte des cas individuels; éviter, compte tenu de la nécessité d'identifier le centre de coordination rapidement, de recourir à des critères complexes; éviter la recherche abusive du for le plus avantageux; définir le rôle de l'entité de coordination; identifier un centre de coordination uniquement lorsqu'il était jugé utile ou nécessaire pour permettre le redressement global d'un groupe; et faire la distinction entre le rôle des tribunaux en termes de coordination et de coopération et celui du membre coordonnateur du groupe. Il a été noté que, sur ce dernier point, le Groupe de travail n'avait pas, à sa session précédente, étendu son examen au fait de savoir si la coordination devrait être engagée et dirigée par le tribunal chargé de conduire la procédure visant le membre coordonnateur ou le représentant de l'insolvabilité compétent (voir par. 6, A/CN.9/WG.V/WP.85/Add.1).

20. Il a largement été convenu que la décision d'un tribunal désignant un centre de coordination ne devrait pas avoir force obligatoire dans d'autres États. Les tribunaux des autres États pourraient approuver cette décision, mais l'hypothèse

contraire ne devrait pas faire obstacle à la coordination et à la coopération entre les différents tribunaux.

21. Il a été observé que de nombreuses affaires d'insolvabilité internationale de groupes de sociétés étaient conduites depuis le sommet du groupe, y compris en matière de coordination et de coopération. En conséquence, il a été avancé que dans un tel cas, la désignation officielle du membre placé au sommet du groupe comme centre de coordination n'avait que peu d'intérêt, puisque ce membre n'obtiendrait pour son rôle aucun pouvoir supplémentaire ni reconnaissance plus importante que ceux que sa position lui confère déjà dans les faits. Il a été répondu que la principale raison pour chercher à déterminer un centre de coordination était de régler le problème de conflit de juridictions. Il a toutefois été souligné que si la décision relative au centre de coordination n'avait pas force obligatoire, une recommandation sur la détermination du centre de coordination pourrait ne pas apporter grand chose aux autres dispositions sur la coopération et la coordination entre tribunaux. Il a aussi été signalé qu'il pourrait parfois être utile d'avoir plusieurs centres de coordination pour différents sous-groupes ou unités d'un groupe.

22. Bien que le maintien d'une recommandation sur le centre de coordination ait bénéficié d'un certain soutien, le Groupe de travail n'a pas été à même de définir pour un tel centre un rôle clair qui étofferait les recommandations plus générales sur la coordination et la coopération entre les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité. En conséquence, le Groupe de travail est convenu d'examiner les autres projets de recommandations avant de se prononcer sur la nécessité d'une recommandation relative au centre de coordination.

23. Après avoir débattu plus avant de la question, le Groupe de travail est convenu de supprimer les projets de recommandations 1 et 2, car la désignation d'un centre de coordination était dépourvue de conséquences juridiques en raison de son caractère non contraignant. Il a néanmoins reconnu qu'il était utile de conférer à une seule entité un rôle prépondérant en matière de coopération et est convenu de mentionner dans le commentaire l'importance de confier à une seule entité la fonction de membre coordonnateur.

2. Faciliter la coopération et la communication

Projet de recommandation 3

24. Le Groupe de travail a noté que le projet de recommandation 3 se fondait sur l'article 25 de la Loi type et en étendait à bon escient la portée à la situation des groupes d'entreprises. Il a été suggéré, concernant ce projet de recommandation, d'étoffer les références à la coopération par une référence à la coordination, qui pourrait être assurée par le biais du centre de coordination. Il a été suggéré en réponse que l'obligation générale faite aux tribunaux et aux représentants de l'insolvabilité de coopérer en utilisant divers instruments, y compris l'Aide-mémoire, rendait inutile l'identification d'un centre de coordination. Après un débat, le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation 3.

Projet de recommandation 4

25. Il a été noté que l'intérêt du projet de recommandation 4 était d'autoriser et d'inviter les représentants de l'insolvabilité à prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la coordination de toutes les procédures visant les membres d'un groupe, ce qui évitait une interprétation restrictive de leurs fonctions. Il a également été noté qu'il suffisait d'évoquer la facilitation de la coordination et qu'aucune autre référence à un centre de coordination n'était nécessaire. Après un débat, le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation 4.

Projet de recommandation 5

26. S'agissant de la rédaction, il a été demandé s'il ne faudrait pas remplacer, à la première ligne du projet de recommandation, les mots "le tribunal" par "un tribunal". Il a été précisé en réponse que, dans la mesure où les projets de recommandations étaient destinés à être transposés en droit interne, la référence viserait le tribunal du pays et que l'emploi du terme "un tribunal" ne conviendrait donc pas. Pour des raisons similaires, il a été noté que les mots "dans le présent État" étaient inutiles dans le projet de recommandation. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation 5 et est convenu que les questions rédactionnelles devraient être réglées par le Secrétariat.

Projet de recommandation 6

27. Il a été souligné que la recommandation 6 étendait utilement la portée de l'article 26 de la Loi type aux groupes d'entreprises et autorisait à bon escient les représentants de l'insolvabilité, partie qui prend généralement l'initiative des communications, à communiquer avec les tribunaux ou les représentants étrangers. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation 6.

Projet de recommandation 7

28. La suppression des crochets et le maintien du texte ont été largement soutenus afin de garantir une application large et souple des dispositions, en particulier lorsque le tribunal ne joue pas nécessairement un rôle actif dans les communications internationales. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation 7 avec la suppression du terme "bilatérales" après "communications" afin de mieux exprimer la nature des communications entre des parties multiples.

Projet de recommandation 8

Crochets

29. On a appuyé l'idée de maintenir le texte du projet de recommandation en supprimant les crochets afin de l'harmoniser avec le projet de recommandation 7.

Chapeau

30. Il a été demandé si les mots "dans la mesure permise par le droit applicable" qui figurent dans le projet de recommandation 7 devraient également être insérés dans le chapeau du projet de recommandation 8, ou si les références qui figuraient

aux alinéas b) et e) étaient suffisantes. Le Secrétariat a été prié d'examiner l'emploi de la référence au droit applicable.

Alinéa a)

31. Le Groupe de travail est convenu de remplacer le mot "convenues" par le mot "déterminées".

Alinéa b)

32. Il a été suggéré de remplacer le mot "devrait" par le mot "pourrait", de sorte que la notification soit facultative et non obligatoire. Il a en outre été proposé que la notification soit déterminée par le tribunal. Ces propositions n'ont pas été soutenues.

Alinéas d) et e) – Confidentialité

33. On a dit craindre qu'en faisant de la confidentialité un principe supplétif, les alinéas d) et e) ne respectent pas le principe de transparence, qui devrait être le principe directeur de la procédure d'insolvabilité. Il a été observé en outre, que la rédaction actuelle des alinéas c), d) et e) n'était pas harmonisée. Pour répondre à ces préoccupations, différentes suggestions ont été faites, notamment: i) de limiter l'alinéa e) aux questions administratives afin de préserver les droits fondamentaux; ii) de reformuler le chapeau pour permettre aux tribunaux et aux différents participants de décider des questions exposées aux alinéas a) à e); iii) de permettre aux parties intéressées de contester une décision de traiter certaines informations comme confidentielles; iv) de remplacer à l'alinéa e) le mot "devraient" par le mot "pourraient" pour préciser le caractère exceptionnel de l'alinéa; v) de ne pas traiter de ces questions dans les projets de recommandations puisqu'elles n'étaient pas abordées dans la Loi type. Il a été répondu que le projet de recommandation 8 portait spécifiquement sur les groupes d'entreprises supranationaux et que le Groupe de travail ne devrait pas voir sa marge de manœuvre réduite au seul motif qu'il n'avait jamais eu à connaître de ces questions auparavant; vi) de supprimer l'alinéa e), au motif qu'une disposition sur la confidentialité des communications risquait d'être utilisée de façon abusive. On s'est opposé à cette proposition en arguant du fait que dans certaines situations, la confidentialité pourrait se justifier et que l'alinéa e) représentait par conséquent un bon compromis.

34. Après un débat, il a été convenu d'une manière générale, que le projet de recommandation 8 devrait uniquement prévoir que la confidentialité serait une exception. À cette fin, le Groupe de travail est convenu d'inclure les mots "uniquement dans des circonstances exceptionnelles" après le mot "devraient".

Protection des droits des parties visées

35. Une autre question soulevée était de faire en sorte que les informations qui étaient confidentielles ne soient pas communiquées lorsque cela nuirait aux droits de certaines parties. On a signalé que cette question pourrait être distinguée de celle de la confidentialité des communications mentionnée à l'alinéa e), qui ne traitait pas du contenu des informations communiquées. Pour protéger les informations confidentielles, on a proposé d'inclure un nouvel alinéa f), qui pourrait être rédigé comme suit:

> "Les communications devraient respecter les règles impératives des pays entre lesquels elles sont échangées et les droits fondamentaux des parties visées, en particulier la confidentialité des informations, conformément au droit applicable."

36. Il a été répondu à cette proposition que la protection des droits fondamentaux n'était pas du domaine du droit de l'insolvabilité, mais relevait d'autres types de droits, comme le droit des contrats ou le droit constitutionnel. Il a en outre été répondu que l'inclusion d'un nouvel alinéa sur la protection des droits des parties visées était nécessaire, car l'autorisation des communications directes dans un contexte international était une nouveauté pour de nombreux systèmes juridiques. On a dit craindre que le mot "fondamentaux" ne suffise pas, dans la mesure où les droits des parties pouvaient être de nature procédurale. Après un débat, le Groupe de travail est convenu d'ajouter au projet de recommandation 8 un nouvel alinéa f) inspiré du texte proposé, en incluant une référence aux droits procéduraux.

37. Il a été noté que la recommandation 111 du Guide législatif portait sur la confidentialité des informations et qu'une référence à cette recommandation pourrait être insérée dans tout commentaire accompagnant les projets de recommandations. Il a été rappelé que le Guide pour l'incorporation de la Loi type expliquait, au paragraphe 182, que les activités de coopération étaient soumises à toutes règles impératives applicables dans l'État adoptant et qu'une référence à ce paragraphe pourrait également être insérée dans un commentaire éventuel.

Projet de recommandation 9

38. Le principe énoncé dans le projet de recommandation 9 a été généralement appuyé. Plusieurs suggestions ont été faites pour améliorer le libellé de manière à en exprimer plus clairement l'intention. L'une d'entre elles consistait à réviser le chapeau comme suit "la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, pour plus de sécurité juridique, la communication conformément aux présentes recommandations devrait être interprétée comme constituant" ou, autre variante, "comme reflétant", puis à modifier en conséquence le début de chaque alinéa. Une autre proposition était de réviser le projet de recommandation 9 comme suit:

> "La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le fait de communiquer conformément aux présentes recommandations n'implique:
>
> a) Aucune limitation ou renonciation de la part du tribunal à quelque pouvoir, attribution ou autorité que ce soit;
>
> b) Aucune décision sur le fond d'une question portée devant le tribunal ou devant le tribunal étranger;
>
> c) Aucune renonciation par les parties à quelque réclamation ou droit substantiel que ce soit; et
>
> d) Aucune diminution de l'effet d'une ordonnance émise par le tribunal ou par le tribunal étranger."

39. Le Groupe de travail a approuvé cette proposition quant au fond, sous réserve des modifications nécessaires pour l'aligner sur les autres projets de recommandations.

Projet de recommandation 10

40. Le Groupe de travail a appuyé l'idée qu'il était souhaitable d'inclure une recommandation allant dans le sens du projet de recommandation 10. On s'est toutefois demandé si le mot "conjointes" convenait pour décrire le type d'audiences envisagé. On a estimé qu'il devait ressortir clairement des termes utilisés qu'il n'y avait pas "fusion" des audiences et que chaque tribunal tiendrait sa propre audience conformément aux dispositions de la loi applicable, mais que les tribunaux pourraient délibérer conjointement ou collaborer entre eux. Il a été proposé que le projet de recommandation prévoie que le tribunal était autorisé à mener une audience en coordination avec un tribunal étranger. Cette proposition a été largement appuyée.

41. Il a également été proposé, par souci de clarté, que la teneur de la note de bas de page soit intégrée au texte du projet de recommandation, sous réserve des modifications de forme nécessaires. Cette proposition a aussi été largement appuyée.

42. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a adopté le projet de recommandation 10 quant au fond, avec les modifications proposées.

Projet de recommandation 11

43. S'agissant du projet de recommandation 11, il a été proposé que certains détails, notamment la deuxième phrase de l'alinéa a) et les exemples de l'alinéa e), soient intégrés dans un commentaire accompagnant les recommandations, de manière à ne pas donner l'impression que les exemples cités étaient exhaustifs. Cette proposition a été largement appuyée.

44. En ce qui concerne la rédaction même, il a été noté que les premiers mots de l'alinéa c) n'étaient pas nécessaires car ils figuraient déjà dans le chapeau.

45. Il a été souligné que l'article 26 de la Loi type prévoyait que la coopération entre les représentants de l'insolvabilité soit soumise au contrôle du tribunal. On s'est demandé si cette approche devait être suivie dans le projet de recommandation 11, ou si le contrôle du tribunal était uniquement requis pour les questions de fond, comme celles énumérées à l'alinéa e). Il a été répondu que, l'exigence d'un contrôle du tribunal à l'article 26 étant explicitement limitée aux questions visées à l'article premier de la Loi type, il n'était pas nécessaire de suivre cette approche dans le projet de recommandation 11 et d'exiger le contrôle comme condition préalable à la coopération. De plus, il a été souligné que les mots "dans la mesure permise par la loi" suffiraient à prendre en compte toute règle locale exigeant un contrôle du tribunal. Selon l'avis qui a prévalu, la limite prévue par le droit interne était suffisante et un contrôle accru du tribunal n'était pas requis. Il a été proposé qu'un commentaire accompagnant les projets de recommandations examine la signification de la référence à la loi applicable et les différentes approches adoptées par les lois sur l'insolvabilité.

46. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a adopté le projet de recommandation 11 quant au fond, avec les modifications mentionnées ci-dessus.

Projet de recommandation 12

47. Il a été proposé de développer le projet de recommandation 12 en y apportant davantage de précisions, par exemple en mentionnant le lieu de l'accord et les moyens de communication, notamment des moyens modernes tels que la visioconférence. Il a été répondu que, dans sa rédaction actuelle, la première phrase était suffisante pour énoncer le principe général et que la deuxième phrase devait être supprimée. Cette suppression a été appuyée d'une manière générale. Il a été suggéré également de faire figurer le projet de recommandation 12 avant le projet de recommandation 11. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de recommandation 12, sous réserve de supprimer la deuxième phrase, et est convenu de placer celui-ci avant le projet de recommandation 11.

3. Utilisation d'accords internationaux

Projet de recommandation 13

48. En ce qui concerne le passage faisant référence à l'approbation des tribunaux, on a estimé qu'un libellé plus général serait peut-être nécessaire de sorte à inclure également les autorités non judiciaires ou les autorités n'exerçant pas une fonction de surveillance, telles qu'un ministère, car il était possible que celles-ci soient amenées à approuver certains aspects d'un accord international, tels qu'une répartition ayant des incidences en matière de change. Afin de tenir compte de cette possibilité, il a été proposé que le projet de recommandation parle de l'approbation des tribunaux "ou de toute autre autorité compétente". Selon un point de vue différent, la référence aux tribunaux était suffisamment générale et il ne fallait pas mentionner l'approbation de ces autres autorités. Afin de remédier au problème, il a été proposé de disposer dans le projet de recommandation, que les représentants de l'insolvabilité et les autres parties intéressées devraient être autorisés à conclure ce type d'accord "dans la mesure permise ou de la manière exigée par la loi", sans faire expressément référence à l'approbation des tribunaux.

49. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation ainsi révisé.

Projet de recommandation 14

50. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation sous réserve de supprimer le verbe "autoriser" pour le remplacer par une formule telle que "donner pouvoir".

4. Faciliter la coordination – le représentant de l'insolvabilité

Projet de recommandation 15

51. Le Groupe de travail s'est généralement dit favorable à l'idée que le même représentant de l'insolvabilité puisse être désigné dans différentes procédures d'insolvabilité car la coordination desdites procédures s'en trouverait ainsi facilitée. Des craintes ont cependant été exprimées en ce qui concerne le risque de conflits d'intérêts, qui avait été précédemment évoqué dans le contexte des questions internes (ancien projet de recommandation 27 tel qu'examiné dans le document A/CN.9/666, par. 102, numéroté à présent projet de recommandation 231), et la nécessité de prévoir une disposition appropriée pour parer à ce risque. Il a été

proposé que le projet de recommandation 15 soit aligné sur le projet de recommandation 231. Cette proposition a été appuyée.

52. Il a été noté que le projet de recommandation 230 (A/CN.9/WG.V/WP.85), qui traitait de la désignation d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité dans le contexte interne, comportait un tempérament en disposant que cette nomination intervenait "lorsque le tribunal décide qu'une telle mesure sert au mieux les intérêts de l'administration des procédures d'insolvabilité". Il a été proposé de reprendre ces termes ou d'insérer une expression telle que "dans les cas appropriés" dans le projet de recommandation 15. L'adoption d'une formule de ce type a été appuyée d'une manière générale.

53. Une autre préoccupation exprimée concernait la deuxième phrase du projet de recommandation et la nécessité de bien préciser que le représentant de l'insolvabilité serait supervisé par le tribunal de chaque État où il était nommé. À cette fin, il a été proposé de modifier la fin de la deuxième phrase pour y indiquer que le représentant de l'insolvabilité "serait soumis à la surveillance de chaque tribunal qui le nomme". Cette proposition a été largement appuyée.

54. Il a par ailleurs été proposé de remplacer le verbe "autoriser" par une expression telle que "donner pouvoir" ou "permettre" afin d'aligner le projet de recommandation sur le projet de recommandation 14. Cette proposition a été largement appuyée.

5. Forme des travaux sur les groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité dans le contexte international

55. Le Groupe de travail a noté que les projets de recommandations, bien qu'étant consacrés au traitement international des groupes d'entreprises, portaient sur le contenu de la législation interne et que, de ce fait, ils pourraient être insérés dans le Guide législatif en tant que troisième partie, avec les projets de recommandations sur les questions internes. Il a été reconnu que, si une présentation sous forme de loi type était souhaitable, il ne serait peut-être pas réaliste d'élaborer ce type de texte à ce stade, compte tenu du temps que pourrait exiger sa négociation, de la nécessité actuelle de dispositions sur les groupes d'entreprises dans le contexte de la crise financière mondiale et de la question de savoir si la négociation bénéficiait de l'appui nécessaire. Le Groupe de travail est convenu que les projets de recommandations sur le traitement international des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité devraient être inclus en tant que troisième partie du Guide législatif et se présenter sous la même forme que les parties précédentes du Guide.

B. Questions internes

56. Le Groupe de travail a poursuivi son examen du traitement interne des groupes d'entreprises en se fondant sur le document A/CN.9/WG.V/WP.85.

Glossaire

a) Groupe d'entreprises

57. La proposition de suppression des mots "participation importante" a bénéficié d'un certain soutien, étant donné qu'il serait difficile de définir une telle

participation et que le concept de "contrôle" était suffisant. Après discussion, selon l'avis qui l'a emporté, la notion de participation devait être conservée.

b) Entreprise

58. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait été dit précédemment que les institutions financières et les autres institutions spécialisées devaient être exclues du terme "entreprise", de même qu'elles étaient exclues à l'article 1-2 de la Loi type et dans la deuxième partie, chapitre premier, paragraphe 11, du Guide législatif. Il a été convenu que la note de bas de page 1 devait être modifiée pour mentionner clairement cette exclusion.

c) Contrôle

59. Il a été proposé de remplacer la conjonction "et" par "ou" pour avoir une plus grande souplesse, car le libellé actuel était inutilement restrictif. En réponse, il a été noté que la question avait déjà été longuement débattue et que les deux concepts étaient considérés comme nécessaires. À l'issue de la discussion, l'avis qui l'a emporté était qu'il fallait conserver la conjonction "et".

d) Coordination procédurale

60. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond l'explication proposée pour la "coordination procédurale" à l'alinéa d).

e) Regroupement des patrimoines

61. Une préférence a été exprimée pour la formulation entre crochets, car les mots "mise en commun" décrivaient mieux ce qu'il advenait en cas de regroupement des patrimoines. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, les mots "comme s'ils faisaient partie d'une masse de l'insolvabilité unique" étaient préférables aux mots "pour créer une masse de l'insolvabilité unique".

1. Demande conjointe

Clause relative à l'objet

Chapeau – "deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises"

62. Il a été demandé si les mots "deux membres ou plus", employés pour parler des membres d'un groupe d'entreprises, étaient redondants et pouvaient être supprimés, car la définition du terme "groupe d'entreprises" contenait déjà la notion de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises. Cette proposition n'a pas été appuyée.

Alinéa d)

63. On a craint que le libellé actuel de l'alinéa d) de la clause relative à l'objet ne laisse entendre qu'une demande conjointe était le seul mécanisme permettant au tribunal d'évaluer si les procédures se prêtaient à une coordination procédurale. Pour répondre à cette crainte, il a été proposé de supprimer l'alinéa d), d'ajouter le mot "supplémentaire" après le mot "mécanisme" ou d'ajouter une note de bas de page pour préciser qu'une demande conjointe n'était pas une condition préalable à

la coordination procédurale, mais facilitait uniquement l'évaluation du tribunal. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la clause relative à l'objet, avec l'insertion d'une note de bas de page telle qu'elle était proposée.

Projet de recommandation 199

64. On a craint que les derniers mots du projet de recommandation 199 "qui satisfont au critère d'ouverture applicable" ne puissent être interprétés, à tort, comme signifiant que les membres du groupe d'entreprises devaient collectivement satisfaire au critère d'ouverture. Pour répondre à cette crainte, le Groupe de travail a adopté le projet de recommandation 199 quant au fond, en ajoutant les mots "dont chacun satisfait au critère d'ouverture applicable".

Projet de recommandation 200

65. Il a été convenu d'ajouter les mots "la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que" dans le chapeau.

Alinéa a)

66. Le Groupe de travail est convenu que les mots qu'il était proposé d'ajouter au projet de recommandation 199 devaient également être ajoutés dans l'alinéa a) du projet de recommandation 200 par souci de cohérence.

Alinéa b)

67. On a fait remarquer qu'il pourrait, dans certaines situations, être souhaitable qu'un créancier, qui n'était pas nécessairement créancier de chaque membre visé par une demande conjointe, se joigne aux autres créanciers pour présenter une telle demande. Il a été proposé d'ajouter les mots "ou des créanciers, sous réserve que parmi les créanciers présentant la demande figurent des créanciers de" pour tenir compte de cette éventualité. Cette proposition n'a reçu qu'un soutien limité. Selon l'avis qui a prévalu, les personnes autorisées à présenter une demande conjointe devaient être créancières de chaque membre visé par la demande, car l'adoption d'une règle différente risquait d'aller à l'encontre des dispositions relatives à l'ouverture de nombreuses lois nationales et d'ouvrir la voie aux abus.

68. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation 200, sous réserve des modifications mentionnées ci-dessus concernant le chapeau et l'alinéa a).

Projet de recommandation 201

69. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation 201.

2. Coordination procédurale

Clause relative à l'objet

70. Une proposition visant à étendre la portée de l'alinéa b) aux notions d'équité et d'efficacité administrative n'a pas été soutenue. Le Groupe de travail a adopté quant au fond la clause relative à l'objet.

Projet de recommandation 202

71. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation 202.

Projet de recommandation 203

72. Il a été demandé si la référence faite au tribunal dans le projet de recommandation 203 devrait également inclure le pluriel (“le tribunal et les tribunaux”) pour bien montrer que plusieurs tribunaux pourraient être concernés. L’attention du Groupe de travail a été appelée sur les projets de recommandations 201 et 207, qui mentionnaient dans les notes 6 et 8 la question du tribunal compétent. À l’issue de la discussion, le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation 203 et est convenu de tenir compte dans le commentaire de la discussion sur les tribunaux.

Projet de recommandation 204

73. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots “conformément à la loi sur l’insolvabilité”.

74. On a proposé d’ajouter la nomination d’un représentant de l’insolvabilité unique ou du même représentant de l’insolvabilité à la liste des exemples du projet de recommandation 204 au motif qu’il s’agissait de l’un des moyens les plus efficaces de faciliter la coordination procédurale. Différents avis ont été exprimés en réponse. Selon l’un d’eux, la liste n’avait qu’une valeur indicative, elle n’avait pas à couvrir tous les exemples possibles et la question de la nomination d’un représentant de l’insolvabilité unique ou du même représentant de l’insolvabilité était déjà traitée dans la clause relative à l’objet figurant dans la section F. Selon d’autres, il fallait catégoriser les exemples par référence aux tribunaux et au représentant de l’insolvabilité, et supprimer le dernier, qui faisait déjà l’objet du projet de recommandation 234 ou insérer l’ensemble des exemples dans le commentaire. À l’issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de laisser les exemples dans le projet de recommandation et de faire référence à la nomination d’un représentant de l’insolvabilité unique ou du même représentant de l’insolvabilité.

Projet de recommandation 205

75. On a dit que, puisque les mots “ou à tout moment ultérieur” étaient trop vagues et pourraient conduire à des abus, il était préférable d’indiquer un délai spécifique durant lequel une demande de coordination procédurale pourrait être présentée. Il a été répondu que la formulation actuelle exprimait le mieux la souplesse qui était nécessaire. Afin de répondre aux craintes exprimées, plusieurs propositions ont été faites, comme celles d’insérer les mots “pour autant que cela soit possible” ou “lorsque la loi applicable l’autorise” après “ou à tout moment ultérieur”; de remplacer les mots “ou à tout moment par la suite” par une formulation du type “ou à condition que l’état de la procédure le permette”; ou d’inclure une deuxième phrase précisant “La loi sur l’insolvabilité devrait spécifier le délai de présentation d’une demande de coordination procédurale”. On a également proposé d’adopter une note inspirée de la note du projet de recommandation 220. À l’issue de la discussion, le Groupe de travail a adopté quant

au fond le projet de recommandation 205 avec l'ajout d'une note comme cela a été proposé.

Projet de recommandation 206

76. Il a été proposé que le tribunal puisse prendre l'initiative d'engager la coordination procédurale. Le Groupe de travail a rappelé que cette question avait été examinée à sa session précédente (A/CN.9/666, par. 55) et qu'il avait été décidé que le Guide ne prévoyant généralement pas que les tribunaux puissent prendre de décision d'office sur les questions d'insolvabilité, cette approche devait être conservée. Il a été noté que cette question était abordée dans le commentaire qui figurait aux paragraphes 23 et 24 du document A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.3.

77. À l'appui de la proposition visant à permettre au tribunal d'agir de sa propre initiative dans le projet de recommandation 206, il a été noté qu'il pourrait exister des situations dans lesquelles la coordination procédurale pourrait convenir mais qu'aucune demande n'était présentée par les parties citées dans le projet de recommandation. Il a également été suggéré que, sauf à être expressément prévu dans ces recommandations en ce qui concerne la procédure d'insolvabilité, cela pourrait ne pas être possible en droit procédural général. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu d'inclure une telle disposition dont le libellé pourrait s'inspirer du texte suivant: "La loi sur l'insolvabilité peut autoriser le tribunal à ordonner de son propre chef la coordination procédurale".

Projet de recommandation 207

78. En ce qui concerne le libellé même, il a été suggéré d'aligner le projet de recommandation 207 sur le projet de recommandation 203 et de supprimer les mots "ou les tribunaux" pour ne parler que du "tribunal" au singulier. Afin de rendre l'idée de coordination avec d'autres tribunaux, il a été proposé d'ajouter dans la première phrase, après "coordonner", une formule du type "avec tout autre tribunal compétent". Cette proposition a été largement appuyée.

79. S'agissant de la deuxième phrase, il a été suggéré de la modifier comme suit afin de bien montrer que la liste y figurant ne se voulait pas exhaustive: "Ces mesures pourraient comprendre, par exemple, des procédures coordonnées, des audiences conjointes, ainsi que le partage et la communication d'informations". Rappelant qu'il était convenu de ne pas employer le terme "audiences conjointes" dans le cadre du traitement des questions internationales, le Groupe de travail a noté que ces audiences ne posaient pas les mêmes problèmes dans le contexte interne et pourraient par conséquent être mentionnées. Le projet de recommandation 207 a été approuvé quant au fond avec les modifications proposées.

Projet de recommandation 208

80. Le Groupe de travail a approuvé la proposition de conserver la deuxième phrase sans les crochets. Il a été suggéré de remplacer les mots "modify" (modification) et "terminate" (mainlevée) par "vary" (modifier) et "vacate" (annuler). La proposition n'a pas été appuyée car les mots figurant dans le projet de recommandation correspondaient à la terminologie employée dans la Loi type et dans le Guide législatif.

Projets de recommandations 209 et 210

81. Il a été noté que le projet de recommandation 209 devrait être accompagné de la même note de bas de page que le projet de recommandation 201. Sous réserve de cet ajout, le Groupe de travail a adopté quant au fond les projets de recommandations 209 et 210.

3. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

Clause relative à l'objet

82. Une proposition tendant à limiter la portée de l'alinéa d) aux membres du groupe concernés par le financement postérieur à l'ouverture de la procédure en ajoutant le mot "concernés" après les mots "tous les membres d'un groupe" a été largement appuyée.

83. Le Groupe de travail a examiné un certain nombre de propositions énoncées aux paragraphes 8 à 16 du document A/CN.9/WG.V/WP.85 en ce qui concerne les projets de recommandations sur le financement postérieur à l'ouverture de la procédure.

Projet de recommandation 211

84. Il a été largement admis que le projet de recommandation 211 devait énoncer le principe général relatif à l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans le contexte d'un groupe d'entreprises et faire référence à l'octroi d'une sûreté réelle et d'une sûreté personnelle ou de toute autre garantie, et que les conditions liées à l'octroi d'un tel financement devaient être énoncées dans une recommandation distincte.

85. À cette fin, il a été estimé que les alinéas a) à c) du projet de recommandation 211 pourraient être suffisants si on les adoptait en supprimant les mots qui suivent la première virgule à l'alinéa c). Selon une deuxième proposition, le projet d'alinéa a) pourrait être suffisant, car il était assez large pour inclure les projets d'alinéas b) et c) quant au fond. En réponse, il a été fait remarquer que les alinéas b) et c) ne se recoupaient pas nécessairement avec l'alinéa a) et qu'ils donnaient davantage de précisions sur les modalités possibles d'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure.

86. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a retenu la première proposition tendant à conserver les alinéas a) à c) du projet de recommandation 211, en supprimant la partie de texte comme cela avait été proposé.

87. En ce qui concerne la rédaction même, il a été noté qu'il faudrait harmoniser l'intitulé correspondant au projet de recommandation 211 avec le champ d'application de la recommandation afin qu'il ressorte clairement que la partie qui octroie le financement et la partie qui le reçoit sont toutes deux soumises à la procédure d'insolvabilité.

88. En ce qui concerne les conditions à appliquer à l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, le Groupe de travail a fondé sa discussion sur les projets de recommandation 211 qui figurent aux paragraphes 10 et 15 du document A/CN.9/WG.V/WP.85. Diverses propositions ont été faites quant à la façon dont ces conditions devraient être formulées.

89. Il a été largement convenu qu'il faudrait contraindre le représentant de l'insolvabilité de déterminer les nécessités mentionnées à l'alinéa a) de la version du projet de recommandation 211 qui figure au paragraphe 15, ainsi que le préjudice mentionné à l'alinéa c) de cette même version. On s'est inquiété de la responsabilité qui pourrait échoir à un représentant de l'insolvabilité tenu de procéder à cette détermination. En réponse, il a été dit que cette dernière était en fait une question de répartition des risques à effectuer au cas par cas et non une question à traiter dans le projet de recommandation. Il a également été rappelé que ce libellé était utilisé dans la recommandation 63.

90. Il a aussi été largement convenu qu'il faudrait que le tribunal et les créanciers jouent, dans l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, un rôle qui devrait être précisé dans l'alternative énoncée aux alinéas b) et c) de la version du projet de recommandation 211 qui figure au paragraphe 15. Il a été noté que le rôle joué par les tribunaux et par les créanciers en vertu des lois relatives à l'insolvabilité variait largement et qu'il faudrait, en conséquence, que le projet de recommandation adopte une démarche souple, permettant aux États qui accordaient un rôle prépondérant aux tribunaux d'intervenir pour l'approbation d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, et à ceux qui se fondaient sur le consentement des créanciers d'adopter cette approche. Il a été noté que dans sa rédaction actuelle, l'alinéa c) ne précisait pas la partie qui devait déterminer les nécessités ou le préjudice, mais pouvait inclure le tribunal. En réponse à une suggestion selon laquelle les mots "y consentent" en ce qui concerne les créanciers pourraient être trop restrictifs et selon laquelle il serait préférable d'utiliser "ne s'y opposent pas", le Groupe de travail a rappelé que les mots "y consentent" étaient utilisés dans la recommandation 63. Il a été suggéré d'examiner le mécanisme d'obtention du consentement dans le commentaire.

91. Après un débat, il a été proposé d'envisager comme option, pour lever certaines des inquiétudes exprimées, le libellé de la dernière phrase de la recommandation 63. L'avis qui a prévalu était qu'il fallait appuyer cette proposition.

92. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait préciser, dans une recommandation, que les garanties énoncées dans les recommandations 65 à 67 s'appliquaient aux financements postérieurs à l'ouverture de la procédure dans le contexte de groupes d'entreprises. Il a également été convenu qu'il faudrait clairement préciser dans une recommandation les modalités d'application de la recommandation 63 à un membre d'un groupe d'entreprises recevant un financement postérieur à l'ouverture de la procédure.

Projet de recommandation 212

93. Une proposition visant à exiger le consentement du créditeur ou l'approbation du tribunal en matière de priorité dans le projet de recommandation n'a pas été amplement soutenue au motif que la recommandation 64, sur laquelle le présent projet de recommandation était fondé, exigeait que la priorité soit spécifiée dans la loi sur l'insolvabilité sans prévoir ces éléments supplémentaires. En réponse à une demande concernant la portée des mots "le rang de priorité", il a été suggéré de les interpréter de manière large comme désignant le niveau de priorité éventuel qui pourrait s'appliquer et d'inclure la discussion sur ce point dans le commentaire. À

l'issue de la discussion, le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation 212.

Projets de recommandations 213 et 214

94. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les projets de recommandations 213 et 214.

95. La modification suivante a été proposée pour les projets de recommandations concernant le financement postérieur à l'ouverture de la procédure et le Groupe de travail est convenu de poursuivre la discussion à une session ultérieure en se fondant sur ce texte.

1. Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant le financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans le contexte des groupes d'entreprises est:

a) De faciliter l'obtention d'un financement pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise des membres d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité ou pour préserver ou augmenter la valeur des actifs de ces membres;

b) De faciliter l'octroi d'un financement par des membres d'un groupe, y compris ceux soumis à une procédure d'insolvabilité;

c) D'assurer une protection appropriée à ceux qui octroient un financement postérieurement à l'ouverture de la procédure et aux parties sur les droits desquelles l'octroi d'un tel financement peut avoir une incidence; et

d) De promouvoir l'objectif d'une répartition équitable, entre tous les membres concernés, du bénéfice et du préjudice associés à l'octroi d'un financement postérieurement à l'ouverture de la procédure.

2. Contenu des dispositions législatives

Octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité à un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité

211A. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre à un membre d'un groupe d'entreprises soumis à une procédure d'insolvabilité:

a) D'avancer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure à d'autres membres du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité;

b) De constituer une sûreté réelle sur ses actifs en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure octroyé à un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité; et

c) D'offrir une sûreté personnelle ou toute autre garantie de remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure octroyé à un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité.

211B. Un financement postérieur à l'ouverture de la procédure peut être [octroyé] [avancé ou facilité] conformément à la recommandation 211A,

lorsque le représentant de l'insolvabilité du membre qui avance le financement, constitue une sûreté réelle ou offre une sûreté personnelle ou autre garantie de remboursement:

a) Le juge nécessaire à la poursuite de l'exploitation ou à la survie de l'entreprise de ce membre;

b) Le juge nécessaire à la préservation ou à l'augmentation de la valeur de la masse de ce membre; et

c) Constate [conformément à la loi sur l'insolvabilité] que tout préjudice causé aux créanciers est compensé par le bénéfice à retirer de l'avance de ce financement, de la constitution de cette sûreté réelle ou de l'octroi de cette sûreté personnelle ou autre garantie de remboursement.

211C. La loi sur l'insolvabilité peut exiger que le tribunal autorise ou que les créanciers approuvent l'octroi de ce financement conformément aux recommandations 211A et 211B.

Obtention d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité auprès d'un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité

211D. Conformément à la recommandation 63, un financement postérieur à l'ouverture de la procédure peut être obtenu par un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité lorsque le représentant de l'insolvabilité de ce membre le juge nécessaire à la poursuite de l'exploitation ou à la survie de l'entreprise de ce membre ou à la préservation ou à l'augmentation de la valeur de la masse. La loi sur l'insolvabilité peut exiger que le tribunal autorise ou que les créanciers approuvent l'obtention de ce financement.

Priorité accordée au financement postérieur à l'ouverture de la procédure

212. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier le rang de priorité qui s'applique au financement postérieur à l'ouverture de la procédure octroyé par un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité à un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité.

Sûreté réelle en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

213. Les recommandations 65, 66 et 67 s'appliquent à la constitution d'une sûreté réelle conformément à la recommandation 211A b).

Financement postérieur à la demande d'ouverture

96. Le Groupe de travail a examiné cette question en se fondant sur le document A/CN.9/WG.V/WP.88. Il a été noté que le financement postérieur à la demande d'ouverture était une forme nécessaire de mesure provisoire qui permettait d'aider le membre d'un groupe d'entreprises confronté à des difficultés financières, car il lui serait difficile d'obtenir le financement nécessaire à sa survie dans la période qui séparait la présentation de la demande de l'ouverture de la procédure. Le Groupe de

travail est convenu d'inclure cette proposition dans le commentaire avec les modifications rédactionnelles requises en demandant au Secrétariat d'en déterminer l'emplacement approprié. Il est convenu, en outre, d'expliciter dans le commentaire la distinction faite entre financement postérieur à la demande d'ouverture et financement postérieur à l'ouverture de la procédure, en particulier pour ce qui est des mesures de protection, et d'examiner à l'avenir la possibilité de formuler un projet de recommandation sur le financement postérieur à la demande.

4. Dispositions d'annulation

Clause relative à l'objet

97. Des préoccupations ont été exprimées concernant la clause relative à l'objet et la nécessité d'indiquer clairement le contexte des groupes d'entreprises. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'examiner s'il convenait de proposer un nouveau texte pour un examen ultérieur.

Projet de recommandation 215

98. Il a été proposé de supprimer la deuxième phrase du projet de recommandation 215 mais cette proposition n'a pas été appuyée. Il a également été suggéré d'adopter un critère précis pour l'annulation d'opérations dans le contexte des groupes d'entreprises, à savoir soit un critère plus souple que celui appliqué actuellement aux opérations concernant un débiteur unique, soit un critère plus strict. On a proposé à cet égard que le projet de recommandation indique si l'annulation d'opérations devait se fonder sur le critère de préjudice causé à l'ensemble du groupe d'entreprises ou sur celui de préjudice causé au membre considéré. Après discussion, le Groupe de travail est convenu de ne mentionner aucun critère dans le projet de recommandation 215, mais de conserver telle quelle la liste des exemples de facteurs dont pourrait tenir compte le tribunal. Il est convenu de supprimer les deux séries de crochets et de conserver le texte, à l'exception des mots "sans porter préjudice aux créanciers du membre ou des membres concernés". Le projet de recommandation 215 ainsi modifié a été approuvé quant au fond.

Projet de recommandation 216

99. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation 216 en remplaçant le verbe "peut" par "devrait", pour offrir plus de prévisibilité aux créanciers.

5. Regroupement des patrimoines

Clause relative à l'objet

100. Il a été rappelé au Groupe de travail que l'alinéa c) avait été ajouté dans la clause relative à l'objet afin de clarifier l'effet d'une ordonnance de regroupement des patrimoines. Cet ajout a été appuyé.

Projet de recommandation 217

101. Le Groupe de travail a adopté le projet de recommandation 217 quant au fond.

Projet de recommandation 218

102. La proposition d'ajouter les mots "soumis à une procédure d'insolvabilité" dans le chapeau n'a pas été appuyée au motif que l'insolvabilité ne devrait pas être une condition préalable au regroupement des patrimoines, car les situations exposées aux alinéas a) et b) pourraient aboutir à l'inclusion d'une entité apparemment solvable dans l'ordonnance de regroupement des patrimoines. On a fait remarquer par exemple qu'étant donné qu'il n'était pas inhabituel, dans le contexte de pratiques frauduleuses, de créer une entité dépourvue de créanciers pour détenir les actifs et qu'il serait difficile, en vertu des critères d'ouverture habituels, de demander l'ouverture d'une procédure concernant cette entité, il était important de pouvoir inclure cette dernière dans l'ordonnance de regroupement des patrimoines.

103. La proposition d'ajouter au chapeau des mots tels que, par exemple, "dans des circonstances très limitées" a été appuyée.

104. On a estimé que les mots "excessivement long ou coûteux" étaient trop vagues et il a été proposé d'ajouter à l'alinéa a) des mots tels que "produira de meilleurs résultats pour tous les intéressés". Cette proposition n'a pas été appuyée au motif qu'elle impliquerait d'évaluer la position avant le regroupement et les résultats possibles après regroupement, ce qui serait très difficile à réaliser dans la situation exposée à l'alinéa a).

105. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation, avec l'ajout susmentionné au chapeau.

Projet de recommandation 219

106. Il a été largement convenu que les mots entre crochets devraient être supprimés et le projet de recommandation a été adopté quant au fond avec cette suppression. Il a en outre été convenu que les exemples de situations dans lesquelles le projet de recommandation 219 pourrait être utile devraient être examinés dans le commentaire.

Projet de recommandation 220

107. Le projet de recommandation 220 a été adopté quant au fond, note étant prise de la nécessité de l'aligner sur le projet de recommandation 205 pour le sens des mots "à tout moment ultérieur".

Projet de recommandation 221

108. Une proposition tendant à inclure les actionnaires parmi les parties autorisées à demander le regroupement des patrimoines n'a pas été suffisamment appuyée. Le projet de recommandation a été adopté quant au fond.

Projet de recommandation 222

109. On a appuyé l'idée de maintenir le terme "regroupée", en incluant peut-être une partie du texte de la définition du regroupement des patrimoines. Le projet de recommandation ainsi révisé a été adopté quant au fond. Il a été convenu que l'effet d'une ordonnance de regroupement des patrimoines devrait être examiné en détail dans le commentaire pour faciliter la compréhension de cette voie de droit.

110. Une proposition tendant à envisager l'ajout d'un alinéa supplémentaire au projet de recommandation pour que les créanciers ne puissent pas améliorer leur position à la suite d'une ordonnance de regroupement des patrimoines n'a pas été appuyée. Il a toutefois été reconnu qu'il s'agissait là d'une question très importante, mais que toute recommandation devrait être rédigée avec le plus grand soin car certains créanciers pourraient effectivement voir leur situation s'améliorer et d'autres la leur se détériorer. Il a été suggéré de limiter une telle recommandation à la main-d'oeuvre et aux créanciers garantis. Le Groupe de travail a décidé d'examiner cette possibilité à une session future.

Projet de recommandation 223

111. Il a été convenu d'ajouter les mots "dans la mesure du possible" dans le chapeau comme proposé au paragraphe 23 du document A/CN.9/WG.V/WP.85. Il a en outre été convenu de remplacer la référence au tribunal dans l'alinéa b) par les mots "S'il est déterminé que". Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation 223 avec ces modifications.

Projet de recommandation 224

112. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation, notant que les mots à ajouter au chapeau du projet de recommandation 223 devraient également être ajoutés au projet de recommandation 224.

Projets de recommandations 225 et 226

113. Les projets de recommandations ont été adoptés quant au fond.

Projet de recommandation 227

114. La proposition d'ajouter le mot "déjà" avant le mot "prises" a été acceptée et la proposition tendant à procéder au même ajout dans le projet de recommandation 228 a été approuvée. Le projet de recommandation a été adopté quant au fond avec cet ajout.

Projets de recommandations 228 et 229

115. Les projets de recommandations ont été adoptés quant au fond.

6. Représentant de l'insolvabilité

Clause relative à l'objet

116. Le Groupe de travail est convenu que les termes figurant entre crochets à l'alinéa a) devraient être conservés.

Projets de recommandations 230 et 231

117. Les projets de recommandations ont été adoptés quant au fond.

Projet de recommandation 232

118. Le Groupe de travail est convenu que les termes figurant entre crochets devraient être conservés et que certaines modifications pourraient être nécessaires

afin d'indiquer plus clairement l'intention du projet de recommandation. Le Secrétariat a été prié de tenir compte de ces suggestions lors de la modification du texte. Le projet de recommandation a été approuvé quant au fond sur cette base.

Projet de recommandation 233

119. Il a été convenu que les modifications convenues concernant le projet de recommandation 232 devraient figurer aussi dans le projet de recommandation 233. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation avec ces modifications.

Projet de recommandation 234

120. Il a été convenu d'aligner, d'une manière générale, le projet de recommandation sur le projet de recommandation 11 qui traite des questions internationales et de conserver le texte entre crochets. Le projet de recommandation a été approuvé quant au fond sur cette base.

7. Plan de redressement

Clause relative à l'objet

121. Un certain nombre de propositions ont été faites concernant les mots "et ainsi de préserver les emplois et, dans les cas appropriés, de protéger les investissements", y compris supprimer ce membre de phrase et modifier l'ordre des divers éléments. Il a été rappelé que ce libellé avait été utilisé dans la clause relative à l'objet des recommandations du chapitre IV de la deuxième partie du Guide législatif. À l'issue du débat, il a été convenu de conserver le texte en l'état.

Projet de recommandation 235

122. Le projet de recommandation a été adopté quant au fond.

Projet de recommandation 236

123. Le projet de recommandation a été adopté quant au fond, le mot "volontairement" étant conservé et le mot "peut" à la première ligne remplacé par le mot "devrait".

8. Emplacement des sections sur le représentant de l'insolvabilité et les plans de redressement

124. En réponse à la proposition d'examiner l'ordre dans lequel étaient présentées les sections F et G, il a été noté que cet ordre était celui du Guide législatif. Après un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'examiner la question plus avant, ayant à l'esprit l'emplacement dans le Guide législatif.

VI. Incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle

125. Le Groupe de travail a commencé son examen des questions relatives à l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété

intellectuelle qui lui avaient été soumises par le Groupe de travail VI (Sûretés) en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.V/WP.87 et A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4 et un extrait du Groupe de travail VI sur les travaux de sa quinzième session (A/CN.9/WG.VI/XV/CRP.1/Add.5).

126. Le Groupe de travail a noté que le texte présenté dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4 était destiné à figurer dans le commentaire du projet d'annexe consacré aux sûretés sur la propriété intellectuelle venant compléter le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. Il s'est félicité de la coordination entre les deux Groupes de travail, cette coordination étant selon lui particulièrement importante pour assurer la cohérence entre les deux Guides législatifs de la CNUDCI.

127. Le Groupe de travail a approuvé le contenu des parties du commentaire présentées aux paragraphes 22 à 40 du document A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4, qui concernaient l'incidence de l'insolvabilité d'un donneur ou d'un preneur de licence de propriété intellectuelle sur une sûreté grevant ses droits découlant d'un accord de licence. Il a également approuvé les conclusions et modifications dont le Groupe de travail VI était convenu à sa quinzième session et qui étaient consignées dans l'extrait de son rapport sur cette session (A/CN.9/WG.VI/XV/CRP.1/Add.5). Il est convenu en particulier que les crochets entourant le paragraphe 36 devraient être supprimés. Il a été noté que, afin de suivre la terminologie du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, les mots "insolvency administrator" (administrateur de l'insolvabilité) employés dans la version anglaise de l'appendice du document A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4 devraient être remplacés par "insolvency representative" (représentant de l'insolvabilité).

E. Note du Secrétariat sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-sixième session

(A/CN.9/WG.V/WP.85 et Add.1) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-3
II.	Glossaire	4
III.	Recommandations	5-23
	A. Demande conjointe	5
	B. Coordination procédurale	6-7
	C. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure	8-16
	D. Dispositions d'annulation	17
	E. Regroupement des patrimoines	18-23
	F. Représentant de l'insolvabilité	
	G. Plan de redressement	

I. Introduction

1. La présente note révise les projets de recommandations contenus dans le document A/CN.9/WG.V/WP.82 et ses additifs 1 à 3, en se fondant sur le rapport du Groupe de travail V sur les travaux de sa trente-cinquième session (A/CN.9/666). Elle n'inclut pas le commentaire, qui est actuellement révisé et développé et qui sera mis à la disposition du Groupe de travail pour examen à sa trente-septième session.

2. On trouvera dans le présent document un certain nombre de notes à l'intention du Groupe de travail. Celles-ci ont uniquement pour but d'expliquer les modifications qui ont été apportées aux projets de recommandations, de faciliter la discussion et de soulever des questions que le Groupe de travail pourra examiner; elles ne sont pas destinées à faire partie du commentaire.

3. La numérotation des recommandations s'enchaîne à présent avec celle des recommandations du Guide législatif. Les numéros de la précédente version des recommandations (A/CN.9/WG.V/WP.82 et Add.1 à 3) ont été conservés entre crochets pour référence et à des fins de comparaison. Les mots "du Guide législatif" employés dans les renvois aux recommandations de ce dernier ont été conservés par souci de clarté et pour faciliter la lecture, mais ils pourraient être supprimés dans le texte final, comme noté précédemment (A/CN.9/WG.V/WP.82, par. 2).

II. Glossaire

a) "Groupe d'entreprises": deux entreprises ou plus liées entre elles par un contrôle ou une participation importante;

b) "Entreprise": toute entité, indépendamment de sa forme juridique, qui exerce des activités économiques et à laquelle la loi sur l'insolvabilité peut s'appliquer[1];

c) "Contrôle": capacité de déterminer, directement ou indirectement, les politiques opérationnelles et financières d'une entreprise;

d) "Coordination procédurale": coordination de l'administration de deux procédures d'insolvabilité ou plus visant des membres d'un groupe d'entreprises. Ces membres, ainsi que leurs actif et passif respectifs, restent séparés et distincts[2];

e) "Regroupement des patrimoines": traitement des actifs et passifs respectifs de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises comme s'ils faisaient partie d'une masse de l'insolvabilité unique[3] [mise en commun des actifs et passifs respectifs de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises pour créer une masse de l'insolvabilité unique].

Note à l'intention du Groupe de travail

4. Une variante a été incluse dans le paragraphe e) pour que le Groupe de travail l'examine. Elle emploie le terme "mise en commun" au lieu de "traitement" pour décrire plus clairement la manière dont les actifs et passifs sont rassemblés suite à une ordonnance de regroupement des patrimoines.

III. Recommandations

A. Demande conjointe

1. Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant la demande conjointe[4] d'ouverture de procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises est:

a) De faciliter l'examen coordonné d'une demande d'ouverture de procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus du groupe d'entreprises;

---

[1] Conformément à l'approche adoptée [dans le *Guide législatif*] pour les débiteurs autonomes, l'accent est mis dans la présente partie sur la conduite d'activités économiques par des entités qui entreraient dans la description d'une "entreprise". Ne sont pas visés les consommateurs ou d'autres entités qui ne seraient pas soumises à une loi sur l'insolvabilité conformément aux recommandations 8 et 9 ci-dessus.

[2] Le concept de coordination procédurale est expliqué en détail dans le commentaire, voir ci-dessus, par. …

[3] Pour les effets du regroupement des patrimoines et le traitement des sûretés réelles, voir les recommandations 222 et 223 et le commentaire aux par. …

[4] Une demande conjointe d'ouverture est sans incidence sur l'identité juridique de chaque membre du groupe visé dans la demande; chaque membre demeure séparé et distinct.

b) De permettre au tribunal d'obtenir des informations relatives au groupe d'entreprises qui l'aideraient à déterminer si l'ouverture devrait être ordonnée à l'encontre de membres de ce groupe;

c) De promouvoir l'efficacité et de réduire les coûts liés à l'ouverture de ces procédures d'insolvabilité; et

d) D'offrir au tribunal un mécanisme permettant d'évaluer si ces procédures d'insolvabilité se prêteraient à une coordination procédurale.

2. Contenu des dispositions législatives

Demande conjointe d'ouverture de procédures d'insolvabilité

199. [1] La loi sur l'insolvabilité peut spécifier qu'il est permis de former une demande conjointe d'ouverture de procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises qui satisfont au critère d'ouverture applicable[5].

Personnes autorisées à présenter une demande

200. [1] Une demande conjointe peut être présentée par:

a) Des membres d'un groupe d'entreprises qui satisfont au critère d'ouverture applicable énoncé dans la recommandation 15 [du *Guide législatif*]; ou

b) Un créancier, à condition qu'il soit créancier de chaque membre du groupe qui sera visé dans la demande conjointe.

Tribunaux compétents

201. [2] Aux fins de la recommandation 13 [du *Guide législatif*], les mots "ouvrir et conduire la procédure d'insolvabilité, y compris pour connaître des questions se posant pendant son déroulement" s'appliquent également à une demande conjointe d'ouverture de procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises[6].

3. Note à l'intention du Groupe de travail

5. Les mots "La loi sur l'insolvabilité devrait indiquer que" ont été supprimés de la recommandation 201 au motif que le texte est destiné à faciliter l'interprétation de la recommandation 13 et ne se veut pas une recommandation en vue de l'inclusion d'une disposition spécifique dans la loi sur l'insolvabilité.

---

[5] Voir, ci-dessus, recommandation 15 sur la demande émanant d'un débiteur et recommandation 16 sur la demande émanant d'un créancier.

[6] Les critères qui pourraient être pris en compte pour déterminer le tribunal compétent sont examinés dans le commentaire, voir ci-dessus, par. …

B. Coordination procédurale

1. Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant la coordination procédurale des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises est:

a) De faciliter la coordination de l'administration de ces procédures, tout en respectant l'identité juridique distincte de chaque membre du groupe; et

b) De permettre aux créanciers de recouvrer des sommes plus importantes et de favoriser la rationalisation des coûts.

2. Contenu des dispositions législatives

Coordination procédurale de deux procédures d'insolvabilité ou plus

202. [3 a)] La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que l'administration des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises peut être coordonnée à des fins procédurales.

203. [4] La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal peut ordonner la coordination procédurale à la demande d'une personne autorisée, conformément à la recommandation 206, à présenter une telle demande.

204. [3 b)] La coordination procédurale peut consister, par exemple, en la notification conjointe; la coordination des procédures de déclaration des créances conformément à la loi sur l'insolvabilité; la coordination des actions en annulation; la coopération entre les tribunaux, notamment la coordination des audiences; et la coopération entre les représentants de l'insolvabilité, notamment le partage d'informations et la coordination des négociations. [3 a)] L'étendue de la coordination procédurale devrait être précisée par le tribunal.

Demande de coordination procédurale

– *Moment où présenter une demande*

205. [3 c)] Une demande de coordination procédurale peut être présentée au moment de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou à tout moment ultérieur.

– *Personnes autorisées à présenter une demande*

206. [4] La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une demande de coordination procédurale peut être présentée par:

a) Un membre d'un groupe d'entreprises visé dans une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou soumis à une procédure d'insolvabilité;

b) Le représentant de l'insolvabilité d'un membre d'un groupe d'entreprises; ou

c) Un créancier[7] d'un membre d'un groupe d'entreprises visé dans une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou soumis à une procédure d'insolvabilité.

– *Coordination de l'examen d'une demande*

207. [5] La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal ou les tribunaux[8] peuvent prendre les mesures appropriées pour coordonner l'examen d'une demande de coordination procédurale des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises. Ces mesures pourraient comprendre: des audiences coordonnées et conjointes; et le partage et la communication d'informations.

Modification ou mainlevée d'une ordonnance de coordination procédurale

208. [7] La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'il est permis de modifier ou de lever une ordonnance de coordination procédurale, à condition que cette modification ou mainlevée n'ait pas d'incidence sur les mesures ou décisions prises en application de l'ordonnance. [Les tribunaux qui ont ordonné la coordination procédurale peuvent prendre les mesures appropriées pour en coordonner la modification ou la mainlevée.]

Tribunaux compétents

209. [8] Aux fins de la recommandation 13 [du *Guide législatif*], les mots "ouvrir et conduire la procédure d'insolvabilité, y compris pour connaître des questions se posant pendant son déroulement" s'appliquent également aux demandes et aux ordonnances de coordination procédurale des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises.

Notification de la coordination procédurale

210. [9] La loi sur l'insolvabilité devrait établir des règles pour la notification des demandes et des ordonnances de coordination procédurale, ainsi que de la modification ou mainlevée de telles ordonnances, notamment en ce qui concerne la portée de l'ordonnance; la (ou les) personne(s) à notifier; la partie chargée de la notification et le contenu de cette dernière.

3. Note à l'intention du Groupe de travail

6. Les recommandations 202 à 204 ont été révisées pour tenir compte de la discussion au sein du Groupe de travail concernant la nécessité pour le tribunal d'examiner la coordination procédurale en réponse à une demande. Le projet de recommandation 202 prend à présent la forme d'une disposition générale permettant la coordination. Le projet de recommandation 203 dispose que le tribunal peut ordonner la coordination procédurale en réponse à une demande formée conformément au projet de recommandation 206 et le projet de

---

[7] Pour être en droit de former une demande, un créancier n'a pas à être créancier de tous les membres du groupe à l'égard desquels il demande la coordination procédurale.

[8] La coordination pourrait concerner différents tribunaux compétents pour différents membres d'un groupe ou un seul tribunal compétent pour un certain nombre de procédures d'insolvabilité différentes visant des membres d'un même groupe.

recommandation 204 explique en quoi la coordination procédurale pourrait consister.

7. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la dernière phrase ajoutée à la recommandation 208 pour assurer la coordination entre les tribunaux pendant tout le processus.

C. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

1. Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant le financement postérieur à l'ouverture de la procédure pour les groupes d'entreprises est:

a) De faciliter l'obtention d'un financement pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise des membres d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité ou pour préserver ou augmenter la valeur des actifs de ces membres;

b) De faciliter l'octroi d'un financement par des membres d'un groupe, y compris ceux soumis à une procédure d'insolvabilité;

c) D'assurer une protection appropriée à ceux qui octroient un financement postérieurement à l'ouverture de la procédure et aux parties sur les droits desquelles l'octroi d'un tel financement peut avoir une incidence; et

d) De promouvoir l'objectif d'une répartition équitable, entre tous les membres d'un groupe, du bénéfice et du préjudice associés à la fourniture d'un financement postérieurement à l'ouverture de la procédure.

2. Contenu des dispositions législatives

Octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité

211. [10] La loi sur l'insolvabilité devrait permettre à un membre d'un groupe d'entreprises soumis à une procédure d'insolvabilité:

a) D'avancer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure à d'autres membres du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité;

b) De grever ses actifs d'une sûreté réelle en garantie du financement postérieur à l'ouverture de la procédure octroyé à d'autres membres du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité; et

c) D'offrir une sûreté personnelle ou toute autre garantie de remboursement du financement postérieur à l'ouverture de la procédure obtenu par d'autres membres du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité, à condition que le représentant de l'insolvabilité du membre qui avance le financement, grève ses actifs ou offre une sûreté personnelle le juge nécessaire à la poursuite de l'exploitation ou à la survie de l'entreprise de ce membre du groupe ou à la préservation ou à l'augmentation de la valeur de la masse de ce membre du groupe. La loi sur l'insolvabilité peut exiger que le tribunal

autorise l'opération ou que les créanciers du membre qui octroie le prêt, grève ses actifs ou offre une sûreté personnelle y consentent.

Priorité accordée au financement postérieur à l'ouverture de la procédure

212. [11] La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier le rang de priorité qui s'applique au financement postérieur à l'ouverture de la procédure octroyé par un membre d'un groupe d'entreprises soumis à une procédure d'insolvabilité à un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité.

Sûreté réelle en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

213. [12] La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une sûreté réelle du type visé par la recommandation 65 [du *Guide législatif*] peut être constituée par un membre d'un groupe d'entreprises soumis à une procédure d'insolvabilité en garantie du remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure octroyé à un autre membre du groupe qui est soumis à une procédure d'insolvabilité, à condition que les créanciers y consentent ou qu'il soit établi, conformément à la loi sur l'insolvabilité, que tout préjudice causé aux créanciers est compensé par le bénéfice à retirer de la constitution de la sûreté[9].

Sûreté personnelle ou autre garantie de remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

214. [13] La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un membre d'un groupe d'entreprises soumis à une procédure d'insolvabilité peut offrir une sûreté personnelle ou toute autre garantie de remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure obtenu par un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité, à condition que les créanciers y consentent ou qu'il soit établi, conformément à la loi sur l'insolvabilité, que tout préjudice causé aux créanciers est compensé par le bénéfice à retirer de l'offre de cette sûreté personnelle ou autre garantie de remboursement.

3. Note à l'intention du Groupe de travail

8. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le rapport entre les projets de recommandations 211, 213 et 214 et les conditions et critères actuellement associés à chaque projet de recommandation, comme indiqué dans les paragraphes suivants.

9. Dans leur formulation actuelle, les projets de recommandations 213 et 214 répètent en partie le projet de recommandation 211, à savoir les alinéas b) et c). Le projet de recommandation 211 était destiné à énoncer, sous la forme d'un principe général, qu'un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité pourrait avancer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, ou en faciliter l'octroi, à d'autres membres du groupe également soumis à une procédure

---

[9] Les recommandations 66 et 67 [du *Guide législatif*] énoncent les mesures de protection à appliquer lors de la constitution d'une sûreté réelle en garantie du remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure. Ces mesures s'appliqueraient dans le contexte d'un groupe d'entreprises.

d'insolvabilité. En traitant de la fourniture d'un tel financement, le projet de recommandation vise à compléter la recommandation 63 portant sur l'obtention de ce financement.

10. Si le projet de recommandation 211 était conservé en tant qu'expression d'un principe général, les alinéas b) et c) pourraient être supprimés et l'alinéa a) modifié de la manière suivante, les mots "ou d'en faciliter l'octroi" faisant référence à l'octroi d'une sûreté réelle ou d'une sûreté personnelle conformément aux projets de recommandations 213 et 214:

> 211. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre à un membre d'un groupe d'entreprises soumis à une procédure d'insolvabilité d'avancer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, ou d'en faciliter l'octroi, à d'autres membres du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité, à condition que le représentant de l'insolvabilité du membre du groupe avançant ou facilitant ce financement le juge nécessaire à la poursuite de l'exploitation ou à la survie de l'entreprise de ce membre du groupe ou à la préservation ou à l'augmentation de la valeur de la masse de ce membre du groupe. La loi sur l'insolvabilité peut exiger que le tribunal autorise l'opération ou que les créanciers du membre qui avance ou facilite le financement y consentent.

11. Une deuxième question a trait à la condition figurant dans le projet de recommandation 211 et aux exigences prévues dans les projets de recommandations 213 et 214. La condition du projet de recommandation 211 répète celle de la recommandation 63, en exigeant du représentant de l'insolvabilité qu'il détermine si le financement postérieur à l'ouverture de la procédure est nécessaire. La deuxième phrase mentionne la possibilité pour la loi sur l'insolvabilité d'exiger également du tribunal ou des créanciers du membre avançant ou facilitant le financement d'approuver l'opération ou d'y consentir.

12. Les projets de recommandations 213 et 214 exigent le consentement des créanciers (sans préciser quels sont les créanciers visés – ceux du membre du groupe qui avance ou facilite le financement ou ceux du membre du groupe qui reçoit le financement, voire les deux) et une évaluation du préjudice (la personne devant évaluer ce préjudice n'étant pas précisée, le rapport avec l'appréciation de la nécessité du financement par le représentant de l'insolvabilité, exigée dans le projet de recommandation 211, n'est pas clair). Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que la recommandation 65, sur laquelle se fonde le projet de recommandation 213, n'exige pas le consentement des créanciers ni l'évaluation du préjudice qui sera causé par la constitution de la sûreté réelle.

13. L'exigence du consentement dans les projets de recommandations 213 et 214 fait pendant à la possibilité évoquée dans la dernière phrase du projet de recommandation 211.

14. Les projets de recommandations actuels exigent, pour l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure: a) que le représentant de l'insolvabilité juge ce financement nécessaire (projet de recommandation 211), et b) que les créanciers donnent leur consentement ou que le préjudice soit apprécié par rapport au bénéfice (projets de recommandations 213 et 214).

15. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si les exigences du projet de recommandation 211 devraient être alignées sur celles des projets de

recommandations 213 et 214. Le projet de recommandation 211 pourrait, par exemple, exiger le consentement des créanciers ou une évaluation du préjudice et du bénéfice de la manière suivante:

> 211. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre à un membre d'un groupe d'entreprises soumis à une procédure d'insolvabilité d'avancer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, ou d'en faciliter l'octroi, à d'autres membres du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité, à condition que:
>
> a) Le représentant de l'insolvabilité du membre du groupe avançant ou facilitant le financement le juge nécessaire à la poursuite de l'exploitation ou à la survie de l'entreprise de ce membre du groupe ou à la préservation ou à l'augmentation de la valeur de la masse de ce membre du groupe; et
>
> b) Les créanciers du membre avançant ou facilitant le financement y consentent; ou
>
> c) Il soit établi, conformément à la loi sur l'insolvabilité, que tout préjudice causé aux créanciers est compensé par le bénéfice à retirer du fait d'avancer ou de faciliter le financement postérieur à l'ouverture de la procédure.

16. Ce libellé conserve la condition de l'alinéa a), comme première exigence, à laquelle s'ajoute celle de l'alinéa b) ou c). Ce dernier alinéa peut être interprété comme incluant la référence faite dans la deuxième phrase du projet de recommandation 211 précédent (inspiré de la deuxième phrase de la recommandation 63) à l'autorisation du tribunal. Une autre possibilité serait de combiner la condition de l'alinéa a) avec celle de l'alinéa c).

D. Dispositions d'annulation

1. Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions d'annulation entre les membres d'un groupe d'entreprises est:

a) De garantir l'intégrité des masses de l'insolvabilité de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises soumis à une procédure d'insolvabilité;

b) D'assurer un traitement équitable aux créanciers des membres d'un groupe d'entreprises, tant internes qu'externes au groupe;

c) D'établir des règles claires pour les cas dans lesquels les opérations effectuées entre membres du même groupe d'entreprises avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et impliquant les actifs de membres du groupe peuvent être considérées comme préjudiciables et donc susceptibles d'annulation; et

d) De faciliter le recouvrement de sommes d'argent ou d'actifs auprès des personnes, notamment des membres d'un groupe, qui sont parties à des opérations annulées.

2. Contenu des dispositions législatives

Opérations annulables

215. [14] La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsqu'il examine s'il faudrait annuler une opération du type mentionné dans la recommandation 87 a), b) ou c) [du *Guide législatif*] effectuée entre des membres d'un groupe d'entreprises ou entre un membre d'un groupe d'entreprises et d'autres personnes ayant des liens privilégiés avec lui, le tribunal peut tenir compte des circonstances dans lesquelles s'est déroulée l'opération. Ces circonstances peuvent être notamment les suivantes: [la relation entre les parties à l'opération au sein du groupe d'entreprises]; le degré d'intégration entre les membres du groupe qui sont parties à l'opération; l'objet de l'opération; [le fait de savoir si l'opération a contribué aux activités du groupe dans son ensemble sans porter préjudice aux créanciers du membre ou des membres concernés]; et le fait de savoir si l'opération a procuré aux membres du groupe ou à d'autres personnes ayant des liens privilégiés avec eux des avantages que ne s'accorderaient pas normalement des parties n'ayant pas de liens privilégiés entre elles.

Éléments d'annulation et moyens de défense

216. [15] La loi sur l'insolvabilité peut spécifier comment les éléments mentionnés à la recommandation 97 [du *Guide législatif*] s'appliqueraient à l'annulation d'opérations dans le cadre d'un groupe d'entreprises[10].

3. Note à l'intention du Groupe de travail

17. L'alinéa d) de la clause relative à l'objet a été revu conformément à la décision prise par le Groupe de travail de mentionner à la fois les personnes et les membres du groupe. Le projet de recommandation 215 a également été revu pour indiquer que les opérations susceptibles d'annulation dans le contexte d'un groupe d'entreprises pourraient être effectuées entre les membres eux-mêmes, mais aussi entre des membres du groupe et d'autres personnes ayant des liens privilégiés avec eux. Ce dernier type d'opération, en particulier lorsque les personnes ayant des liens privilégiés sont des personnes physiques, telles que des propriétaires, ou des administrateurs ou autres dirigeants, risque également de soulever des problèmes spécifiques aux groupes d'entreprises. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait conserver ces révisions. Une autre circonstance, à savoir les opérations qui profitent au groupe sans porter atteinte aux créanciers, a été ajoutée aux facteurs qui pourraient être pris en compte par le tribunal.

E. Regroupement des patrimoines

1. Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant le regroupement des patrimoines est:

---

[10] À savoir les éléments devant être prouvés pour faire annuler une opération, la charge de la preuve, les moyens de défense pouvant être invoqués contre l'annulation et l'application de présomptions particulières.

a) De prévoir un cadre législatif pour le regroupement des patrimoines, tout en respectant le principe fondamental de l'identité juridique distincte de chaque membre d'un groupe d'entreprises;

b) De préciser les circonstances très limitées dans lesquelles le regroupement des patrimoines serait possible pour assurer la transparence et la prévisibilité; et

[c) De préciser l'effet d'une ordonnance de regroupement des patrimoines, notamment le traitement des sûretés réelles.]

2. Contenu des dispositions législatives

Exceptions au principe de l'identité juridique distincte

217. [16] La loi sur l'insolvabilité devrait respecter l'identité juridique distincte de chaque membre d'un groupe d'entreprises. Les exceptions à ce principe général devraient être limitées aux motifs exposés dans la recommandation 218.

Circonstances dans lesquelles le regroupement des patrimoines serait possible

218. [17] La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que, à la demande des personnes autorisées, conformément à la recommandation 221, à présenter une telle demande, le tribunal peut ordonner le regroupement des patrimoines en ce qui concerne deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises:

a) Lorsqu'il a la conviction que les actifs ou les passifs respectifs des membres du groupe sont si étroitement imbriqués qu'il serait excessivement long ou coûteux de déterminer qui est propriétaire de tel ou tel actif et qui doit répondre de tel ou tel passif; ou

b) Lorsque les membres du groupe se livrent à des pratiques frauduleuses ou à une activité sans objet commercial légitime et que le tribunal a la conviction que le regroupement des patrimoines est essentiel pour corriger cette situation.

Exclusion du regroupement des patrimoines

219. [21] La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que, [dans des circonstances inhabituelles], le tribunal peut exclure certains actifs et certaines créances lorsqu'il ordonne le regroupement des patrimoines.

Demande de regroupement des patrimoines

– *Moment où présenter une demande*

220. [18 b)] La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une demande de regroupement des patrimoines peut être présentée en même temps qu'une demande d'ouverture de procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises, ou à tout moment ultérieur[11].

[11] L'impossibilité d'ordonner un regroupement des patrimoines à un stade avancé des procédures d'insolvabilité est examinée dans le commentaire, voir ci-dessus, par. ...

– *Personnes autorisées à présenter une demande*

221. [18 a)] La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les personnes autorisées à demander le regroupement des patrimoines, à savoir notamment un membre d'un groupe d'entreprises, le représentant de l'insolvabilité d'un membre d'un groupe d'entreprises ou un créancier de ce membre.

Effet d'une ordonnance de regroupement des patrimoines

222. [19] La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une ordonnance de regroupement des patrimoines a les effets suivants[12]:

a) Une masse de l'insolvabilité [unique] [regroupée] est créée pour les membres du groupe d'entreprises visés par l'ordonnance;

b) Les créances et les dettes entre membres du groupe visés par l'ordonnance s'éteignent; et

c) Les créances à l'égard des membres du groupe visés par l'ordonnance sont traitées comme des créances sur la masse de l'insolvabilité [unique] [regroupée].

Traitement des sûretés réelles en cas de regroupement des patrimoines

223. [20] La loi sur l'insolvabilité devrait respecter les droits et priorités d'un créancier qui détient une sûreté réelle sur un actif d'un membre d'un groupe d'entreprises visé par une ordonnance de regroupement des patrimoines, sauf:

a) Si le passif garanti est dû uniquement entre les membres du groupe et s'éteint du fait de l'ordonnance de regroupement des patrimoines;

b) Si le tribunal considère que la sûreté réelle a été obtenue par une fraude à laquelle le créancier a pris part; ou

c) Si l'opération par laquelle a été constituée la sûreté réelle est susceptible d'annulation au titre des recommandations 88 [du *Guide législatif*] et 215.

Reconnaissance des priorités en cas de regroupement des patrimoines

224. [19 d)] La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les priorités qu'elle a établies et qui sont applicables à chaque membre d'un groupe d'entreprises avant une ordonnance de regroupement des patrimoines devraient être reconnues en cas de regroupement des patrimoines.

Assemblées de créanciers

225. [19 d)] La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, si elle exige la tenue d'une assemblée des créanciers après qu'un regroupement des patrimoines a été ordonné, les créanciers de l'ensemble des membres du groupe visés par le regroupement ont le droit d'y participer.

---

[12] L'effet sur les sûretés réelles est traité dans la recommandation 223.

Calcul de la période suspecte en cas de regroupement des patrimoines

226. 1) [22] La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier la date à partir de laquelle devrait être calculée la période suspecte pour l'annulation des opérations du type mentionné dans la recommandation 87 [du *Guide législatif*] lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné.

2) Lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné en même temps que l'ouverture des procédures d'insolvabilité, la date spécifiée à partir de laquelle la période suspecte est calculée rétroactivement devrait être déterminée conformément à la recommandation 89 [du *Guide législatif*].

3) Lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné après l'ouverture des procédures d'insolvabilité, la date spécifiée à partir de laquelle la période suspecte est calculée rétroactivement peut être:

a) Une date différente pour chacun des membres du groupe visés par le regroupement, à savoir soit la date de demande d'ouverture soit la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité à l'encontre de chacun de ces membres, conformément à la recommandation 89 [du *Guide législatif*]; ou

b) Une date commune pour tous les membres visés par le regroupement, à savoir la date la plus rapprochée parmi celles de demande d'ouverture ou d'ouverture des procédures d'insolvabilité visant ces membres.

Modification d'une ordonnance de regroupement des patrimoines

227. [23] La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une ordonnance de regroupement des patrimoines peut être modifiée à condition que la modification n'ait pas d'incidence sur les mesures ou décisions prises en application de l'ordonnance[13].

Tribunal compétent

228. [24] Aux fins de la recommandation 13 [du *Guide législatif*], les mots "ouvrir et conduire la procédure d'insolvabilité, y compris pour connaître des questions se posant pendant son déroulement" s'appliquent également à une demande ou une ordonnance de regroupement des patrimoines, ainsi qu'à la modification de cette ordonnance[14].

Notification

229. [25] La loi sur l'insolvabilité devrait établir des règles pour la notification des demandes et des ordonnances de regroupement des patrimoines, ainsi que de la modification de telles ordonnances, en ce qui concerne notamment les parties qui devraient recevoir notification; la partie chargée de la notification; et le contenu de cette dernière.

---

[13] Le terme "modification" n'est pas censé englober la décision de lever une ordonnance de regroupement des patrimoines.

[14] Les critères qui pourraient être pris en considération pour déterminer le tribunal compétent sont examinés dans le commentaire, voir ci-dessus, par. ...

3. Note à l'intention du Groupe de travail

Clause relative à l'objet

18. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les modifications suivantes apportées à la clause relative à l'objet. L'alinéa a) de la version antérieure a été ajouté à l'alinéa b) étant donné que, si le respect de l'identité juridique distincte de chaque membre d'un groupe est le principe sous-jacent de ces recommandations sur les membres d'un groupe d'entreprises, il n'est pas, à lui-seul, un objectif des dispositions relatives au regroupement des patrimoines. L'alinéa d) de la version antérieure, qui faisait référence à l'établissement de critères objectifs et de procédures sur lesquels le regroupement des patrimoines pourrait se fonder, a été supprimé dans la mesure où les critères objectifs sont visés par l'alinéa b). L'alinéa c) a été ajouté au motif qu'il est important de préciser clairement l'effet d'une ordonnance de regroupement des patrimoines.

Projet de recommandation 217

19. Le chapeau a été revu à la suite d'une décision prise par le Groupe de travail à sa trente-cinquième session (A/CN.9/666, par. 83 et 84) et pour être aligné sur l'approche adoptée dans le projet de recommandation 203 (coordination procédurale), de manière à faire clairement ressortir que le regroupement des patrimoines peut être ordonné en réponse à une demande présentée au tribunal, les personnes autorisées à présenter une telle demande étant mentionnées dans le projet de recommandation 221.

Projet de recommandation 218

20. Le projet de recommandation fait actuellement référence aux membres d'un groupe d'entreprises qui se livrent à certaines pratiques ou activités. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si des explications supplémentaires devraient être apportées dans le commentaire pour indiquer clairement que l'activité doit être en cours au moment de la demande de regroupement des patrimoines ou si les activités réalisées à un moment proche de l'ouverture des procédures d'insolvabilité seraient également visées.

Projet de recommandation 219

21. Ce projet de recommandation faisait auparavant référence aux ordonnances de regroupement partiel des patrimoines, concept qui a été source de confusion et de malentendus. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il ne serait pas plus clair d'autoriser l'exclusion de certains actifs et de certaines créances d'une ordonnance de regroupement des patrimoines, plutôt que de créer ce qui semble être un deuxième type de regroupement des patrimoines. Bien que ces exclusions soient rarement nécessaires, prévoir cette possibilité pourrait donner plus de souplesse aux recommandations. Une discussion des circonstances et des exemples pertinents pourraient figurer dans le commentaire.

Projet de recommandation 222

22. L'alinéa a), qui mentionne la création d'une masse de l'insolvabilité unique, a été ajouté au projet de recommandation afin de clarifier les choses, car c'est là un

des effets principaux d'une ordonnance de regroupement des patrimoines. Cet ajout fait suite à la décision prise par le Groupe de travail à sa trente-cinquième session (A/CN.9/666, par. 88). L'alinéa c) dans la version précédente de la recommandation, qui faisait référence à la reconnaissance des priorités, a été déplacé dans une recommandation distincte car cette reconnaissance n'est pas un effet du regroupement des patrimoines, mais plutôt un principe sous-jacent qui devrait être respecté.

Projet de recommandation 223

23. Ce projet de recommandation pose le principe général que les priorités devraient être reconnues en cas de regroupement des patrimoines. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la mesure dans laquelle l'exigence de reconnaissance pourrait être nuancée par l'ajout des mots "dans la mesure du possible" (voir A/CN.9/666, par. 88).

F. Représentant de l'insolvabilité

1. Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant la nomination des représentants de l'insolvabilité dans le contexte des groupes d'entreprises est:

a) [D'autoriser la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité afin] de faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité ouvertes à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises; et

b) D'encourager la coopération lorsque deux représentants de l'insolvabilité ou plus sont nommés, afin d'éviter les chevauchements; de faciliter la collecte des informations sur les affaires financières et commerciales de l'ensemble du groupe d'entreprises; et de réduire les coûts.

2. Contenu des dispositions législatives

Nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité

230. [26] La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsque le tribunal décide qu'une telle mesure sert au mieux les intérêts de l'administration des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises, un représentant de l'insolvabilité unique ou le même représentant de l'insolvabilité peut être nommé pour administrer ces procédures.

Conflit d'intérêts

231. [27] La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les mesures à prendre pour régler les conflits d'intérêts qui risquent de se poser lorsqu'un représentant de l'insolvabilité unique ou le même représentant de l'insolvabilité a été nommé pour administrer les procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises. Ces mesures peuvent

inclure la nomination d'un ou de plusieurs représentants de l'insolvabilité supplémentaires.

Coopération entre deux représentants de l'insolvabilité ou plus dans le contexte d'un groupe

232. [28] La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que, lorsque des procédures d'insolvabilité ont été ouvertes à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises [et que différents représentants de l'insolvabilité sont nommés pour administrer ces procédures], ces représentants de l'insolvabilité devraient coopérer dans toute la mesure possible[15].

Coopération entre deux représentants de l'insolvabilité ou plus en cas de coordination procédurale

233. [29] La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsque plusieurs représentants de l'insolvabilité ont été nommés pour administrer des procédures d'insolvabilité faisant l'objet d'une coordination procédurale, ceux-ci devraient coopérer dans toute la mesure possible.

Formes de coopération

234. [30] Dans la mesure permise par la loi, la coopération dont les représentants de l'insolvabilité devraient faire preuve dans toute la mesure possible devrait être assurée par tout moyen approprié, notamment:

a) Le partage et la communication d'informations;

b) L'approbation ou l'application d'accords relatifs à la répartition des pouvoirs et des obligations entre les représentants de l'insolvabilité, y compris l'assignation d'un rôle de coordination ou d'un rôle prépondérant à un seul représentant de l'insolvabilité;

c) La coordination de la proposition et de la négociation de plans de redressement, [la communication avec les créanciers et les assemblées de créanciers]; et

d) La coordination de l'administration et de la surveillance des affaires des membres d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité, notamment des opérations courantes lorsque l'activité doit se poursuivre; du financement postérieur à l'ouverture de la procédure; de la protection des actifs; de l'utilisation et de la disposition d'actifs; de l'utilisation des pouvoirs d'annulation; de la déclaration et de l'admission des créances; et de la répartition du produit de la disposition entre les créanciers.

---

[15] Outre les dispositions de la loi sur l'insolvabilité relatives à la coopération et à la coordination, le tribunal peut en général indiquer les mesures à prendre à cette fin pendant l'administration des procédures.

G. Plan de redressement

1. Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant le plan de redressement dans le cadre d'un groupe d'entreprises est:

a) De faciliter le sauvetage coordonné des entreprises des membres d'un groupe soumis à la loi sur l'insolvabilité et ainsi de préserver les emplois et, dans les cas appropriés, de protéger les investissements; et

b) De faciliter la négociation et la proposition de plans de redressement coordonnés dans les procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises.

2. Contenu des dispositions législatives

Plan de redressement

235. [31] La loi sur l'insolvabilité devrait permettre de proposer des plans de redressement coordonnés dans les procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises.

236. [32] La loi sur l'insolvabilité peut disposer qu'un membre d'un groupe non visé par une procédure d'insolvabilité peut [volontairement] participer à un plan de redressement proposé pour deux membres ou plus visés par des procédures d'insolvabilité.

A/CN.9/WG.V/WP.85/Add.1 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-sixième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-2
II.	Faciliter la coordination de procédures multiples visant des membres d'un groupe par l'intermédiaire du membre exerçant le contrôle	3-13
III.	Faciliter la coopération et la communication	14-17
IV.	L'utilisation d'accords internationaux	18
V.	Faciliter la coordination – le représentant de l'insolvabilité	19-20

I. Introduction

1. À sa trente-cinquième session (17-21 novembre 2008), le Groupe de travail a examiné divers aspects du traitement international des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité et demandé au Secrétariat de préparer des projets de recommandations sur un certain nombre de ces questions: l'utilisation de la présomption établie à l'article 16-3 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (la Loi type) pour déterminer le centre d'un groupe afin de coordonner des procédures internationales; la coordination et la coopération dans les procédures internationales concernant des groupes d'entreprises; l'utilisation du projet d'aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale (le projet d'aide-mémoire); et la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique pour administrer des procédures dans différents États visant les membres du même groupe d'entreprises.

2. Comme il a été demandé, les projets de recommandations sur ces sujets sont inclus ci-dessous pour faciliter les discussions du Groupe de travail. Il n'est pas prévu que ces recommandations se substituent d'une manière ou d'une autre à l'adoption de la Loi type, puisque cette dernière a pour objet de faciliter la coordination des procédures internationales visant un débiteur autonome et non un groupe d'entreprises. Tout en notant la différence qui existe entre des recommandations législatives et une loi type, le Groupe de travail pourra néanmoins souhaiter suivre la même méthode de travail que celle utilisée pour le Guide législatif et son application aux groupes d'entreprises. Il pourrait commencer par examiner comment les articles de la Loi type pourraient s'appliquer à un groupe

d'entreprises et, s'ils ne le peuvent pas, quelles dispositions supplémentaires pourraient être nécessaires pour faciliter la coordination des procédures concernant des groupes d'entreprises, puis examiner la forme du texte législatif qui pourrait être utilisé pour atteindre cet objectif.

II. Faciliter la coordination de procédures multiples visant des membres d'un groupe par l'intermédiaire du membre exerçant le contrôle

A. Historique

3. Il a beaucoup été question ces derniers temps de l'application du concept de centre des intérêts principaux d'un débiteur autonome aux groupes d'entreprises avec des objectifs de niveau variable, comme le fait d'ouvrir les procédures d'insolvabilité pour tous les membres insolvables du groupe, où qu'ils se situent, dans le pays du centre des intérêts principaux afin de faciliter la coordination de ces procédures par l'intermédiaire de ce centre. Le concept est utilisé dans des affaires particulières pour déterminer le lieu éventuel de la procédure principale aux fins de la Loi type et du Règlement n° 1346/2000 du Conseil européen du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (le Règlement CE), mais son utilisation n'est pas universelle et il est uniquement reconnu par les États qui ont adopté l'un ou l'autre de ces instruments, ou les deux, ou qui y sont soumis. On a pris note, dans des documents de travail antérieurs, des difficultés rencontrées pour déterminer le centre des intérêts principaux et, en particulier, de certaines questions associées à cette détermination dans le cas de groupes d'entreprises (voir A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4, par. 3 à 15; A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2, par. 2 à 17; A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2, par. 6 à 12).

4. À sa trente-cinquième session, le Groupe de travail est convenu, d'une manière générale, qu'il serait difficile de trouver une définition du centre des intérêts principaux d'un groupe d'entreprises qui pourrait, par exemple, permettre de limiter l'ouverture de procédures parallèles et de réduire le nombre de lois susceptibles de s'appliquer dans les procédures d'insolvabilité ouvertes dans différents États à l'encontre de membres du même groupe (A/CN.9/666, par. 26 et 27). Il serait également difficile d'utiliser le centre des intérêts principaux d'un groupe pour appliquer le régime de reconnaissance de la Loi type aux groupes d'entreprises. D'autres chapitres de la Loi type pourraient difficilement être étendus aux groupes d'entreprises en tant que tels, mais pourraient être appliqués de façon limitée lorsqu'on détermine que le centre des intérêts principaux de certains membres du même groupe, ou de l'ensemble de ces membres, se trouve dans un même État. Il est arrivé que des tribunaux rencontrent une telle situation dans le cas d'un groupe d'entreprises international.

B. Questions à examiner

1. Objectifs de la détermination du centre de coordination

5. Le Groupe de travail a proposé une approche différente, qui serait axée sur l'identification du membre pouvant être considéré comme ayant le contrôle du groupe (au sens que le terme "contrôle" revêt dans la définition du groupe d'entreprises – voir A/CN.9/WG.V/WP.85, glossaire a)) et par l'intermédiaire duquel la coordination de plusieurs procédures d'insolvabilité visant des membres d'un même groupe pourrait être facilitée[1]. Le terme "centre de coordination" est employé pour désigner ce membre du groupe dans la présente note, mais d'autres termes pourraient également être adoptés. L'identification d'un centre de coordination pour le groupe d'entreprises pourrait servir certains objectifs fondamentaux, comme:

a) Faciliter la coordination de plusieurs procédures visant des membres d'un groupe d'entreprises afin de simplifier l'administration, d'accélérer la procédure, d'atteindre une plus grande efficacité et de réaliser davantage d'économies;

b) Encourager et autoriser la coopération entre les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité concernés;

c) Faciliter l'échange d'informations au sujet des créances, des actifs et des sûretés;

d) Permettre une meilleure réalisation des actifs du groupe, que ce soit par une liquidation ou un redressement; et

e) Coordonner la mobilisation et la fourniture d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure entre les membres du groupe.

6. Quels que soient les facteurs pouvant être utilisés pour déterminer ce membre du groupe, il est entendu, comme le Groupe de travail l'a noté, que ce membre serait considéré uniquement comme un premier entre ses pairs susceptible de diriger la coordination et la coopération. Il ne jouirait pas d'un certain nombre de pouvoirs supplémentaires quant à la conduite ou à l'administration de la procédure (A/CN.9/666, par. 31). Le Groupe de travail n'a pas étendu son examen au fait de savoir si cette coordination serait décidée et dirigée par le tribunal chargé de conduire la procédure visant le membre exerçant le contrôle (lorsque le tribunal remplit cette fonction) ou le représentant de l'insolvabilité compétent (voir ci-dessous, projet de recommandation 15).

2. Facteurs permettant de déterminer le membre du groupe exerçant le contrôle

7. En ce qui concerne l'identification de ce membre du groupe, le Groupe de travail a noté qu'il serait possible de s'inspirer de la présomption réfragable prévue

---

[1] Le Groupe de travail souhaitera peut-être prendre note du principe 1 du Concordat sur l'insolvabilité internationale du Comité J de l'Association internationale du barreau, adopté en 1996, qui recommande, s'agissant d'une entité ou d'une personne ayant des liens internationaux qui fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité, de confier à un seul for la responsabilité principale de coordonner toutes les procédures d'insolvabilité se rapportant à cette entité ou cette personne.

à l'article 16-3 de la Loi type. L'approche générale d'une telle recommandation serait de faciliter l'identification d'un membre coordonnateur et d'encourager une large reconnaissance de la partie identifiée, et non de suggérer que ce centre, une fois déterminé, doive automatiquement être reconnu dans chaque État (A/CN.9/666, par. 31). Toutefois, la reconnaissance et l'acceptation généralisées de cette approche faciliteraient la coordination des procédures internationales. Le projet de recommandation 1 est fondé sur l'article 16-3 de la Loi type.

8. Le Groupe de travail a également noté que les facteurs exposés aux paragraphes 6 et 13 du document A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4 pourraient permettre de réfuter cette présomption (A/CN.9/666, par. 32) et qu'ils devraient être considérés comme un tout. Ces facteurs sont exposés dans le projet de recommandation 2 ci-dessous. Toutefois, le Groupe de travail souhaitera peut-être réexaminer si ces facteurs sont adaptés pour déterminer le membre du groupe dont on peut dire qu'il "contrôle" le groupe. Ces facteurs, bien que généralement acceptés comme pertinents pour déterminer le lieu pouvant être considéré comme celui où un débiteur autonome réalise ses principales activités, ne sont pas tous pertinents pour analyser les questions de contrôle dans le contexte d'un groupe d'entreprises. Bien que les définitions de ce que constitue le contrôle dans un tel contexte varient d'un État à l'autre et dépendent largement de l'objectif pour lequel la définition est utilisée, certains facteurs habituellement associés au concept sont examinés dans le document A/CN.9/WG.V/WP.74, par. 35 à 38, et peuvent comprendre:

a) La détention, directe ou indirecte, d'un certain pourcentage du capital ou des votes des membres du groupe;

b) La capacité de déterminer la politique financière et opérationnelle des membres du groupe, ainsi que leur processus de prise de décisions;

c) La capacité de nommer ou de révoquer l'ensemble ou la majorité des administrateurs ou des responsables dirigeants des membres du groupe;

d) La capacité d'exprimer la majorité des votes susceptibles d'être exprimés lors d'une assemblée générale d'un membre du groupe ou de régir la manière dont ils seront exprimés, que cette capacité soit acquise par l'intermédiaire d'actions ou d'options.

9. Parmi les informations pouvant avoir une importance pour l'examen de ces facteurs figurent notamment les documents de constitution du membre du groupe; des détails sur l'actionnariat du membre; des informations sur les décisions stratégiques essentielles du membre; les accords de gestion interne et externe; des détails sur les comptes bancaires et leur gestion ainsi que les fondés de pouvoir; et des informations relatives aux employés.

3. Déterminer l'étendue du groupe d'entreprises

10. Une question préliminaire dont l'examen pourrait s'avérer nécessaire concerne l'étendue du groupe d'entreprises lui-même afin de déterminer le centre de coordination. Il peut être très important de savoir quelles entreprises, solvables ou insolvables, peuvent être considérées comme faisant partie du groupe et comment différentes lois donnant différentes définitions de ce que constitue un groupe dans différents États s'appliqueront. S'il est possible de déterminer un centre de

coordination, celui-ci devra savoir quelle procédure d'insolvabilité il pourra coordonner à l'égard de quelles entreprises.

4. Responsabilité de la détermination

11. Une autre question peut être l'attribution de la responsabilité de déterminer quel membre du groupe exerce le contrôle aux fins envisagées. Il pourrait s'agir du tribunal ou, lorsque ce dernier n'a pas de rôle de supervision dans la procédure d'insolvabilité, le représentant de l'insolvabilité ou un débiteur non dessaisi. S'il s'agit du tribunal, lequel est compétent pour déterminer le membre exerçant le contrôle? Une possibilité serait le tribunal qui reçoit la première demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité visant une ou plusieurs entreprises pouvant être considérées comme faisant partie d'un groupe. Une deuxième possibilité serait d'exiger que cette décision soit prise suite à la coordination d'un certain nombre de tribunaux ayant reçu des demandes visant des membres du groupe. Lorsque la première demande est formée dans le pays où se trouve la maison mère du groupe, la solution peut être relativement simple. Par contre, lorsque la première demande est formée à l'encontre d'un membre situé plus bas dans la structure du groupe, le tribunal peut être confronté à un choix plus difficile. Une fois la détermination faite, une question connexe peut être de savoir comment encourager les autres pays à reconnaître ce membre du groupe comme étant le centre de coordination et à lui faciliter l'accomplissement de sa tâche.

12. Une autre question à examiner a trait aux pouvoirs que le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité peut demander afin de mener la coordination. Il est possible de répondre en partie à cette question par des dispositions inspirées du chapitre IV de la Loi type, qui forme la base des projets de recommandations proposés ci-dessous en matière de coordination et de coopération.

5. Pluralité de membres du groupe exerçant le contrôle

13. Une autre question porte sur le nombre de membres qu'il est possible d'identifier comme contrôlant un groupe. Il peut être nécessaire, à cet égard, de garder à l'esprit qu'il existe de nombreux groupes diversifiés dans lesquels il n'existe pas forcément une entreprise unique exerçant le contrôle, mais plutôt un certain nombre de sous-groupes différents ou d'unités d'entreprises distinctes. En pareil cas, pour faciliter la coordination internationale, il serait nécessaire qu'une entreprise d'un rang suffisamment élevé dans la structure organisationnelle du groupe coordonne la procédure au sein de l'unité distincte ou entre un certain nombre de membres distincts, mais suffisamment important, pouvant être redressés comme unités à part entière. Sur cette base, un certain nombre de centres de coordination peuvent être déterminés dans les grands groupes d'entreprises.

6. Recommandations

Déterminer le centre de coordination d'un groupe d'entreprises

1) La loi sur l'insolvabilité peut préciser que, en l'absence de preuve contraire, le siège statutaire du membre du groupe contrôlant le groupe d'entreprises est présumé être le centre de coordination du groupe d'entreprises aux fins de direction de la coordination des procédures d'insolvabilité visant des membres du groupe dans différents États.

2) La loi sur l'insolvabilité devrait préciser que les facteurs suivants [peuvent] [devraient] être pris en compte pour réfuter la présomption de la recommandation 1:

a) La nature ou l'ampleur de toute activité commerciale menée au lieu de situation du siège statutaire;

b) Le lieu de situation des employés, des dirigeants, des actifs de la société et de l'administration du membre du groupe, notamment ses livres et registres comptables et ses comptes bancaires;

c) Le lieu de situation de la majorité des créanciers du membre du groupe ou d'une majorité des créanciers qui seraient touchés par l'affaire;

d) Le degré d'indépendance du membre du groupe quant à la prise de décisions en matière de finances, de gestion et de politique;

e) La loi applicable à la plupart des litiges, aux arrangements financiers entre les membres du groupe, y compris la structure du capital et les services de comptabilité;

f) La répartition de la responsabilité pour la fourniture de documents techniques et juridiques et la signature des contrats; et

g) Le lieu de la conception, de la commercialisation, de l'établissement des prix et de la livraison des produits et de l'exercice des fonctions de direction.

III. Faciliter la coopération et la communication

A. Généralités

14. Le chapitre IV de la Loi type traite de la coordination et de la coopération entre tribunaux, entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité et entre représentants de l'insolvabilité, mais il vise les débiteurs individuels et n'a donc qu'une application limitée pour les groupes d'entreprises. À sa trente-cinquième session, le Groupe de travail a noté, lorsqu'il a abordé les questions internationales, que l'interprétation des parties de la Loi type sur la coordination et la coopération pourrait être étendue aux groupes d'entreprises (A/CN.9/666, par. 63).

15. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il serait possible de parvenir à cette interprétation par une série de recommandations étendant les articles 25 et 26 de la Loi type aux groupes d'entreprises et en exposant dans les détails les formes de coopération énoncée à l'article 27. En examinant cette question, il voudra peut-être examiner, comme il a été noté ci-dessus au paragraphe 2, si l'on pourrait envisager une autre forme de texte législatif qu'une recommandation ou si l'on pourrait utiliser une autre forme d'instrument interprétatif.

16. Les projets de recommandations 3 à 6 ci-dessous sont fondés sur les articles 25 et 26 de la Loi type; les projets de recommandations 3 et 4 concernent l'autorisation de la coopération dans toute la mesure possible, et les projets de recommandations 5 et 6 la communication. Une question que le Groupe de travail voudra peut-être examiner est de savoir si les recommandations 5 et 6 devraient être limitées aux membres particuliers d'un groupe ou s'appliquer plus généralement aux membres du groupe visés par une procédure d'insolvabilité. Par exemple, un représentant de

l'insolvabilité A peut être nommé dans l'État A pour le membre A du groupe. Le membre A peut avoir des actifs dans l'État B, où plusieurs autres membres du groupe, B, C et D sont soumis à une procédure d'insolvabilité. Le représentant de l'insolvabilité A peut-il communiquer avec le tribunal de l'État B et les représentants de l'insolvabilité de B, C et D sur des questions concernant le membre A du groupe, ainsi qu'au sujet de B, C et D dans la mesure où ils sont concernés par l'insolvabilité de A et le redressement du groupe dont ils sont tous membres? Le représentant de l'insolvabilité A serait-il habilité à obtenir ces informations et, dans ce cas, les projets de recommandations 4 et 6 seraient-ils suffisants à cette fin ou bien faudrait-il aborder la question de façon plus spécifique?

17. Les projets de recommandations 7 à 13 traitent en détail la coopération dans toute la mesure possible entre tribunaux, tribunaux et représentants de l'insolvabilité, et représentants de l'insolvabilité. Ils s'inspirent du projet de recommandation 234 concernant les groupes nationaux d'entreprises, ainsi que d'autres sources, y compris le projet d'aide-mémoire, les Directives applicables aux communications de tribunal à tribunal dans des cas transfrontaliers[2] et les Directives pour la communication et la coopération en matière d'insolvabilité transfrontalière (European Communication and Cooperation Guidelines for Cross-Border Insolvency)[3].

B. Recommandations

Coopération entre le tribunal et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers

(Article 25.1 de la Loi type)

3) La Loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le tribunal qui est compétent pour la procédure d'insolvabilité concernant un membre d'un groupe d'entreprises à coopérer dans toute la mesure possible avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers, soit directement, soit par l'intermédiaire du représentant de l'insolvabilité ou d'une autre personne nommée dans le présent État, pour faciliter la coordination de ces procédures et des procédures ouvertes dans d'autres États à l'encontre de ce groupe d'entreprises.

Coopération entre le représentant de l'insolvabilité et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers

(Article 26.1 de la Loi type)

4) La Loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité nommé pour administrer la procédure d'insolvabilité concernant un membre d'un groupe d'entreprises dans le présent État, dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, à coopérer dans toute la mesure possible avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers pour faciliter la coordination de ces procédures et des procédures ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres de ce groupe d'entreprises.

---

[2] Publiées par l'American Law Institute (2000) et adoptées par l'International Insolvency Institute.

[3] Élaborées par INSOL Europe, Branche universitaire (2007).

Communication directe entre le tribunal et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers

(Articles 25.2 et 26.2 de la Loi type)

5) La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le tribunal qui est compétent pour la procédure d'insolvabilité concernant un membre d'un groupe d'entreprises à communiquer directement avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers ou à leur demander directement des renseignements au sujet de ces procédures et des procédures ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres de ce groupe d'entreprises.

6) La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser un représentant de l'insolvabilité nommé pour administrer une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un membre d'un groupe d'entreprises dans le présent État, dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, à communiquer directement avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers au sujet de ces procédures et des procédures ouvertes dans d'autres États à l'encontre de ce groupe d'entreprises.

Formes de la coopération et de la communication entre les tribunaux [et entre les tribunaux et les représentants étrangers]

7) Dans la mesure permise par le droit applicable, la coopération dans toute la mesure possible entre les tribunaux [et entre les tribunaux et les représentants étrangers] peut être assurée par tout moyen approprié, notamment:

a) La remise au tribunal étranger [ou au représentant étranger] de copies des documents délivrés par le tribunal concernant les membres du groupe d'entreprises soumis à la procédure d'insolvabilité, y compris des ordonnances officielles, des jugements et des transcriptions de procédures;

b) La remise au tribunal étranger [ou au représentant étranger] de copies de documents qui ont été ou doivent être déposés auprès du tribunal concernant les membres du groupe d'entreprises; et

c) La participation à des communications bilatérales avec le tribunal étranger [ou le représentant étranger] par téléphone, vidéoconférence ou autres moyens électroniques.

Garanties

8) La loi [sur l'insolvabilité] devrait spécifier que la communication entre les tribunaux [et entre les tribunaux et les représentants étrangers] devrait être soumise aux conditions suivantes:

a) Le moment, le lieu et les modalités de la communication devraient être convenues entre les tribunaux [ou entre les tribunaux et les représentants étrangers];

b) Notification de toute communication proposée devrait être donnée aux parties visées dans tous les États concernés conformément au droit applicable et selon les modalités considérées appropriées par les tribunaux;

c) Les parties visées ou leurs représentants, selon le cas, devraient avoir le droit de participer en personne pendant la communication, à moins qu'il n'en soit convenu autrement par les tribunaux;

d) La communication peut être enregistrée et une transcription écrite établie selon les instructions des tribunaux. Cette transcription peut être traitée comme une transcription officielle de la communication, classée comme partie du compte rendu de la procédure et mise à la disposition du tribunal et des représentants des parties dans les deux tribunaux; et

e) Les communications entre les tribunaux [et entre les tribunaux et les représentants étrangers] devraient être traitées comme confidentielles dans la mesure considérée appropriée par les tribunaux et conformément au droit applicable.

9) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la communication conformément à ces recommandations ne devrait pas:

a) Constituer un compromis ou une renonciation par les tribunaux à quelque pouvoir, responsabilité ou autorité;

b) Constituer une détermination substantive de quelque matière controversée devant le tribunal ou devant le tribunal étranger;

c) Constituer une renonciation par l'une des parties impliquées à quelque droit fondamental qu'elle peut avoir ou quelque réclamation; ou

d) Diminuer l'effet de quelque ordonnance émise par le tribunal ou par le tribunal étranger.

Auditions conjointes

10) La loi sur l'insolvabilité peut autoriser le tribunal à mener une audition conjointe avec un tribunal étranger[4].

Formes de la coopération et de la communication entre les représentants de l'insolvabilité

(Groupes d'entreprises, projet de recommandation 234) [voir A/CN.9/WG.V/WP.85]

11) Dans la mesure permise par la loi, la coopération dont les représentants de l'insolvabilité devraient faire preuve dans toute la mesure possible devrait être assurée par tout moyen approprié, notamment:

a) Le partage et la communication d'informations concernant les membres du groupe d'entreprises soumis à une procédure d'insolvabilité, à condition que des dispositions appropriées soient prises pour protéger les informations confidentielles. La fourniture d'informations peut comprendre la remise sur demande de copies de documents à un coût raisonnable;

b) L'utilisation d'accords du type mentionné dans l'aide-mémoire de la CNUDCI sur la coordination, la coopération et la communication dans les

---

[4] Lorsque des auditions conjointes sont autorisées, elles peuvent être soumises à certaines conditions qui garantissent les droits des parties et la compétence de chaque tribunal. Ces conditions pourraient concerner les règles applicables à la conduite de l'audition; les prescriptions relatives à l'envoi d'une notification; la méthode de communication à utiliser pour que les tribunaux puissent chacun entendre l'autre; les conditions applicables au droit de comparaître et d'être entendu; les modalités de soumission des documents au tribunal et leur disponibilité pour les autres tribunaux; et les limites de la compétence de chaque tribunal aux parties comparaissant devant lui.

procédures d'insolvabilité internationale [voir les projets de recommandations 14 et 15 ci-dessous];

c) Dans la mesure permise par la loi, la répartition des pouvoirs et des obligations entre les représentants de l'insolvabilité, y compris l'assignation d'un rôle de coordination ou d'un rôle prépondérant à un seul représentant de l'insolvabilité;

d) La coordination de la proposition et de la négociation de plans de redressement coordonnés, la communication avec les créanciers et les réunions de créanciers; et

e) La coordination de l'administration et de la surveillance des affaires des membres d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité, notamment des opérations courantes lorsque l'activité doit se poursuivre; du financement postérieur à l'ouverture de la procédure; de la protection des actifs; de l'utilisation et de la disposition d'actifs; de l'utilisation des pouvoirs d'annulation; de la déclaration et de l'admission des créances; et de la répartition du produit de la disposition entre les créanciers.

12) La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser les représentants de l'insolvabilité à communiquer entre eux dès qu'ils sont nommés. Tout représentant de l'insolvabilité peut prendre l'initiative d'engager ou de poursuivre la communication avec d'autres représentants de l'insolvabilité et les représentants de l'insolvabilité peuvent déterminer la langue dans laquelle se feront les communications entre eux.

IV. L'utilisation d'accords internationaux

A. Généralités

18. À sa trente-cinquième session, le Groupe de travail est convenu que les accords internationaux étaient un moyen important de coordonner les procédures internationales visant les membres d'un groupe d'entreprises et qu'il serait possible d'inclure une autre recommandation pour encourager les législateurs et les tribunaux à s'inspirer du projet d'aide-mémoire (voir A/CN.9/666, par. 38) et à promouvoir l'utilisation de tels accords. Les États qui ont adopté l'article 27 de la Loi type ont déjà reconnu que ceux-ci étaient un moyen par lequel la coopération envisagée aux articles 25 et 26 pourrait être mise en œuvre. Toutefois, tous les États qui ont adopté des dispositions fondées sur la Loi type n'ont pas inclus l'article 27 et il n'y a de ces accords qu'une connaissance et une expérience très limitées. En outre, la Loi type ne prévoit pas d'autorisation spécifique pour que les représentants de l'insolvabilité ou d'autres parties ou encore le tribunal concluent de tels accords.

B. Recommandations

Pouvoir de conclure des accords internationaux

13) La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser les représentants de l'insolvabilité et les autres parties intéressées à conclure et, dans la mesure permise ou exigée par la loi, à demander l'approbation [par les tribunaux] d'accords internationaux afin de faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité à l'encontre d'un membre ou plus d'un groupe d'entreprises dans différents États.

Approbation ou application d'accords internationaux

14) La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser les tribunaux à approuver ou appliquer des accords internationaux afin de faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises dans différents États.

V. Faciliter la coordination – le représentant de l'insolvabilité

A. Généralités

19. La question de la promotion de la coordination peut également être abordée par le biais du représentant de l'insolvabilité, en facilitant non seulement la communication et la coopération mais aussi, par exemple, la nomination du même représentant de l'insolvabilité pour des procédures multiples concernant des membres du même groupe dans différents États où cette personne (physique ou morale) répond aux conditions locales applicables. Lorsqu'une telle personne pourrait être nommée, elle serait soumise au droit local des États dans lesquels elle a été nommée. Tout en reconnaissant les difficultés potentielles en ce qui concerne la possibilité de disposer d'une telle compétence, le Groupe de travail a noté à sa trente-cinquième session qu'une telle approche pourrait être possible (A/CN.9/666, par. 105). Le projet de recommandation 230 sur les groupes nationaux pourrait être étendu à cet effet. La nomination pourrait être celle d'une personne physique qualifiée pour agir dans différents États ou une personne morale, lorsque celle-ci comprend des individus possédant les qualifications appropriées qui pourraient jouer le rôle de représentants de l'insolvabilité dans un certain nombre d'États différents. Bien que la disponibilité de personnes possédant les qualifications appropriées risque généralement d'être limitée, il peut y avoir des régions où elle est plus courante ou est rendu de plus en plus possible du fait de la mondialisation des échanges et des services. Lorsqu'une telle approche est adoptée, il peut être nécessaire d'envisager des dispositions pour éviter les conflits d'intérêts potentiels en s'inspirant du projet de recommandation 231.

20. Les recommandations ci-après sont proposées pour examen par le Groupe de travail.

B. Recommandations

Nomination du même représentant de l'insolvabilité

15) La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le tribunal à agir en coordination avec les tribunaux étrangers pour ce qui est de la nomination du même représentant de l'insolvabilité pour administrer la procédure d'insolvabilité concernant les membres d'un même groupe d'entreprises dans différents États, à condition que le représentant de l'insolvabilité soit qualifié pour être nommé dans chacun des États concernés. Dans la mesure exigée par la loi [sur l'insolvabilité], le représentant de l'insolvabilité serait soumis à la surveillance du tribunal qui le nomme.

F. Note du Secrétariat concernant le projet d'aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-sixième session

(A/CN.9/WG.V/WP.86 et Add.1 à 3) [Original: anglais]

1. Le présent Aide-mémoire a été établi par le Secrétariat suite à une proposition, faite à la trente-huitième session de la Commission (2005), d'entreprendre des travaux sur la coordination et la coopération dans les affaires d'insolvabilité internationale, notamment sur la négociation et l'utilisation d'accords d'insolvabilité internationale, ce thème ayant une relation non seulement étroite mais également complémentaire avec la promotion et l'utilisation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (ci-après la "Loi type de la CNUDCI") et, en particulier, l'application de son article 27, alinéa d).

2. À sa trente-neuvième session (2006), la Commission est convenue que des travaux initiaux de compilation d'informations sur l'expérience pratique de la négociation et de l'utilisation des accords d'insolvabilité internationale devraient être facilités de manière informelle par le biais de consultations avec des juges et des praticiens de l'insolvabilité et qu'un rapport préliminaire sur l'avancement de ces travaux devrait lui être présenté pour qu'elle puisse examiner plus avant la question à sa quarantième session, en 2007[1].

3. À la première partie de sa quarantième session (2007), la Commission a examiné un rapport préliminaire résumant l'expérience dans le domaine de la négociation et de l'utilisation des protocoles d'insolvabilité internationale (A/CN.9/629). Elle s'est déclarée satisfaite des progrès réalisés dans les travaux de compilation des données d'expérience pratique en matière de négociation et d'utilisation des accords d'insolvabilité internationale et a réaffirmé que le Secrétariat devrait poursuivre ces travaux de manière informelle, en consultation avec des juges, des praticiens et d'autres experts[2].

4. À sa quarante et unième session, la Commission était saisie d'une note du Secrétariat rendant compte des nouveaux progrès accomplis dans le cadre de ces travaux (A/CN.9/654). Elle a noté que des consultations supplémentaires avaient été menées avec des juges et des praticiens de l'insolvabilité, et que le Secrétariat avait réalisé une compilation des données d'expérience pratique, organisée d'après le plan annexé au rapport précédent dont elle avait été saisie (A/CN.9/629). Elle a décidé que la compilation devrait être présentée sous forme de document de travail au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-cinquième session (Vienne, 17-21 novembre 2008) pour un premier examen. Le Groupe pourrait alors décider de poursuivre son examen à sa trente-sixième session en avril et mai 2009 et formuler des recommandations à la quarante-deuxième session de la Commission, en 2009, sans perdre de vue que la coordination et la coopération fondées sur des accords d'insolvabilité internationale revêtiraient probablement une importance

---

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

[2] Ibid., *soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 190 et 191.

considérable dans la recherche de solutions dans le traitement international des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité. La Commission a décidé de planifier les travaux de sa quarante-deuxième session en 2009, de sorte qu'elle puisse, si nécessaire, consacrer du temps à l'examen des recommandations du Groupe de travail V[3].

5. À sa trente-cinquième session, en novembre 2008, le Groupe de travail V a commencé son examen de la coopération, de la communication et de la coordination dans les procédures d'insolvabilité en se fondant sur le document A/CN.9/WG.V/WP.83, qui contient le projet d'aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale ("l'Aide-mémoire") (voir A/CN.9/666, par. 12 à 22). À cette session, il est convenu que l'Aide-mémoire devait être distribué aux gouvernements pour commentaire avant sa trente-sixième session devant se tenir en mai 2009. Une version révisée devrait lui être présentée à cette session, en vue de son examen et adoption par la Commission à sa quarante-deuxième session en 2009, conformément au mandat de la Commission (voir A/CN.9/666, par. 22).

6. Les commentaires reçus des gouvernements sont présentés dans les documents A/CN.9/WG.V/WP.86/Add.1 à 3. Le Secrétariat en a tenu compte pour réviser le projet d'aide-mémoire.

7. La version révisée de l'Aide-mémoire est présentée ci-après. L'introduction explique la structure, la portée et le contenu de l'Aide-mémoire.

Aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

Introduction 1-17

A. Structure et portée de l'Aide-mémoire 1-5

B. Glossaire 6-17

I. Contexte général 1-22

A. Le cadre législatif de l'insolvabilité internationale 1-3

B. Initiatives internationales 4-22

II. Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: formes possibles de coopération en vertu de l'article 27 1-21

A. Article 27 a): Nomination d'une personne chargée d'agir suivant les instructions du tribunal 2-3

B. Article 27 b): Communication d'informations jugées appropriées par le 4-10

[3] Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 321.

tribunal

C. Article 27 c): Coordination de l'administration et de la surveillance des biens du débiteur 11

D. Article 27 d): Approbation ou application d'accords concernant la coordination des procédures 12-13

E. Article 27 e): Coordination des procédures concurrentes 14-16

F. Article 27 f): Autres formes de coopération 17-21

III. Accords internationaux 1-190

A. Questions préliminaires 1-34

1. Qu'entend-on par accord international? 4-9

2. Circonstances pouvant justifier le recours à un accord international 10

3. Calendrier des négociations 11-12

4. Parties à un accord international 13-15

5. Capacité de conclure un accord international 16-20

6. Forme des accords 21-23

7. Dispositions figurant généralement dans les accords internationaux 24-26

8. Effet juridique des accords internationaux 27-29

9. Mesures de protection 30-32

10. Problèmes éventuels et moyens de les résoudre 33-34

B. Comparaison d'accords d'insolvabilité internationale 35-190

1. Dispositions liminaires 36-47

a) Parties 37-39

b) Rappel des faits ou historique de l'insolvabilité 40-41

c) Champ d'application 42

d) Objet 43-46

e) Langue de l'accord et langue de communication 47

2. Terminologie et règles d'interprétation 48-51

a) Terminologie 48-49

b) Règles d'interprétation 50-51

3. Tribunaux 52-85

a) Courtoisie internationale et indépendance des tribunaux 53-54

b) Répartition des rôles entre les tribunaux 55-70

c) Limitation volontaire de compétence 71-74

d) Droit de comparaître et d'être entendu 75-83
e) Procédures à venir 84-85
4. Administration des procédures. 86-101
a) Ordre de priorité des procédures 87-88
b) Arrêt des poursuites 89-95
c) Loi applicable 96-101
5. Répartition des rôles entre les parties à l'accord 102-137
a) Moyens généraux de coopération 104-106
b) Supervision du débiteur 107
c) Plans de redressement 108-112
d) Traitement des actifs 113-117
e) Répartition des rôles en ce qui concerne l'ouverture de procédures . 118-119
f) Traitement des créances 120-134
g) Financement postérieur à l'ouverture de la procédure. 135-137
6. Communication 138-171
a) Communication entre tribunaux 140-150
b) Communication entre les parties 151-167
c) Confidentialité des communications 168-171
7. Efficacité, modification, révision et résiliation des accords 172-180
a) Efficacité et conditions requises pour l'efficacité 172-176
b) Modification, révision et résiliation d'un accord 177-180
8. Frais et rémunérations 181-184
9. Clauses d'encadrement 185-190
a) Préservation des droits et de la compétence 186-188
b) Limitation de la responsabilité 189
c) Garanties 190

Annexe

Résumé des affaires

Introduction

A. Structure et portée de l'Aide-mémoire

1. Le présent Aide-mémoire vise à fournir aux praticiens et aux juges des conseils sur des aspects pratiques de la coopération et de la communication dans les affaires d'insolvabilité internationale, en d'autres termes les affaires dans lesquelles des procédures d'insolvabilité sont ouvertes dans plusieurs États où le débiteur insolvable a des actifs ou dans lesquelles certains de ses créanciers ne se trouvent pas dans l'État d'ouverture de la procédure. Ces affaires concernent parfois des débiteurs autonomes, mais plus généralement des groupes d'entreprises dont les locaux, les activités commerciales et les actifs sont situés dans de multiples États. Les conseils se fondent sur une description des expériences et des pratiques qui ont été recensées et accordent une place particulière à l'utilisation et à la négociation d'accords internationaux, dont certains sont analysés ici, qu'il s'agisse d'accords écrits homologués par les tribunaux ou d'arrangements verbaux entre les parties aux procédures, conclus dans le cadre d'affaires d'insolvabilité internationale au cours des 10 dernières années. Le présent Aide-mémoire n'a aucune vocation normative mais vise plutôt à illustrer comment l'utilisation de ces accords, adaptés en fonction des besoins de chaque affaire et des dispositions particulières de la loi applicable, pourrait faciliter la résolution des problèmes et des conflits susceptibles de surgir dans des affaires d'insolvabilité internationale.

2. La première partie de l'Aide-mémoire examine l'importance grandissante de la coordination et de la coopération dans les affaires d'insolvabilité internationale et présente brièvement les divers textes internationaux élaborés en la matière ces dernières années. Ces textes abordent différents aspects de l'insolvabilité internationale: certains constituent un cadre législatif visant à faciliter la coopération et la coordination dans les affaires d'insolvabilité internationale, d'autres énoncent des principes qui pourraient être inclus dans des accords internationaux ou être adoptés par les tribunaux pour servir de cadre de référence aux communications internationales.

3. La deuxième partie développe l'article 27, notamment son alinéa d), de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (ci-après la "Loi type de la CNUDCI" ou la "Loi type"), en examinant différents moyens de coopérer dans les affaires d'insolvabilité internationale.

4. La troisième partie examine en détail le recours à l'un des moyens de coopération, évoqué à l'article 27, alinéa d), de la Loi type de la CNUDCI, à savoir les accords internationaux. L'analyse réalisée dans cette partie se fonde sur l'expérience pratique en matière de négociation et d'utilisation de ces accords, notamment dans les affaires mentionnées en annexe. Elle comporte également un certain nombre de ce que l'on appellera ici "exemples de clauses", inspirés à divers degrés des dispositions prévues dans ces différents accords internationaux. Ces clauses illustrent comment diverses questions ont été traitées ou pourraient l'être. Il ne s'agit toutefois pas de dispositions types destinées à être incorporées directement dans un accord international (voir aussi "*Exemples de clauses*", par. 16 et 17 ci-dessous).

5. L'annexe inclut les résumés des affaires dans lesquelles ont été utilisés les accords internationaux qui ont servi de base au présent Aide-mémoire. Les résumés donnent un aperçu de la teneur de ces accords et, le cas échéant, des raisons pour lesquelles ils ont été négociés. Les motifs détaillés de l'utilisation de l'accord ne figurent généralement pas dans l'accord lui-même.

B. Glossaire

1. Notes sur la terminologie

6. Les définitions suivantes visent à fournir des orientations au lecteur. De nombreux termes employés ici ayant des sens fondamentalement différents selon les systèmes juridiques, l'acception que leur donne l'Aide-mémoire est expliquée ci-après, de sorte que les concepts considérés soient clairs et compris de tous. L'Aide-mémoire utilise, lorsqu'il y a lieu, une terminologie commune à la Loi type de la CNUDCI et au Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (ci-après le "Guide législatif de la CNUDCI"). Pour la commodité du lecteur, cette terminologie est reproduite ci-dessous.

a) Emploi du terme "tribunal" dans l'Aide-mémoire

7. L'Aide-mémoire emploie le terme "tribunal" de la même manière que le Guide législatif, en partant du principe qu'un tribunal exerce tout au long de la procédure d'insolvabilité une surveillance qui peut comprendre la faculté d'ouvrir la procédure, de nommer le représentant de l'insolvabilité, de superviser ses activités et de prendre des décisions au cours de la procédure. Bien que ce principe soit valable en règle générale, d'autres solutions peuvent être envisagées lorsque, par exemple, les tribunaux ne sont pas en mesure de traiter les affaires d'insolvabilité (que ce soit par manque de ressources ou d'expérience en la matière) ou que l'on préfère confier cette surveillance à une autre autorité (voir Guide législatif, première partie, chap. III, Cadre institutionnel).

8. Par souci de simplicité, le terme "tribunal" est employé dans l'Aide-mémoire dans le même sens qu'à l'alinéa e) de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI, à savoir qu'il désigne une autorité, judiciaire ou autre, compétente pour contrôler ou surveiller une procédure d'insolvabilité. Une autorité qui apporte un appui à la procédure d'insolvabilité ou qui y joue un rôle déterminé sans toutefois y exercer un pouvoir de décision ne serait pas considérée comme un "tribunal" au sens de l'Aide-mémoire.

b) Emploi du terme "accord international" dans l'Aide-mémoire

9. Les accords internationaux sont le plus souvent appelés "protocoles" dans certains États, bien que d'autres appellations soient utilisées, comme contrat d'administration de l'insolvabilité, accord de coopération et de compromis et mémorandum d'accord. Le présent Aide-mémoire vise à compiler des exemples de pratiques en tenant compte du plus large éventail possible d'accords internationaux et, comme le terme "protocole" ne reflète pas forcément la diversité des accords utilisés dans la pratique, il emploie le terme générique "accord international".

c) Règles d'interprétation

10. Le singulier inclut le pluriel; les mots "inclure", "comprendre" et leurs équivalents ne signifient pas que les énumérations qu'ils introduisent sont exhaustives; et les formules "tel que", "par exemple" et "notamment" doivent être interprétées de la même manière que le verbe "inclure" et ses équivalents.

11. Le terme "créanciers" devrait être interprété comme désignant à la fois les créanciers de l'État du for et les créanciers étrangers, sauf indication contraire.

12. Le terme "personnes" devrait être interprété comme désignant à la fois les personnes physiques et les personnes morales, sauf indication contraire.

2. Termes et définitions

13. On trouvera ci-après la définition de certains termes fréquemment employés dans l'Aide-mémoire. La plupart de ces termes sont définis dans le Guide législatif de la CNUDCI ou dans la Loi type de la CNUDCI. Ils ont la même acception dans l'Aide-mémoire que dans les autres textes. Leur définition est reproduite ici pour la commodité du lecteur:

a) "Accord international": accord, conclu verbalement ou par écrit, qui vise à faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité internationale ainsi que la coopération entre les tribunaux, entre les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité et entre les représentants de l'insolvabilité, et auquel participent aussi parfois d'autres parties intéressées;

b) "Actif grevé": actif sur lequel un créancier a une sûreté réelle;

c) "Actifs du débiteur": biens et droits du débiteur, notamment les droits sur des biens, en sa possession ou non, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, y compris les droits sur des actifs grevés ou sur des actifs appartenant à des tiers;

d) "Arrêt des poursuites": mesure qui empêche l'introduction, ou suspend la continuation, des actions individuelles, judiciaires, administratives ou autres, visant les actifs, les droits, les obligations ou les dettes du débiteur, y compris les actions visant à rendre une sûreté réelle opposable aux tiers ou à la réaliser; et qui empêche les mesures d'exécution contre les actifs de la masse de l'insolvabilité, la résiliation d'un contrat conclu avec le débiteur, ainsi que le transfert des actifs ou droits appartenant à la masse de l'insolvabilité, la constitution de sûretés sur ces actifs ou droits ou d'autres actes de disposition de ces actifs ou droits;

e) "Centre des intérêts principaux": lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers;

f) "Comité des créanciers": organe représentatif des créanciers dont les membres sont désignés conformément à la loi sur l'insolvabilité et qui est doté de pouvoirs consultatifs et autres spécifiés dans ladite loi;

g) "Cours normal des affaires": opérations réalisées à la fois:

i) dans le cadre de l'activité de l'entreprise du débiteur avant la procédure d'insolvabilité; et

ii) dans des conditions commerciales normales;

h) “Créance”: droit à paiement sur la masse du débiteur, qu’il naisse d’une dette, d’un contrat ou d’un autre type d’obligation juridique, qu’il soit d’un montant déterminé ou indéterminé, échu ou non échu, contesté ou non contesté, garanti ou non garanti, certain ou conditionnel;

i) “Créancier”: personne physique ou morale qui a contre le débiteur une créance née au moment de l’ouverture de la procédure d’insolvabilité ou avant;

j) “Débiteur non dessaisi”: débiteur qui, dans une procédure de redressement, garde les rênes de son entreprise, en conséquence de quoi le tribunal ne nomme pas de représentant de l’insolvabilité;

k) “Dispositions d’annulation”: dispositions de la loi sur l’insolvabilité permettant d’annuler ou de priver d’effet d’une autre manière des opérations visant à transférer des actifs ou à contracter des obligations avant une procédure d’insolvabilité et de recouvrer l’un quelconque des actifs transférés ou sa valeur dans l’intérêt collectif des créanciers;

l) “Établissement”: tout lieu d’opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services;

m) “Insolvabilité”: état d’un débiteur qui est généralement dans l’incapacité d’acquitter ses dettes à leur échéance ou situation dans laquelle son passif excède la valeur de ses actifs;

n) “Limitation volontaire de compétence”: fait pour un tribunal d’accepter de limiter, en faveur d’un autre tribunal, l’exercice de sa compétence sur certaines questions, notamment par exemple la faculté de connaître de certaines demandes et d’ordonner certaines décisions;

o) “Masse de l’insolvabilité”: actifs du débiteur qui font l’objet de la procédure d’insolvabilité;

p) “Ouverture de la procédure”: date effective de la procédure d’insolvabilité, qu’elle soit définie par la loi ou par une décision de justice;

q) “Partie intéressée”: toute partie sur les droits, obligations ou intérêts de laquelle une procédure d’insolvabilité ou des aspects particuliers d’une procédure d’insolvabilité ont des incidences, notamment le débiteur, le représentant de l’insolvabilité, un créancier, un actionnaire, un comité des créanciers, une autorité publique ou toute autre personne ainsi concernée. Ne devraient pas être considérées comme des parties intéressées les personnes ayant un intérêt lointain ou diffus sur lequel la procédure d’insolvabilité aurait des incidences;

r) “Plan de redressement”: plan par lequel la prospérité et la viabilité financières de l’entreprise d’un débiteur peuvent être rétablies;

s) “Priorité”: droit d’une créance de primer une autre créance, lorsque ce droit naît par l’effet de la loi;

t) “Procédure d’insolvabilité”: procédure collective, soumise à la supervision d’un tribunal, en vue d’un redressement ou d’une liquidation;

u) “Procédure non principale”: procédure d’insolvabilité, autre qu’une procédure principale, qui a lieu dans un État où le débiteur a un établissement. Les procédures non principales ouvertes dans les États membres de l’Union européenne conformément au Règlement CE sont appelées “procédures secondaires”[4];

v) “Procédure principale”: procédure d’insolvabilité qui a lieu dans l’État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux[5];

w) “Procédure secondaire”: procédure non principale conduite dans les États membres de l’Union européenne conformément au Règlement CE;

x) “Redressement”: processus par lequel la prospérité et la viabilité financières de l’entreprise d’un débiteur peuvent être rétablies et l’entreprise continuer de fonctionner par le recours à différents moyens pouvant comprendre la remise des dettes, le rééchelonnement des dettes, la conversion de créances en prises de participation et la cession totale ou partielle de l’entreprise en vue de la poursuite de l’activité;

y) “Représentant de l’insolvabilité”: personne ou organe, même nommé(e) à titre provisoire, habilité(e) dans une procédure d’insolvabilité à administrer le redressement ou la liquidation de la masse de l’insolvabilité;

z) “Tribunal”: autorité judiciaire ou autre compétente pour contrôler ou superviser une procédure d’insolvabilité[6];

3. Références

a) Affaires citées

14. L’Aide-mémoire et, en particulier, les notes de bas de page, font référence à certaines affaires. En général, il s’agit d’affaires qui sont citées et résumées en annexe et qui ne sont mentionnées dans le corps de l’Aide-mémoire que sous forme abrégée (par exemple: GBFE pour Greater Beijing First Expressways Limited ou Systech pour Systech Retail Systems Corporation). Les numéros de page ou de paragraphe mentionnés en rapport avec ces affaires correspondent aux numéros de page ou de paragraphe de la version anglaise accessible au public de l’accord international considéré; un grand nombre de ces accords n’existe qu’en version anglaise. Les affaires qui ne figurent pas en annexe ne sont citées que dans les notes en bas de page.

b) Textes cités

15. Le présent Aide-mémoire renvoie, lorsqu’il y a lieu, à plusieurs textes internationaux qui traitent divers aspects de la coordination des affaires d’insolvabilité internationale, à savoir:

i) Le “Concordat”: Concordat sur l’insolvabilité internationale (Cross-Border Insolvency Concordat), adopté par la Section du droit des affaires de l’Association internationale du barreau (Paris, 17 septembre 1995) et par le Conseil de l’Association (Madrid, 31 mai 1996);

---

[4] Voir Loi type de la CNUDCI, art. 2 c) et f).
[5] Voir Loi type de la CNUDCI, art. 2 b) et 16-3.
[6] Voir ci-dessus par. 7 et 8.

ii) La “Loi type de la CNUDCI”: Loi type de la CNUDCI sur l’insolvabilité internationale et Guide pour son incorporation (1997);

iii) Les “Directives sur les communications entre tribunaux”: Directives applicables aux communications de tribunal à tribunal dans des cas transfrontaliers, publiées par l’American Law Institute (16 mai 2000) et adoptées par l’International Insolvency Institute (10 juin 2001);

iv) Le “Règlement CE”: Règlement (CE) nº 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d’insolvabilité;

v) Le “Guide législatif de la CNUDCI”: Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l’insolvabilité (2004);

vi) Les “Directives Co-Co”: Directives européennes pour la communication et la coopération en matière d’insolvabilité transfrontalière (European Communication and Cooperation Guidelines for Cross-Border Insolvency), élaborées par INSOL Europe, Branche universitaire (2007).

c) Exemples de clauses

16. Les exemples de clauses figurant dans l’Aide-mémoire ne servent que d’illustrations. Ils montrent comment pourraient être rédigées les dispositions d’un accord international abordant les thèmes examinés à la partie III, à partir d’ accords internationaux existants. Il est recommandé de les lire en même temps que l’examen du thème correspondant, présenté dans les paragraphes qui précèdent. Il est à noter que ces exemples de clauses ne sont pas destinés à servir de clauses types et ne sauraient être exhaustifs. Ils ne sauraient non plus servir de base à ce que l’on pourrait considérer comme un protocole type. Certaines dispositions vaudront peut-être uniquement pour une affaire particulière tandis que d’autres plus générales seront utilisées plus souvent. Enfin, certains exemples de clauses n’ont effet que s’ils sont approuvés par les tribunaux concernés, par exemple quand ils se rapportent aux rôles des tribunaux ou répartissent les rôles entre tribunaux.

17. L’Aide-mémoire souligne par conséquent la nécessité d’une approche individualisée pour chaque accord international, en reconnaissant qu’un tel accord doit être rédigé pour une affaire particulière, compte tenu des circonstances de l’espèce et des intérêts des parties, ainsi que de la situation locale, notamment la loi applicable.

I. Contexte général

A. Le cadre législatif de l’insolvabilité internationale

1. Bien que le nombre d’affaires d’insolvabilité internationale ait considérablement augmenté depuis les années 1990, l’adoption de régimes juridiques, internes ou internationaux permettant de traiter ces affaires n’a pas progressé au même rythme. L’absence de régimes adaptés a souvent conduit à des approches inadéquates et non coordonnées dont l’application est imprévisible et qui ont empêché non seulement le sauvetage d’entreprises en difficulté financière et l’administration équitable et efficace des procédures d’insolvabilité internationale,

mais également la protection et la maximisation de la valeur des actifs du débiteur insolvable. De plus, les disparités et, dans certains cas, les conflits entre lois nationales ont inutilement entravé la réalisation des objectifs économiques et sociaux fondamentaux des procédures d'insolvabilité. La transparence a souvent fait défaut, en l'absence de règle claire sur la reconnaissance des droits et des priorités des créanciers existants, le traitement des créanciers étrangers et la loi applicable aux questions internationales. Si nombre de ces carences sont également manifestes dans les régimes d'insolvabilité interne, elles risquent d'avoir un impact plus important dans les affaires d'insolvabilité internationale, notamment en cas de redressement.

2. À l'inadéquation des lois existantes s'ajoute l'absence de prévisibilité concernant non seulement la façon dont celles-ci seront appliquées mais aussi les dépenses et le temps que pourrait exiger une telle application, d'où un surcroît d'incertitude qui risque de se répercuter sur les flux de capitaux et les investissements internationaux. L'acceptation des différents types de procédures de même que l'interprétation des concepts clefs et le traitement accordé aux parties concernées par une procédure d'insolvabilité diffèrent. Les procédures de redressement ou de sauvetage, par exemple, sont plus courantes dans certains pays que dans d'autres. La participation des créanciers garantis à la procédure d'insolvabilité, ainsi que le traitement qui leur est accordé dans le cadre de cette procédure, varient considérablement. Différents pays reconnaissent également différents types de procédures avec des effets différents. Par exemple, s'agissant du redressement, la loi d'un État envisagera la possibilité pour un débiteur non dessaisi de continuer à gérer son entreprise, tandis que la loi d'un autre État, dans lequel ce débiteur fait également l'objet d'une procédure, prévoira l'éviction des dirigeants en place ou la liquidation de l'entreprise. De nombreuses lois nationales sur l'insolvabilité prétendent appliquer, à leurs propres procédures, le principe de l'universalité aux fins d'une procédure unifiée dans laquelle les décisions de justice produiraient leurs effets sur les actifs situés à l'étranger. Dans le même temps, ces lois ne reconnaissent pas le principe d'universalité auquel les procédures d'insolvabilité étrangères se disent soumises. Aux différences entre les concepts fondamentaux et dans le traitement des participants vient s'ajouter le fait que certaines conséquences de la procédure d'insolvabilité, telles que l'arrêt des poursuites contre le débiteur ou ses actifs, considéré comme un élément essentiel dans de nombreuses lois, sont sans effet au niveau international.

3. Parallèlement à l'absence d'initiatives visant à réformer les lois nationales, on constate une absence de traités multilatéraux ayant des effets mondiaux. Quelques traités ont été négociés au niveau régional. En règle générale, toutefois, ce type d'arrangement n'est possible (et ne convient) que pour les pays de la région dont les régimes d'insolvabilité et les règles de droit commercial général sont similaires (voir par. 20 ci-dessous). Les faits montrent que si les traités internationaux peuvent constituer un outil d'harmonisation à grande échelle, leur négociation exige généralement des efforts considérables et, comme l'a noté un commentateur, plus le degré d'utilité recherchée au moyen d'un traité est important, plus les difficultés pour faire aboutir ce dernier sont grandes et plus le risque d'échouer en définitive est élevé. La volonté d'instaurer le principe de courtoisie internationale dans les procédures d'insolvabilité en Europe constitue à cet égard un bon exemple. On s'est attaché à partir de 1960 à élaborer une convention sur la faillite qui devait faire

pendant à la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (1968). Ces efforts ont abouti à l'adoption, en 1990, de la Convention européenne sur certains aspects internationaux de la faillite (Convention d'Istanbul). Ratifiée par un seul pays (Chypre), cette convention a été remplacée par un projet de convention de l'Union européenne relative aux procédures d'insolvabilité. Bien que sur le point d'être adoptée par les États membres de l'Union en novembre 1995, cette convention n'a pu finalement être appliquée. Elle a repris vie sous la forme d'un règlement en mai 1999, qui a été adopté par le Conseil le 29 mai 2000 et qui est entré en vigueur le 31 mai 2002 (voir par. 21 ci-dessous).

B. Initiatives internationales

4. Face à l'absence de réforme des lois nationales, certaines organisations non gouvernementales ont lancé, au cours des 10 dernières années environ, plusieurs initiatives internationales afin de mettre en place un cadre juridique pour harmoniser les procédures d'insolvabilité internationale.

1. Loi type sur la coopération internationale en matière d'insolvabilité

5. Un premier projet lancé par une organisation non gouvernementale était la Loi type sur la coopération internationale en matière d'insolvabilité (Model International Insolvency Cooperation Act ou MIICA), élaborée sous les auspices du Comité J de la Section du droit des affaires de l'Association internationale du barreau et approuvée par le Conseil de l'Association et le Conseil de la Section du droit des affaires en 1989. Il s'agissait d'une loi type destinée à être adoptée au niveau national, qui prévoyait des mécanismes permettant à un tribunal d'appuyer des procédures d'insolvabilité menées dans d'autres États ou y d'apporter une aide. Bien qu'elle n'ait pas suscité une acceptation large et active de la part des États et des législateurs, elle a permis que le concept de loi type soit considéré comme un moyen viable de sortir de l'impasse où l'on se trouvait du fait de l'impossibilité persistante de conclure un traité mondial dans le domaine de l'insolvabilité. Cette loi type a aussi montré que le succès d'un projet dépendait de la participation des États au processus de négociation (élément essentiel des méthodes de travail de la CNUDCI), en particulier lorsque le texte élaboré exigeait que les États prennent certaines dispositions, législatives ou autres, en vue de son adoption.

2. Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale

6. La CNUDCI a adopté en 1997 la Loi type sur l'insolvabilité internationale, qui traite du cadre législatif nécessaire pour faciliter la coopération et la coordination dans les affaires d'insolvabilité internationale, afin de promouvoir les objectifs généraux suivants:

a) Assurer la coopération entre les tribunaux et les autres autorités compétentes de l'État [adoptant] 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 difficulté financière, de manière à protéger les investissements et préserver les emplois[7].

7. Ces principes soulèvent un certain nombre de questions, à savoir: Dans quelle mesure les tribunaux, dans l'exercice de leurs pouvoirs pour administrer les affaires dont ils sont saisis, sont autorisés à entretenir des échanges ou à entrer en relation avec des tribunaux étrangers susceptibles d'administrer une procédure analogue visant le même débiteur? Les tribunaux peuvent-ils, par exemple, traiter équitablement les parties prenantes communes, peuvent-ils être saisis par des parties prenantes étrangères suivant les mêmes conditions que des parties prenantes nationales ou peuvent-ils permettre à une autre juridiction de jouer le rôle principal dans l'administration d'une procédure de redressement? On constate par exemple que, dans de nombreux cas, certains tribunaux sont peu disposés à limiter l'exercice de leur compétence en faveur d'un tribunal étranger, ou ne sont pas en mesure de le faire, et par conséquent préféreront des procédures d'insolvabilité parallèles ou considéreront les procédures principale et non principale, lorsque celles-ci sont prévues dans le régime d'insolvabilité applicable, comme des procédures concurrentes ou parallèles. Cette préférence peut se fonder sur la loi applicable ou tenir au désir de protéger les intérêts des créanciers nationaux.

8. Dans sa résolution de 1997[8] où elle recommandait aux États d'adopter la Loi type de la CNUDCI, l'Assemblée générale des Nations Unies a souligné la nécessité de ce texte, son caractère opportun et son objet fondamental. Elle a noté en particulier que, du fait de l'expansion du commerce et des investissements internationaux, les entreprises et les particuliers disposent plus fréquemment qu'auparavant de biens dans plus d'un État et que la coopération et la coordination internationales en matière de surveillance et d'administration des biens et des affaires du débiteur insolvable deviennent souvent une nécessité impérieuse. Le manque de coordination et de coopération internationales dans les cas d'insolvabilité internationale amenuise les chances de sauvetage de sociétés aux prises avec des difficultés financières mais néanmoins viables, entrave l'administration équitable et efficace des insolvabilités internationales, est de nature à faciliter la dissimulation ou la dispersion des biens du débiteur et fait obstacle au redressement ou à la liquidation des biens et affaires du débiteur selon les modalités qui seraient les plus avantageuses pour les créanciers et les autres intéressés, y compris le débiteur et ses employés.

9. L'Assemblée générale a également noté que nombre d'États ne disposent pas d'un cadre législatif qui rendrait possible ou faciliterait une coordination et une coopération internationales efficaces. Elle s'est dite convaincue qu'une législation équitable en matière d'insolvabilité internationale, harmonisée au plan international, respectueuse des procédures et systèmes juridiques nationaux, et rencontrant l'agrément d'États ayant des régimes juridique, économique et social divers,

---

[7] Préambule de la Loi type de la CNUDCI.

[8] Résolution 52/158 du 15 décembre 1997, de l'Assemblée générale.

contribuerait à l'expansion du commerce et des investissements internationaux, mais aiderait également les États à moderniser leurs lois en la matière.

10. Un groupe de travail intergouvernemental, composé de représentants de 72 États, de 7 organisations intergouvernementales et de 10 organisations non gouvernementales, a négocié la Loi type de la CNUDCI entre 1995 et 1997. Celle-ci, par sa nature même, doit être incorporée dans le droit interne afin de constituer un cadre législatif unilatéral pour l'insolvabilité internationale. La Loi type de la CNUDCI se concentre sur les éléments qui sont nécessaires pour faciliter l'administration des affaires d'insolvabilité internationale et établir des liens entre juridictions. De ce fait, elle respecte les différences entre les règles de procédure nationales et ne tente pas d'unifier quant au fond les législations sur l'insolvabilité (les règles matérielles sur l'insolvabilité font l'objet du Guide législatif de la CNUDCI).

11. Le texte de la Loi type de la CNUDCI propose des solutions qui peuvent être utiles à plusieurs titres, modestes mais importants, et qui s'articulent autour de quatre éléments essentiels: a) la possibilité pour les représentants de la procédure d'insolvabilité étrangère et pour les créanciers de saisir les tribunaux locaux; b) la reconnaissance de certaines décisions ordonnées par des tribunaux étrangers; c) les mesures à prendre à l'appui d'une procédure étrangère; et d) la facilitation de la coopération entre les tribunaux des États où se trouvent les biens du débiteur.

12. Les solutions proposées par la Loi type de la CNUDCI sont les suivantes:

a) Assurer l'accès de la personne administrant une procédure d'insolvabilité étrangère ("le représentant étranger") aux tribunaux de l'État adoptant, ce qui lui permet de demander un "répit" et donne aux tribunaux la possibilité de déterminer quelle coordination assurer entre les juridictions ou quelles autres mesures accorder pour régler au mieux l'insolvabilité;

b) Déterminer dans quel cas une procédure d'insolvabilité étrangère doit se voir accorder la "reconnaissance" et quelles peuvent être les conséquences de cette reconnaissance;

c) Établir des procédures de reconnaissance simplifiées;

d) Prévoir un régime transparent pour ce qui est du droit des créanciers étrangers d'entamer une procédure d'insolvabilité dans l'État adoptant, ou d'y participer;

e) Autoriser les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité de l'État adoptant à coopérer plus efficacement avec les tribunaux étrangers et les représentants étrangers participant à une insolvabilité;

f) Autoriser les tribunaux de l'État adoptant et les personnes administrant une procédure d'insolvabilité dans l'État adoptant à demander une assistance à l'étranger; et

g) Établir des règles de coordination en cas de procédures d'insolvabilité concurrentes dans l'État adoptant et un État étranger.

13. L'absence d'un cadre législatif ou les incertitudes quant à la portée des pouvoirs législatifs en matière de coopération avec les tribunaux étrangers ont pour conséquence de limiter très souvent la coopération et la coordination entre juges de

différentes juridictions dans les affaires d'insolvabilité internationale. Ainsi qu'il est noté plus haut, la Loi type de la CNUDCI vise à aider les États à doter leurs lois sur l'insolvabilité de ce cadre législatif moderne et harmonisé.

14. Le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI insiste sur le rôle central de la coopération dans les procédures d'insolvabilité internationale pour conduire ces procédures efficacement et pour obtenir des résultats optimaux. Un élément clef est la coopération entre les tribunaux participant aux différentes procédures (article 25) et entre ces tribunaux et les représentants de l'insolvabilité nommés dans les différentes procédures (article 26). Un aspect essentiel de la coopération peut être l'instauration d'une communication entre les autorités chargées d'administrer les procédures d'insolvabilité dans les États concernés. Si la Loi type de la CNUDCI prévoit que les juges sont autorisés à coopérer et à communiquer entre eux au niveau international, elle ne précise pas les modalités de cette coopération et communication, laissant le soin à chaque État de définir ou d'appliquer ses propres règles. Elle note cependant que la capacité donnée aux tribunaux, avec due participation des parties, de communiquer "directement" avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers, ou de leur demander "directement" des informations ou une assistance, vise à éviter le recours aux longues procédures traditionnellement suivies, telles que les commissions rogatoires. Étant donné que les procédures d'insolvabilité sont par nature chaotiques et que la valeur diminue rapidement à mesure que le temps passe, cette capacité est fondamentale lorsque les tribunaux estiment devoir agir très vite[9].

15. En mars 2009, des lois fondées sur la Loi type de la CNUDCI avaient été adoptées par l'Afrique du Sud (2000); l'Australie (2008); la Colombie (2006); l'Érythrée (1998); les États-Unis d'Amérique (2005); la Grande-Bretagne (2006); les îles Vierges britanniques, territoire d'outre-mer du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2005); le Japon (2000); le Mexique (2000); le Monténégro (2002); la Nouvelle-Zélande (2006); la Pologne (2003); la République de Corée (2006); la Roumanie (2003); la Serbie (2004) et la Slovénie (2008)[10].

3. Concordat sur l'insolvabilité internationale de l'Association internationale du barreau

16. Le Concordat sur l'insolvabilité internationale, élaboré par le Comité J de l'Association internationale du barreau au début des années 1990 à partir de règles du droit international privé, est une initiative différente. Il a pour objectif de suggérer des principes généraux pour les cas d'insolvabilité et de redressement internationaux, que les participants ou les tribunaux pourraient adopter afin de régler diverses questions. Ces principes portent notamment sur la désignation du for où sera administrée l'insolvabilité; l'application des règles de priorité de ce for; les règles en cas de pluralité des fors; et la désignation des règles applicables à l'annulation de certaines opérations réalisées avant l'insolvabilité. Le Concordat a d'abord été appliqué dans des affaires concernant le Canada et les États-Unis par

---

[9] Loi type de la CNUDCI, Guide pour son incorporation, par. 179.

[10] Ces informations sont régulièrement actualisées sur le site Web de la CNUDCI sous la rubrique "Textes de la CNUDCI, état des ratifications" à l'adresse http://www.uncitral.org.

certains des juges qui avaient activement contribué à son élaboration. Des accords d'insolvabilité internationale fondés sur le Concordat ont été conclus à plusieurs reprises entre ces deux pays ainsi qu'entre les États-Unis et Israël, les Bahamas, les îles Caïmanes, l'Angleterre, les Bermudes et la Suisse.

17. Cette forme de coopération est devenue pratique courante du moins dans certains États. L'absence de traités officiels ou de législation interne réglant les problèmes soulevés par l'insolvabilité internationale a incité les praticiens de l'insolvabilité à mettre au point, au cas par cas, des stratégies et des techniques pour résoudre les conflits qui surgissent lorsque les tribunaux de différents États tentent de mettre en œuvre des lois et d'appliquer des règles différentes aux mêmes parties. Le contenu et la durée de ces accords varient, et les modifications apportées en cours de procédure tiennent compte de la dynamique changeante d'une insolvabilité internationale afin de résoudre plus facilement des problèmes uniques qui se posent pendant la procédure.

18. Ce type d'accord international a été utilisé pour la première fois en 1992 dans l'affaire *Maxwell Communication Corporation*, qui a été placée sous administration en Angleterre et soumise en même temps à la procédure du chapitre 11 à New York, avec désignation respectivement de plusieurs "*administrators*" et d'un "*examiner*". Un accord n'est peut-être pas un remède universel: en effet, son contenu est défini au cas par cas et il exige du temps pour être négocié, ainsi que des actifs suffisants pour justifier les coûts de la négociation et d'une coopération entre les deux tribunaux et entre les praticiens de l'insolvabilité dans chaque État. Toutefois, les affaires dans lesquelles ont été utilisés ces accords illustrent la manière dont la coopération et la coordination entre juges, tribunaux et professionnels de l'insolvabilité peuvent améliorer le régime international de l'insolvabilité en l'absence de grande réforme du droit au niveau national, régional ou international. Les accords élaborés ont souvent apporté des solutions novatrices à des problèmes internationaux et ont permis aux tribunaux de traiter les questions particulières se posant dans chaque cas d'espèce. Bien que leur rôle éventuel dans une harmonisation plus large du droit et de la pratique en matière d'insolvabilité internationale soit limité, les accords sont de plus en plus souvent utilisés et des informations les concernant de plus en plus largement diffusées.

4. Arrangements régionaux

19. Quelques traités ont été négociés au niveau régional. D'une manière générale, ces arrangements ne sont possibles (et ne conviennent) que pour les pays d'une région donnée dont les régimes de l'insolvabilité et les règles de droit commercial général sont similaires. Leur application se limite nécessairement au groupe régional des États contractants.

20. Parmi ces traités multilatéraux régionaux figurent: en Amérique latine, les Traités de Montevideo de 1889 et de 1940 et, dans les pays nordiques, la Convention entre le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède relative aux faillites (conclue en 1933, modifiée en 1977 et 1982). Ces traités améliorent sans nul doute la situation entre les États contractants. Il n'en reste pas moins que la mondialisation croissante du commerce et des investissements et la multiplication des cas d'insolvabilité internationale qui en résulte risquent de faire entrer en jeu des États non participants, ce qui montre bien les limites inhérentes à

tout régime de traité régional. Les arrangements régionaux peuvent néanmoins être un point de départ utile pour une plus large coopération.

21. Comme on l'a vu plus haut, le Règlement CE régit les problèmes complexes que pose l'insolvabilité internationale en créant un cadre obligatoire dans lequel une procédure d'insolvabilité ouverte dans un État membre de l'Union européenne peut être reconnue et produire ses effets dans les autres États membres de l'Union. Il reconnaît que le bon fonctionnement du marché intérieur exige que les procédures d'insolvabilité transfrontalières fonctionnent efficacement et effectivement. Ce bon fonctionnement est compromis par une pratique que le Règlement tente de prévenir, laquelle consiste pour les parties à déplacer des avoirs ou des procédures judiciaires d'un État membre à un autre en vue d'améliorer leur situation juridique ("forum shopping")[11]. Le Règlement impose un régime obligatoire en ce qui concerne l'exercice de la compétence pour l'ouverture de procédures d'insolvabilité et les règles sur le choix de la loi, lesquelles déterminent la loi qui régira chaque aspect de la procédure à laquelle il s'applique. Il reconnaît également l'importance de la coopération entre procédures. L'article 31 fait obligation aux syndics des différentes procédures concurrentes de coopérer et de se communiquer des informations, mais ne donne pas beaucoup d'indications sur les modalités de cette communication et de cette coopération. Celles-ci sont examinées dans les "Directives Co-Co", élaborées sous l'égide de la Branche universitaire d'INSOL Europe. Ces Directives forment un ensemble de principes de communication et de coopération entre les représentants de l'insolvabilité dans les affaires d'insolvabilité internationale.

5. Directives applicables aux communications de tribunal à tribunal dans des cas transfrontaliers[12]

22. En 2000, l'American Law Institute (ALI) a élaboré les Directives sur les communications entre tribunaux dans le cadre de son travail sur l'insolvabilité transnationale dans les pays de l'Accord de libre-échange nord américain (ALENA). Une équipe de juges, d'avocats et d'universitaires des trois pays de l'ALENA (Canada, États-Unis et Mexique) a participé à ce projet. Ces Directives ont pour but d'encourager et de faciliter la coopération dans les affaires internationales. Elles ne visent pas à modifier les règles ou procédures internes applicables dans les pays, ni à affecter ou limiter les droits fondamentaux des parties à une procédure devant les tribunaux. Elles ont été approuvées par l'International Insolvency Institute (III) et par l'Institut d'insolvabilité du Canada et avalisées par plusieurs tribunaux. En outre, elles ont servi à des tribunaux dans diverses affaires d'insolvabilité internationale, comme *PSINet* et *Matlack* (voir annexe).

---

[11] Préambule du Règlement CE, considérants 2 et 4.

[12] Les Directives sur les communications entre tribunaux sont accessibles en ligne à l'adresse suivante: http://www.insolvency.ca/papers/ALI-CourtGuidelines_francais.doc.

II. Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: formes possibles de coopération en vertu de l'article 27[13]

1. L'absence d'un cadre législatif, ou les incertitudes quant à la portée des pouvoirs législatifs en matière de coopération avec les tribunaux étrangers ont pour conséquence de limiter très souvent la coopération et la coordination entre juges de différentes juridictions dans les cas d'insolvabilité internationale. Comme mentionné plus haut, la Loi type de la CNUDCI prévoit précisément ce cadre législatif autorisant la coopération et la communication entre les tribunaux à l'échelle internationale. Elle ne précise toutefois pas comment cette coopération et cette communication pourraient s'exercer. Pour aider les États n'ayant pas une longue tradition de coopération judiciaire internationale directe et ceux où la compétence discrétionnaire est traditionnellement restreinte, l'article 27 de la Loi type énumère des formes possibles de coopération, examinées ci-après, qui pourraient être utilisées pour coordonner les affaires d'insolvabilité internationale.

A. Article 27 a): Nomination d'une personne chargée d'agir suivant les instructions du tribunal

2. Une telle personne peut être nommée par un tribunal pour faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité lorsque celles-ci ont lieu dans différents pays et concernent le même débiteur. Cette personne peut exercer diverses fonctions, notamment: agir en qualité d'intermédiaire pour les tribunaux intéressés, en particulier lorsque des questions de langue sont en jeu; élaborer un accord; et promouvoir le règlement amiable des problèmes entre parties. Lorsque le tribunal nomme une telle personne, il précise en général dans son ordonnance les conditions régissant cette nomination et les pouvoirs dévolus à ladite personne. Celle-ci peut être tenue de faire régulièrement rapport au tribunal ou aux tribunaux associés aux procédures, ainsi qu'aux parties.

3. Dans l'affaire *Maxwell*, par exemple, le tribunal des États-Unis avait désigné un "*examiner*" doté de pouvoirs étendus en vertu du chapitre 11 du Code des faillites des États-Unis (United States Bankruptcy Code) et l'avait chargé de faciliter la coordination des différentes procédures. Dans l'affaire *Nakash*, un "*examiner*" avait également été désigné par le tribunal des États-Unis pour, notamment, essayer d'élaborer un protocole visant à harmoniser et coordonner la procédure au titre du

---

[13] Article 27. Formes de la coopération
La coopération visée aux articles 25 et 26 peut être assurée par tout moyen approprié, notamment:
a) La nomination d'une personne ou d'un organe chargé d'agir suivant les instructions du tribunal;
b) La communication d'informations par tout moyen jugé approprié par le tribunal;
c) La coordination de l'administration et de la surveillance des biens et des affaires du débiteur;
d) L'approbation ou l'application par les tribunaux des accords concernant la coordination des procédures;
e) La coordination des procédures concurrentes concernant le même débiteur;
f) [L'État adoptant voudra peut-être énumérer des formes supplémentaires ou des exemples de coopération].

chapitre 11 susmentionné avec certaines procédures engagées en Israël et, en fin de compte, favoriser un règlement amiable de l'affaire en vertu dudit chapitre. Dans l'affaire *Matlack*, un accord international prévoyait que l'intermédiaire soumettrait, périodiquement ou sur demande, au tribunal des rapports résumant l'état d'avancement de la procédure d'insolvabilité étrangère et donnant d'autres informations que le tribunal pouvait demander.

B. Article 27 b): Communication d'informations jugées appropriées par le tribunal

4. L'établissement de liens de communication entre les autorités administrant les procédures d'insolvabilité dans les États concernés peut être un élément essentiel de la coopération. Les articles 25 et 26 de la Loi type de la CNUDCI autorisent la communication directe entre les tribunaux, entre les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité et entre les représentants de l'insolvabilité. Là où la Loi type de la CNUDCI a été adoptée, ces dispositions établissent le cadre législatif nécessaire pour autoriser cette communication, sans pour autant indiquer dans le détail comment devrait être assurée cette dernière. L'article 27 indique toutefois que celle-ci peut consister, par exemple, en la communication d'informations par tout moyen que le tribunal juge approprié. La Loi type prévoit que la communication ainsi autorisée serait soumise à toutes règles impératives applicables dans l'État adoptant, comme les règles limitant la communication d'informations afin, notamment, de protéger la vie privée ou la confidentialité[14]. La capacité donnée aux tribunaux de communiquer "directement" et de demander "directement" information et assistance à des tribunaux étrangers ou à des représentants étrangers pour leur éviter de recourir aux longues procédures traditionnellement suivies, telles que les commissions rogatoires, est fondamentale lorsque lesdits tribunaux estiment devoir agir très vite[15].

5. L'instauration d'une communication dans les affaires internationales peut faciliter les procédures d'insolvabilité internationale de nombreuses manières. Elle peut aider les parties à mieux comprendre les effets ou l'application du droit étranger, en particulier les différences ou les chevauchements qui pourraient donner naissance à des litiges; faciliter la résolution des problèmes moyennant une issue négociée acceptable par tous; susciter des réponses plus fiables de la part des parties et éviter ainsi le manque d'objectivité inhérent à de telles situations et la tendance à déformer les faits, qui peuvent se manifester lorsque les parties représentent leurs propres intérêts dans leur propre pays. Elle peut aussi servir des intérêts internationaux en favorisant une meilleure compréhension qui contribuera à promouvoir le commerce international et à prévenir la perte de valeur qui résulterait d'une action judiciaire fragmentée. Il est probable que certains des avantages potentiels seront difficiles à cerner d'emblée, mais ceux-ci peuvent devenir évidents une fois que les parties ont communiqué. La communication internationale peut révéler, par exemple, certains faits ou mesures qui contribueront sensiblement à la recherche du meilleur règlement de l'affaire et qui, sur le long terme, pourront favoriser une réforme du droit.

---

[14] Loi type de la CNUDCI, Guide pour son incorporation, par. 182.

[15] Ibid, par. 179.

6. La communication d'informations peut se faire par l'échange de documents (par exemple, copies d'ordonnances officielles, de jugements, d'opinions, de motivations de décisions, de transcriptions des débats, de déclarations sous serment et d'autres moyens de preuve), ou oralement. Les moyens de communication peuvent être la voie postale, la télécopie ou le courrier électronique, ou encore le téléphone ou la visioconférence. Copie des communications écrites peut aussi être remise aux parties conformément aux dispositions applicables en matière de notification. La communication peut se faire soit directement entre les juges, soit entre les auxiliaires de justice (ou un intermédiaire désigné par le tribunal, comme mentionné plus haut) ou les représentants de l'insolvabilité, ou par leur truchement, sous réserve des règles locales. Le développement des nouvelles technologies de la communication favorise divers aspects de la coopération et de la coordination, offre la possibilité de réduire les retards et, le cas échéant, facilite les contacts face à face. Dans un monde où les litiges se multiplient, ces méthodes de communication directe sont de plus en plus utilisées. On privilégie les visioconférences plutôt que les conférences téléphoniques car elles permettent de mieux maîtriser le processus et favorisent une organisation disciplinée de la communication du fait que les participants peuvent se voir et s'entendre.

7. La communication d'informations entre les juges ou d'autres parties intéressées soulève un certain nombre de questions qu'il faut prendre en considération pour assurer une communication ouverte, efficace et crédible et faire en sorte que des procédures appropriées soient appliquées. D'une manière générale, il pourrait être indiqué d'établir si la communication devrait faire systématiquement partie de la procédure internationale ou s'il faut y recourir uniquement lorsqu'elle est jugée strictement nécessaire; si elle devrait seulement porter sur les questions de procédure ou si elle peut également être étendue aux questions de fond; si un juge peut préconiser qu'une ligne de conduite particulière soit adoptée; et, s'agissant des mesures de protection, comme celles mentionnées ci-après (voir la partie III, par. 30 à 32 et 185 à 188), si elles devraient s'appliquer en toutes circonstances ou s'il peut y avoir des exceptions.

8. Dans chaque cas d'espèce, il faudra déterminer, pour une juridiction donnée: la procédure correcte à suivre, notamment les personnes qui seront parties à la communication et toute limite susceptible de s'appliquer; les questions à examiner; si les parties partagent les mêmes intentions concernant la communication ou ont la même conception de cette communication; toute mesure qui s'appliquera pour protéger les droits fondamentaux et procéduraux des parties; la langue de la communication et, par voie de conséquence, la nécessité de traduire les documents écrits ou d'interpréter les communications orales; et des méthodes acceptables de communication. En général, les accords internationaux visent à concilier les intérêts des différentes parties prenantes et veillent à ce que personne ne voie ses droits fondamentaux lésés par les modalités qu'ils prévoient. Les mesures de protection pourraient prévoir que les parties ont le droit d'être avisées de toute communication proposée (par exemple toutes les parties et leurs représentants ou avocats), de s'opposer à la communication proposée, d'être présentes lorsque la communication a lieu et d'y participer, et qu'un procès-verbal de la communication devra être établi pour être versé au dossier de la procédure et mis à la disposition des avocats dans les deux tribunaux, sous réserve de toute mesure tendant à protéger la confidentialité que les tribunaux pourraient juger appropriée.

9. Dans les cas où la Loi type de la CNUDCI n'a pas été adoptée, il est probable que la législation n'autorise pas la communication dans les procédures internationales. Les différentes approches retenues à l'égard de la communication entre les tribunaux et les parties permettent d'illustrer certains des problèmes qui risquent de se poser. À l'absence d'autorisation spécifique s'ajoute très souvent le fait que les tribunaux de différents pays hésitent ou ne sont guère disposés à communiquer directement entre eux. Cette hésitation ou cette réticence peut avoir plusieurs causes: des considérations d'ordre éthique; la culture juridique; la langue; ou une connaissance insuffisante des lois étrangères et de leur application. Certains États ont une approche plutôt souple de la communication entre les juges, alors que dans d'autres, les juges ne sont pas autorisés à communiquer directement avec les parties ou les représentants de l'insolvabilité, ni même avec d'autres juges. Si dans certains États, les communications *ex parte* avec le juge sont considérées comme normales et nécessaires, dans d'autres, elles ne sont pas acceptables[16]. À l'intérieur d'un même État, les juges et les avocats peuvent avoir des avis très différents sur le point de savoir s'il est opportun que les juges nouent des contacts entre eux sans que les avocats des parties en aient connaissance ou y soient associés. Certains juges, par exemple, acceptent sans difficulté l'idée d'avoir entre eux des contacts directs, alors que certains avocats désapprouvent vivement cette pratique. En général, les tribunaux concentrent leur attention sur les questions dont ils sont saisis et peuvent être réticents à apporter une aide à des procédures connexes dans d'autres États, en particulier lorsque la procédure dont ils ont la charge ne semble pas comporter un élément international, à savoir un débiteur étranger, des créanciers étrangers ou des activités menées à l'étranger.

10. Les tribunaux peuvent adopter des directives, comme les Directives sur les communications entre tribunaux, pour coordonner leurs activités, promouvoir l'efficacité et faire en sorte que les parties prenantes dans chaque État soient traitées de manière uniforme. En général, ces directives n'ont pas pour objet de modifier ou de changer les règles ou procédures internes applicables dans un pays donné ni de porter atteinte ou de faire obstacle aux droits fondamentaux d'une partie quelconque à la procédure dont les tribunaux sont saisis. Au contraire, elles visent à promouvoir la transparence de la communication entre les tribunaux, ce qui permet aux juridictions de différents pays de communiquer entre elles, et elles peuvent être adoptées par un tribunal à des fins générales ou incorporées dans des accords internationaux particuliers.

C. Article 27 c): Coordination de l'administration et de la surveillance des biens du débiteur

11. La conduite des procédures d'insolvabilité internationale exige souvent que l'on continue d'utiliser et de réaliser les actifs des différentes masses de l'insolvabilité ou d'en disposer au cours de la procédure. La coordination de cette

---

[16] Par exemple, dans les pays membres de l'ALENA, les communications *ex parte* avec le juge sont acceptées au Mexique, alors qu'elles ne le sont pas au Canada et aux États-Unis. Voir The American Law Institute's Principles of Cooperation Among the NAFTA Countries, Procedural Principle 10, Topic IV.B, Comment (Principes de coopération entre pays de l'ALENA, Principe procédural 10, Point IV.B, Commentaire), p. 57 et 58.

utilisation, réalisation et disposition contribuera à éviter les différends et à faire en sorte que le bénéfice de toutes les parties intéressées soit au cœur des préoccupations, notamment en cas de redressement. Les questions à prendre en considération pour faciliter la coordination sont notamment les suivantes: l'emplacement des différents actifs; la détermination de la loi régissant les actifs et des parties chargées d'établir comment utiliser ces actifs ou en disposer (par exemple, le représentant de l'insolvabilité, les tribunaux ou dans certains cas le débiteur), y compris les approbations requises; la mesure dans laquelle la responsabilité de ces actifs peut être répartie entre ces différentes parties dans différents États; et la manière dont les informations peuvent être échangées pour assurer la coordination et la coopération. La coordination peut également être utile pour enquêter sur les actifs du débiteur et envisager d'éventuelles actions en annulation.

D. Article 27 d): Approbation ou application d'accords concernant la coordination des procédures

12. Comme noté ci-dessus, les spécialistes s'occupant d'insolvabilité qui, quotidiennement, doivent faire face à la nécessité de traiter des affaires d'insolvabilité et d'essayer de coordonner l'administration d'affaires d'insolvabilité internationale en l'absence d'adoption généralisée de règles de droit nationales ou internationales propres à faciliter le processus, ont élaboré des accords internationaux. L'objectif de ces derniers est de traiter les conflits de procédure et de fond pouvant surgir dans ces affaires d'insolvabilité internationale, de manière à en faciliter le règlement par l'instauration entre les tribunaux, le débiteur et d'autres parties prenantes de liens de coopération internationale afin de permettre aux intéressés de travailler efficacement et d'accroître le montant des réalisations pour les parties prenantes quand il risque d'y avoir conflit de compétences.

13. Ces accords internationaux ne remplacent pas l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI comme moyen de faciliter la coopération et la coordination internationales, mais peuvent être utilisés parallèlement à cette loi une fois incorporée et, en fait, la compléter. Ils sont examinés de façon détaillée dans la partie III ci-après.

E. Article 27 e): Coordination des procédures concurrentes

14. En cas de procédures internationales concurrentes à l'encontre d'un même débiteur, la Loi type de la CNUDCI vise à encourager l'adoption de décisions permettant d'atteindre au mieux les objectifs des deux procédures. L'article 29 donne au tribunal ayant à connaître d'une affaire où le débiteur fait l'objet de deux procédures, l'une étrangère, l'autre locale, des orientations sur la manière dont ces procédures devraient être coordonnées, en particulier en ce qui concerne les mesures prises, pour faire en sorte que les différentes procédures puissent se poursuivre sans être inutilement suspendues du fait de l'application de l'arrêt des poursuites. Par exemple, les actifs du débiteur peuvent être situés dans différents États et la recherche les concernant peut être entravée par un arrêt des poursuites dans un ou plusieurs de ces États. Pour procéder à cette recherche, la levée de l'arrêt des

poursuites pourrait être nécessaire. De même, la procédure ouverte dans un État pourrait être appuyée par l'application d'un arrêt des poursuites dans un autre État où aucune procédure d'insolvabilité n'a été ouverte à l'encontre du débiteur mais où celui-ci a des actifs. La reconnaissance de l'arrêt des poursuites dans ce deuxième État contribuerait à protéger les actifs dans l'intérêt de tous les créanciers. En reconnaissant et en mettant en œuvre un arrêt des poursuites ordonné par un autre tribunal, le tribunal concerné pourrait consulter le tribunal ayant ordonné l'arrêt sur les points suivants: a) l'interprétation et l'application de l'arrêt des poursuites et l'éventualité de son aménagement ou de sa mainlevée, et b) l'exécution de l'arrêt.

15. Des procédures concurrentes peuvent également être coordonnées par le biais d'audiences conjointes (voir la partie III, par. 145 à 150 ci-dessous) et, dans le cas d'un redressement, par la coordination des plans de redressement, en particulier lorsque le même plan ou un plan similaire est requis dans chaque État concerné par la procédure d'insolvabilité. La coordination peut être utile pour l'élaboration du plan, la négociation avec les créanciers, les procédures d'approbation et le rôle devant être joué par les tribunaux, s'agissant en particulier de l'approbation du plan et de son exécution.

16. Le chapitre V de la Loi type de la CNUDCI (articles 28 à 32) porte sur certains aspects de la coordination des procédures concurrentes, à savoir l'ouverture d'une procédure locale après la reconnaissance d'une procédure étrangère principale; la coordination des mesures prises; la coordination de plusieurs procédures; la présomption de l'insolvabilité; et les règles de paiement en cas de pluralité de procédures.

F. Article 27 f): Autres formes de coopération

17. Les formes de coopération qui ne sont pas expressément visées à l'article 27 pourraient être notamment celles mentionnées ci-après.

a) Questions de la compétence et de la répartition des litiges entre les tribunaux coopérants en vue de leur règlement

18. Pour parvenir à un niveau approprié de coopération, les tribunaux dans les États desquels une procédure d'insolvabilité a été ouverte doivent parfois coordonner leurs efforts pour éviter les types de conflits auxquels pourraient donner lieu les approches traditionnelles que sont la réciprocité et la règle attribuant la priorité au premier jugement (selon cette règle, des procès impliquant les mêmes parties et portant sur les mêmes questions peuvent se dérouler parallèlement dans deux pays, le jugement retenu étant celui qui est prononcé en premier). Dans certains pays, les injonctions anti-poursuites, qui empêchent une partie d'engager ou de poursuivre une procédure dans un autre pays, peuvent aussi être source de

conflit[17] et entraver le bon déroulement de procédures parallèles d'insolvabilité. Les procédures associées à ce type d'injonctions sont généralement longues. La coopération peut prendre, par exemple, les formes suivantes: la détermination des différentes questions dont chaque tribunal sera saisi (ce dont pourraient convenir les parties, sans décision de justice); le fait pour un tribunal de s'en remettre à la compétence ou à la décision d'autres tribunaux; et dans la mesure où cela est autorisé, la répartition du traitement de diverses questions entre les tribunaux afin de favoriser la coordination et d'éviter les chevauchements. Dans certains États, certains tribunaux dans des affaires multinationales ont tendance à rechercher le for le plus approprié dans chaque cas d'espèce, plutôt que de s'en remettre aux règles traditionnelles. Cette solution a été retenue le plus souvent dans des affaires d'insolvabilité en raison du principe de compétence universelle qui s'y rattache.

19. Dans la recherche du for le plus approprié, il se peut qu'un tribunal soit amené à limiter volontairement sa compétence en faveur d'un autre tribunal. Cette limitation volontaire de compétence pourrait consister en l'abandon d'une action engagée auprès d'un tribunal pour permettre à un autre tribunal auprès duquel une action parallèle a également été engagée de trancher[18]. Elle pourrait aussi consister pour un tribunal à donner compétence à un autre tribunal lorsque, par exemple, une action est possible auprès du deuxième tribunal, mais pas du premier. Ainsi, dans l'affaire *Maxwell*, un créancier aurait été visé par une action en annulation aux États-Unis, mais non en Angleterre. Le tribunal anglais a attribué la compétence au tribunal des États-Unis, toutes les parties étant convenues que l'application du droit américain aurait en l'espèce un caractère territorial. Après avoir examiné la question, toutefois, le tribunal des États-Unis a conclu que le droit de l'État principalement intéressé par l'issue du litige, en l'espèce le droit anglais, devait prévaloir. Il a reconnu "qu'à l'ère des sociétés multinationales, deux pays ou plus pouvaient également prétendre être le pays d'origine du débiteur".

20. La limitation volontaire de compétence n'est pas possible dans tous les cas, parce que les tribunaux sont souvent obligés d'exercer leur compétence ou un contrôle exclusif sur certaines questions. Certains systèmes juridiques, en particulier les systèmes de droit civil, peuvent aussi avoir des règles de procédure qui restreignent cette possibilité. Toutefois, il peut être laissé à la discrétion du représentant de l'insolvabilité de renoncer tout simplement à exercer une action

---

[17] Dans une affaire où des procédures d'insolvabilité se déroulaient parallèlement aux États-Unis et en Belgique, la cour d'appel des États-Unis a appliqué de manière restrictive le principe de l'interdiction des procédures étrangères en reconnaissant que les tribunaux pourraient prononcer une injonction antipoursuites uniquement dans les rares cas où elle était nécessaire pour "protéger la compétence ou un principe d'ordre public majeur". Le tribunal a cité en exemple une affaire où la procédure étrangère avait été lancée "dans le seul but de mettre fin à l'action engagée aux États-Unis et où la juridiction étrangère avait enjoint les parties de ne pas poursuivre leur action aux États-Unis", voir *Stonington Partners, Inc.* c. *Lernout & Hauspie Speech Products N.V.*, 310 F.3d 118, 127 (3d Cir. 2002).

[18] Voir, par exemple: *Victrix Steamship Co., S.A.* c. *Salen Dry Cargo A.B.*, 825 F.2d 709 (2d Cir. 1987), affaire dans laquelle un tribunal des États-Unis a approuvé le rejet d'une créance à l'encontre d'un débiteur dans une procédure d'insolvabilité suédoise par égard pour cette procédure; *Cunard Steamship Co.* c. *Salen Reefer Serv. A. B.*, 773 F.2d 452 (2d Cir. 1985), affaire dans laquelle un arbitrage a de même été rejeté en faveur d'une procédure d'insolvabilité.

donnée auprès du tribunal de son pays et de choisir de laisser au représentant d'une procédure connexe dans un autre État le soin d'exercer cette action dans cet État.

b) Coordination de la production, de l'admission ou du rejet et du classement des créances

21. La coordination des procédures de vérification et d'admission des créances peut faciliter l'administration de plusieurs procédures d'insolvabilité internationale impliquant un grand nombre de créanciers dans différents États. Diverses mesures pourraient être adoptées, notamment: choisir un seul État pour la déclaration, la vérification et l'admission des créances et attribuer ces tâches au tribunal ou au représentant de l'insolvabilité; coordonner ce processus lorsque les créances doivent être déclarées dans plus d'une procédure, ce qui suppose notamment d'exiger des représentants de l'insolvabilité qu'ils s'échangent les listes de créanciers et de créances admises et d' harmoniser les délais et les procédures de déclaration; veiller à ce que les créances vérifiées et admises dans un État soient reconnues dans d'autres États; établir un classement des créances; et ainsi de suite. La coordination du traitement des créances est une des questions généralement abordées dans les accords internationaux (voir partie III, par. 120 à 131 ci-dessous).

III. Accords internationaux

A. Questions préliminaires

1. Comme noté précédemment (voir ci-dessus, Introduction, par. 4, et partie II, par. 12), l'accord international est un moyen de faciliter la gestion de multiples procédures d'insolvabilité internationale.

2. Comme indiqué plus haut également, certains des projets internationaux visant à faciliter les procédures d'insolvabilité internationale se rapportent plus ou moins explicitement à ces accords, et mentionnent en particulier les "protocoles" internationaux dont ils recommandent l'usage dans certains cas. Certains, par exemple, ont élaboré des principes pour appuyer la négociation d'accords internationaux, y compris en particulier le Concordat. Les Directives Co-Co recommandent l'utilisation d'un accord international, considéré comme le meilleur moyen de promouvoir la coopération, tandis que les Directives sur les communications entre tribunaux mentionnent l'utilisation d'un accord international dans le contexte des audiences conjointes. Comme examiné plus bas, certains accords incorporent par référence les dispositions de ces instruments; d'autres contiennent des clauses spécifiques qui s'inspirent du libellé employé dans ces textes.

3. S'appuyant sur l'expérience pratique, la partie suivante examine la nature et l'utilisation des accords internationaux, donne un aperçu de certaines des conditions régissant leur utilisation et recense l'ensemble des questions abordées dans les accords existants, en indiquant la manière dont elles ont été traitées dans différents cas.

1. Qu'entend-on par accord international?

4. Les accords internationaux sont généralement des accords conclus pour faciliter la coopération et la coordination internationales dans le cadre de plusieurs procédures d'insolvabilité engagées dans différents États à l'encontre d'un même débiteur. Pour reprendre les propos du tribunal dans l'affaire *MacFadyen*, un accord international est "un arrangement commercial approprié et de bon sens qui bénéficie de toute évidence à toutes les parties intéressées". Les accords internationaux sont habituellement conçus pour faciliter la gestion de ces procédures et visent à contribuer à l'harmonisation des questions de procédure plutôt que des questions de fond entre les États concernés (bien que, dans un petit nombre de cas, des questions de fond puissent également être abordées). Ils peuvent prendre diverses formes (écrite ou orale), avoir des champs d'application différents (génériques ou spécifiques) et peuvent être conclus par différentes parties. Les accords génériques simples peuvent insister sur la nécessité d'une étroite coopération entre les parties sans traiter de questions particulières, alors que les accords plus détaillés et spécifiques établissent un cadre de principes destinés à régir plusieurs procédures d'insolvabilité et peuvent être approuvés par les tribunaux concernés. Ils peuvent prévoir des dispositions dans lesquelles les parties s'entendent pour prendre certaines mesures ou effectuer certains actes ou pour s'abstenir de certaines mesures ou de certains actes.

5. Bien que revêtant des formes différentes, ces accords ont presque toujours vocation à s'imposer aux parties qui les concluent et à régir des questions similaires. Ils sont le plus souvent dénommés "protocoles", encore que d'autres dénominations soient utilisées, notamment contrat d'administration de l'insolvabilité, accord de coopération et de compromis et mémorandum d'accord. Étant donné que le terme "protocole" ne reflète pas nécessairement la diversité des accords utilisés dans la pratique, le présent Aide-mémoire emploie le terme plus général d'"accord international".

6. Des accords internationaux ont été utilisés avec succès dans des procédures d'insolvabilité concernant le redressement ou la liquidation et dans diverses situations, notamment: procédures plénières multiples; procédures accessoires ouvertes dans différents États et concernant les mêmes parties; procédures principales et non principales; procédure d'insolvabilité dans un État et procédure autre qu'une procédure d'insolvabilité à l'encontre du même débiteur dans un autre État; et procédures d'insolvabilité visant des groupes d'entreprises. Ils ont également été utilisés dans des affaires concernant des États de traditions juridiques différentes, à savoir tant dans les pays de *common law* que les pays de droit civil.

7. Les accords internationaux ne visent pas seulement à promouvoir une coordination et un règlement efficaces à l'échelle mondiale de procédures multiples engagées à l'encontre d'un débiteur; ils ont également pour objet de protéger les droits fondamentaux dont chacune des parties associées à ces procédures jouit dans son État. Leur utilisation a réduit de manière efficace le coût des procédures judiciaires[19] et permis aux parties de se concentrer sur la conduite des procédures

---

[19] Dans l'affaire *Everfresh*, par exemple, on a estimé que l'accord, qui associait les créanciers et avait empêché les créanciers chirographaires de prendre des mesures préjudiciables, avait permis d'accroître la valeur de l'ordre de 40 %.

d'insolvabilité plutôt que sur la résolution de conflits de lois et d'autres litiges du même ordre. Aussi sont-ils considérés par de nombreux praticiens qui ont participé à leur utilisation comme la condition *sine qua non* pour élaborer des solutions appropriées à des situations particulières sans laquelle les procédures n'auraient très probablement pas connu d'issue favorable. Le recours croissant à ce type d'accords laisse penser qu'avec le temps ils pourraient devenir la norme dans les affaires comportant un important élément d'internationalité, encore que leur utilisation ne soit pas universelle puisqu'elle se limite actuellement à un petit nombre d'États.

8. En général, les accords internationaux sont conçus pour répondre aux problèmes particuliers d'une affaire et aux besoins des parties concernées. Ils peuvent être prévus pour faciliter l'élaboration d'un cadre de principes généraux pour traiter les questions clefs d'ordre administratif liées à la nature transfrontalière et internationale des procédures d'insolvabilité et peuvent être utilisés pour:

a) Promouvoir la sécurité juridique et l'efficacité en matière de gestion et d'administration des procédures;

b) Aider à clarifier les attentes des parties;

c) Réduire les litiges et promouvoir leur règlement efficace lorsqu'ils se manifestent;

d) Aider à prévenir les conflits de compétence[20];

e) Faciliter la restructuration;

f) Aider à réaliser des économies en évitant les chevauchements et la "course" aux actifs et contribuer à éviter les retards inutiles;

g) Promouvoir le respect mutuel de l'indépendance et de l'intégrité des tribunaux et éviter les conflits de compétence;

h) Promouvoir la coopération internationale et la compréhension entre les juges chargés des procédures et entre les représentants de l'insolvabilité dans le cadre de ces procédures; et

i) Contribuer à maximiser la valeur de la masse.

9. Une connaissance insuffisante de l'application de ces accords a fait craindre à tort qu'ils ne soient utilisés pour permettre à une partie de se soustraire aux obligations, devoirs ou restrictions d'ordre juridique qui lui sont imposés ou de les transférer ou les imposer aux parties d'un autre État d'une manière qui n'est pas autorisée par le droit interne de l'une ou l'autre partie. Or, un accord international sert non pas à se soustraire aux obligations juridiques, mais à définir les meilleurs moyens possibles de coordonner les procédures dans les États concernés, dans les limites du régime juridique interne desdits États. Ce principe s'applique à toutes les parties, y compris aux tribunaux, qui doivent respecter leur droit interne. La mesure dans laquelle les tribunaux pourraient interpréter ce droit pour faciliter la coopération internationale est une autre question.

---

[20] Par exemple, grâce à l'accord conclu dans l'affaire *Maxwell*, les représentants de l'insolvabilité en Angleterre et aux États-Unis ont agi de telle sorte qu'aucun conflit nécessitant un règlement judiciaire n'a surgi.

2. Circonstances pouvant justifier le recours à un accord international

10. Malgré la spécificité des accords internationaux, l'existence de certaines circonstances dans un cas donné pourrait être considérée comme justifiant l'utilisation d'un accord propre à faciliter la coopération et la coordination internationales. Il ne faut pas voir dans les circonstances mentionnées ci-après une liste exhaustive ou déterminante mais plutôt une série d'éléments montrant qu'un accord pourrait être utile. Nonobstant l'existence d'un certain nombre de ces facteurs dans un cas donné, il peut être décidé, pour d'autres raisons, qu'un accord international n'est pas nécessaire ou souhaitable. Les circonstances justifiant le recours à un accord seraient notamment les suivantes, sous réserve de ce qu'autoriserait le droit de chaque État:

a) Procédure d'insolvabilité internationale comprenant un très grand nombre d'éléments internationaux, comme des actifs importants situés dans plusieurs pays;

b) Structure complexe du débiteur (par exemple, un groupe d'entreprises comptant un grand nombre de filiales);

c) Différents types de procédures d'insolvabilité dans les États concernés, par exemple, redressement avec remplacement de la direction par les représentants de l'insolvabilité dans un for et débiteur non dessaisi dans l'autre;

d) Suffisance d'actifs pour couvrir les frais afférents à l'élaboration de l'accord;

e) Temps suffisant pour les négociations. Les accords internationaux ne seront pas toujours possibles car il faut du temps pour les négocier. Cela pourrait poser des problèmes lorsqu'il faut agir très rapidement[21];

f) Similarité des dispositions matérielles du droit de l'insolvabilité;

g) Incertitude juridique concernant le règlement des questions portant sur le choix de la loi ou le choix du for;

h) Arrêts de poursuites contradictoires ordonnés dans les différentes procédures;

i) Existence d'un système de gestion de trésorerie prévoyant le dépôt des fonds sur un compte centralisé et leur partage entre les membres d'un groupe international de sociétés; et

j) Emploi des représentants de l'insolvabilité désignés pour les différentes procédures par la même société internationale. Cette situation est survenue, par exemple, dans des affaires concernant la Région administrative spéciale de Hong Kong (RAS de Hong Kong) et les îles Vierges britanniques, ou encore la RAS de Hong Kong et les Bermudes[22].

---

[21] Les accords précédents peuvent aider à arrêter de telles décisions, comme cela est indiqué à la partie III B et brièvement expliqué dans les résumés des accords internationaux en annexe.

[22] Voir, par exemple, GBFE et Peregrine.

3. Calendrier des négociations

11. Comme le tribunal l'a fait remarquer dans l'affaire *Calpine*, négocier un accord international consiste pour les parties à discuter, négocier et coopérer avant de soumettre ce dernier aux tribunaux en vue de son examen et de son approbation. Cette négociation peut avoir lieu au début d'une affaire ou pendant son déroulement à mesure que des questions se posent, et plusieurs accords peuvent être négociés pour traiter différentes questions. Bien qu'il existe quelques exemples d'accords négociés au cours de la procédure, par exemple dans l'affaire *Maxwell*, la plupart des accords internationaux examinés dans l'Aide-mémoire ont été négociés avant l'ouverture de la procédure. Cette approche peut contribuer à prévenir d'emblée d'éventuels litiges. Le calendrier des négociations dépend du temps disponible avant l'ouverture de la procédure ou pour le règlement des litiges lorsque la procédure est déjà ouverte. Par exemple, dans l'affaire *Federal-Mogul*, les parties avaient six mois pour négocier l'accord international, l'ouverture d'une procédure judiciaire offrant toujours une solution de rechange. Le temps disponible pour les négociations, dont témoigne le niveau de détail de l'accord, a permis aux parties de négocier un certain nombre de questions complexes et sensibles, comme la mesure dans laquelle le représentant de l'insolvabilité pourrait déléguer ses pouvoirs à un autre représentant de l'insolvabilité ou à une partie, y compris au débiteur non dessaisi dans un autre pays. Dans l'affaire *Collins et Aikman*[23], aucun accord n'a pu être négocié car les parties ne disposaient que de quelques jours avant l'ouverture de la procédure. Dans d'autres cas, des procédures comme les procédures non principales peuvent être ouvertes à la demande du représentant de l'insolvabilité de la procédure principale dans le seul but d'apporter un appui à cette dernière[24]. Le représentant de l'insolvabilité de la procédure principale peut avoir une idée précise de la nature de la coopération et de la coordination qui vont être requises avant de demander l'ouverture de la procédure non principale et, par conséquent, les négociations nécessaires à la conclusion d'un accord international peuvent être relativement rapides et non controversables.

12. Le temps requis pour la négociation d'un accord varie selon les cas et dépend d'un certain nombre de facteurs, notamment de ce que les parties savent des principales caractéristiques du débiteur et des conflits potentiels susceptibles de surgir au cours de la procédure. Dans les cas simples, il peut suffire de quelques jours pour que les parties prennent connaissance de ces éléments et pour que la négociation soit engagée, mais en général le délai est plus long.

---

[23] Le Groupe Collins et Aikman était un des principaux fournisseurs de pièces automobiles, qui, uniquement en Europe, comptait 24 sociétés réparties dans 10 pays et employant environ 4 000 personnes sur 27 sites. En mai 2005, des demandes ont été déposées par le débiteur lui-même aux États-Unis pour le redressement de la partie du groupe implantée aux États-Unis. En juillet 2005, le sous-groupe européen de sociétés a demandé à la High Court d'Angleterre de rendre des d'ordonnances d'administration visant toutes les sociétés exploitées en Europe. Les représentants anglais de l'insolvabilité ont immédiatement reconnu les liens étroits entre les sociétés européennes et ont développé une approche coordonnée de la poursuite de leurs activités, bien qu'il ne fût pas possible de conclure un accord international du fait des contraintes de temps, voir *In the Matter of Collins & Aikman Europe*, SA, the High Court of England and Wales, Chancery Division in London, [2006] EWHC 1343 (Ch).

[24] Voir, par exemple, SENDO, EMTEC.

4. Parties à un accord international

13. Très souvent, la négociation d'accords internationaux est engagée par les parties à la procédure, notamment les praticiens de l'insolvabilité ou les représentants de l'insolvabilité et dans certains cas le débiteur (y compris le débiteur non dessaisi), ou sur proposition ou encouragement du tribunal. Certains tribunaux encouragent expressément les parties à négocier un accord international et à rechercher leur approbation[25]. Une intervention rapide des tribunaux peut dans certains cas être un facteur déterminant du succès de l'accord.

14. En règle générale, les parties qui concluent un accord international varient en fonction de la loi applicable et de ce qui est autorisé s'agissant, par exemple, des pouvoirs dont disposent les représentants de l'insolvabilité, les tribunaux et d'autres parties intéressées. Les accords sont souvent conclus par les représentants de l'insolvabilité, parfois par le débiteur (habituellement le débiteur non dessaisi). Peut y participer le comité des créanciers (pour plus de détails, voir la partie B où l'on trouvera une comparaison du contenu de différents accords internationaux). Il arrive rarement qu'un accord international soit conclu entre tribunaux, bien que dans certains pays cela soit possible. Toutefois, les négociations entre les parties dans les affaires internationales bénéficient souvent du concours des tribunaux et ceux-ci peuvent donner l'impulsion qui permettra de parvenir à un accord.

15. Certains arrangements établis par écrit sont signés par les parties qui les ont conclus, d'autres non. Bien que la signature témoigne de l'accord réalisé entre les parties, dans la pratique, de nombreux accords écrits prennent effet suite à leur approbation du tribunal en revêtant ainsi la forme d'une ordonnance. Certains accords abordent la question de la signature des différentes copies établies, dont chacune devrait être considérée comme un original faisant également foi, et envisagent la manière dont elles peuvent être signées, y compris par fac-similé, de manière à être considérées comme un original[26]. L'identification des parties qui doivent signer un accord ou être liées par cet accord est déterminée par l'effet de l'accord, tant sur le fond que du point de vue de la procédure. C'est pourquoi, en général, les créanciers ne sont pas parties à un accord, bien que l'on trouve des exemples d'accords associant des créanciers ou le comité des créanciers. Étant donné qu'ils connaissent souvent mal le droit de l'insolvabilité des autres États, les créanciers peuvent compromettre le succès de la procédure de redressement global, et une étroite coopération avec le comité des créanciers et les créanciers en général sera souhaitable, comme l'illustre l'affaire *Singer*[27]. L'appui des créanciers à un accord international est souvent obtenu par le biais de dispositions sur la notification et la possibilité qui leur est donnée de soumettre des commentaires ou des objections eu égard à l'accord. D'autres parties peuvent s'associer à un accord par la suite, mais il est préférable que l'accord ne soit pas modifié par l'adjonction de ces parties et que celles-ci ne cherchent pas à changer ce qui avait été précédemment convenu.

---

[25] Voir, par exemple, Solv-Ex, p. 2 (dispositions liminaires), Nakash.

[26] Voir, par exemple, Inverworld, Federal-Mogul.

[27] Voir *The Singer Company N.V.*, nº 99-10578 (Bankr. S.D.N.Y., demande déposée le 13 septembre 1999).

5. Capacité de conclure un accord international

16. Pour qu'un accord produise ses effets, les parties qui le négocient doivent avoir le pouvoir ou la capacité requise pour négocier et être liées par ce dont elles ont convenu. Cette capacité dépend de ce que les parties sont autorisées à faire en vertu de la loi applicable, ce qui peut différer d'un État à l'autre. Dans certains États, par exemple, le pouvoir du représentant de l'insolvabilité de négocier et de conclure un accord relève des pouvoirs qui lui sont dévolus en vertu du droit de l'insolvabilité. Dans d'autres États, le représentant de l'insolvabilité peut avoir besoin du consentement des créanciers ou de l'autorisation du tribunal[28].

17. Un accord exigeant l'approbation d'un tribunal dans un pays de droit civil peut obliger ledit tribunal à rechercher dans la loi l'autorisation dont il a besoin pour une telle approbation, car celle-ci ne relève pas nécessairement de son pouvoir général de statuer en équité ou des pouvoirs généraux inhérents à ses fonctions. Certains commentateurs sont sceptiques quant au fait que de tels accords puissent être approuvés par des tribunaux de pays de droit civil en raison, lorsque la Loi type de la CNUDCI n'a pas été adoptée, de l'absence de pouvoir judiciaire discrétionnaire comparable à celui dont jouissent les tribunaux dans les pays de *common law*. D'autres estiment que certains types d'accords internationaux, comme ceux portant uniquement sur des questions administratives, pourraient être conclus par les représentants de l'insolvabilité voire par les tribunaux eux-mêmes. Ils font valoir que ces accords relèveraient de la compétence légale des représentants de l'insolvabilité, en s'inscrivant dans leur obligation de protéger et de maximiser la valeur de la masse, sous réserve que celle-ci ne constitue pas une obligation juridique personnelle. Certains commentateurs sont d'avis que les devoirs du représentant de l'insolvabilité envers la masse de l'insolvabilité pourraient constituer une obligation de conclure un tel accord.

18. Il a également été estimé qu'un juge dans un pays de droit civil pourrait conclure un accord international avec un tribunal étranger eu égard à son obligation légale de prévenir les actions préjudiciables à la masse. Comme indiqué ci-dessus à propos des représentants de l'insolvabilité, il convient de prendre en considération le fait que dans certains pays de droit civil les juges pourraient être tenus personnellement responsables. Bien qu'une telle issue soit peu probable lorsque l'objet de l'accord international est d'accroître la valeur de la masse dans les limites de la loi applicable, l'existence de telles dispositions pourrait contribuer à expliquer une certaine réticence à conclure des accords internationaux dans certains pays de droit civil. Une autre raison pourrait être une connaissance insuffisante des accords internationaux et l'absence de pouvoir discrétionnaire nécessaire pour les conclure.

19. La pratique montre que de tels accords peuvent être conclus entre pays de droit civil et pays de *common law*. Dans l'affaire *Nakash*, par exemple, le tribunal israélien a estimé que la loi autorisait la conclusion d'un tel accord. Dans l'affaire

---

[28] Voir, par exemple, la décision autorisant les représentants de l'insolvabilité dans l'affaire *AKAI* Holdings Limited à conclure et à appliquer un protocole, dans Matter of *AKAI* Holdings Limited, High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, Court of First Instance, Companies (Winding-up) nº 49 of 2000. Voir aussi l'accord *ISA-Daisytek*, qui stipule qu'en vertu du droit allemand, l'efficacité de l'accord est soumise à l'approbation des créanciers (voir par. 10.1). Dans l'affaire *Swissair*, voir par. 11.3, le protocole a dû être homologué par les tribunaux anglais, mais non par les tribunaux suisses.

AIOC, un accord a été conclu entre les représentants de l'insolvabilité des États-Unis et de la Suisse, avec l'approbation expresse de l'autorité suisse chargée de la procédure d'insolvabilité. Les accords conclus dans le cadre des affaires *ISA-Daisytek*, *SENDO* et *Swissair* sont d'autres exemples d'accords entre des pays de droit civil et des pays de *common law*, à savoir l'Allemagne, la France, le Royaume-Uni et la Suisse. Des accords concernant uniquement des pays de droit civil ont également été conclus, par exemple dans l'affaire *EMTEC* entre l'Allemagne et la France.

20. Un facteur déterminant pour l'utilisation de tels accords entre pays de droit civil et pays de *common law* est la volonté des tribunaux et des représentants de l'insolvabilité de s'efforcer de lever les éventuels problèmes de compétence. Dans l'affaire *Nakash*, par exemple, le tribunal israélien a demandé aux représentants de l'insolvabilité d'élaborer un tel accord, exprimant l'avis qu'il "pourrait être souhaitable que les parties intéressées et les tribunaux des États-Unis et de l'État d'Israël parviennent à un accord"[29].Nombre des obstacles imputables aux différences entre régimes de l'insolvabilité des fors concernés ont pu être levés du fait que l'accent avait été mis sur l'objectif commun des deux régimes, à savoir maximiser la valeur pour les parties. Néanmoins, dans la pratique, les accords sont plus fréquents entre les pays de *common law*, dans lesquels les tribunaux ont une plus grande marge de manœuvre que dans les autres pays, où une autorisation légale, comme celle que donnerait l'adoption de la Loi type de la CNUDCI, est nécessaire pour conclure de tels accords. Toutefois, les commentateurs dans les pays de droit civil sont généralement d'avis que les accords internationaux deviendront plus courants à l'avenir en raison de leur utilisation concluante dans le cadre des procédures d'insolvabilité internationale.

6. Forme des accords

21. Comme indiqué ci-dessus, il n'existe pas de forme imposée pour ces accords. Dans la pratique, on a eu recours à la fois à des accords conclus oralement ou par écrit, bien que les accords oraux ne semblent pas être la pratique la plus courante, du fait peut-être que certaines législations exigent la forme écrite pour que les accords soient valides et aient force obligatoire, ou que les accords écrits sont plus faciles à prouver et à appliquer. Chaque arrangement correspond à une affaire particulière et vise à recenser et à favoriser des solutions aux problèmes qui sont ou qui risquent de devenir importants dans cette affaire dont sont saisis les tribunaux en vertu du droit des pays concernés. Avec un accord verbal, il se peut que les parties se limitent à procéder par étape, au lieu de s'appuyer sur un cadre général que leur offrirait un accord écrit. Le respect et l'application des accords verbaux reposent habituellement sur la confiance des parties, et il peut être difficile de lier des parties à un accord verbal conclu dans un contexte international. Le caractère obligatoire

---

[29] Voir en outre l'affaire *SunResorts Ltd.*, qui mettait en jeu un tribunal des États-Unis et un tribunal des Antilles néerlandaises et au cours de laquelle ce dernier a réagi positivement aux préoccupations exprimées par le tribunal des États-Unis et a resserré les dispositions en matière de garde dans une mesure inhabituelle au regard du droit des Antilles néerlandaises, voir *Petition of Husang and DePaus, trustees of SunResorts, Ltd. N.V.*, case No. 97-42811 (BRL) (Bankr. S.D.N.Y. 1999) et *SunResorts Ltd N.V.*, Court of First Instance, Netherlands Antilles, Seat St. Maarten, 1997. Cette réaction positive tenait au fait que le tribunal des Antilles néerlandaises avait connaissance de la Loi type de la CNUDCI et du Concordat.

des accords internationaux écrits est fonction de leur nature juridique. Lorsqu'ils sont approuvés par un tribunal, ils constituent généralement une ordonnance de ce dernier et sont de ce fait exécutoires. S'ils ne sont pas approuvés par un tribunal, ils sont alors considérés comme des contrats entre les parties et devraient avoir force obligatoire en tant que contrats.

22. Une affaire donnée peut faire l'objet d'un seul accord ou d'une série d'accords abordant les différentes questions qui se posent, comme noté ci-dessus, à mesure que l'affaire progresse. Dans l'affaire *Maxwell*, par exemple, un protocole de fonctionnement a été convenu dès le début de l'affaire afin d'aborder les questions de stabilisation et de préservation des actifs et un deuxième protocole à la fin de l'affaire afin de répartir le produit des actifs entre les créanciers et de clore la procédure.

23. La réalisation d'un consensus sur la teneur d'un accord international peut être l'étape la plus importante pour faciliter la coopération et la coordination, car le processus de négociation contribue souvent à prendre en compte les attentes des parties et à favoriser une conclusion heureuse de la procédure d'insolvabilité. Une fois négocié, un accord international pourrait simplement constituer le cadre dans lequel s'inscrira l'administration de l'affaire et ne plus être mentionné. Il peut aussi permettre de régler certaines questions de manière à limiter au minimum l'intervention des tribunaux, les juges n'étant pas alors tenus de communiquer entre eux de façon permanente à mesure que l'affaire progresse[30].

7. Dispositions figurant généralement dans les accords internationaux

24. Les accords internationaux peuvent se limiter à poser des principes généraux sur la manière dont la coopération et la coordination devraient s'exercer, ou aborder aussi des questions précises, comme la limitation volontaire de compétence en faveur d'un autre tribunal, les procédures de règlement des créances, les procédures à suivre par les tribunaux pour communiquer, etc., selon les besoins de l'affaire et les problèmes à résoudre. Les questions examinées ci-après à la section B donnent un bon exemple des domaines qui peuvent être abordés dans les accords internationaux. Étant donné que ces accords sont très ciblés, il n'est pas nécessaire, dans chaque accord, de prendre en compte toutes les questions examinées ci-dessous.

25. Il ressort d'une étude des accords conclus à ce jour que les questions habituellement traitées sont notamment les suivantes: a) la répartition des rôles concernant divers aspects de la conduite et de l'administration des procédures entre les différents tribunaux concernés et entre les représentants de l'insolvabilité, y compris les limites au pouvoir d'agir sans l'approbation des autres tribunaux ou représentants de l'insolvabilité; b) la disponibilité et la coordination des mesures; c) la coordination du recouvrement des actifs dans l'intérêt des créanciers en général; d) la déclaration et le traitement des créances; e) l'utilisation et la disposition des actifs; f) les méthodes de communication, notamment la langue, la fréquence et les moyens de communication; g) les notifications; h) la coordination et l'harmonisation des plans de redressement; i) les questions portant uniquement sur l'accord, notamment sa modification et sa résiliation, son interprétation, son

---

[30] Voir, par exemple, Maxwell.

efficacité et le règlement des différends; j) l'administration des procédures, en particulier en ce qui concerne l'arrêt des poursuites ou la décision concertée des parties de ne pas engager certaines actions en justice; k) le choix de la loi applicable; l) la répartition des rôles entre les parties à l'accord; m) les frais et les rémunérations; n) et les clauses d'encadrement. Les accords peuvent également aborder des questions telles que la composition du conseil d'administration, les mesures que le conseil peut prendre et les procédures à suivre, les relations entre les actionnaires et la direction et entre les actionnaires et le conseil d'administration et la gestion de la circulation de l'information[31].

26. Le choix des questions à traiter dans l'accord peut être influencé par les similitudes ou les différences entre les règles de droit et de procédure des États concernés par une affaire internationale donnée. Lorsque les tribunaux sont de même tradition juridique, par exemple, l'accord visera peut-être à donner des détails plus précis sur les questions de fond. Lorsque les traditions juridiques sont différentes, il pourra alors être davantage axé sur les questions de procédure et définir un cadre pour la communication et la coopération. Un accord peut exiger que soient analysées les règles de droit des États concernés afin de déterminer si et comment un résultat particulier peut être obtenu sans pour autant amener les représentants de l'insolvabilité ou d'autres parties à violer leurs obligations en vertu desdites règles. Les questions à aborder peuvent également exiger qu'elles soient réparties entre différents tribunaux en vue de leur règlement, en fonction des règles matérielles qui doivent s'appliquer à une question donnée. La détermination des règles matérielles applicables pourrait dépendre de l' État qui est le plus intéressé par l'issue de telle ou telle question et peut amener un tribunal à limiter volontairement sa compétence en faveur d'un autre, sous réserve que cette limitation ne prive pas les créanciers locaux d'une procédure régulière ou d'autres droits fondamentaux (voir ci-dessus la partie II, par. 18 à 20, et ci-dessous la partie III, par. 71 à 74), ou encore avoir pour effet qu'une action donnée soit engagée devant un tribunal plutôt qu'un autre. Les accords approuvés par les tribunaux comportent en général des dispositions qui mettent l'accent sur l'indépendance de ces derniers et sur le principe de la courtoisie internationale, et qui exposent en détail la répartition des rôles entre eux, en particulier en ce qui concerne le droit des parties intéressées de comparaître et d'être entendues dans les différentes procédures.

8. Effet juridique des accords internationaux

27. Les accords internationaux peuvent comprendre différents types de dispositions, dont certaines viseront à produire un effet juridique et à lier les parties et d'autres seront simplement des déclarations de bonne foi ou d'intention. Les déclarations de bonne foi ou d'intention, par exemple, peuvent renfermer des dispositions sur l'objectif de l'accord, alors que les dispositions censées en général avoir un effet juridique peuvent traiter des obligations des représentants de l'insolvabilité, des coûts ou de la procédure à suivre pour que l'accord produise ses effets (par exemple, moyennant l'approbation du tribunal).

28. Pour qu'il produise ses effets, un accord international requiert le consentement des parties auxquelles ils s'appliquent. Dans certains accords, il est expressément

---

[31] Voir, par exemple, Olympia & York.

stipulé que les parties sont tenues de s'y conformer, de même que leurs successeurs, cessionnaires, représentants, héritiers, exécuteurs testamentaires et représentants de l'insolvabilité respectifs[32]. Certains accords autorisent aussi expressément les parties à prendre les mesures et à établir les documents qui peuvent être nécessaires et appropriés pour lui donner effet et le mettre en œuvre ou contiennent une déclaration d'où il ressort que les parties sont convenues de prendre les mesures appropriées pour lui donner effet. Dans certains pays, il peut suffire que les représentants de l'insolvabilité concluent un accord international en vertu de leurs pouvoirs propres, sans qu'il soit nécessaire que le tribunal donne ensuite son approbation. Il convient de noter que l'approbation de tels arrangements par les tribunaux n'est pas toujours prévue dans la loi applicable. Certains pays, en particulier les pays de droit civil, peuvent exiger que les créanciers donnent leur approbation pour que l'accord produise effet. Par exemple, dans la procédure *ISA-Daisytek*, l'accord prévoyait qu'il produirait ses effets sous réserve de l'approbation des créanciers conformément au droit allemand. L'accord stipulait en outre que le représentant de l'insolvabilité ferait rapport sur les clauses de l'accord au tribunal allemand concerné, suite à l'approbation des créanciers.

29. L'accord peut exiger l'approbation de chacun des tribunaux associés à la procédure d'insolvabilité conformément au droit et à la pratique de chaque État concerné. Il n'est pas rare qu'un accord stipule qu'il n'aura pas d'effet juridique contraignant ou obligatoire tant qu'il n'aura pas été approuvé par les tribunaux spécifiés, les parties concernées devant être avisées en bonne et due forme afin de réduire au minimum le risque de contestations. Dès lors qu'il est approuvé, l'accord a généralement l'effet d'une ordonnance et s'impose aux parties désignées. L'un des avantages de l'approbation par les tribunaux est qu'elle empêche les parties ou les créanciers opposants de plaider dans un sens qui serait préjudiciable à l'accord.

9. Mesures de protection

30. Parmi les mesures de protection à inclure dans un accord international, on peut distinguer entre celles qui devraient toujours y figurer et celles qui pourraient y figurer selon les besoins.

31. Les mesures devant figurer dans un accord pourraient viser à interdire de se soustraire à l'autorité du tribunal et de déroger aux dispositions d'ordre public.

32. Les mesures pouvant figurer dans un accord concernent l'information des parties intéressées; la protection des droits des tiers non signataires; et la possibilité de soumettre tout litige au tribunal. Les parties qui concluent un accord international veulent être certaines que les autres parties ont capacité pour conclure un tel accord, sans avoir à réaliser une analyse longue et coûteuse de la loi applicable dans l'autre for. En conséquence, un accord peut prévoir une disposition garantissant que les parties audit accord ont la capacité voulue ou, lorsque le représentant de l'insolvabilité doit obtenir l'autorisation du tribunal pour conclure l'accord, une disposition considérant cette autorisation comme une condition préalable aux obligations lui incombant en vertu de l'accord[33]. De même, les accords disposent souvent expressément que certaines actions ou répartitions des pouvoirs sont

---

[32] Voir, par exemple, Everfresh, Financial Asset Management.

[33] Voir, par exemple, Financial Asset Management.

autorisées ou limitées dans la mesure prévue par la loi applicable ou que les parties désignées doivent respecter et honorer les obligations qui leur sont imposées par les lois nationales applicables.

10. Problèmes éventuels et moyens de les résoudre

33. Les procédures d'insolvabilité s'inscrivent dans un processus évolutif et des événements imprévus peuvent se manifester et modifier le cours de l'affaire. De ce fait, un accord international doit être souple et pouvoir être révisé pour tenir compte de l'évolution des circonstances à mesure que l'affaire progresse. Outre la révision des accords existants, les parties peuvent reconnaître la nécessité de conclure des accords supplémentaires portant sur des questions qui n'étaient pas prévues.

34. Des conflits peuvent surgir au cours de la mise en œuvre de l'accord. Ils peuvent prendre diverses formes, et porter sur les termes de l'accord et leur interprétation, l'application de ses dispositions, etc. Il est donc important que l'accord prévoie des procédures appropriées pour le règlement des différends, de manière à préserver ce qui a été acquis au moment où surgit le conflit et à prévenir l'apparition d'autres problèmes. Ces dispositions pourraient préciser quels sont les tribunaux compétents pour résoudre certains problèmes ou renvoyer à d'autres mécanismes de règlement des différends.

B. Comparaison d'accords d'insolvabilité internationale

35. La présente section donne un aperçu du contenu et de la structure d'un certain nombre d'accords utilisés dans de récentes affaires d'insolvabilité internationale. Elle recense les questions qui y sont abordées et examine leur traitement. Comme il a été indiqué plus haut, ces accords sont élaborés au cas par cas, de sorte qu'il n'existe pas de norme ou de forme unique que l'on pourrait présenter ici comme modèle. Néanmoins, si certaines questions étudiées ci-après ne figurent que dans un petit nombre d'accords, d'autres sont communes à la plupart des accords examinés. La comparaison du contenu de ces derniers vise à mieux faire comprendre l'utilisation de ces outils pour la coopération, la communication et la coordination internationales, et à guider ceux qui rédigeront de tels accords dans une affaire donnée, de façon à pouvoir écourter considérablement le temps de négociation nécessaire à leur élaboration. Cette comparaison se fonde surtout sur des accords écrits, car ce sont ceux les plus fréquents, mais, lorsque cela est possible, il est fait référence à d'autres formes d'accords.

1. Dispositions liminaires

36. Les dispositions liminaires présentent généralement le dispositif d'un accord, en décrivant les événements qui ont conduit à sa négociation, en indiquant sa raison d'être, en désignant les parties, et ainsi de suite. Ces dispositions varient certes d'un accord à l'autre, mais en règle générale elles abordent tout ou partie des questions suivantes.

a) Parties

37. La plupart des accords présentent les parties aux procédures avec plus ou moins de détails, en indiquant par exemple le nom et la nature de leurs entreprises,

le lieu de leur constitution, le lieu de leur établissement et, le cas échéant, leur situation par rapport à d'autres membres d'un groupe[34]. Certains accords ne désignent pas explicitement les personnes qui y sont parties, mais précisent que le texte devrait régir la conduite de toutes les parties intéressées dans le cadre des procédures d'insolvabilité, en faisant référence au débiteur, aux représentants de l'insolvabilité et au comité des créanciers[35].

38. Différentes personnes concernées par les procédures peuvent participer à l'accord, selon les questions qui y sont abordées et les parties auxquelles il doit s'imposer. Toutefois, en règle générale, on peut dire que sont parties à un accord les personnes dont les obligations sont visées et dont le consentement est nécessaire. Certains accords sont conclus entre les représentants de l'insolvabilité[36] tandis que d'autres concernent un plus grande nombre de parties intéressées, notamment le comité des créanciers[37], un prêteur garanti du débiteur[38] et le débiteur lui-même[39].

39. L'accord *Commodore* montre que les accords sont adaptés à chaque cas d'espèce: le comité des créanciers a demandé l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité aux États-Unis. Les représentants de l'insolvabilité aux Bahamas ont répondu en demandant au tribunal de ne pas connaître de l'affaire et d'ordonner des mesures à l'appui de la procédure étrangère. Par la suite, les représentants bahamiens et le comité des créanciers ont conclu un accord pour régler les litiges envisagés et mettre en place un cadre favorisant l'administration efficace des procédures d'insolvabilité dans les deux États. La participation du comité des créanciers peut certes renforcer la légitimité des accords qui concernent directement le comité ou les créanciers, mais elle n'est pas indispensable dans tous les cas.

b) Rappel des faits ou historique de l'insolvabilité

40. Un exposé de l'affaire, qui dresse l'historique de l'insolvabilité, peut clarifier et mieux faire comprendre l'accord. Souvent, à la présentation des parties succède un résumé des différentes procédures d'insolvabilité impliquant les parties, qui ont déjà été ouvertes ou qui sont imminentes. Encore une fois, ce résumé sera plus ou moins détaillé, certains accords précisant les dates et lieux de dépôt des demandes, les ordonnances qui ont été prononcées, etc.

41. S'agissant des entreprises multinationales, deux situations peuvent se présenter lorsque des procédures d'insolvabilité ont lieu dans des États différents: dans la première, le débiteur est le même dans les deux procédures. Dans la seconde, différents membres d'un groupe d'entreprises sont visés et les débiteurs sont distincts et séparés dans chaque procédure. La coopération entre ces procédures peut néanmoins être importante en raison des liens entre les membres du groupe, même s'ils constituent des entités séparées et distinctes sur le plan juridique. Lorsqu'il y a

---

[34] Voir, par exemple, Solv-Ex, Quebecor.
[35] Voir, par exemple, Laidlaw, Matlack.
[36] Voir, par exemple, AIOC, Inverworld, Maxwell, Swissair. Si les représentants de l'insolvabilité conviennent de conclure un protocole, on peut passer outre à l'opposition du débiteur, voir, par exemple, Nakash.
[37] Voir, par exemple, Commodore.
[38] Voir, par exemple, Everfresh.
[39] Voir, par exemple, Federal-Mogul, 360Networks.

redressement notamment, cette coopération pourrait faire augmenter la valeur de revente. L'accord pourrait expliquer ces différentes situations.

c) Champ d'application

42. Généralement, les accords internationaux traitent de leur champ d'application. Diverses approches sont toutefois retenues. Certains accords commencent par une déclaration générale selon laquelle le texte doit régir la conduite de toutes les parties intéressées dans le cadre des procédures d'insolvabilité. D'autres décrivent ce champ d'application plus précisément. Ainsi, les dispositions sur le champ d'application peuvent poser un cadre général de principes dont les parties sont convenues pour régler diverses questions telles que: le recouvrement et la disposition ou la réalisation sous une autre forme des actifs du débiteur, notamment la vente à une personne déterminée[40]; l'admission, la vérification et le classement des créances, notamment leur rang de priorité; la coordination de la préparation, de l'approbation, de l'homologation et de l'application d'un plan de redressement ou d'un autre arrangement semblable; la stratégie à suivre sur le plan judiciaire en ce qui concerne toute question qui ne pourrait être réglée tout de suite de bonne foi; la répartition du produit; les questions générales concernant l'administration. Ces dispositions peuvent également tendre à faciliter la coordination, par exemple en prévoyant des procédures coordonnées pour le traitement des questions énumérées ci-devant. Souvent le champ d'application d'un accord coïncide avec son but ou son objet; en indiquant l'objectif visé, l'accord définit dans le même temps son champ d'application.

d) Objet

43. Une disposition relative à la volonté qui anime les parties rédigeant un accord et, notamment aux objectifs à atteindre, permet d'indiquer l'objet qu'elles se sont fixé ensemble dans cet accord et de faire connaître clairement cet objet au tribunal dont l'approbation pourrait être sollicitée.

44. De nombreux accords ont en commun plusieurs buts et objectifs généraux, notamment[41]:

a) Harmoniser et coordonner les activités auprès des tribunaux qui connaissent des différentes procédures d'insolvabilité;

b) Favoriser l'administration équitable, transparente, ordonnée et efficace des procédures d'insolvabilité, au profit de tous les débiteurs, de leurs créanciers et d'autres parties intéressées, où qu'ils se trouvent, afin de réduire les coûts et d'éviter les chevauchements;

c) Protéger les droits et les intérêts de toutes les parties;

d) Favoriser la coopération internationale et le respect de l'indépendance judiciaire et de la courtoisie internationale; et

---

[40] Voir, par exemple, Solv-Ex.

[41] Les Directives Co-Co comportent des dispositions semblables qui ont trait aux buts et objectifs premiers (Directives 1 et 2).

e) Mettre en application un cadre de principes généraux pour régler les questions essentielles d'administration découlant de la nature transfrontière et internationale des procédures d'insolvabilité.

45. D'autres buts peuvent être poursuivis, notamment: a) faciliter le redressement de l'entreprise du débiteur en tant qu'entreprise multinationale; b) protéger l'intégrité du processus d'administration; c) consulter et informer les créanciers au sujet de l'évolution de la situation; d) s'assurer que les questions appropriées sont portées devant les tribunaux compétents et que ces actions ont lieu de manière rapide et efficace; e) coordonner les activités entre les représentants de l'insolvabilité, afin de limiter les coûts et d'éviter les chevauchements; et f) consigner divers accords mutuels, concernant notamment la coordination des mesures, dans lesquels les parties s'engagent à respecter les obligations imposées par le droit de chaque pays ou à agir conformément à certains principes, par exemple la confiance mutuelle, le respect du devoir de coopération et d'information[42].

46. Certains accords précisent également ce qu'ils ne visent pas, à savoir créer un précédent ayant une valeur contraignante, ou constituer une solution appropriée à toutes les procédures dans une affaire donnée, tout en reconnaissant qu'ils pourraient être considérés comme un exemple de bonne pratique[43]. Ce type de disposition vient répondre à la défiance des parties en ce qui concerne le champ d'application et la recevabilité de tels accords en droit interne et pourrait dès lors faciliter leur acceptation par les parties.

e) Langue de l'accord et langue de communication

47. Comme les procédures d'insolvabilité internationale concernent souvent des États dont la langue n'est pas la même, on pourrait prévoir une disposition relative à la langue ou aux langues à utiliser dans l'accord et dans les communications entre les parties. Bon nombre des accords examinés dans le présent Aide-mémoire ont été rédigés en anglais ou existent en deux langues (en anglais et en français, par exemple), sans stipuler aucun choix de langue à proprement parler[44]. Lorsque des documents doivent être déposés dans le cadre de procédures multiples dans des États dont la langue diffère, une traduction peut être exigée[45].

Exemples de clauses

Parties

Le présent accord est conclu entre

1) Le représentant de l'insolvabilité de l'État A [nom et adresse], en qualité de représentant de l'insolvabilité dans la procédure d'insolvabilité à l'encontre du

---

[42] Ces principes sont également énoncés à l'article 31 du Règlement CE, qui fait obligation au représentant de la procédure principale et à ceux des procédures non principales de coopérer entre eux et de se communiquer des informations.

[43] Voir, par exemple, SENDO.

[44] Voir, par exemple, SENDO; les Directives Co-Co abordent aussi la question de la langue (Directives 10.1 et 10.2).

[45] Voir, par exemple, l'article 15-4 de la Loi type de la CNUDCI.

débiteur dans l'État A, désigné par décision du tribunal de l'État A en date du […], (ci-après appelé "représentant de l'insolvabilité de l'État A")[46],

d'une part

ET

2) Le représentant de l'insolvabilité de l'État B [nom et adresse], en qualité de représentant de l'insolvabilité dans la procédure d'insolvabilité à l'encontre du débiteur dans l'État B, désigné par décision du tribunal de l'État B en date du […], (ci-après appelé "représentant de l'insolvabilité de l'État B"),

d'autre part

Ci-après dénommés les "représentants de l'insolvabilité".

Rappel des faits ou historique de l'insolvabilité

Variante A

1) La société X, [constituée/dont le siège statutaire se trouve] dans l'État A, est la société mère à la tête d'un groupe d'entreprises qui exerce son activité par l'intermédiaire de ses diverses filiales et sociétés apparentées dans les États A, B, C et D.

2) La société X et certaines de ses filiales et sociétés apparentées directes et indirectes dans l'État A ont chacune engagé des procédures d'insolvabilité auprès du tribunal de l'État A conformément au droit de l'insolvabilité de cet État, et ces actions font l'objet d'une coordination procédurale. Les débiteurs de l'État A gardent la possession de leurs biens respectifs, exercent et gèrent leur activité conformément au droit de l'insolvabilité de l'État A. Des comités de créanciers chirographaires (le "comité des créanciers") ont été désignés dans le cadre des procédures de l'État A.

3) La société Y (filiale indirecte de la société X dans l'État B) et certaines de ses filiales et sociétés apparentées directes et indirectes dans l'État B ont engagé des procédures d'insolvabilité auprès du tribunal de l'État B conformément au droit de l'insolvabilité dans cet État. Des ordonnances ont été prononcées en vertu desquelles a) les débiteurs de l'État B sont admis à bénéficier des mesures prévues dans le droit de l'insolvabilité de l'État B, et b) Z a été désigné représentant de l'insolvabilité des débiteurs de l'État B, avec les droits, pouvoirs, devoirs et limitations de responsabilité énoncés dans le droit de l'insolvabilité de l'État B et dans l'ordonnance du tribunal de l'État B.

4) Les procédures dans les États A et B sont séparées et distinctes. Ni les débiteurs de l'État A ni ceux de l'État B n'ont demandé la reconnaissance de leur procédure dans l'autre État. Ni les débiteurs de l'État A ni ceux de l'État B ne sont débiteurs dans le cadre des autres procédures, bien qu'ils y aient comparu et déclaré des créances en tant que créanciers.

---

[46] Les parties peuvent, si elles le souhaitent, préciser en outre, s'il y a lieu du fait de l'adoption de la Loi type CNUDCI ou en vertu du Règlement CE, quelles sont la procédure principale et la procédure non principale et qui sont le "Représentant de la procédure d'insolvabilité principale" et le "Représentant de la procédure d'insolvabilité non principale".

Variante B

1) La société X, de l'État A, est la société mère d'une entreprise dans l'État B qui exerce son activité dans les États A et B, par l'intermédiaire de diverses filiales et sociétés apparentées dans ces États. La société X et certaines de ses filiales et sociétés apparentées (appelées collectivement les "sociétés X") sont le plus important prestataire indépendant de services N dans la région, réalisant environ 90 % de leurs revenus dans l'État A.

2) Les sociétés X ont pour activité le développement, l'intégration et le support de systèmes pour les services N. Elles assurent des services N à leurs clients à l'aide de nouveaux logiciels fournis par d'importants fabricants d'ordinateurs.

3) Les sociétés X ont engagé une procédure d'insolvabilité auprès du tribunal de l'État A en vertu du droit de l'insolvabilité de l'État A. Elles gardent la possession de leurs biens respectifs, continuent d'exercer et de gérer leur activité conformément au droit de l'insolvabilité de l'État A. Aucun comité de créanciers chirographaires n'a été désigné, mais devrait l'être dans le cadre de la procédure de l'État A (le "comité des créanciers").

4) Certaines sociétés X, dont la société mère, X, ont des actifs et exercent leur activité dans l'État B. La société X et cinq de ses filiales et sociétés apparentées dans l'État B (appelées collectivement les "demandeurs") ont engagé une procédure auprès du tribunal de l'État B en vertu du droit de l'insolvabilité de l'État B. À leur demande, le tribunal de l'État B a ordonné a) que la procédure de l'État A est la "procédure étrangère" aux fins du droit de l'insolvabilité de l'État B et que b) les actions contre les demandeurs et leurs biens sont interdites ou suspendues.

5) Les demandeurs sont parties aux procédures dans les États A et B.

Champ d'application, objet et objectifs

Variante A

Le débiteur faisant l'objet de procédures parallèles et concurrentes dans les États A et B, des mesures d'administration essentielles s'imposent pour coordonner certaines activités dans les deux procédures, protéger les droits des parties et préserver la compétence indépendante des tribunaux. Un cadre de principes généraux devrait être établi d'un commun accord pour régler les questions suivantes:

a) La vente des actifs du débiteur;

b) L'admissibilité et la priorité des créances à l'encontre du débiteur;

c) L'harmonisation de la soumission, de l'approbation et de l'application d'un plan de redressement conformément au droit de l'insolvabilité de l'État A et au droit de l'insolvabilité de l'État B; et

d) Les questions générales concernant l'administration.

Variante B

Les représentants de l'insolvabilité du débiteur dans les États A et B ont décidé d'un commun accord d'établir le présent accord pour définir les modalités pratiques de la répartition des actifs entre les créanciers de la société. Le présent accord a pour but d'organiser la coopération entre les représentants de l'insolvabilité, notamment d'organiser l'échange d'informations entre eux en ce qui concerne la vérification des créances et la répartition des actifs.

Variante C

Le débiteur faisant l'objet de procédures d'insolvabilité dans les États A et B et ailleurs, des mesures d'administration essentielles s'imposent afin de coordonner certaines activités dans le cadre des procédures d'insolvabilité, de protéger les droits des parties et de préserver la compétence indépendante des tribunaux et la courtoisie internationale. Le présent accord a donc été élaboré pour favoriser la réalisation des buts et objectifs ci-après, jugés souhaitables par l'ensemble des parties, dans les procédures des États A et B et, si nécessaire, dans d'autres procédures:

a) Harmoniser et coordonner les activités dans les procédures d'insolvabilité;

b) Favoriser l'administration ordonnée et efficace des procédures d'insolvabilité, afin, notamment, de les optimiser, de réduire leurs coûts et d'éviter les chevauchements;

c) Préserver l'indépendance et l'intégrité des tribunaux des États A, B et d'autres États;

d) Favoriser la coopération internationale et le respect de la courtoisie internationale entre les tribunaux, le débiteur, le comité des créanciers, les représentants de l'insolvabilité et les parties intéressées dans le cadre des procédures d'insolvabilité;

e) Faciliter l'administration équitable, transparente et efficace des procédures d'insolvabilité au profit de tous les créanciers du débiteur et des autres parties intéressées, où qu'ils se trouvent; et

f) Mettre en application un cadre de principes généraux pour régler les questions administratives essentielles découlant de la nature transfrontière et internationale des procédures d'insolvabilité.

Langue

Le présent accord est conclu en … et en … (les deux textes faisant également foi). La langue de communication entre les parties est [...].

2. Terminologie et règles d'interprétation

a) Terminologie

48. Le droit de l'insolvabilité repose sur une terminologie et des concepts dont la signification peut varier considérablement d'un État à l'autre. Même lorsque les parties parlent la même langue, un terme peut être interprété différemment suivant

le système juridique. Afin d'assurer une compréhension commune, de nombreux accords définissent certains termes qu'ils emploient. Les méthodes utilisées à cette fin varient cependant. Parfois, une section complète est consacrée aux définitions[47], parfois une approche au cas par cas est retenue, de brèves explications étant données au fil du texte, en tant que de besoin[48].

49. Les termes souvent expliqués sont notamment: les lois nationales applicables, les tribunaux nationaux compétents, les professionnels de l'insolvabilité, les représentants de l'insolvabilité, les procédures engagées par les créanciers, l'arrêt des poursuites, les types de procédures, le débiteur et les parties.

b) Règles d'interprétation

50. Des règles générales d'interprétation sont souvent énoncées, à savoir par exemple que le singulier englobe le pluriel et inversement; que les titres insérés ne répondent qu'à un souci de commodité et n'ont pas de signification particulière; que les références à une partie sont réputées, s'il y a lieu, désigner le cas échéant ses successeurs ou cessionnaires; que le masculin englobe le féminin ou le genre neutre[49].

51. Certains accords font une référence explicite aux principes énoncés dans le Concordat[50], ou aux Directives sur les communications entre tribunaux[51], en les incorporant dans leurs propres dispositions pour régir certaines questions.

Exemples de clauses

Terminologie

Dans le présent accord, sauf si le contexte exige qu'il en soit autrement, les termes suivants sont définis comme suit: […]

Règles d'interprétation

a) Lorsque le contexte l'exige, le singulier englobe le pluriel et inversement. De même, le masculin englobe le féminin et le genre neutre;

b) L'index et les titres des clauses du présent accord ne répondent qu'à un souci de commodité, et n'ont pas d'incidence sur l'interprétation de l'accord;

c) Les références aux clauses, paragraphes et dispositions liminaires ne concernent que le présent accord, sauf indication contraire;

---

[47] Voir, par exemple, GBFE, Swissair, par. 1.

[48] Voir, par exemple, Commodore, Everfresh. Le Concordat comporte un glossaire qui comprend les termes suivants: règles d'administration, créance ordinaire, redressement, décharge, répartition, procédure d'insolvabilité/for de l'insolvabilité, droit international, procédure limitée, liquidation, for principal/procédure principale, créanciers non locaux, représentant officiel, for plénier/procédure plénière, créance privilégiée, règles de classement, créance garantie, règles sur les nullités; les Directives Co-Co comportent une définition du représentant de l'insolvabilité (Directive 4).

[49] Voir, par exemple, GBFE.

[50] Voir, par exemple, AIOC, Everfresh.

[51] Voir, par exemple, Systech.

d) Les références à une partie sont réputées, s'il y a lieu, désigner ou englober ses successeurs ou cessionnaires le cas échéant;

e) Sauf disposition contraire expresse, les références au présent accord ou à tout autre document renvoient aussi à cet accord, à ses dispositions liminaires et à ses tableaux ou tous autres documents tels qu'ils auront été modifiés, complétés et/ou remplacés par la suite en toutes manières;

f) S'agissant de la computation des délais depuis une date déterminée jusqu'à une date ultérieure déterminée, les termes "depuis le" signifient "depuis le ... inclus" et "jusqu'au" signifie "jusqu'au ... exclus".

3. Tribunaux

52. La coopération judiciaire est de plus en plus considérée comme essentielle à la bonne conduite des affaires d'insolvabilité internationale, en rendant plus prévisible leur déroulement – les débiteurs et les créanciers n'ayant pas à anticiper les réactions judiciaires aux procédures étrangères – et en favorisant le traitement équitable de toutes les parties. Les accords internationaux se sont fondés sur diverses approches pour faciliter la coordination et la coopération entre les tribunaux de différents États afin d'assurer la bonne administration des procédures et d'éviter les litiges.

a) Courtoisie internationale et indépendance des tribunaux

53. "La *courtoisie internationale*, au sens juridique, n'est ni une obligation absolue ni une simple forme de politesse et de bonne volonté, mais la reconnaissance qu'un État accorde sur son territoire aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d'un autre État, en tenant dûment compte des devoirs et des convenances au niveau international, ainsi que des droits de ses propres ressortissants, ou d'autres personnes qui sont sous la protection de ses lois[52]." De nombreux accords soulignent l'importance de la courtoise internationale et de l'indépendance des tribunaux en précisant que leur approbation et application ne doivent en rien compromettre ou diminuer cette indépendance. Ils soulignent aussi que chaque tribunal a le droit d'exercer sa compétence et son autorité en toute indépendance et à tout moment en ce qui concerne les affaires dont il est saisi et la conduite des parties qui comparaissent devant lui[53]. Cette disposition vise à donner l'assurance que chaque partie à l'accord agit aux termes (partant dans les limites) du droit interne applicable.

---

[52] Voir *Hilton* c. *Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), décision dans laquelle un tribunal des États-Unis traite de la reconnaissance d'une décision rendue par un tribunal français et donne une première définition de la courtoisie internationale. Dans certains pays de *common law*, les tribunaux se sont appuyés sur une interprétation du terme "courtoisie internationale" pour refuser la coopération, au motif que le droit étranger en matière d'insolvabilité n'était pas suffisamment "proche" de leur droit interne. Voir alinéa a) du préambule de la Loi type de la CNUDCI, qui établit que l'un des objectifs de celle-ci est d'"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". Voir également l'article 7 de la Loi type, qui permet aux États de prévoir des dispositions sur l'assistance venant s'ajouter à celles prévues par la Loi type.

[53] Voir, par exemple, 360Networks, Matlack.

54. Souvent, les accords indiquent expressément que, conformément à la courtoisie internationale, ils ne sauraient être interprétés notamment comme:

a) Portant atteinte à l'indépendance, à la souveraineté ou à la compétence des tribunaux;

b) Faisant obligation aux débiteurs, au comité des créanciers ou aux représentants de l'insolvabilité de se soustraire à tout devoir que leur impose le droit national en vertu duquel ils ont été constitués ou désignés;

c) Autorisant toute action qui exige l'approbation expresse de l'un des tribunaux ou des deux; ou

d) Empêchant tout créancier ou autre partie intéressée de faire valoir ses droits fondamentaux en vertu des lois applicables[54].

b) Répartition des rôles entre les tribunaux

55. Lorsque des procédures d'insolvabilité visant le même débiteur sont ouvertes dans différents États, il faudra souvent déterminer les questions que les différents tribunaux devront traiter. Dans certains cas, un seul et même tribunal sera chargé de trancher ou de régler certaines questions. Dans d'autres, la situation ne sera pas aussi claire et plusieurs tribunaux pourraient jouer un rôle égal, partagé ou conjoint pour prendre certaines décisions[55]. Nonobstant l'indépendance et la souveraineté de chaque tribunal, les accords internationaux "répartissent" souvent les rôles entre tribunaux compétents pour le traitement de différentes questions afin d'assurer la coordination efficace des procédures et d'éviter chevauchements, litiges et doubles emplois. Pour ce faire, les tribunaux peuvent approuver l'accord ou alors, les parties peuvent de manière informelle convenir de porter certaines questions devant certains tribunaux. Le rôle attribué peut être défini de manière assez large, par exemple l'utilisation et la disposition des actifs du débiteur en général, ou de manière plus précise, par exemple la vérification et l'admission des créances ou l'approbation de certaines opérations en ce qui concerne l'utilisation et la disposition de certains actifs, notamment le fait de nantir ou de grever des actifs[56].

56. Même lorsque certaines questions relèvent d'un tribunal particulier, l'accord peut demander que ce tribunal, dans l'examen de ces questions, sollicite et prenne en compte les vues des autres tribunaux et participants. Ainsi, dans une affaire comportant des procédures principale et non principale, il a été demandé au tribunal chargé des actifs dans le contexte de la procédure non principale de prendre en compte toutes propositions émanant des représentants de l'insolvabilité dans la procédure principale[57]. Un accord peut également prévoir qu'il est souhaitable que

---

[54] Voir, par exemple, ABTC, Pioneer; les Directives Co-Co prévoient une déclaration similaire (Directive 3).

[55] Le Concordat recommande de confier à un seul for la responsabilité principale de coordonner toutes les procédures d'insolvabilité se rapportant à un débiteur (Principe 1). Lorsqu'il y a un for principal, il recommande que ce for coordonne l'administration et la récupération des actifs (Principe 2A); à défaut de for principal, le Concordat traite du rôle de chaque tribunal en ce qui concerne la décision relative à la valeur et à l'admissibilité des créances (Principe 8) et l'administration des actifs (Principe 4).

[56] Voir, par exemple, Maxwell, Pioneer.

[57] Voir, par exemple, SENDO.

la décision concernant une question particulière soit prise par un seul tribunal et ce, au moyen d'une coopération entre les tribunaux[58].

57. D'autres exemples montrent comment des accords internationaux peuvent faciliter cette coordination et cette coopération entre les tribunaux. Dans l'affaire *Inverworld*, un accord international approuvé par les tribunaux a conduit à l'abandon de la procédure d'insolvabilité anglaise, sous réserve de certaines conditions relatives au traitement des réclamants dans le cadre de cette procédure et à la répartition des fonctions entre les deux autres tribunaux restant saisis. Le tribunal américain devait régler les questions de droit et de fait en suspens concernant les montants auxquels pouvaient prétendre les différentes classes d'investisseurs, tandis que le tribunal caïmanais devait superviser l'administration de la répartition du produit entre les réclamants. Chaque tribunal devait considérer les actions de l'autre comme contraignantes, pour éviter des procédures judiciaires parallèles. Dans l'affaire *Maxwell*, un accord approuvé par les tribunaux tant anglais qu'américain a réparti les fonctions entre les tribunaux et prévu une coopération pour l'administration des procédures. Entre autres, l'accord conférait au représentant anglais de l'insolvabilité le pouvoir notamment d'administrer tous les actifs et toutes les opérations de l'entreprise du groupe débiteur, d'engager des dépenses, sous réserve de l'approbation par le représentant américain de l'insolvabilité concernant des questions particulières et de l'approbation du tribunal américain.

58. Certains accords précisent les facteurs qui déterminent la compétence de chaque tribunal pour intervenir sur certaines questions. Il peut s'agir du lieu de situation du débiteur, de ses actifs ou de ses créanciers; de l'application de règles de conflit de lois; d'un accord sur la loi applicable; ou d'autres facteurs de rattachement. Ainsi, la conduite de la procédure d'insolvabilité peut incomber au tribunal de l'État où elle a été ouverte[59]; l'approbation des opérations peut être confiée au tribunal de l'État où sont situés les actifs faisant l'objet de l'opération[60]; la distribution du produit des actifs et la charge de donner des instructions aux représentants de l'insolvabilité concernant le traitement des actifs peuvent être confiées au tribunal de l'État où sont situés les actifs[61]; l'examen des créances à l'égard du débiteur peut être confié au tribunal de l'État dont le débiteur est un ressortissant, de l'État où les créanciers résident, sont domiciliés ou exercent leur activité et disposent de bureaux, ou de l'État où les créances sont nées de la fourniture de biens ou services au débiteur[62], ou selon le type de contrat et la nationalité du cocontractant[63].

59. Certains accords prévoient que les tribunaux doivent agir conjointement pour certaines opérations, par exemple la disposition des actifs du débiteur ou plus précisément leur vente. Un accord peut disposer aussi que des audiences conjointes devraient être tenues pour régler certaines questions, comme l'utilisation et la disposition des actifs et la répartition du produit, lorsque ces actifs sont situés dans

---

58 Voir, par exemple, Laidlaw.
59 Voir, par exemple, Federal-Mogul, Financial Asset Management.
60 Voir, par exemple, Everfresh.
61 Ibid.
62 Voir, par exemple, Solv-Ex.
63 Voir, par exemple, ABTC, Livent.

les deux États[64] ou dans un État tiers[65]. En raison de la nature de l'entreprise du débiteur et, en particulier, de l'interconnexion et de l'interdépendance des lignes de communication de ses activités commerciales et Internet mondiales, un accord a retenu la méthode consistant à déterminer les questions qui devaient être réglées avec l'aide des différents tribunaux. Les tribunaux pouvaient tenir des audiences conjointes pour trancher ces questions et ont pu régler ensemble d'autres questions à inclure à mesure que progressait la procédure d'insolvabilité[66]. En cas de désaccord entre les tribunaux, une solution de repli prévoyait que certaines questions qui n'avaient pas été réglées dans le cadre d'une audience conjointe tenue par les deux tribunaux le seraient par un seul tribunal.

60. Un moyen pratique de régler des questions découlant de différences entre systèmes juridiques est de permettre aux tribunaux de rendre des ordonnances sur une base réciproque, c'est-à-dire à condition que l'autre juridiction rende des ordonnances appropriées. Cette approche a été adoptée dans l'affaire *360Networks*, où les fournisseurs étaient réticents à renégocier des contrats sans décision officielle du débiteur garantissant qu'il ne serait pas mis fin ensuite à ces contrats dans la procédure américaine, ce qui est permis par le droit américain, au détriment de leurs droits. De tels arrangements pourraient nécessiter l'approbation des tribunaux.

i) Traitement des créances

61. Le traitement des créances peut consister à vérifier, admettre et classer des créances ainsi qu'à déterminer le sort qui doit leur être réservé dans un plan de redressement. Un accord peut disposer que chaque créance doit être examinée par un seul des tribunaux concernés, sauf si elle est étroitement liée à un autre État, en vertu des règles de conflit de lois, s'il s'agit d'une créance pour laquelle une sûreté ou une priorité est revendiquée en vertu des lois d'un autre État ou s'il a été convenu expressément que la créance serait régie par les lois d'un autre État[67].

62. Lorsqu'une créance est déclarée dans le cadre d'une procédure, certains accords prévoient que le créancier est réputé avoir choisi de faire vérifier sa créance et d'en faire déterminer l'admissibilité par le tribunal qui administre cette procédure. Si la créance est déclarée dans le cadre de plusieurs procédures, l'accord peut désigner le tribunal qui en assurera la vérification et l'admission[68]. Les tribunaux peuvent également convenir d'élaborer des règles relatives au traitement de certains aspects de la déclaration des créances, par exemple la preuve des créances[69]. Les parties aux procédures peuvent également choisir de reporter l'examen de ces questions et d'élaborer ultérieurement une procédure de règlement des créances en général ou de certains types de créances en particulier (par exemple les créances entre sociétés du même groupe)[70].

---

[64] Voir, par exemple, Everfresh.
[65] Voir, par exemple, Inverworld.
[66] Voir, par exemple, PSINet.
[67] Voir, par exemple, Solv-Ex.
[68] Voir, par exemple, Pioneer.
[69] Voir, par exemple, Philip.
[70] Voir, par exemple, Calpine, Quebecor.

ii) Action en annulation

63. Certains accords déterminent qui doit se charger de rechercher et de poursuivre les actifs supposés faire partie de la masse du débiteur dans le ressort du tribunal[71]. La répartition des rôles dans ce domaine peut dépendre des dispositions pertinentes de la loi applicable, y compris les dispositions sur le conflit de lois.

iii) Représentants de l'insolvabilité

64. Les accords traitent souvent des pouvoirs de chaque tribunal en ce qui concerne le représentant de l'insolvabilité désigné dans la procédure qu'il administre. Ces pouvoirs peuvent concerner la désignation, la conduite et la rémunération, ainsi que l'audition et le règlement de toute question se posant à ce sujet dans le cadre de la procédure d'insolvabilité dont ce tribunal est saisi[72]. Dans certains cas, ils peuvent concerner aussi le représentant de l'insolvabilité désigné dans l'autre procédure. Ainsi, dans une affaire sans accord international écrit impliquant les États-Unis et les Pays-Bas, le recrutement et la rémunération des professionnels ont fait l'objet d'une coordination. Le recrutement et la rémunération de l'avocat néerlandais pour le débiteur et le comité des créanciers chirographaires ont été approuvés par le tribunal des États-Unis, tandis que le représentant de l'insolvabilité néerlandais a participé à l'approbation de la rémunération des professionnels américains[73].

iv) Règlement des différends

65. Afin d'assurer une coopération continue entre les procédures et de faire respecter le cadre établi par l'accord, celui-ci peut préciser la façon dont seront réglés les différends qui peuvent en naître[74]. Deux sortes de différends peuvent être abordés dans un accord international: d'une part, les litiges susceptibles de naître quant à l'objet, l'interprétation, l'application ou l'exécution de l'accord et, d'autre part, certaines catégories de conflit (potentiel) dans les procédures d'insolvabilité, pour la résolution desquels l'accord peut prévoir des règles spéciales. Un exemple de mode de résolution de cette seconde catégorie de différends consiste à établir un dispositif de déclaration des créances spéciales (par exemple les créances nées du bénéfice d'une garantie) auprès d'un tribunal spécial ou d'un groupe d'arbitrage, afin de traiter des questions qui risquent de soulever des problèmes délicats et incertains de conflits de lois ou d'élection du for.

66. Les accords internationaux adoptent diverses approches pour le règlement de ces différends. Ils peuvent par exemple exiger des parties qu'elles fassent tous les efforts raisonnables pour trouver un arrangement avant de porter la question devant un tribunal. Faute d'arrangement, le différend pourrait être soumis au tribunal désigné, dans l'accord, pour en faire respecter l'application[75] ou pour régler certains litiges, concernant par exemple tout acte ou toute décision du représentant de

---

[71] Voir, par exemple, Nakash, par. 7 à 12.
[72] Voir, par exemple, Laidlaw, Mosaic.
[73] Voir United Pan-Europe.
[74] Voir, par exemple, Systech; les Directives Co-Co conseillent aux tribunaux de coopérer pour régler tout différend se rapportant à la finalité ou à l'application des dispositions de tout accord ou protocole de coopération (Directive 16.2).
[75] Voir, par exemple, ISA-Daisytek.

l'insolvabilité[76]. Un accord peut aussi prévoir qu'un différend relatif à une question découlant d'une procédure ouverte dans un État sera soumis au tribunal compétent de cet État ou, lorsque le différend concerne toutes les procédures visées par un accord, que le différend sera réglé par le tribunal le plus approprié[77].

67. Un accord peut également prévoir une disposition permettant aux tribunaux de régler ensemble les différends, lorsqu'il y a lieu, au moyen d'une audience conjointe. Si, nonobstant cette disposition, le différend est porté auprès d'un seul des tribunaux, l'accord peut alors autoriser le tribunal i) à rendre une décision contraignante après avoir consulté l'autre tribunal; ii) à limiter volontairement sa compétence en renvoyant la question, en tout ou en partie, à l'autre tribunal; ou iii) à solliciter une audience conjointe avec l'autre tribunal[78].

68. Une autre approche peut consister à désigner un tiers pour régler les différends. L'accord peut préciser la procédure de médiation à suivre, en abordant des questions telles que l'ouverture, la possibilité de dérogation, le calendrier, le choix et la désignation du médiateur, la rémunération et l'immunité ainsi que la confidentialité de cette procédure[79].

69. Certains accords recommandent en outre aux tribunaux de se donner des avis ou des conseils et précisent la procédure applicable. Dans un souci de plus grande transparence, les règles de notification prévues par l'accord s'appliqueraient généralement et le débiteur, le comité des créanciers ou les représentants de l'insolvabilité pourraient faire valoir leurs observations auprès du tribunal compétent en réponse à un avis ou conseil écrit reçu de l'autre tribunal[80].

70. Un accord peut aussi indiquer les parties autorisées à soulever une question au sujet de l'accord, par exemple les représentants de l'insolvabilité[81] ou d'autres parties intéressées.

c) Limitation volontaire de compétence

71. La limitation volontaire de compétence désigne le fait pour un tribunal d'accepter de limiter, en faveur d'un autre tribunal, l'exercice de sa compétence sur certaines questions, notamment par exemple la faculté de connaître de certaines demandes et d'ordonner certaines décisions. Elle pourrait également consister pour un tribunal à attendre qu'un autre tribunal ait rendu sa décision et, après avoir entendu les différents arguments sur la question, à suivre celle-ci en rendant une décision "indépendante" et néanmoins similaire. Lorsqu'elle est possible, elle peut servir à éviter des jugements contradictoires entre les tribunaux concernés. La limitation volontaire de compétence en faveur d'un autre tribunal est une question délicate, qui touche à la souveraineté et à l'indépendance. Elle ne peut se produire que si les tribunaux concernés sont d'accord et aura souvent un caractère de réciprocité, à savoir que le tribunal d'un État accepte de renvoyer certaines questions à un autre tribunal concerné ou de faire exécuter la décision de cet autre

---

[76] Voir, par exemple, GBFE.
[77] Voir, par exemple, Federal-Mogul.
[78] Voir, par exemple, Financial Asset Management, Laidlaw.
[79] Voir, par exemple, Manhatinv.
[80] Voir, par exemple, Mosaic.
[81] Voir, par exemple, GBFE, Peregrine Investment.

tribunal car ce dernier accepte d'en faire autant. Cette limitation volontaire de compétence est souvent facilitée par le fait que les tribunaux reconnaissent que, sans elle, les procédures ne pourraient pas progresser et qu'il en résulterait une perte de valeur au détriment des créanciers. Les accords internationaux qui prévoient une telle limitation ne produisent généralement leurs effets que lorsqu'ils ont été approuvés par les tribunaux concernés.

72. Il ne sera peut-être pas possible pour un tribunal de limiter volontairement sa compétence dans tous les cas, car souvent les tribunaux sont tenus d'exercer leur compétence ou un contrôle exclusif sur des points particuliers. Certains systèmes juridiques prévoient aussi des règles de procédure qui restreignent cette possibilité. Les accords internationaux prévoient souvent des dispositions stipulant que les tribunaux ne peuvent limiter volontairement leur compétence en faveur d'un autre tribunal que si le droit interne les y autorise. En outre, il peut être laissé à l'appréciation du représentant de l'insolvabilité de renoncer tout simplement à exercer une action auprès du tribunal de son pays et de laisser au représentant d'une procédure connexe dans un autre pays le soin d'exercer cette action dans cet autre pays.

73. Les accords internationaux peuvent prévoir des dispositions très précises sur la limitation volontaire de compétence, en stipulant les questions pour lesquelles un tribunal devrait s'en remettre à la décision d'un autre tribunal, par exemple le règlement des différends pouvant naître de l'accord, l'arrêt des poursuites ou encore les questions de droit étranger[82]. Ils peuvent aussi contenir des dispositions générales, en prévoyant qu'un tribunal doit s'en remettre à la décision d'un autre tribunal, lorsqu'il y a lieu ou lorsque cela est faisable[83]. Dans l'affaire *Inverworld* évoquée ci-dessus, l'accord conclu a conduit l'un des trois tribunaux concernés à limiter sa compétence en faveur des deux autres tribunaux en abandonnant la procédure dont il était saisi, sous certaines conditions relatives au traitement des réclamants et à la répartition des fonctions entre les deux autres tribunaux.

74. Les dispositions sur la limitation volontaire de compétence peuvent prévoir par exemple: qu'il est dans l'intérêt des débiteurs et des parties prenantes que l'un des tribunaux assure l'administration principale du redressement[84]; que le tribunal de l'État dont les lois régissent la créance doit connaître de la décision faisant appel du rejet de la créance[85]; que, si un tribunal différent est saisi en appel, la question sera renvoyée au tribunal compétent; et que, dans certains cas, l'approbation du tribunal de l'État concerné sera réputée accordée[86].

d) Droit de comparaître et d'être entendu

i) Qui a ce droit?

75. L'article 9 de la Loi type de la CNUDCI dispose qu'un représentant étranger est habilité à s'adresser directement à un tribunal de l'État adoptant, ce qui lui évite des formalités telles que licences ou actions consulaires. Généralement, ces

---

[82] Voir, par exemple, Olympia & York.
[83] Voir, par exemple, Loewen, 360Network Group.
[84] Voir, par exemple, Pioneer.
[85] Voir, par exemple, GBFE.
[86] Ibid.

formalités sont longues et complexes, entravant l'action rapide qui est souvent nécessaire dans les procédures d'insolvabilité, qu'elles soient nationales ou internationales. Dans les États qui n'ont pas adopté la Loi type, ce droit d'accès direct pourrait être limité par des conditions de forme ou par le droit interne.

76. Les accords qui traitent la question de l'accès direct le font à des degrés différents et à l'égard de parties intéressées différentes[87]. Certains abordent cette question explicitement, en reconnaissant aux parties le même droit de comparaître et d'être entendues dans chacun des États concernés par l'accord que celui dont jouissent leurs homologues domiciliés dans ces États. Cet accès pourrait être accordé aux représentants de l'insolvabilité ou à d'autres parties intéressées, notamment les créanciers, le débiteur, le comité des créanciers et les prêteurs qui fournissent un financement après l'ouverture de la procédure. S'agissant de l'accès des créanciers, de nombreux accords leur confèrent le droit de comparaître, que la partie concernée ait ou non déclaré une créance dans le cadre de la procédure en question. D'autres accords font référence aux principes du Concordat qui accordent à chaque partie, créancier et comité des créanciers le droit, mais non l'obligation, de comparaître dans le cadre des procédures dans les différents fors[88].

77. Certains accords prévoient que les représentants de l'insolvabilité d'un État acceptent que leurs homologues étrangers aient qualité pour agir dans la procédure d'insolvabilité locale ou que les représentants de l'insolvabilité d'un État appuieront la demande faite par le représentant de l'insolvabilité d'un autre État de comparaître dans le cadre de la procédure locale[89]. Les accords entre les représentants de l'insolvabilité sur l'accès direct au tribunal produiront effet en fonction de la loi applicable et pourraient ne constituer qu'une marque de bonne volonté ou une garantie qu'un représentant de l'insolvabilité ne s'opposera pas à la comparution de son homologue devant le tribunal de son État.

78. Certains accords apportent aussi des précisions en indiquant notamment où il faut adresser une demande de comparution, en donnant l'adresse exacte du tribunal[90].

ii) Soumission à la compétence des tribunaux

79. L'article 10 de la Loi type constitue une "clause de sauvegarde" visant à garantir que le tribunal de l'État adoptant n'étendra pas sa compétence à l'ensemble des actifs du débiteur ou au représentant étranger au seul motif que ce dernier a demandé la reconnaissance d'une procédure étrangère. Lorsque la Loi type n'a pas été adoptée, un représentant de l'insolvabilité ou une autre partie comparaissant devant les tribunaux d'un autre État serait assujetti aux règles de cet État sur cette question. Un accord qui traite du droit de comparution dans les différents États qu'il vise pourrait aborder la question de la soumission à la compétence des tribunaux dans la mesure où le permet le droit interne applicable afin de parer à d'éventuels conflits si l'État du for n'a pas adopté la Loi type. Un accord comportant une telle disposition nécessitera l'approbation du tribunal pour produire ses effets.

---

87 Les Directives Co-Co recommandent un accès direct pour le représentant de l'insolvabilité étranger (Directive 5).

88 Voir, par exemple, le Concordat, Principes 3A et 3C; voir également AIOC.

89 Voir, par exemple, Manhatinv, Federal-Mogul.

90 Voir, par exemple, Everfresh.

80. Le traitement de cette question varie d'un accord à l'autre. Certains prévoient que la comparution devant le tribunal d'un État ou l'introduction d'une demande dans cet État pourrait assujettir la partie intéressée à la compétence des tribunaux de cet État aux seules fins de la procédure en question[91]. D'autres disposent qu'une partie n'est assujettie à la compétence des tribunaux d'un autre État que si elle a déclaré une créance dans le cadre de la procédure ouverte dans cet État[92]. Si une partie n'a pas déjà comparu devant un tribunal étranger, ou ne souhaite pas comparaître devant ce tribunal, un accord peut disposer qu'elle est admise à déposer des moyens de preuve écrits à l'appui de ses arguments sans qu'il soit considéré qu'elle a comparu devant le tribunal étranger où ces moyens sont produits, pourvu que le tribunal ne soit pas saisi d'une demande reconventionnelle.

81. Certains accords disposent que les représentant de l'insolvabilité ne sont pas soumis à la compétence des tribunaux étrangers de manière générale[93], tandis que d'autres prévoient que le tribunal a compétence sur le représentant de l'insolvabilité mais seulement en ce qui concerne les questions pour lesquelles il comparaît devant le tribunal[94]. Cette disposition permet de tenir compte de la réticence d'un représentant de l'insolvabilité à se soumettre à la compétence personnelle d'un État étranger. Cette réticence pourrait venir d'une mauvaise connaissance du droit de l'État étranger ou de disparités entre les régimes juridiques des deux États. Le représentant de l'insolvabilité veillera à s'abstenir de tout acte dans un pays étranger qui l'amènerait à manquer à ses devoirs nationaux ou à contrevenir au droit de l'État étranger du fait qu'il ne pourrait y accomplir un acte qui irait à l'encontre de ses devoirs nationaux.

82. Certains accords prévoient que le comité des créanciers ne se soumet pas non plus à la compétence des tribunaux étrangers, en disposant que la comparution devant l'autre for ne doit pas constituer un chef de compétence personnelle sur les différents membres du comité[95].

83. Certains accords contiennent des mesures de protection en disposant que nul ne sera soumis aux règles de droit matériel d'un for sauf si, aux termes des règles de conflit de lois du for, il est assujetti à ces lois dans une procédure autre que d'insolvabilité portant sur la même opération[96].

e) Procédures à venir

84. Les accords peuvent traiter des questions susceptibles de se poser lorsque des procédures d'insolvabilité supplémentaires sont ouvertes à l'encontre du débiteur (par exemple dans d'autres États ou, dans le cas d'un groupe d'entreprises, en ce qui concerne un membre supplémentaire du groupe). Un accord peut aborder la question de sa relation avec d'éventuelles procédures d'insolvabilité futures qu'il ne couvre

---

91 Voir, par exemple, Loewen, Matlack.

92 Voir, par exemple, Inverworld.

93 Voir, par exemple, Manhatinv; cette approche a également été retenue par les Directives sur les communications entre tribunaux, lesquelles disposent que le représentant de l'insolvabilité ne sera pas soumis, du fait de sa comparution dans le cadre d'une procédure étrangère, à la compétence du tribunal étranger (Directive 13).

94 Voir, par exemple, 360Networks, Livent.

95 Voir, par exemple, Pioneer, Systech; voir aussi le Concordat, Principes 3A et 3C.

96 Voir, par exemple, Solv-Ex, par. 7.

pas expressément, en disposant qu'en cas d'ouverture d'une procédure étrangère, les mesures et principes qu'il énonce s'étendront aux opérations liées à cette procédure étrangère, à condition que tous les créanciers dans le cadre de la procédure étrangère se voient accorder le même traitement, indépendamment du lieu de leur domicile. Un accord peut également régir la situation où un tribunal approuve ultérieurement un accord supplémentaire avec un tribunal d'un autre État, en demandant au tribunal concerné uniquement par l'accord initial de respecter l'accord supplémentaire dans la mesure où ses lois le permettent et en conformité avec les principes de courtoisie internationale et de coopération[97].

85. Une disposition plus générale peut étendre à toute procédure ultérieure les obligations applicables en vertu du droit de l'insolvabilité en ce qui concerne les procédures existantes. Elle peut prévoir par exemple d'étendre à toute procédure ultérieure l'obligation de communication des informations entre les différentes procédures relatives aux créances déclarées[98]. Une telle disposition vise à renforcer l'obligation prévue par le droit existant.

Exemples de clauses

Courtoisie internationale et indépendance des tribunaux

1) L'approbation et l'application du présent accord ne diminuent pas la compétence indépendante des tribunaux des États A et B, ni ne sont réputées porter atteinte à la souveraineté des États A ou B.

2) Conformément aux principes de courtoisie internationale et d'indépendance énoncés au paragraphe 1 ci-dessus, aucune disposition du présent accord n'est interprétée comme:

a) Augmentant, diminuant ou modifiant d'une autre manière l'indépendance, la souveraineté ou la compétence des tribunaux concernés des États A ou B ou de tout autre tribunal dans les États A ou B, ni leur capacité à prendre toute mesure appropriée en vertu de la loi applicable;

b) Obligeant le tribunal de l'État A ou B à agir contrairement à ses obligations en vertu des lois de l'État A ou B;

c) Obligeant le débiteur, le comité des créanciers ou les représentants de l'insolvabilité à agir ou s'abstenir d'agir de sorte qu'ils viendraient à manquer aux devoirs que leur impose toute loi applicable; ou

d) Autorisant tout acte qui exige l'approbation expresse de l'un des tribunaux ou des deux en vertu du droit de l'insolvabilité des États A ou B après notification appropriée et audience (sauf dans la mesure où cet acte est décrit expressément dans le présent accord).

---

97 Voir, par exemple, 360Networks, par. 30 et 31.

98 Voir, par exemple, SENDO, part I-2.

3) Le débiteur, le comité des créanciers, les représentants de l'insolvabilité et leurs employés, membres, mandataires et professionnels respectifs honorent et remplissent les devoirs que leur imposent les lois des États A et B et d'autres lois applicables, réglementations ou ordonnances des tribunaux compétents.

Répartition des rôles entre les tribunaux

Le tribunal de l'État A exerce une compétence exclusive sur la conduite et les débats de la procédure de l'État A. [*Reprendre cette clause pour le tribunal de l'État B.*]

Répartition des rôles entre les tribunaux: traitement des créances

Afin de coordonner la [restructuration] [liquidation] de l'entreprise du débiteur et d'éviter tout chevauchement inutile d'efforts et de dépenses ou des décisions judiciaires contradictoires, les principes suivants sont applicables lorsqu'il s'agit de déterminer la validité, le montant et le traitement de toutes créances à l'encontre des débiteurs:

a) Toutes les créances à l'encontre du débiteur de l'État A, y compris celles nées des garanties accordées par le débiteur de l'État A, sont examinées par le tribunal de l'État A dans le cadre de la procédure de l'État A;

b) Toutes les créances à l'encontre du débiteur de l'État B (à l'exception des créances décrites à l'alinéa a) ci-dessus) sont examinées selon les principes suivants:

i) Quiconque déclare une créance à l'encontre du débiteur de l'État B dans le cadre de la procédure de l'État A est réputé avoir choisi de faire déterminer la validité, le montant et le traitement de cette créance par le tribunal de l'État A;

ii) Quiconque déclare une créance à l'encontre du débiteur de l'État B dans le cadre de la procédure de l'État B est réputé avoir choisi de faire déterminer la validité, le montant et le traitement de cette créance par le tribunal de l'État B;

iii) Quiconque déclare une créance à l'encontre du débiteur de l'État B dans le cadre des deux procédures est réputé avoir choisi de faire déterminer la validité, le montant et le traitement de cette créance par le tribunal de l'État A.

[*déplacé à Loi applicable – voir 4 c) ci-dessous*]

Représentants de l'insolvabilité

1) Le représentant de l'insolvabilité et les professionnels de l'État A désignés dans la procédure de l'État A sont soumis à la compétence exclusive du tribunal de l'État A pour toutes questions, y compris:

a) Leur mandat;

b) Leur rémunération;

c) Leur responsabilité, le cas échéant, à l'égard de toute personne physique ou morale, y compris le débiteur et les tiers, en rapport avec la procédure d'insolvabilité; et

d) L'audition et le règlement de tout point relatif à ces questions soulevé dans

le cadre de la procédure de l'État A.

2) Le représentant de l'insolvabilité et les professionnels désignés dans l'État A ne sont pas tenus de faire approuver leur désignation par le tribunal de l'État B. En outre, le représentant de l'insolvabilité et les professionnels de l'État A:

a) Ne sont rémunérés pour leurs services que conformément au droit de l'insolvabilité de l'État A et à une autre loi applicable de l'État A ou aux ordonnances du tribunal de l'État A; et

b) Ne sont pas tenus de faire approuver leur rémunération par le tribunal de l'État B.

[*Reprendre ces deux clauses pour l'État B.*]

Règlement des différends

Variante A

Les parties saisissent le tribunal de l'État A, le tribunal de l'État B, ou les deux, de tous différends liés aux conditions, à l'objet ou à l'application du présent accord, après notification conformément au paragraphe [...] ci-dessus. Lorsqu'une question est soumise à un seul tribunal, celui-ci, pour trancher le litige:

a) Peut consulter l'autre tribunal; et

b) Peut, à sa discrétion:

i) Rendre une décision contraignante après ladite consultation;

ii) S'en remettre à la décision de l'autre tribunal en lui renvoyant la question, en tout ou en partie; ou

iii) Solliciter une audience conjointe avec l'autre tribunal.

Lorsqu'il prend une décision, chaque tribunal respecte l'indépendance, la courtoisie internationale ou la compétence propre de l'autre tribunal établie par le droit existant.

Variante B

Le présent accord est régi exclusivement par le droit de l'État A. Tout différend relatif à la validité, à l'interprétation, à l'exécution ou à la non-exécution du présent accord est soumis à la compétence exclusive du tribunal de l'État A.

Variante C

Les parties intéressées peuvent saisir les tribunaux de l'État A et de l'État B de tous différends liés aux conditions, à l'objet ou à l'application du présent accord, après notification.

Limitation volontaire de compétence

Afin d'harmoniser et de coordonner l'administration des procédures d'insolvabilité, les tribunaux des États A et B n'épargnent chacun aucun effort pour coordonner leurs activités entre eux et s'en remettre au jugement de l'autre, lorsqu'il y a lieu et lorsque cela est faisable. Dans la mesure du possible, toute question particulière

devrait être réglée par un seul tribunal mais, en tout état de cause, de manière à éviter tout conflit entre les tribunaux.

Droit de comparaître et d'être entendu

Le débiteur, ses créanciers et les autres parties intéressées, y compris le comité des créanciers et les représentants de l'insolvabilité, ont qualité pour a) comparaître et être entendus dans le cadre de la procédure d'insolvabilité dont est saisi le tribunal dans l'État A ou de l'État B de la même manière que les créanciers et les autres parties intéressées domiciliés dans l'État du for, sous réserve des règles et réglementations locales qui s'appliquent généralement à toutes les parties comparaissant dans le for en question et b) déposer une demande de comparution ainsi que tout autre demande ou document auprès du tribunal de l'État A ou B, à condition cependant que toute comparution ou dépôt permette de soumettre un créancier ou une partie intéressée à la compétence du tribunal concerné par cette comparution ou ce dépôt. La comparution du comité des créanciers dans le cadre de la procédure de l'État B ne constitue pas un chef de compétence personnelle dans l'État B sur les membres du comité des créanciers. Conformément aux principes énoncés au paragraphe […] ci-dessus [*rôle du tribunal concernant la désignation et la rémunération des représentants de l'insolvabilité*], a) le tribunal de l'État B n'a compétence sur le représentant de l'insolvabilité de l'État A qu'en ce qui concerne les questions particulières pour lesquelles le représentant de l'insolvabilité de l'État A comparaît devant le tribunal de l'État B; et b) [*Reprendre alinéa a) pour le tribunal de l'État A.*]

Procédures à venir

1) Lorsqu'une procédure étrangère est engagée, toutes les personnes concernées par le présent accord devront, dans toute la mesure possible, et à condition que tous les créanciers dans cette procédure étrangère se voient accorder le même traitement quel que soit le lieu de leur domicile, mettre en œuvre les mesures prévues par le présent accord dans le cadre de toute procédure étrangère et respecter l'objet et les principes du présent accord dans les opérations se rapportant à la procédure étrangère.

2) Si le tribunal de l'État A rend une ordonnance portant approbation d'un accord avec les tribunaux d'un État autre que l'État B, le tribunal de l'État B respecte ledit accord dans la mesure où le permet le droit de l'État B et en conformité avec les principes de courtoisie internationale et de coopération. [*Reprendre cette clause pour le tribunal de l'État B.*]

4. Administration des procédures

86. La manière dont certaines questions procédurales qui se posent dans des procédures d'insolvabilité internationale, comme l'ordre de priorité des procédures, l'arrêt des poursuites et la loi applicable, sont traitées dans la pratique peut être déterminante pour le succès de ces procédures. Ainsi, si un arrêt des poursuites dans un État n'est pas respecté dans d'autres États dans lesquels, par exemple, le débiteur a des actifs, il peut s'ensuivre une "course au tribunal", dommageable pour la valeur de la masse de l'insolvabilité et les intérêts des créanciers. Ces questions se prêtent donc à un accord international.

a) Ordre de priorité des procédures

87. Comme il est indiqué plus haut, l'expérience a montré que, souvent, les tribunaux sont peu désireux ou ne sont pas en mesure de limiter volontairement leur compétence en faveur d'un tribunal étranger et préféreront donc considérer les procédures comme concurrentes ou parallèles, indépendamment du fait qu'il s'agisse de procédures principales ou non principales. Cette préférence peut être liée à la loi applicable ou à la volonté de protéger les intérêts des créanciers nationaux. Dans un souci de sécurité juridique, ainsi que pour éviter d'éventuels conflits et simplifier les questions de coordination, un accord peut répartir les rôles entre les tribunaux pour différentes questions ou déterminer la priorité des différentes procédures. Par exemple, les parties peuvent décider, par convention, quelle sera la procédure primaire, celle-ci devenant dès lors prioritaire sur les autres[99].

88. Il arrive que les représentants de l'insolvabilité désignés dans un État demandent qu'une procédure d'insolvabilité soit ouverte dans un autre État afin d'éviter des conflits de compétence et tout risque de dispersion des actifs du débiteur au détriment des créanciers[100]. Comme il ne sera pas toujours possible que le représentant de l'insolvabilité demandant l'ouverture de la procédure soit désigné dans l'autre État, il peut être important qu'il s'entende avec le représentant nommé dans cet autre État afin de faciliter la coordination et ne pas compromettre la procédure. Dans l'affaire *SENDO*, par exemple, les représentants de l'insolvabilité ont conclu un accord "dans l'objectif de définir un mode pratique de fonctionnement qui permettrait de coordonner les deux procédures d'insolvabilité de manière efficace", car ils ont reconnu que le cadre juridique existant, c'est-à-dire le Règlement CE, n'établissait que des principes de fonctionnement très généraux[101].

b) Arrêt des poursuites

89. Le Guide législatif de la CNUDCI note qu'un objectif essentiel d'une loi sur l'insolvabilité efficace est de protéger la valeur de la masse de l'insolvabilité contre toute dépréciation due aux actions des diverses parties à la procédure d'insolvabilité et de permettre que la procédure soit administrée d'une manière équitable et ordonnée. Un arrêt des poursuites est un des moyens permettant d'atteindre cet objectif. Les insolvabilités internationales impliquant des procédures multiples posent souvent des questions difficiles concernant l'arrêt des poursuites, en particulier lorsqu'il s'agit d'appliquer ou de respecter un arrêt prononcé par des tribunaux étrangers dans une procédure étrangère, ou d'ordonner un arrêt parallèle à l'appui de cette procédure étrangère. La législation nationale peut imposer des limites à la reconnaissance ou au respect d'un arrêt des poursuites prononcé par un tribunal étranger, ou ne pas autoriser un tribunal à accorder un arrêt des poursuites sur la base d'une présumée validité d'une demande d'ouverture de procédure présentée à l'étranger. En outre, la portée d'un arrêt ordonné dans une procédure étrangère n'aura peut-être pas d'équivalent direct dans un État où l'on cherche à l'appliquer. Le respect d'un arrêt des poursuites ordonné par un tribunal étranger peut dépendre de considérations politiques et économiques, ainsi que de la connaissance de l'État où est ordonné l'arrêt ou des contacts commerciaux avec cet

---

[99] Voir, par exemple, GBFE, par. 3.1, Peregrine, par. 2.
[100] Voir, par exemple, GBFE, par. E, Peregrine, par. H, SENDO, p. 2.
[101] Voir, par exemple, SENDO, p. 2.

État. Même lorsque le droit interne prévoit l'effet universel d'un arrêt automatique des poursuites, un tribunal étranger pourrait être enclin à protéger les intérêts des créanciers nationaux et ignorer l'arrêt étranger, même si cela joue contre la maximisation de ce que tous les créanciers pourraient recouvrer.

90. La Loi type prévoit un arrêt automatique dès la reconnaissance d'une procédure étrangère et traite d'un certain nombre de questions relatives à la coordination des mesures entre les procédures principale et non principale[102]. Les États qui adoptent la Loi type devraient avoir une position relativement claire et transparente concernant l'arrêt des poursuites[103]. En revanche, dans d'autres États ou dans les États où la reconnaissance d'une procédure étrangère n'est pas demandée, la question pourra être abordée dans un accord international. Étant donné que la reconnaissance d'un arrêt des poursuites prononcé à l'étranger ne peut pas être imposée à un tribunal par simple accord entre les parties, il sera généralement nécessaire que les tribunaux approuvent un accord contenant de telles dispositions.

91. Les accords abordent de différentes manières la question de l'arrêt des poursuites. Certains prévoient une reconnaissance conjointe, en stipulant que le tribunal d'un État applique sur son propre territoire l'arrêt prononcé dans l'autre État concerné par l'accord, et vice-versa. Ils pourraient également prévoir que l'arrêt des poursuites ne sera exécuté que dans la mesure nécessaire et appropriée, ou dans la même mesure dans laquelle il est applicable dans l'État où il a été ordonné. Lorsqu'il reconnaît un arrêt applicable dans un autre État et lui donne effet, l'accord pourrait prévoir que le tribunal consultera le tribunal qui l'a prononcé pour ce qui touche à l'interprétation et à l'application de cet arrêt, c'est-à-dire son éventuelle modification, sa mainlevée et les questions d'exécution.

92. D'autres accords ne prévoient pas la reconnaissance automatique, par les tribunaux concernés, d'un arrêt des poursuites ordonné par un tribunal visé par l'accord, mais autorisent qu'une reconnaissance et une assistance soient demandées à ces tribunaux, auquel cas cette assistance pourrait consister notamment à donner effet à l'arrêt ou à prononcer une mesure équivalente[104].

93. À côté de l'arrêt des poursuites ordonné par un tribunal, les parties peuvent décider ensemble de suspendre toute procédure engagée par elles à l'encontre du débiteur pendant une période déterminée, en attendant que soit trouvée l'approche optimale pour la coordination des différentes procédures. Une telle décision peut être coordonnée par l'intermédiaire des comités de créanciers ou nécessiter l'accord des créanciers (en particulier lorsque ces derniers ont demandé l'ouverture de la procédure d'insolvabilité) et pourrait être consignée dans un accord écrit[105], mais serait également possible en dehors d'un accord. Ainsi, dans une affaire comportant des procédures principale et non principale, le représentant de l'insolvabilité dans la procédure principale a accepté de ne pas demander, pendant un certain temps, l'arrêt des poursuites dans la procédure non principale, afin de trouver le meilleur moyen

---

[102] Loi type de la CNUDCI, articles 20 et 21, 28 et 29.

[103] Tous les États adoptant une législation fondée sur la Loi type n'ont pas adopté l'arrêt automatique.

[104] Voir, par exemple, Federal-Mogul, par. 7.

[105] Voir, par exemple, Inverworld, par. 27.

de recouvrer les actifs du débiteur, alors même que la loi applicable l'autorisait à présenter une telle demande[106].

94. La question de la mainlevée de l'arrêt des poursuites a également été abordée dans certains accords. L'un d'eux, par exemple, prévoyait une mesure de protection qui permettait aux parties, en cas d'urgence, de demander la mainlevée de l'arrêt après l'entrée en vigueur de l'accord. Un autre facilitait la coordination en accordant au représentant étranger de l'insolvabilité la mainlevée de l'arrêt automatique des poursuites pendant une période déterminée, afin de lui permettre de faire des recherches sur les actifs appartenant prétendument à la masse du débiteur dans l'État du for. Dans une affaire où la procédure d'insolvabilité internationale devait être administrée conjointement et un plan de travail arrêté, l'accord approuvé par le tribunal accordait aux représentants de l'insolvabilité la mainlevée de tout arrêt des poursuites ou toute ordonnance similaire, pour que le plan arrêté puisse être mis en œuvre.

95. Dans les situations impliquant des actifs ou des personnes dans un État tiers, un accord peut prévoir que chaque tribunal concerné pourrait accorder une mainlevée d'urgence à la demande du représentant de l'insolvabilité. Dans un accord qui contenait des dispositions à cet effet, il était également précisé que, puisque cette mainlevée pouvait être accordée par le tribunal d'un État, le représentant de l'insolvabilité devrait essayer d'obtenir par la suite l'approbation des autres tribunaux aussi rapidement que possible[107].

c) Loi applicable

96. Lorsque la procédure d'insolvabilité concerne des parties ou des actifs situés dans des États différents, peut alors se poser la question complexe de savoir quelle loi appliquer à la validité et à l'opposabilité des droits ou revendications sur ces actifs, au traitement de ces actifs ainsi qu'aux droits et créances des parties qui ne sont pas situées dans l'État où la procédure a été ouverte. Dans ce type de procédure, l'État du for appliquera généralement ses règles de droit international privé (ou règles de conflit de lois) pour déterminer quelle loi est applicable à la validité et à l'opposabilité d'un droit ou d'une créance et à son traitement dans la procédure. Bien que la procédure d'insolvabilité puisse en règle générale être gouvernée par la loi de l'État d'ouverture de la procédure (*lex fori concursus*), de nombreux États ont adopté des exceptions, plus ou moins nombreuses et étendues, et aux justifications diverses, à l'application de cette loi. Le fait que le nombre et la portée de ces exceptions varient peut être une source d'insécurité juridique et d'imprévisibilité pour les parties concernées par une procédure d'insolvabilité internationale. En traitant spécifiquement la question de loi applicable, une loi sur l'insolvabilité peut contribuer à la sécurité juridique pour ce qui est des effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits et créances ou sur les parties concernés par cette procédure.

97. Toutefois, la plupart des États ne disposent pas de règles de conflit de lois expresses spécialement destinées à résoudre les questions d'insolvabilité internationale. Un exemple illustrera les difficultés rencontrées. Dans l'affaire *Toga*

---

106 Voir, par exemple, SENDO, partie II-1.1, p. 7.

107 Voir, par exemple, Nakash, par. 6.

Manufacturing, le tribunal des États-Unis n'a pas fait droit à la demande du débiteur canadien tendant au prononcé d'une injonction, car la créance d'un créancier américain, qui aurait été prioritaire en vertu du droit américain, aurait été traitée comme une créance ordinaire non garantie dans la procédure canadienne[108].

98. En l'absence de règles claires dans la loi applicable, un accord peut chercher à éviter tout conflit découlant des différences entre règles de conflit de lois en précisant la loi applicable pour certaines questions. De nombreux accords traitent les problèmes de loi applicable qui se posent sur des questions telles que le traitement des créances; le droit à compensation et les sûretés; l'application de dispositions d'annulation; l'utilisation et la disposition des actifs; la répartition du produit de la vente des actifs du débiteur, etc.[109]. Différentes approches sont adoptées pour déterminer la loi applicable à ces questions. L'une d'entre elles consiste à appliquer la loi du for, à moins que des considérations de courtoisie internationale n'exigent l'application d'une autre loi. Selon une autre approche, les questions devraient être tranchées par le tribunal compétent à partir d'une analyse s'appuyant sur les règles de conflit de lois applicables dans son État, ou conformément à la loi régissant l'obligation sous-jacente. Dans le cas des dispositions d'annulation, par exemple, un accord peut ainsi stipuler qu'il s'agit de la loi de l'État sur le territoire duquel sont situées les entités auxquelles des actifs ont été transférés, ou de la loi déterminée par les règles du tribunal à la compétence duquel sont soumis les créanciers[110].

99. Il pourrait être prévu que, si la loi régissant l'obligation sous-jacente n'est pas claire ou est en fait la loi d'un État qui n'est pas concerné par l'accord, il faudrait appliquer les règles de conflit de lois de l'un des États concernés pour déterminer lequel des tribunaux sera chargé de trancher la question. Selon une autre approche encore, les règles de conflit de lois d'un pays tiers devraient s'appliquer si l'application des lois des États concernés aboutit à des résultats contradictoires[111].

100. Les parties peuvent également convenir de la manière de régler certaines questions qui seraient traitées différemment d'un État à l'autre. Dans une affaire concernant les Pays-Bas et les États-Unis, qui était coordonnée en l'absence d'arrangement international écrit, les parties sont convenues qu'un contrat qui constituait une charge pour la masse et était régi par la loi d'un État tiers serait rejeté conformément à la loi des États-Unis. Elles sont également convenues que les effets d'un tel rejet seraient soumis à arbitrage aux Pays-Bas, la loi de l'État tiers étant dans ce cas appliquée[112]. Enfin, en ce qui concerne le traitement des créances, elles sont convenues de ne pas appliquer la loi des États-Unis et donc de ne pas déclasser certaines créances au rang des actions, car cela aurait été incompatible avec le droit néerlandais de l'insolvabilité[113].

---

[108] *In re Toga Manufacturing Ltd.*, 28 B.R. 165 (E.D.Mich. 1983).

[109] Le Concordat laisse à chaque for le soin de décider de la valeur et de l'admissibilité des créances déclarées devant lui et de déterminer certains droits des créanciers en procédant à une analyse basée sur les règles de conflit de lois (Principe 8A).

[110] Voir, par exemple, ABTC, art. 8/sect. 8.01, Everfresh, par. 12.

[111] Voir, par exemple, Peregrine, par. 9.

[112] Voir United Pan Europe.

[113] Ibid., la loi qui n'a pas été appliquée est la section 510 b) du Code des faillites des États-Unis.

101. Comme il a été indiqué plus haut (voir par. 22 ci-dessus), les parties peuvent conclure plusieurs accords au cours d'une procédure d'insolvabilité. Un accord préliminaire peut alors indiquer que les parties s'efforceront de négocier un accord ultérieur sur, par exemple, le traitement des créances, qui préciserait la loi applicable aux créances produites par chaque débiteur et ses créanciers dans les autres procédures[114].

Exemples de clauses

Ordre de priorité des procédures

Sous réserve des dispositions du présent accord, la procédure de l'État A est la procédure primaire. Toutefois, pour des raisons pratiques, comme les activités commerciales de la société sont et ont toujours été concentrées dans l'État B, la liquidation de la société sera pour l'essentiel effectuée dans et à partir de l'État B.

Arrêt des poursuites

Variante A

1) Le tribunal de l'État A reconnaît la validité de l'arrêt des poursuites et des actions applicable à l'encontre du débiteur de l'État B et de ses biens conformément au droit de l'insolvabilité de l'État B. Pour appliquer les dispositions du présent paragraphe, le tribunal de l'État A peut consulter le tribunal de l'État B concernant a) l'interprétation et l'application de l'arrêt des poursuites ordonné dans l'État B et de toute ordonnance du tribunal de l'État B modifiant ou levant cet arrêt des poursuites et b) l'exécution de cet arrêt des poursuites dans l'État A.

[*Reprendre ces clauses pour l'État B.*]

2) Aucune disposition du présent accord n'affecte ou ne limite le droit des débiteurs ou d'autres parties de faire valoir l'applicabilité ou l'inapplicabilité de l'arrêt des poursuites ordonné dans l'État A ou l'État B à une procédure, indépendamment de l'endroit où elle se déroule, ou à un bien, un actif, une activité ou autre, indépendamment de son lieu de situation.

3) Aucune disposition du présent accord n'affecte ou ne limite la capacité de l'un ou l'autre tribunal d'ordonner a) qu'un arrêt des poursuites visant les parties qui le saisissent ne s'applique pas à une demande introduite par ces parties auprès de l'autre tribunal, ou b) que la mainlevée soit accordée pour permettre à ces parties de saisir l'autre tribunal selon les conditions qu'il jugera appropriées.

Variante B

Afin de promouvoir l'administration ordonnée et efficace des procédures d'insolvabilité et de protéger la masse du débiteur au profit des créanciers et des autres parties prenantes, les parties:

---

[114] Voir, par exemple, Calpine, par. 19, Quebecor, par. 18.

a) Si le représentant de l'insolvabilité de l'État A en fait la demande, demandent au tribunal de l'État B, dans la mesure où le permet le droit de ce dernier, de reconnaître la procédure de l'État A et/ou de lui apporter une assistance judiciaire, et de donner effet à l'arrêt ordonné dans l'État A dans l'État B, ou de prononcer des mesures équivalentes;

b) [*Reprendre l'alinéa a) pour le tribunal de l'État A.*]

Loi applicable

1) Le for chargé de trancher décide de la valeur, de l'admissibilité et de l'ordre de priorité des créances produites en procédant à une analyse fondée sur les règles de conflit de lois applicables dans ce for.

2) Le droit de l'insolvabilité de l'État A régit sur le fond tous les transferts [aux] [réalisés par les] entités situées dans l'État A. [*Reprendre cette clause pour l'État B.*]

5. Répartition des rôles entre les parties à l'accord

102. La coopération est particulièrement nécessaire dans les domaines où l'on peut s'attendre à des conflits. Un moyen d'éviter ces conflits est de conclure des accords précisant les rôles de chaque partie ou prévoyant au moins une coopération dans ces domaines. C'est pourquoi les accords répartissent souvent les rôles entre les parties à une procédure pour toute une série de questions, notamment: la supervision du débiteur; les plans de redressement; le traitement des actifs; le pouvoir d'engager une action en justice; le traitement des créances, y compris la vérification des créances et la notification aux créanciers; et financement postérieur à l'ouverture de la procédure. Toutefois, dès qu'un accord traite de l'intervention d'un tribunal, du rôle d'un tribunal ou des mesures que celui-ci doit prendre, son approbation par ce tribunal serait nécessaire pour qu'il prenne effet.

103. Dans certains États, un représentant de l'insolvabilité sera en mesure de confier la réalisation de certains actes à un représentant étranger de l'insolvabilité, lorsque cela se justifie pour des raisons pratiques, et de s'acquitter de ses propres obligations en supervisant et examinant ce que fait l'autre représentant. Les représentants de l'insolvabilité peuvent également prendre certains engagements pour coordonner leurs activités avec les tribunaux ou d'autres parties. Ainsi, dans une affaire où aucun accord écrit n'avait été conclu, le représentant de l'insolvabilité a adressé au tribunal de l'autre État une lettre confirmant qu'il ne consentirait pas à la disposition d'actifs ou de fonds de la masse sans l'approbation de ce tribunal, dans la mesure requise[115].

a) Moyens généraux de coopération

104. Certains accords ne traitent pas en détail la répartition des rôles entre les différentes parties et les tribunaux, mais comprennent une déclaration générale concernant la coopération entre les parties, qui relève d'une déclaration de bonne foi

[115] Voir United Pan Europe.

ou d'intention et donne aux parties toute latitude pour déterminer les modalités de cette coopération[116].

105. Un accord peut par exemple prévoir: que les parties (qui peuvent comprendre à la fois le débiteur, le comité des créanciers et les représentants de l'insolvabilité ou seulement certains de ces protagonistes, selon les circonstances de l'espèce) prendront toutes les mesures raisonnables pour coopérer entre elles en ce qui concerne les mesures prises dans les tribunaux des États concernés et pour coordonner l'administration des procédures au profit des différentes masses de l'insolvabilité et parties intéressées[117]; que toutes les mesures prises dans les différentes procédures d'insolvabilité devraient autant que possible être cohérentes; et que l'administration des procédures devrait être organisée de manière à assurer l'efficacité et à réduire les coûts, en se concentrant sur la coordination des activités des représentants de l'insolvabilité, des questions devant être traitées par les tribunaux et des questions de procédure pertinentes.

106. Des dispositions plus détaillées précisent les moyens de réaliser cette coopération, par exemple en partageant l'administration des procédures, les représentants de l'insolvabilité se mettant d'accord sur la manière de coordonner leurs activités, sous réserve des obligations qui leur incombent en vertu de la loi applicable. Ces dispositions pourraient stipuler que: a) chaque représentant de l'insolvabilité contrôle l'administration des filiales du débiteur dans son État et demande l'assistance de l'autre représentant si nécessaire; b) un représentant de l'insolvabilité peut agir sans le consentement préalable de l'autre représentant et sans notification préalable en ce qui concerne les questions pour lesquelles une notification aux parties intéressées n'est pas exigée par le droit régissant la procédure d'insolvabilité; ou c) un représentant de l'insolvabilité devrait essayer, de bonne foi, d'obtenir le consentement de l'autre représentant de l'insolvabilité avant de prendre certaines mesures, notamment demander ou accepter le regroupement du patrimoine du débiteur avec celui d'une autre entité ou toute autre mesure susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur le débiteur ou l'un de ses membres[118]. Les dispositions peuvent également préciser la procédure à suivre pour réaliser cette coopération, par exemple, la tenue d'une réunion initiale, au cours de laquelle les représentants de l'insolvabilité devraient examiner toutes les mesures qui ont déjà été prises à l'égard des actifs du débiteur et élaborer un plan de travail, suivie par des réunions régulières. D'autres précisions pourraient être données sur ces réunions, par exemple leur calendrier et la manière dont elles se tiendraient (en personne ou par téléphone)[119]. Les dispositions pourraient aussi prévoir que des documents établis pour une procédure donnée soient utilisés à des fins similaires

---

[116] Voir, par exemple, Philip, par. 11 à 13, Systech, par. 11 à 13.

[117] Voir, par exemple, Loewen, par. 3.1, Laidlaw, par. 10; le Concordat suit une approche similaire, en prévoyant que, en cas de pluralité de fors pléniers, mais sans for principal, ceux-ci devraient coordonner leurs efforts, sous réserve, dans les cas appropriés, d'un protocole de direction (Principe 4 A). Les Directives Co-Co recommandent la coopération des représentants de l'insolvabilité, et fixent les détails de cette coopération (Directive 12.1 à 4), notamment la désignation, par le tribunal, du représentant de la procédure principale ou de son mandataire en tant que coreprésentant de la procédure non principale de manière à assurer la coordination entre les différentes procédures, sous la supervision du tribunal (Directive 16.3).

[118] Voir, par exemple, AIOC, partie III. B.

[119] Voir, par exemple, Manhatinv, par. 1 à 6.

dans une autre procédure[120] ou que les représentants de l'insolvabilité participent à la gestion, en exerçant les droits, pouvoirs et obligations d'un débiteur non dessaisi dans la procédure d'insolvabilité conduite dans l'autre for[121].

b) Supervision du débiteur

107. Un accord peut établir la mesure dans laquelle le débiteur sera chargé de la supervision de son entreprise, en déterminant ce que la direction peut ou ne peut faire sans avoir préalablement consulté les représentants de l'insolvabilité, ou sans leur consentement. Le consentement préalable peut être requis, par exemple, pour l'utilisation et la disposition des actifs, tandis qu'une consultation préalable peut être exigée pour l'ouverture d'une procédure judiciaire; le recrutement ou le licenciement d'employés, en dehors du cours normal des affaires; et les consultations avec des syndicats, sauf dans le cours normal des affaires[122].

c) Plans de redressement

108. Lorsque des procédures de redressement sont ouvertes à l'encontre d'un débiteur dans plusieurs États ou à l'encontre de plusieurs membres d'un groupe d'entreprises dans plusieurs États, la question se pose de savoir s'il sera possible de redresser les débiteurs de manière coordonnée, par exemple par le biais d'un plan similaire qui permettra de réaliser des économies sur les différentes procédures d'insolvabilité, de régler les difficultés financières des débiteurs de manière coordonnée et de maximiser la valeur pour les créanciers. Certains droits de l'insolvabilité autorisent l'élaboration d'un tel plan, tandis que dans d'autres, cela n'est possible que si les différentes procédures peuvent être coordonnées. En conséquence, cette question est souvent abordée dans les accords internationaux, dont beaucoup prévoient que, pour chaque procédure, un plan de redressement ou un arrangement similaire devrait être soumis à chaque tribunal concerné et que les plans devraient être pour l'essentiel similaires[123]. Il est aussi possible d'établir des plans de redressement similaires dans différents fors en l'absence d'accord écrit, si les parties collaborent de manière que les plans et les processus d'approbation soient conformes aux deux systèmes juridiques. Il peut également être possible, conformément aux obligations légales du représentant de l'insolvabilité, de maximiser la valeur de la masse et d'agir dans l'intérêt du débiteur.

109. L'élaboration conjointe de plans de redressement est un moyen approprié de répondre aux préoccupations des créanciers et des tribunaux, lorsqu'ils ont un rôle à jouer dans l'approbation et l'application des plans, et peut être coordonnée par le biais d'un accord international. Ce dernier pourrait couvrir: l'élaboration du ou des plans; le classement et le traitement des créanciers[124]; les procédures d'approbation, notamment la sollicitation et le vote; et le rôle des tribunaux (le cas échéant), en

---

120 Voir, par exemple, GBFE, par. 10.1 et 2.

121 Voir, par exemple, Commodore, par. F.

122 Voir, par exemple, Federal-Mogul, par. 3.4 b) ii).

123 Voir, par exemple, Solv-Ex, par. 8; les Directives Co-Co mettent elles aussi l'accent sur la coopération des représentants de l'insolvabilité, dans la mesure du possible, d'une manière compatible avec l'objectif de redressement ou la vente de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité (Directive 14.1).

124 Voir, par exemple, Everfresh, par. 13.

particulier pour l'homologation (si le droit de l'insolvabilité l'exige) d'un plan approuvé par les créanciers et pour son application[125]. Un accord pourrait également prévoir que les plans, une fois approuvés par les créanciers et, si cela est exigé, homologués par les tribunaux concernés, devraient lier les réclamants dans les États concernés, qu'ils aient ou non produit des créances dans ces États ou qu'ils se soient ou non soumis d'une autre manière à la compétence de ces États[126].

110. Si l'accord n'établit pas ce genre de dispositions, il peut néanmoins prévoir qu'elles devraient l'être conformément à la loi applicable, par le débiteur en consultation avec les représentants de l'insolvabilité, ou sur ordre des tribunaux concernés. Un accord international qui prévoit une coordination de manière générale, mais sans traiter spécifiquement des plans de redressement, pourrait néanmoins faciliter la coordination de tels plans. Dans l'affaire *360Networks*, par exemple, l'accord ne traitait pas de la question du plan de redressement, mais lors du redressement, les parties sont convenues d'élaborer deux plans pour l'essentiel similaires et de faire dépendre chacun de l'approbation de l'autre.

111. L'égalité de traitement entre créanciers dans chaque État et la nécessité d'éviter que certains ne reçoivent un traitement moins favorable que d'autres sont deux problèmes qui se posent lorsque des plans de redressement similaires sont négociés. Ainsi, dans l'affaire *Felixstowe Dock and Railway Co.*[127], le débiteur américain a cherché à obtenir la coopération des tribunaux anglais pour faire lever des injonctions visant ses actifs situés en Angleterre et empêchant qu'ils ne soient réalisés ou déplacés. Bien que le tribunal américain ait assuré au tribunal anglais que, si ces injonctions étaient levées, la poursuite des actions anglaises devant les tribunaux anglais ne donnerait pas lieu à des actions pour atteinte à l'autorité judiciaire devant le tribunal américain, le tribunal anglais a refusé. Il craignait que les créanciers anglais ne reçoivent un traitement moins favorable dans le cadre d'un plan de redressement américain.

112. Différentes approches peuvent être adoptées pour l'élaboration et la présentation du plan de redressement. Cette tâche pourrait être confiée au débiteur (ou aux débiteurs), lorsque le droit de l'insolvabilité prévoit que le débiteur n'est pas dessaisi et continue d'exploiter l'entreprise[128], ou aux représentants de l'insolvabilité, éventuellement en coopération avec le débiteur[129]. Dans ce dernier cas, différentes approches peuvent être suivies pour coordonner le processus dans différents États. La direction de l'entreprise du débiteur dans un État peut, par exemple, être la mieux placée pour élaborer un plan de redressement pour l'ensemble des entreprises du débiteur, en consultation avec tous les représentants de l'insolvabilité[130]. Le plan peut également être établi par le débiteur avec le représentant d'un seul for[131], mais avec la participation d'autres représentants, en particulier lorsque le droit de l'insolvabilité exige que le représentant de

---

125 Voir, par exemple, ABTC, art. 4/sect. 4.01.
126 Voir, par exemple, ABTC, art. 5/sect. 5.04.
127 *Felixstowe Dock and Railway Co.* c. *U.S. Lines Inc.*, 1987 Q. B. 360 (Queen's Bench Division, Commercial Court, 1987) (Angleterre).
128 Voir, par exemple, ABTC, art. 5/sect. 5.01.
129 Voir, par exemple, Maxwell, par. 3 iii).
130 Voir, par exemple, Federal-Mogul, par. 3.2 a).
131 Voir, par exemple, Maxwell, par. 3 iii).

l'insolvabilité participe à la négociation du plan de redressement, ou consente à ce dernier.

d) Traitement des actifs

113. Il sera souvent nécessaire, pour que l'objectif de la procédure d'insolvabilité puisse être atteint, de continuer à utiliser des actifs du débiteur ou à en disposer (y compris en les grevant) pendant la conduite de la procédure. Lorsque l'insolvabilité du débiteur implique des procédures dans différents États, il peut être nécessaire de coordonner l'utilisation et la disposition des actifs afin d'en maximiser la valeur dans l'intérêt de tous les créanciers. Des accords peuvent être utilisés pour faciliter cette coordination, en établissant des règles d'approbation; en répartissant les rôles entre les différentes parties intéressées[132]; et en fixant les détails des procédures pour l'utilisation et la disposition. Bien que ce soit la loi applicable qui détermine la mesure dans laquelle les rôles peuvent être répartis entre les différents tribunaux et représentants de l'insolvabilité, la pratique montre que plusieurs approches sont possibles[133].

i) Supervision par les tribunaux

114. Certains accords répartissent entre les tribunaux la charge de superviser l'utilisation et la disposition des actifs; celle-ci peut incomber au tribunal de l'État où sont situés les actifs[134], au tribunal de l'État où est situé le débiteur; ou bien conjointement aux tribunaux compétents pour les différentes procédures d'insolvabilité[135]. Dans certains accords, le critère du lieu de situation s'applique uniquement à certains types d'actifs, tels que les immeubles[136]. Une autre approche, qui peut convenir dans certains cas, notamment lorsqu'il y a un haut degré d'interdépendance au niveau de la gestion et des opérations entre les membres d'un groupe d'entreprises, consiste à subordonner la vente de certains actifs à l'approbation conjointe des tribunaux concernés, indépendamment de l'endroit où se trouvent ces actifs[137], mais il serait souhaitable qu'une telle disposition n'entraîne pas de retards inutiles, ni une réduction de la valeur. Pour faciliter cette approbation conjointe et la répartition du produit entre les différents débiteurs, certains accords autorisent la tenue d'audiences conjointes[138]. L'exigence de l'approbation des tribunaux peut être limitée aux actifs qui dépassent une certaine valeur ou à certains types d'opérations: on peut par exemple faire la distinction entre la disposition des actifs dans le cours normal des affaires et leur disposition en dehors du cours normal des affaires, l'approbation étant uniquement requise dans ce dernier cas. Un accord

---

132 Voir, par exemple, Swissair, par. 4 et 5.

133 En cas de pluralité de fors pléniers, sans for principal, le Concordat indique que chaque for devrait administrer les actifs de son ressort (Principe 4B). Lorsqu'il existe des procédures principale et non principale, les Directives Co-Co recommandent que chaque représentant de l'insolvabilité cherche à vendre les actifs [pour lesquels il est compétent] en coopération avec les autres représentants, de manière à maximiser la valeur de l'ensemble des actifs [Directive 13.1]. En outre, tout tribunal national appelé à agir devrait approuver une vente ou une disposition susceptible de maximiser ainsi cette valeur [Directive 13.2].

134 Voir, par exemple, Everfresh, par. 6.

135 Voir, par exemple, ABTC, art. 2, sect. 2.01.

136 Voir, par exemple, PSINet, par. 10 ii).

137 Voir, par exemple, Tee-Comm, par. 6.

138 Voir, par exemple, Livent, par. vi [6], PSINet, par. 13.

peut aussi spécifier que l'approbation est inutile pour certains types d'opérations, par exemple déposer des fonds sur un compte bancaire. Bien que certains accords prévoient que l'approbation doit être obtenue pour chaque opération[139], d'autres peuvent également prévoir que les tribunaux concernés devraient rendre des ordonnances générales pour couvrir tous les actes de disposition d'actifs, ce qui permet aux représentants de l'insolvabilité d'agir sans avoir dans chaque cas à demander l'approbation[140].

ii) Supervision par les représentants de l'insolvabilité

115. Une autre approche consiste à autoriser expressément les représentants de l'insolvabilité à utiliser les actifs du débiteur, ou à en disposer, sans l'approbation d'un tribunal, lorsque la loi applicable le permet, le temps nécessaire pour ces actions s'en trouvant ainsi réduit. Les représentants pourraient également être autorisés à demander au débiteur de disposer de certains actifs. Dans certaines situations, il pourrait être bon de demander au représentant de l'insolvabilité d'obtenir au préalable le consentement de son homologue à l'étranger avant de disposer des actifs, notamment d'actions ou de parts sociales. Afin d'éviter tout blocage, l'obligation d'obtenir le consentement pourrait être limitée à une "tentative de bonne foi" ou à une consultation. Lorsque le débiteur est autorisé à gérer les actifs, par exemple, en tant que débiteur non dessaisi, l'approbation des représentants de l'insolvabilité peut être requise uniquement pour une vente ou une disposition en dehors du cours normal des affaires[141]. Même lorsque l'approbation des tribunaux n'est pas requise pour chaque vente ou chaque acte de disposition d'actifs, les tribunaux peuvent néanmoins superviser l'utilisation et la disposition des actifs en demandant aux représentants de l'insolvabilité de fournir régulièrement des rapports sur leur travail[142].

116. Un accord pourrait également régir les points suivants concernant l'utilisation et la disposition d'actifs: les modalités de la disposition; la fixation d'un taux de change pour les opérations qui exigent le calcul d'un montant dans différentes monnaies[143]; les modalités ou le lieu de paiement du produit[144]; et l'utilisation du produit des ventes, par exemple financement du fonds de roulement[145], paiement des dépenses approuvées par le tribunal[146] et financement du plan[147] ou distribution aux créanciers.

iii) Recherche des actifs

117. La recherche des actifs du débiteur est souvent la clef du succès d'une procédure d'insolvabilité, et une approche coordonnée pourrait permettre d'éviter les chevauchements et d'économiser des coûts. Il est possible de coordonner ces recherches en confiant celles-ci, par exemple, au représentant de l'insolvabilité d'un

---

[139] Voir, par exemple, Solv-Ex, par. 3.
[140] Voir, par exemple, Inverworld, par. 6.
[141] Voir, par exemple, Federal-Mogul, par. 3.4 a) i).
[142] Voir, par exemple, Inverworld, par. 6 et 11.
[143] Voir, par exemple, AIOC, par. G.
[144] Ibid.
[145] Voir, par exemple, Livent, par. 13.
[146] Voir, par exemple, Inverworld, par. 19.
[147] Voir, par exemple, Everfresh, par. 10.

seul État, ou en coordonnant les activités des représentants d'autres manières, notamment en prévoyant des dispositions pour la notification et la communication d'informations. Lorsque les recherches sont confiées à un seul représentant de l'insolvabilité, il pourrait être souhaitable que ce dernier informe son homologue, dans l'autre État, de ses recherches[148] et le consulte régulièrement au sujet des progrès effectués et des résultats obtenus, ainsi que des mesures proposées. Le représentant de l'insolvabilité pourrait également lui soumettre un projet des requêtes qu'il se propose de présenter au tribunal. Certains accords ont stipulé que, lorsque les recherches étaient déjà engagées au moment de la conclusion de l'accord international, le représentant de l'insolvabilité chargé de ces recherches devait les poursuivre[149]. Un accord peut aussi exiger que les représentants de l'insolvabilité se réunissent pour examiner toutes les mesures adoptées avant la réunion et élaborer un plan de travail afin de coordonner et déterminer les actions à venir telles que le recensement, la localisation, le recouvrement, la préservation et la protection des actifs du débiteur[150].

e) Répartition des rôles en ce qui concerne l'ouverture de procédures

118. Pendant une procédure d'insolvabilité, il pourrait devenir nécessaire d'ouvrir différents types de procédures à l'encontre du débiteur ou de tiers, notamment des procédures d'insolvabilité ou autres actions similaires à l'encontre, par exemple, des filiales du débiteur (où qu'elles se trouvent) qui ne font pas encore l'objet d'une procédure d'insolvabilité, ou des procédures parallèles, fondées par exemple, sur la présence d'actifs importants, sur la réalisation d'une activité commerciale importante ou sur le lieu de constitution[151], ou des actions concernant des tiers, comme l'annulation de certaines opérations, ou des actions liées à la déclaration et à la vérification des créances. Afin d'éviter d'éventuels conflits, un accord peut répartir la charge d'engager de telles procédures entre les différents représentants, sous certaines conditions, telles que le consentement écrit de l'autre représentant de l'insolvabilité[152].

119. Le fait de répartir ainsi les rôles peut être important pour répondre aux exigences du droit interne, car de nombreux systèmes de droit, lorsqu'ils spécifient les personnes autorisées à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, n'incluent pas les représentants étrangers de l'insolvabilité ou n'indiquent pas si ceux-ci ont qualité pour faire une telle demande. L'article 11 de la Loi type de la CNUDCI vise à faire en sorte qu'un représentant étranger, après la reconnaissance de la procédure principale ou non principale, ait la capacité de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans l'État ayant accordé cette reconnaissance, si les conditions d'ouverture sont par ailleurs remplies; la Loi type ne modifie pas les conditions d'ouverture prévues par le droit interne. De même, l'article 23 prévoit qu'un représentant étranger, dès la reconnaissance d'une procédure étrangère, a capacité pour engager les actions en annulation qui sont prévues dans l'État ayant accordé la reconnaissance. Lorsque toutefois la Loi type n'a pas été incorporée, ou qu'il y a un doute quant à la capacité d'un représentant étranger d'engager une telle

---

148 Voir, par exemple, Maxwell, par. 4, Nakash, par. 18.
149 Voir, par exemple, GFBE, par. 4.1 c), Nakash, par. 7.
150 Voir, par exemple, Manhatinv, par. 2.
151 Voir, par exemple, Commodore, par. L.
152 Voir, par exemple, Manhatinv, par. 5.

procédure, le fait de confier, dans le cadre d'un accord international, le soin d'entamer une telle procédure à un autre représentant de l'insolvabilité peut faciliter l'ouverture de cette procédure. Un accord peut également porter sur des questions de procédure connexes, telles que les délais de production des documents et rapports et de notification, conformément à la loi nationale applicable.

f) Traitement des créances

120. Dans la procédure d'insolvabilité, les créances entrent en ligne de compte à plusieurs niveaux, et déterminent quels créanciers peuvent voter, selon quelles modalités, et combien ils recevraient en cas de répartition. C'est pourquoi la formalité de déclaration, de vérification et d'admission des créances est un élément clef de la procédure d'insolvabilité. Lorsqu'une procédure d'insolvabilité a une dimension internationale, les questions procédurales relatives à la coordination du traitement des créances, comme le lieu et la date (y compris les délais) de la déclaration, les modalités de vérification et d'admission et la détermination des personnes qui procèderont à cette vérification et admission, la notification des créances déclarées et la reconnaissance réciproque de l'admission, peuvent être précisées et coordonnées dans un accord. Un tel accord peut exiger ou non l'approbation du tribunal, selon le rôle joué par ce dernier dans le processus d'admission et de vérification des créances conformément de la loi applicable en matière d'insolvabilité. Les détails de la procédure à suivre pour le traitement des créances peuvent être négociés à l'ouverture de la procédure, ou un accord conclu à ce moment prévoir que certaines créances feront l'objet d'un protocole ultérieur précisant le calendrier, le processus, le tribunal et la loi applicable au règlement des créances[153].

121. Si les accords écrits règlent généralement la coordination du traitement des créances, dans certaines circonstances, celle-ci peut être menée à bien sans accord. Ainsi, dans une affaire impliquant les États-Unis et les Pays-Bas, le débiteur non dessaisi et les professionnels de l'insolvabilité ont collaboré pour coordonner différentes actions sans conclure d'accord écrit et fait en sorte que le droit des deux États soit respecté.

122. Les accords peuvent également régler les questions de priorité et de déclassement. Dans une affaire, par exemple, les parties sont convenues de ne pas déclasser certaines créances au rang des participations au capital, ce qui était possible aux termes du droit de l'un des États concernés, mais aurait été contraire à celui de l'autre État.

i) Déclaration des créances

123. Les accords peuvent établir les procédures dans lesquelles les créances doivent être déclarées et traiter la question des créances déclarées dans plusieurs procédures afin de déterminer où elles devraient être vérifiées et admises. Les créances déclarées dans une procédure pourraient être considérées comme ayant été déclarées en bonne et due forme dans l'autre procédure, où elles seraient alors vérifiées et admises ou rejetées. Une créance déclarée dans une procédure peut être réputée avoir été déclarée dans les deux, sa vérification et son admission ou son rejet se

[153] Voir, par exemple, Calpine, par. 19, Quebecor, par. 18.

faisant alors dans le lieu où elle a été déclarée en dernier. Un accord peut également préciser qu'il faut avoir déclaré une créance pour participer à une répartition ou voter sur toute proposition ou tout plan de redressement[154].

ii) Vérification et admission des créances

124. La vérification et l'admission des créances peuvent être effectuées de diverses manières par les différentes parties, qu'il s'agisse des tribunaux, des représentants de l'insolvabilité et dans certains cas, du débiteur. Comme il est indiqué plus haut, les accords peuvent traiter de la procédure de vérification et d'admission des créances et répartir les rôles entre les tribunaux ou les représentants de l'insolvabilité[155]. Un accord peut par exemple prévoir que les parties devraient collaborer pour s'entendre sur la procédure dans un accord ultérieur[156] ou que les créances devraient être traitées conformément à la loi applicable.

125. Lorsque les tribunaux participent au processus, les parties peuvent convenir que le tribunal d'un seul État vérifiera et admettra toutes les créances[157], ou que chaque tribunal chargé d'une procédure d'insolvabilité vérifiera et admettra les créances qui ont été dûment déclarées dans cette procédure[158]. Lorsque les décisions relatives aux créances doivent être prises par un seul tribunal, ce dernier peut être le tribunal de l'État dans lequel est situé le débiteur, ou le tribunal auquel la créance est déclarée, à moins que les principes de la courtoisie internationale exigent qu'il en soit autrement ou qu'un autre tribunal soit plus approprié compte tenu de toutes les circonstances[159].

126. Lorsque l'accord prévoit que les créances doivent être vérifiées et admises dans un seul État, il pourrait exiger qu'elles soient reconnues par les autres tribunaux concernés et que le processus soit accepté par le débiteur. De même, lorsque les décisions relatives aux créances doivent être prises par plusieurs tribunaux, un accord peut prévoir que chaque tribunal devrait examiner les créances contre le débiteur qui lui ont été déclarées et que ses décisions devraient être appliquées et reconnues par les autres tribunaux, dans la mesure autorisée par la loi applicable[160]. Lorsque des mesures doivent être prises pour assurer la reconnaissance, l'accord peut en confier le soin, par exemple, au débiteur ou au représentant de l'insolvabilité[161]. Le fait d'exiger que les représentants de l'insolvabilité échangent régulièrement les listes de créances déclarées dans chaque procédure peut faciliter la coordination du traitement des créances[162]. Lorsque les créanciers sont tenus, en vertu de la loi applicable, d'assister en personne à la vérification de leurs créances, un accord international pourrait aborder le problème des frais de voyage que devront supporter les créanciers étrangers, problème qui

---

154 Voir, par exemple, ABTC, art. 4/sec. 4.01.
155 Le Concordat, par exemple, énonce des principes pour la déclaration des créances en cas de for principal unique et en cas de pluralité de procédures plénières sans procédure principale (Principes 2 et 4).
156 Voir, par exemple, Inverworld, par. 4.
157 Voir, par exemple, ABTC, art. 4/sect. 4.01.
158 Voir, par exemple, Commodore, par. G.
159 Voir, par exemple, PSINet, par. 10.
160 Ibid., par. 11.
161 Voir, par exemple, ABTC, art. 4/sect. 4.02.
162 Voir, par exemple, AIOC, partie II. C.

risque d'empêcher purement et simplement les titulaires de créances moins importantes de faire valoir leurs droits.

127. Un accord peut prévoir que le tribunal statuant sur les créances décidera de la valeur, de l'admissibilité et de l'ordre de priorité des créances en faisant une analyse fondée sur les règles de conflit de lois applicables dans son État, ou en accord avec le droit régissant l'obligation sous-jacente[163]. Il peut également traiter la question de la contestation des créances, en autorisant par exemple que les contestations soient formulées dans le cadre de chaque procédure[164].

128. Un accord peut également prévoir que c'est le représentant de l'insolvabilité, et non les tribunaux, qui devra vérifier et admettre les créances, et préciser les détails de la procédure. Un accord, par exemple, prévoyait que les représentants des procédures multiples dans différents États de l'Union européenne devaient chacun vérifier le montant et la forme des créances déclarées dans leur procédure. Il stipulait en outre que le représentant de la procédure non principale devrait fournir une liste des créances de cette procédure au représentant de la procédure principale. La vérification devait être effectuée séparément, conformément au droit national selon les dispositions du Règlement CE[165].

129. Le soin de traiter certaines créances, comme les créances non garanties, peut dans certains cas être laissé à certaines parties, par exemple le débiteur non dessaisi, sous réserve que les représentants de l'insolvabilité soient consultés[166].

130. Un accord peut également aborder la question du traitement des créances dans une procédure de redressement, avant l'approbation et la mise en œuvre du plan. Un accord, par exemple, a confié aux représentants de l'insolvabilité le soin, pendant cette période, de convenir, en consultation avec le débiteur, de la validité ou du montant des créances et de leur paiement ou autre mode de règlement[167].

131. Un accord peut aussi régir la manière dont il peut être fait appel du rejet de créances, et devant quels tribunaux. Afin de faciliter la coordination et de renforcer la transparence et la prévisibilité, un accord peut encore comprendre certains formulaires standard concernant la vérification et l'admission des créances, tels que i) la preuve de la créance et ii) la notification de son rejet[168].

iii) Répartition

132. Lorsque les créanciers peuvent déclarer leurs créances dans plusieurs procédures, il est souhaitable que celles-ci soient coordonnées de manière à éviter qu'un créancier ne bénéficie d'un traitement plus favorable que les autres créanciers de la même classe, en obtenant paiement de la même créance dans plusieurs procédures. L'article 32 de la Loi type de la CNUDCI énonce une règle qui s'applique dans cette situation (en incorporant la règle du "*hotchpot*").

---

163 Voir, par exemple, Everfresh, par. 8, ABTC, art. 4/sect. 4.01 b).
164 Voir, par exemple, Everfresh, par. 8.
165 Voir, par exemple, SENDO, partie I-3.1.
166 Voir, par exemple, Everfresh, par. 11.
167 Voir, par exemple, Federal-Mogul, par. 3.6 a).
168 Voir, par exemple, GBFE, p. 25 à 32.

133. Certains accords comprennent une disposition générale sur la répartition, qui prévoit par exemple que tous les actifs du débiteur doivent être réalisés dans l'intérêt de tous les créanciers garantis, prioritaires et chirographaires non initiés, le produit net de la vente devant être réparti conformément à l'ordre de priorité établi par la loi d'un seul for. D'autres accords traitent expressément la question du double paiement. Certains prévoient une disposition générale selon laquelle un créancier ne doit pas être payé deux fois lorsqu'il déclare sa créance dans deux procédures parallèles. D'autres accords, plus détaillés, indiquent comment éviter cette situation, notamment en demandant aux représentants de l'insolvabilité d'échanger les informations pertinentes, comme les projets de répartition ou, si la répartition a déjà eu lieu, les listes des créanciers bénéficiaires[169]. On peut également prévoir que le créancier devrait recevoir paiement sur les actifs du débiteur comme s'il avait déclaré une créance unique dans l'une ou l'autre procédure, mais que le montant recouvré au prorata sur ces actifs ne doit pas dépasser ce qui serait autorisé par les deux lois[170].

134. Un accord peut également définir les modalités de la répartition, par exemple la monnaie de paiement des créances[171]; qui paiera les dividendes (on peut prévoir par exemple que chaque représentant de l'insolvabilité est chargé de la répartition dans la procédure pour laquelle il a été nommé)[172], et les créanciers qui recevront paiement.

g) Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

135. 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. Lorsqu'il n'a pas d'actifs liquides pour faire face à ses besoins immédiats de trésorerie, il devra obtenir des fonds auprès de tiers[173]. Comme de nombreuses lois sur l'insolvabilité 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, on pourrait aborder la question du financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans un accord international pour répondre à l'insécurité engendrée par ces différentes approches en cas d'insolvabilité internationale.

136. Pourtant, de nombreux accords n'abordent pas la question du financement postérieur à l'ouverture. Parfois, la décision judiciaire approuvant l'accord contient des dispositions relatives à un tel financement. Elle pourrait par exemple autoriser les demandeurs à explorer toutes les options de refinancement et approuver et

---

169 Voir, par exemple, SENDO, partie II-2.

170 Voir, par exemple, AIOC, partie II. D.

171 Voir, par exemple, Peregrine, par. 11 B, GBFE, par. 8.2.

172 Voir, par exemple, GBFE, par. 4.2 c) et 5.3 e).

173 Voir le Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, II, par. 94 à 107 et recommandations 63 à 68. Les Directives Co-Co recommandent que les représentants de l'insolvabilité coopèrent en vue de l'obtention de tout financement nécessaire postérieur à l'ouverture de la procédure, y compris en octroyant une priorité ou une sûreté réelle aux prêteurs qui financent le redressement, en fonction de ce qui convient et dans la mesure autorisée par la loi applicable (Directive 14.2).

reconnaître le financement qui a été approuvé dans des procédures dans d'autres États[174]. Un accord prévoyait que le représentant de l'insolvabilité qui était chargé de l'exploitation continue de l'entreprise avait besoin du consentement de l'autre représentant et de l'approbation du tribunal de l'autre État pour obtenir un financement, que ce consentement soit ou non exigé par la loi applicable[175]. Ce mécanisme a été adopté pour garantir que les procédures d'insolvabilité parallèles maximisent la valeur de la masse et préservent les intérêts de chaque régime d'insolvabilité concerné. Un accord peut également traiter des questions de compétence, en prévoyant par exemple que tout fournisseur d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure devrait relever de la seule compétence de l'État dans lequel le financement a été fourni[176].

137. De même, un accord peut expressément autoriser le représentant de l'insolvabilité à emprunter des fonds ou à grever des actifs et imposer des conditions telles que le consentement du comité des créanciers[177], ou autoriser l'utilisation du produit de certaines opérations autres que la vente de la quasi-totalité des actifs pour financer par exemple le fonds de roulement[178], ou pour investir, en s'en remettant au jugement raisonnable du représentant quant au choix de l'investissement[179].

Exemples de clauses

Moyens généraux de coopération

Pour contribuer à une administration efficace des procédures d'insolvabilité, le débiteur, le comité des créanciers et les représentants de l'insolvabilité:

a) Coopèrent entre eux en rapport avec les mesures prises dans les tribunaux des États A et B, et

b) Prennent toutes autres mesures appropriées pour coordonner l'administration des procédures dans les États A et B, au profit des différentes masses du débiteur et parties intéressées.

Supervision du débiteur

1) a) Le débiteur ne prend aucune des mesures suivantes sans le consentement préalable du représentant de l'insolvabilité de l'État A:

i) Grever un actif d'une nouvelle hypothèque, charge ou sûreté réelle;

ii) Sous réserve des dispositions d'un plan de redressement auquel le droit de l'État A donne effet, accepter la validité ou le montant des créances des créanciers antérieurs à l'ouverture de la procédure, les payer ou les régler sur les actifs du débiteur; ou

---

174 Voir, par exemple, Systech, par. 19 f) et 22.
175 Voir, par exemple, Maxwell, par. 2 iii) à v).
176 Voir, par exemple, Mosaic, par. 16.
177 Voir, par exemple, Commodore.
178 Voir, par exemple, Livent, par. 13.
179 Voir, par exemple, GBFE, par. 6.2, 6.3 b).

iii) Procéder à des ventes ou acquisitions intragroupe en dehors du cours normal des affaires et sans respecter la politique actuelle des prix de transfert du débiteur;

b) Le débiteur ne prend aucune des mesures suivantes sans avoir consulté au préalable le représentant de l'insolvabilité de l'État A:

i) Déposer un plan de redressement auprès du tribunal de l'État A, ou le distribuer aux créanciers ou une classe de créanciers pour approbation;

ii) Consulter des syndicats en dehors du cours normal des affaires; ou

iii) Recruter ou licencier des employés en dehors du cours normal des affaires. En cette matière, il respecte à tout moment la législation sur l'emploi applicable.

2) Le débiteur ne peut, sans le consentement préalable des représentants de l'insolvabilité des États A et B, acquérir des actifs, les vendre, ni en disposer, en dehors du cours normal des affaires.

Plans de redressement

1) Dans la mesure permise par le droit de chaque État concerné et dans la mesure du possible, les représentants de l'insolvabilité des États A et B présentent des plans de redressement pour l'essentiel similaires dans les deux États, conformément au droit de l'insolvabilité de chaque État. Les représentants de l'insolvabilité des États A et B coordonnent, autant que possible, toutes les mesures en rapport avec ces plans, notamment l'invitation à voter sur le plan, le traitement des créanciers et le classement des créances. En l'absence de dispositions du présent accord, ces mesures sont établies soit par la loi applicable, soit par d'autres ordonnances des tribunaux des États A et B.

2) Les représentants de l'insolvabilité des États A et B prennent toutes mesures nécessaires pour coordonner le dépôt simultané de plans de redressement dans les États A et B.

Traitement des actifs: supervision par les tribunaux

1) Les opérations portant sur les actifs situés dans l'État A sont soumises à l'approbation du tribunal de l'État A. Les opérations portant sur les actifs situés dans l'État B sont soumises à l'approbation du tribunal de l'État B. Toutes les opérations portant sur des actifs situés dans les deux États sont soumises à la compétence conjointe des tribunaux.

2) Les parties conviennent que le représentant de l'insolvabilité de l'État A engage toutes les actions judiciaires nécessaires dans d'autres États. Les parties conviennent que le représentant de l'insolvabilité de l'État A engage une procédure d'insolvabilité si nécessaire, à condition que les deux représentants de l'insolvabilité en soient convenus.

Recherche des actifs

Variante A

1) Il est procédé à une recherche des actifs du débiteur où qu'ils se trouvent. Le représentant de l'insolvabilité de l'État A a déjà commencé cette recherche et la poursuit conformément au présent accord, dans un souci de continuité, d'efficacité et de limitation des dépenses. Le représentant de l'État B, le débiteur ou toute autre partie intéressée a le droit, à tout moment, de demander à l'un ou l'autre tribunal d'autoriser le représentant de l'insolvabilité de l'État B à faire une recherche indépendante ou de lui ordonner de la faire.

2) Lors de sa recherche, le représentant de l'insolvabilité de l'État A notifie, à tout moment, au représentant de l'État B toutes actions qu'il a l'intention d'engager et le consulte de bonne foi au sujet des motifs et de l'opportunité de ces actions. À moins que cela ne soit pas raisonnablement possible en raison des circonstances, le représentant de l'insolvabilité de l'État A fournit au représentant de l'insolvabilité de l'État B un projet de chaque demande qu'il se propose de soumettre à l'un ou l'autre tribunal pour l'exercice de ces actions. Le représentant de l'insolvabilité de l'État A n'est pas tenu d'obtenir le consentement du représentant de l'insolvabilité de l'État B en la matière, mais si ce dernier se prononce contre l'une de ces actions.

a) Le représentant de l'insolvabilité de l'État A est tenu d'informer le tribunal auprès duquel il souhaite exercer l'action du désaccord du représentant de l'insolvabilité de l'État B, et

b) Le représentant de l'insolvabilité de l'État B se voit accorder la possibilité raisonnable de comparaître devant le tribunal concerné et d'y être entendu et de lui demander que des mesures soient prises.

3) Le représentant de l'insolvabilité de l'État A tient à tout moment le représentant de l'insolvabilité de l'État B informé des progrès de la recherche des actifs du débiteur et le consulte régulièrement à ce sujet. À moins que le représentant de l'insolvabilité de l'État B ou l'un ou l'autre tribunal n'en décide autrement, le représentant de l'insolvabilité de l'État A communique rapidement au représentant de l'État B tous les documents et autres informations obtenus dans le cadre de sa recherche des actifs du débiteur.

Variante B

Sous réserve du présent accord et de toute ordonnance antérieure des tribunaux compétents, les représentants de l'insolvabilité sont autorisés à coordonner leurs efforts afin de:

a) Recenser, préserver, recouvrer et réaliser les actifs du débiteur, y compris évaluer les procédures en vue de récupérer des actifs ayant fait l'objet de transferts annulables et des dommages et intérêts;

b) Réaliser les recherches et les analyses nécessaires à l'établissement de la situation financière du débiteur.

Variante C

Les recherches concernant les actifs du débiteur qui se trouvent dans l'État A sont menées par le représentant de l'insolvabilité de l'État A, conformément à la loi applicable. [*Reprendre cette clause pour l'État B.*]

Variante D

Le représentant de l'insolvabilité de l'État A peut mener des recherches relatives aux actifs du débiteur situés dans l'État A sans le consentement préalable du représentant de l'insolvabilité de l'État B et sans le lui notifier préalablement, à condition qu'il rende compte de ces questions au représentant de l'État B, de façon hebdomadaire ou selon toute autre périodicité qu'ils auront déterminée d'un commun accord. [*Reprendre cette clause pour l'État B.*]

Répartition des rôles dans l'ouverture des procédures

Le représentant de l'insolvabilité de l'État A tente de bonne foi d'obtenir le consentement du représentant de l'insolvabilité de l'État B avant:

a) D'ouvrir ou d'accepter une procédure d'insolvabilité (que ce soit dans l'État A, dans l'État B ou ailleurs) à l'encontre du débiteur de l'État A; et

b) D'amener le débiteur de l'État A ou sa filiale à engager une procédure judiciaire.

Déclaration, vérification et admission des créances

Voir l'exemple de clause sur la *Répartition des rôles entre les tribunaux: traitement des créances*.

Répartition

Variante A

Afin d'éviter le risque, découlant de la pluralité des procédures d'insolvabilité, de verser à un créancier un montant supérieur à celui qu'il devrait recevoir, chaque représentant de l'insolvabilité est tenu d'envoyer à l'autre représentant:

a) Un projet de plan de répartition précisant le mode de versement des dividendes. Les représentants de l'insolvabilité auxquels ce projet est envoyé répondent à l'autre représentant de l'insolvabilité dans les [...] jours à compter de la date de réception du projet, faute de quoi, ils seront réputés l'avoir accepté;

b) Après tout versement de dividendes, une liste indiquant les noms et adresses des créanciers qui ont été payés, le montant payé et la nature de la créance.

Variante B

1) Sans préjudice des droits des titulaires de créances assorties de sûretés ou des droits réels, un créancier ayant obtenu satisfaction partielle en ce qui concerne sa créance dans la procédure ouverte dans l'État A, conformément à la loi relative à l'insolvabilité de cet État, ne peut être payé pour la même créance dans le cadre de la procédure ouverte dans l'État B concernant le débiteur en vertu de la loi de cet État, tant que le paiement accordé aux créanciers de même rang est proportionnellement inférieur au paiement que ledit créancier a déjà obtenu[180].

Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

Le représentant de l'insolvabilité de l'État A tente, de bonne foi, d'obtenir l'approbation préalable du représentant de l'insolvabilité de l'État B avant d'emprunter des fonds, de nantir ou grever des actifs du débiteur.

6. Communication

138. Ainsi qu'il a été noté plus haut, la communication entre les parties aux procédures d'insolvabilité internationale est souvent considérée comme un moyen essentiel de remédier à l'incertitude que peuvent susciter les affaires d'insolvabilité internationale, du fait que les parties ne connaissent pas nécessairement bien le droit des autres États ni son application. Aussi les accords internationaux ont-ils très fréquemment pour objet de définir des modalités de communication entre les parties. Lorsque les dispositions du chapitre IV de la Loi type de la CNUDCI (art. 25 à 27) ont été incorporées dans le droit interne, elles constituent le cadre législatif pour les communications entre les tribunaux, entre les représentants de l'insolvabilité et entre les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité. Un accord pourrait fournir de plus amples détails sur les questions suivantes: types d'informations à échanger; moyens à utiliser pour ces échanges; modes et fréquence des communications; notification; et confidentialité. Lorsque la Loi type n'a pas été incorporée, un accord pourrait alors à la fois servir de cadre pour les communications et fournir les détails pratiques nécessaires. La définition des modalités de communication dans un accord facilitera la coordination globale des procédures, favorisera la confiance des parties, évitera les litiges et renforcera la transparence[181].

139. Un accord en matière de communication pourrait être utilisé pour traiter les questions mentionnées ci-dessus, en fonction des besoins dans chaque cas d'espèce et dans les limites permises par les règles de procédure locales. Même si de

---

[180] Cet exemple de clause s'appuie sur l'article 32 de la Loi type énonçant la règle du "*hotchpot*" qui assure l'équité de la répartition lorsqu'une créance est valable dans les deux procédures.

[181] Les Directives Co-Co recommandent que les tribunaux communiquent entre eux pour coordonner et harmoniser les différentes procédures d'insolvabilité (Directive 2), et abordent également la question de la communication entre les tribunaux et les représentants étrangers (Directive 4). Elles recommandent également que les tribunaux coopèrent entre eux directement, ou par l'intermédiaire des représentants de l'insolvabilité ou de toute personne ou tout organe désigné pour agir sur leur instruction (Directive 16.4). Elles traitent par ailleurs du moment où peuvent s'effectuer les communications, ainsi que des modalités et moyens de communication (Directives 6 et 7); voir également les Directives sur les communications entre tribunaux.

nombreux accords de ce type ont été approuvés par les tribunaux dans plusieurs affaires, cette approbation ne sera exigée que si l'accord porte sur des aspects de la communication entre les tribunaux. En règle générale, elle ne sera pas nécessaire si l'accord traite de la communication, par exemple, entre les représentants de l'insolvabilité et les créanciers. Un accord en matière de communication pourrait être un accord parmi d'autres conclus pendant le déroulement des procédures afin de résoudre différentes questions et servir de point de départ pour faciliter le règlement de ces autres questions. Cette communication directe s'est avérée très fructueuse pour une affaire qui concernait les États-Unis et l'Allemagne, dans laquelle le représentant allemand de l'insolvabilité a comparu lors d'une audience en déposant par téléphone[182]. Lorsque le recours à la visioconférence est possible, le fait que les parties puissent se "voir" pourrait également les aider à mieux se comprendre.

a) Communication entre tribunaux

i) Communication directe

140. Comme on l'a vu plus haut (partie II.B), la communication entre les tribunaux concernés revêt très souvent un caractère essentiel en raison de la fonction importante de supervision que ceux-ci remplissent dans le cadre des procédures d'insolvabilité. Elle peut contribuer aussi à éviter un "duel" entre les procédures, des retards et des dépenses excessifs, des audiences inutilement longues et lourdes, des différences de traitement entre les créanciers se trouvant dans la même situation ainsi que la perte d'actifs de valeur. Il se pourrait en outre que la communication directe facilite le règlement des problèmes qui découlent du traitement différent accordé d'un droit à l'autre au même type de créance. Dans l'affaire *Stonington Partners*, par exemple, où des procédures d'insolvabilité parallèles se déroulaient aux États-Unis et en Belgique, il était question du classement d'une créance pour fraude boursière, qui n'aurait été admise à aucun remboursement selon le droit américain, mais qui aurait pu être admise selon le droit belge et se classer au même rang que toutes les autres créances chirographaires, si elle avait été prouvée. La cour d'appel des États-Unis a recommandé qu'un dialogue effectif ait lieu ou soit tenté[183]. Lorsque la loi applicable l'autorise, la communication entre tribunaux offre une garantie à ces derniers, en leur permettant d'avoir directement connaissance de l'administration de l'autre procédure. Dans une affaire concernant une procédure judiciaire engagée contre le débiteur aux États-Unis et une procédure d'insolvabilité ouverte dans les Antilles néerlandaises, un appel téléphonique du juge du tribunal des Antilles néerlandaises au juge américain a permis de corriger des informations

---

[182] Cette situation s'est produite dans l'affaire "Dana", *In re Petition of Dr. Eberhard Braun, in his Capacity as Insolvency Administrator for Fairchild Dornier GmbH*, United States Bankruptcy Court Western District of Texas, San Antonio Division, Case No. 02-52351-LMC, (16 July 2004).

[183] Voir *Stonington Partners, Inc.* c. *Lernout & Hauspie Speech Products N.V.*, 310 F.3d 118, 133 (3e Cir. 2002). Bien que les parties aient discuté de coordination au cours de plusieurs conférences ayant abouti à la rédaction, par l'avocat du débiteur, d'une lettre qui devait être signée par le juge américain et adressée au tribunal belge en vue de l'ouverture des lignes de communication entre les tribunaux, ce dialogue n'a finalement pas eu lieu. Cette lettre aurait pu ouvrir la voie à un accord international entre les deux procédures. Cependant, le débiteur a retiré sa demande visant à enjoindre à Stonington de renoncer à son action dans l'affaire belge, de sorte que la question de la communication est devenue superflue, voir *Lernout & Hauspie Speech Products, N.V.*, 301 B.R. 651, 659 (Bankr. D. Del. 2003).

erronées qui avaient été communiquées par les parties. Toujours dans cette affaire, la communication directe entre les tribunaux a permis au tribunal américain de rendre une décision, avec l'assentiment du tribunal des Antilles néerlandaises, ordonnant une médiation et la désignation d'un médiateur avec le consentement des parties[184]. Dans une autre affaire concernant les États-Unis et le Canada, le tribunal canadien avait besoin d'informations du tribunal américain pour savoir si les critères d'indépendance étaient satisfaits par le "représentant étranger", de sorte qu'il puisse reconnaître ce représentant et rendre certaines ordonnances au Canada[185].

141. Dans l'affaire *Cenargo*[186], où des procédures d'insolvabilité avaient été ouvertes aux États-Unis et au Royaume-Uni, le juge anglais a été contacté par le juge américain qui souhaitait dialoguer directement afin de résoudre les difficultés causées par le prononcé d'ordonnances concurrentes. Une communication directe entre les juges s'est établie lors d'une conférence téléphonique, à laquelle a participé l'avocat des différentes parties. Pendant la conférence, le juge anglais a indiqué que le droit anglais ne lui permettait de s'entretenir officiellement avec un autre juge d'aucune question sans le consentement et la présence des parties. Ces dernières se sont vues donner la possibilité de faire des observations à la fin de la conférence et un compte rendu a été distribué à la demande du juge anglais. Les différentes garanties pouvant s'appliquer à la communication directe sont examinées dans la partie II (voir par. 8 ci-dessus) et ci-après (voir par. 185 à 188).

142. Les dispositions sur la communication entre tribunaux prévues dans les accords internationaux peuvent être plus ou moins détaillées. Par exemple, elles peuvent prévoir que les tribunaux des différents États communiquent entre eux d'une manière générale ou sur toute question touchant aux procédures d'insolvabilité[187] ou afin de coordonner leurs efforts et d'éviter le risque de décisions contradictoires[188]. Elles peuvent aussi préciser les questions particulières sur lesquelles les tribunaux peuvent communiquer et, dans certains cas, demander l'avis d'autres tribunaux, par exemple l'application du droit de l'autre État à certains aspects, comme l'interprétation, l'application et l'exécution de l'arrêt des poursuites ordonné par un tribunal de cet État (voir par. 91 ci-dessus)[189].

143. Lorsque les tribunaux ne sont pas en mesure de communiquer directement, la communication peut néanmoins être facilitée par les représentants de l'insolvabilité, par un intermédiaire ou au moyen d'une lettre ou d'un autre document écrit. Comme il a été indiqué plus haut, la communication directe dans les affaires d'insolvabilité internationale est soumise aux règles de droit et à la pratique nationales, lesquelles ne la facilitent pas toujours (voir partie II, par. 9, ci-dessus). L'article 31 du Règlement CE régit la communication entre les représentants de l'insolvabilité mais ne dit rien de la communication entre les tribunaux. Certains États membres de l'Union européenne ont développé cette disposition. Une loi, par exemple, autorise

---

184 *Supra* note 30.
185 Voir ABTC.
186 In re Cenargo Int'l, PLC, 294 B.R. 571 (Bankr. S.D.N.Y. 2003).
187 Voir, par exemple, Financial Asset Management, par. 13, Laidlaw, par. 11 b), Pioneer, par. 12 b), Systech, par. 12 b).
188 Voir, par exemple, Nakash, par. 4.
189 Voir, par exemple, Calpine, par. 28 et 29.

le juge ou le représentant de l'insolvabilité à fournir au représentant étranger toutes les informations jugées nécessaires à la procédure étrangère et exige des tribunaux ou des représentants nationaux qu'ils donnent au représentant étranger la possibilité de formuler des propositions concernant le traitement des actifs dans la procédure nationale[190].

144. Les affaires *Maxwell*, *Nakash* et *Matlack* illustrent comment un intermédiaire peut être utilisé pour la communication entre juges (voir partie II, par. 3 ci-dessus). Un accord peut spécifier le type d'informations qui seront échangées et les modalités de cet échange (voir partie II, par. 6 ci-dessus). La communication peut également être facilitée par l'incorporation, dans l'accord, de principes directeurs, tels que les Directives sur les communications entre tribunaux (voir partie II, par. 10 ci-dessus)[191], et être soumise aux dispositions générales d'un accord international régissant le règlement des différends[192].

ii) Audiences conjointes

145. Il est également possible, pour faciliter la coordination de procédures multiples, d'organiser des audiences ou des conférences conjointes lorsque cela est nécessaire pour régler certains points. Cette solution a l'avantage de permettre aux tribunaux de résoudre directement et rapidement les questions complexes découlant des différentes procédures d'insolvabilité. Les parties aux diverses procédures peuvent entrer directement en contact de même que poser des questions et demander des éclaircissements à l'avocat dans l'autre État.

146. Certains accords laissent aux tribunaux le soin de décider du moment où se tiendront des audiences ou conférences conjointes, en prévoyant, par exemple, que celles-ci peuvent être organisées sur toute question ayant trait à l'administration, au traitement ou au règlement de tout aspect des procédures, si les tribunaux le jugent nécessaire ou souhaitable ou afin de faciliter la coordination en vue de la conduite efficace et appropriée des procédures d'insolvabilité[193]. L'organisation d'audiences conjointes peut aussi se limiter à des questions particulières, comme la disposition des actifs.

147. Les accords définissent parfois les modalités à suivre pour les audiences conjointes et, dans certains cas, pour les conférences aussi. Certains prévoient des dispositions semblables à la Directive 9 des Directives sur les communications entre tribunaux; d'autres incorporent ces Directives par référence.

148. Ces dispositions peuvent prévoir notamment[194]:

a) Qu'une liaison téléphonique ou vidéo sera établie pour permettre à un tribunal d'entendre ou de voir simultanément les débats se déroulant dans l'autre tribunal[195];

---

190 § 239 I et II de la loi autrichienne sur la faillite (Konkursordnung).

191 Voir, par exemple, Matlack, par. 11 et document annexé au Protocole sous le titre "Schedule 1" du protocole; Progressive Moulded, avant par. 1, et document annexé au Protocole sous le titre "Schedule A".

192 Voir, par exemple, Calpine, par. 27.

193 Voir, par exemple, 360Networks, par. 12, Quebecor, par. 10 d).

194 Voir, par exemple, Solv-Ex, par. 5, Inverworld, par. 26.

b) Que chaque partie devra soumettre ses arguments ou ses demandes uniquement au tribunal devant lequel elle comparaît, sauf si l'autre tribunal l'autorise expressément à les lui présenter. Certains accords prévoient en outre qu'une fois l'audience conjointe programmée, copie de ces arguments ou demandes devrait être gracieusement communiquée à l'autre tribunal, et que les demandes tendant au prononcé de mesures par les deux tribunaux doivent être présentées aux deux tribunaux à la fois[196];

c) Que les juges des différents États qui connaîtront de ces demandes sont autorisés à communiquer entre eux avant l'audience, avec ou sans la présence des avocats, afin d'établir les principes qui régiront la soumission ordonnée des documents et le prononcé des décisions, et afin de résoudre toute question connexe de procédure ou autre[197]; et

d) Que les juges des différents États, après avoir connu d'une demande, sont autorisés à communiquer entre eux suite à l'audience, sans la présence des avocats, afin de déterminer si les deux tribunaux peuvent coordonner leurs décisions et définir les conditions dans lesquelles ces décisions seront rendues, et afin de régler toute autre question de procédure ou question n'ayant pas trait au fond.

149. Les audiences conjointes peuvent également se dérouler selon d'autres modalités: par exemple, les juges des différents États peuvent comparaître et siéger conjointement dans l'un ou l'autre tribunal, selon ce qu'ils conviendront, à condition que les créanciers et les autres parties intéressées puissent comparaître et être entendus en personne ou dans le tribunal du juge qui s'est déplacé pour comparaître dans l'autre tribunal[198].

150. Dans certaines affaires où l'accord international prévoyait des dispositions concernant la compétence conjointe ou autorisant expressément les audiences conjointes, celles-ci ont été organisées avec succès et ont permis la tenue d'une conférence téléphonique, pour mettre au point un calendrier coordonné des procédures, et d'une audience conjointe par liaison vidéo pour examiner une proposition de vente des actifs dans les différents États[199].

b) Communication entre les parties

i) Échanges d'informations entre les représentants de l'insolvabilité

151. La communication entre les représentants de l'insolvabilité peut être tout aussi importante pour coordonner les procédures d'insolvabilité, en ce qu'elle facilite l'échange d'informations et la coordination des activités que ceux-ci doivent entreprendre dans l'exécution de leurs obligations. On constate dans la pratique que des échanges d'informations ont eu lieu sur la base d'accords verbaux et écrits[200].

---

195 Voir, par exemple, Livent, par. vi [6] a).
196 Voir, par exemple, Mosaic, par. 11 c).
197 Voir, par exemple, PSINet, par. 13 iv).
198 Voir, par exemple, Livent, par. vi [6] a).
199 Voir Everfresh, Systech.
200 Voir, par exemple, United Pan Europe.

152. L'échange d'informations peut être expressément prévu dans l'accord ou s'inscrire dans le cadre d'une obligation plus générale de coopération[201]. Un accord peut prévoir des échanges réguliers qui, par exemple, se concrétiseront par la présentation de rapports de gestion mensuels, qu'élaborent les représentants de l'insolvabilité et qui sont transmis à certaines parties[202], ou par la tenue de consultations dans le cadre de réunions ou de conférences trimestrielles[203]. L'accord peut préciser comment ces réunions devront se dérouler (par téléphone ou en présence des personnes) et selon quelles modalités[204]. Un accord peut aussi prévoir: qu' un plan de travail sera établi conjointement afin de coordonner et d'encadrer les mesures essentielles que devront prendre les représentants de l'insolvabilité[205]; que chaque représentant devra régulièrement informer l'autre de ses activités et des développements importants concernant le débiteur, de même que l'aviser de toutes demandes présentées au tribunal[206] et, dans certains cas, lui communiquer le projet de ces demandes ou la copie de tout document déposé dans le cadre de la procédure[207] ou d'autres documents ou informations importants[208]. La fourniture d'informations peut être facilitée lorsque les représentants de l'insolvabilité sont obligés de tenir des registres clairs concernant l'administration de la masse, notamment les décisions de gestion importantes[209], des livres et des documents rendant compte de la disposition des actifs et des rapports mensuels sur les dépenses et frais afférents à l'administration[210].

153. Les représentants de l'insolvabilité peuvent convenir qu'ils tiendront des consultations avec leurs homologues étrangers, si la demande leur en est faite[211], ou qu'ils se consulteront sur des questions particulières, telles que l'élaboration et la négociation des plans de redressement devant être présentés dans les différents États[212]. Un accord traitant des procédures principale et non principale dans des États membres de l'Union européenne renvoyait à l'article 31 du Règlement CE et exigeait qu'avant tout acte de disposition des actifs, chaque représentant de l'insolvabilité établisse et se communique une liste des actifs situés sur le territoire où se déroulait la procédure non principale[213]. Il exigeait également que le représentant de la procédure principale fasse au représentant de la procédure non principale une proposition en vue du transfert global de tous les actifs. Le représentant de la procédure non principale était tenu de communiquer une copie de la proposition ainsi que sa réponse à cette proposition au tribunal administrant la procédure non principale. Les représentants de l'insolvabilité étaient également

---

201 Comparer 360Networks, par. 11, et Loewen, par. 10, avec Manhatinv, par. 2 à 12, en particulier 9 à 12.
202 Voir, par exemple, Commodore, par. K.
203 Voir, par exemple, Peregrine, par. 17.
204 Voir, par exemple, Manhatinv, par. 2 à 12.
205 Ibid.
206 Voir, par exemple, Nakash, par. 9.
207 Voir, par exemple, Peregrine, par. 14.
208 Voir, par exemple, Swissair, par. 8.1.2.
209 Voir, par exemple, Federal-Mogul, par. 4.1.
210 Voir, par exemple, Inverworld, par. 10 et 23.
211 Voir, par exemple, Peregrine, par. 16.
212 Voir, par exemple, Maxwell, par. G.1 iii), G.3 iii) et, en particulier, G.6.
213 Voir, par exemple, SENDO, partie II-1.1.

tenus de se communiquer un projet de plan de répartition et une liste des créanciers ayant été payés[214].

ii) Communication d'informations à d'autres parties

154. Outre l'échange d'informations entre représentants de l'insolvabilité, un accord international peut prévoir des dispositions sur la communication de ces informations à d'autres parties, telles que les tribunaux concernés et les créanciers ou le comité des créanciers. Ce type de disposition peut être utile pour apporter une certaine sécurité et éviter les risques de conflits. L'accord peut exiger, par exemple, que les informations échangées par les représentants de l'insolvabilité, comme les rapports mensuels concernant leurs activités, soient également communiquées aux créanciers, au comité des créanciers ou encore aux tribunaux[215]. Des informations supplémentaires peuvent être échangées si la demande en est faite, soit par un représentant de l'insolvabilité soit par un comité des créanciers.

155. Afin d'accroître la transparence des procédures, certains accords prévoient que les informations accessibles au public dans un État devront être communiquées dans tous les États[216] ou que tous les réclamants devront avoir le même accès aux informations divulguées, notamment les informations concernant la situation financière, le statut et les activités du débiteur, la nature et l'effet d'un plan de redressement et l'avancement des procédures dans chaque État[217]. Des mesures telles que la tenue, par le tribunal, de conférences mensuelles pour faire le point de la situation peuvent également favoriser l'échange d'informations[218].

156. Un accord peut également régir la communication entre la direction de l'entreprise débitrice et les représentants de l'insolvabilité. Il peut prévoir, par exemple, que les représentants de l'insolvabilité et les dirigeants des entités débitrices se consulteront régulièrement sur des questions stratégiques, en précisant les types d'informations que les dirigeants devront fournir aux représentants ou en autorisant ces derniers à consulter tous les livres et autres registres requis. Les informations à communiquer pourraient être notamment: les procès-verbaux des réunions du conseil d'administration de l'entreprise débitrice; les informations comptables périodiques, les rapports périodiques sur l'état d'avancement d'autres procédures judiciaires concernant le débiteur; et copie de toutes les déclarations fiscales[219].

iii) Notification

a. Cas exigeant une notification

157. L'envoi de notifications aux parties intéressées est un élément capital de l'administration efficace des procédures d'insolvabilité internationale. Il est aussi un

---

[214] Ibid., partie II-2.
[215] Voir, par exemple, Inverworld, par. 23, Commodore, par. K.
[216] Voir, par exemple, Calpine, par.16, Everfresh, par. 5.
[217] Voir, par exemple, Solv-Ex, par. 13.
[218] Voir, par exemple, Inverworld, par. 25.
[219] Voir, par exemple, Federal-Mogul, par. 4.2 à 4.5; voir aussi Guide législatif de la CNUDCI concernant les obligations du débiteur (deuxième partie, chap.III, par. 22 à 33 et recommandation 110).

mécanisme fiable pour la diffusion d'informations essentielles. La loi applicable peut exiger l'envoi d'une notification à différentes parties et personnes concernées par ces procédures. Si un accord international ne peut se soustraire aux exigences de la loi applicable, il peut en revanche en étendre le champ d'application (par exemple en prévoyant l'envoi d'une notification à un plus grand nombre de destinataires ou la communication d'informations plus détaillées), clarifier la façon dont les dispositions s'appliqueront d'une procédure à l'autre et les compléter, si nécessaire, pour tenir compte de la relation entre ces procédures. Un accord pourrait préciser, par exemple, quelle partie est tenue d'envoyer la notification, quelle personne doit la recevoir, à quel moment la notification doit être adressée et quel doit en être le contenu.

158. Les dispositions régissant la notification dans un accord peuvent être très générales et se fonder sur les règles applicables prévues dans le droit de l'insolvabilité. Au lieu de préciser les circonstances exactes qui justifient l'envoi d'une notification, l'accord peut se limiter à indiquer que, lorsqu'une notification est requise, elle doit être adressée par écrit conformément à la loi applicable[220]. Une autre solution serait que l'accord prévoie que toutes les parties devront recevoir notification de toutes les procédures conformément aux pratiques suivies par chaque tribunal[221].

159. Un accord peut également limiter les cas où une notification est exigée, en excluant les questions ayant trait purement à la forme et non au fond, ou restreindre l'obligation de notification aux cas dans lesquels sont tenues des audiences conjointes[222]. L'accord peut également traiter du défaut de notification, en dispensant une partie d'adresser une notification préalable en temps voulu, si un événement l'en empêche raisonnablement[223], à condition qu'une notification soit adressée et qu'une possibilité d'être entendu soit donnée le plus rapidement possible après cet événement.

160. Un accord pourrait exiger l'envoi d'une notification pour les questions suivantes: a) dépôt par un représentant de l'insolvabilité d'une demande d'ouverture d'une procédure concernant un membre du groupe du débiteur[224] ou dépôt d'une demande, d'une requête ou d'un document quelconque dans l'une des procédures d'insolvabilité ou dans toutes; b) audiences connexes ou autres actes de procédure imposés par la loi applicable en rapport avec la procédure d'insolvabilité[225]; c) demande d'approbation de la rémunération et des dépenses des représentants et des professionnels de l'insolvabilité[226]; d) questions concernant le traitement des créances et les plans de redressement; e) ordonnances rendues ou motifs et opinions exprimés par les tribunaux dans le cadre des procédures[227]; f) action concernant la recherche d'actifs dans d'autres États[228]; g) demande tendant au prononcé de

---

220 Voir, par exemple, AIOC, par. E.
221 Voir, par exemple, Livent, par. ii) [2], Solv-Ex, par. 2.
222 Voir, par exemple, Federal-Mogul, par. 10, PSINet, par. 28.
223 Voir, par exemple, AIOC, par. E.
224 Voir, par exemple, Commodore, par. L, y compris par exemple une filiale ou une holding intermédiaire située entre le débiteur et ses sociétés apparentées ou filiales: Maxwell.
225 Voir, par exemple, ABTC, art. 3/sect. 3.02.
226 Voir, par exemple, Federal-Mogul, par. 8 a) ii), b) ii).
227 Voir, par exemple, Loewen, par. 21.
228 Voir, par exemple, Nakash, par. 9.

mesures d'urgence[229]; h) opération, ou demande d'approbation d'une opération, concernant les actifs de la masse, notamment l'utilisation, la vente, la location, le dépôt de fonds ou tout autre acte de disposition[230]; et i) financement postérieur à l'ouverture[231].

b. Parties tenues d'adresser une notification

161. Certains accords spécifient les personnes tenues d'adresser une notification, par exemple, les représentants des différentes procédures d'insolvabilité, le débiteur ou la partie normalement tenue de l'obligation de notification dans l'État où sont déposés certains documents ou dans lequel se déroule la procédure[232].

c. Destinataires de la notification

162. Les personnes devant être avisées de différents aspects des procédures d'insolvabilité internationale varient d'un accord à l'autre. Les dispositions tantôt précisent que l'obligation de notification ne vaut que pour les parties à l'accord, tantôt exigent qu'une notification soit adressée généralement à un certain nombre de destinataires, par exemple le débiteur, le comité des créanciers, les créanciers, les représentants de l'insolvabilité et parfois d'autres personnes nommées ou désignées par les tribunaux ou habilitées à recevoir notification conformément à la pratique de l'État où sont déposés les documents ou dans lequel a lieu la procédure. L'envoi de la notification peut se limiter, en ce qui concerne les créanciers, au comité des créanciers ou à un certain nombre des créanciers les plus importants, par exemple les 20 principaux. Les destinataires peuvent également être déterminés par référence à une liste tenue dans le cadre d'une des procédures ou par référence à toutes les parties en droit de recevoir notification conformément à une ordonnance rendue dans l'une ou l'autre procédure. Certains accords précisent les coordonnées, notamment le numéro de télécopieur ou l'adresse complète des parties devant recevoir notification. D'autres non seulement énumèrent les parties devant être avisées, mais précisent également que la notification doit se faire conformément aux pratiques de chaque tribunal[233].

163. D'autres accords font obligation au représentant de la procédure principale d'adresser notification à tous les créanciers se trouvant dans d'autres États, par courrier ordinaire, en envoyant à chacun un avis qui précise les formalités requises et les sanctions prévues par la loi applicable dans la procédure principale. L'accord peut également exiger l'envoi d'une notification aux créanciers dont les créances seront examinées par un tribunal autre que celui auprès duquel elles ont été déclarées[234].

164. Lorsque le représentant de l'insolvabilité doit obtenir l'approbation du tribunal pour rechercher ou poursuivre les actifs du débiteur dans un État particulier, un accord peut exiger qu'une notification soit adressée aux autres tribunaux concernés

---

[229] Voir, par exemple, Manhatinv, par. 26.
[230] Voir, par exemple, Everfresh, par. 3.
[231] Voir, par exemple, Commodore, par. M 1) à 4).
[232] Voir, par exemple, Inverworld, par. 14, Mosaic, par. 19.
[233] Voir, par exemple, AIOC, par. E, Laidlaw, par. F.
[234] Voir, par exemple, Solv-Ex, par. 6 c) et d).

par la procédure[235]. Certains accords prévoient que toutes les parties doivent être avisées du dépôt d'une demande tendant au prononcé d'une ordonnance contraire à leurs dispositions[236].

d. Mode de notification

165. Certains accords ne précisent pas comment la notification doit être adressée, et se contentent d'exiger qu'elle le soit conformément aux pratiques de chaque tribunal ou par écrit[237]. D'autres accords énumèrent différentes méthodes, parmi lesquelles les parties peuvent choisir, par exemple: messagerie express, fax, télécopieur, courrier électronique ou autre forme électronique de communication[238], courrier ou service de messagerie permettant la remise de la notification le lendemain de son envoi[239], ou remise en mains propres[240]. Un accord peut également prévoir des dispositions concernant la publication d'une notification, en stipulant à quel moment et sur quel support (par exemple le journal) le débiteur devra la publier et dans quelle langue, afin que les créanciers, où qu'ils se trouvent, et les autres parties intéressées soient en mesure de la comprendre, la notification satisfaisant ainsi aux conditions requises pour être suffisante et produire effet. L'utilisation du site Web du tribunal est un autre moyen possible de notification en pleine évolution.

166. Un accord peut contenir des dispositions sur l'effet de la notification et les conséquences d'un changement de l'adresse où celle-ci doit être envoyée. Il peut prévoir, par exemple, que la notification aura effet malgré un tel changement, si celui-ci n'a pas été signalé dans un certain délai fixé par rapport au moment de la notification. Ainsi, en cas de remise de la notification en mains propres, par exemple, l'avis concernant le changement d'adresse doit être reçu avant le moment de cette remise, et en cas de communication par fax, au moment de la transmission (avec confirmation en retour de cette transmission). Outre ce genre de détails, un accord peut indiquer les preuves requises pour établir que la notification a eu lieu.

e. Notification concernant l'application de l'accord

167. Un accord peut prévoir l'envoi de notifications relatives à son application, en exigeant qu'une notification soit adressée, conformément aux modalités qu'il décrit, lorsqu'il a été complété, modifié, résilié ou remplacé[241]. En cas de litige concernant l'accord, ce dernier pourrait exiger que certaines parties soient avisées[242].

c) Confidentialité des communications

168. Il se peut que bon nombre des informations sur le débiteur et ses affaires devant être examinées et échangées dans le cadre des procédures d'insolvabilité

---

235 Voir, par exemple, Nakash, par. 5.

236 Voir, par exemple, Everfresh, par. 18, Solv-Ex, par. 15. Les Directives Co-Co prévoient notamment que les représentants de l'insolvabilité doivent être avisés de toute audience ou de toute ordonnance qui les concerne (Directives 17.1 à 3).

237 Voir, par exemple, AIOC, par. E.

238 Voir, par exemple, Federal-Mogul, par. 10.1.

239 Voir, par exemple, Everfresh, par. 3.

240 Voir, par exemple, Olympia & York, par. 4 c), Swissair, par. 10.2.

241 Voir, par exemple, Loewen, par. 26, Mosaic, par. 25.

242 Voir, par exemple, PSINet, par. 31, Systech, par. 27 et 28.

soient commercialement sensibles, confidentielles ou soumises à des obligations dues envers des tiers (notamment secrets d'affaires, informations sur la recherche-développement et sur les clients). En conséquence, leur utilisation doit être soigneusement pesée et leur communication limitée de telle sorte que des tiers ne puissent en tirer un avantage déloyal. Le caractère confidentiel des informations, en particulier dans une affaire d'insolvabilité internationale où les règles de protection de la confidentialité varieront d'un État à l'autre, pourrait être traité dans un accord[243]. Nombre de praticiens exigent que les personnes souhaitant accéder aux informations s'engagent par convention à en respecter la confidentialité. Les accords internationaux peuvent énoncer les modalités de ce type de convention, notamment la manière dont elle doit être appliquée.

169. Tous les accords ne contiennent pas des dispositions sur la confidentialité des communications[244]. Ceux qui en prévoient procèdent de différentes manières: en disposant généralement que les informations échangées devront rester confidentielles ou que les informations non accessibles au public ne pourront être divulguées que sous réserve des mesures de protection appropriées, par exemple, que des arrangements sur la confidentialité soient conclus[245]; que les représentants de l'insolvabilité concluent un accord écrit dans le but de protéger et de préserver tout secret[246]; que la partie concernée donne son consentement (par écrit); ou que la divulgation soit exigée par la loi applicable[247] ou sur ordonnance d'un tribunal[248]. Lorsque des informations sont échangées, un accord peut prévoir que cet échange ne constitue pas une renonciation au secret qui les protège, notamment au secret des communications entre avocat et client ou au secret des pièces et documents établis en vue d'une procédure judiciaire[249].

170. Les règles de confidentialité peuvent régir non seulement l'échange d'informations mais également le processus de règlement des litiges découlant de l'accord et toute pièce produite dans ce processus. L'accord peut limiter la divulgation d'informations par les participants à ce processus ou prévoir que cette divulgation ne peut être exigée, par exemple, par le représentant de l'insolvabilité[250].

171. Les accords relatifs à la confidentialité peuvent également concerner le comité des créanciers. Un accord prévoyait que le comité des créanciers serait lié par la

---

243 Le principe 3D du Concordat traite également de la confidentialité; les Directives Co-Co recommandent que, dans toute la mesure autorisée par la loi applicable, les informations utiles non accessibles au public soient communiquées par un représentant de l'insolvabilité sous réserve des dispositions appropriées en matière de confidentialité, si cela est raisonnable sur le plan commercial et pratique (Directive 7.5); et que l'obligation d'information, au sens des Directives, comprenne l'obligation de fournir sur demande copie des documents à un coût raisonnable (Directive 7.6). Elles abordent en outre la question des communications entre représentants de l'insolvabilité (Directives 6.1 et 7.1), y compris entre représentants des procédures principale et non principale (Directive 8).

244 Voir, par exemple, les accords dans les affaires Maxwell et SENDO.

245 Voir, par exemple, Everfresh, par. 5, Livent, par. v) [5].

246 Voir, par exemple, Manhatinv, par. 11.

247 Voir, par exemple, Federal-Mogul, par. 4.6 c) et 4.7 a).

248 Voir, par exemple, Manhatinv, para. 12.

249 Voir, par exemple, Commodore, par. M 6), par. 6, Manhatinv, par. 10.

250 Voir, par exemple, Manhatinv, par. 18.

réglementation adoptée dans un État afin qu'il ne soit pas tenu de conclure les accords sur la confidentialité normalement exigés dans l'autre procédure[251].

Exemples de clauses

Communication entre les tribunaux

Les tribunaux des États A et B peuvent communiquer entre eux sur toute question ayant trait aux procédures dans les États A et B. Les tribunaux peuvent en outre tenir des audiences conjointes sur toute question concernant la conduite, l'administration, le règlement ou le traitement d'un aspect quelconque de ces procédures, à condition qu'ils jugent ces audiences nécessaires ou souhaitables et, en particulier, afin de faciliter ou de coordonner la conduite efficace et appropriée des procédures. Sauf décision contraire, la procédure à suivre concernant ces audiences est la suivante:

a) Une liaison téléphonique et/ou vidéo est établie pour permettre à chaque tribunal d'entendre simultanément les débats se déroulant dans l'autre tribunal;

b) Les juges peuvent comparaître et siéger conjointement dans l'un ou l'autre tribunal, selon ce qu'ils seront convenus, à condition que les créanciers et les parties intéressées puissent comparaître et être entendus en personne ou dans le tribunal du juge qui s'est déplacé pour comparaître dans l'autre tribunal;

c) Toute partie ayant l'intention de présenter des moyens de preuve écrits à l'appui des arguments qu'elle fera valoir devant l'un ou l'autre tribunal lors d'une audience conjointe dépose avant ladite audience ces moyens, qui doivent être conformes aux règles et aux exigences relatives à la procédure et aux preuves de chacun des tribunaux. Si une partie n'a pas déjà comparu devant l'un ou l'autre tribunal ou ne souhaite pas se soumettre à la compétence de l'un ou l'autre tribunal, elle est autorisée à déposer lesdits moyens de preuve auprès d'un tribunal sans être réputée, ce faisant, se soumettre à la compétence de ce tribunal, à condition de ne pas former, dans ces moyens de preuve ou dans ses arguments, une demande reconventionnelle auprès du tribunal à la compétence duquel elle ne souhaite pas se soumettre;

d) Une partie ne doit soumettre initialement ses arguments ou ses demandes que devant le tribunal où elle comparaît et où elle demande que des mesures soient prononcées. Lorsqu'une audience conjointe est programmée, la partie ayant soumis ces arguments ou ces demandes devra en remettre gracieusement une copie à l'autre tribunal. Les demandes tendant au prononcé de mesures par les deux tribunaux doivent être présentées aux deux tribunaux à la fois;

e) Les juges qui connaîtront de ces demandes sont habilités à communiquer entre eux, en présence ou non des avocats, afin d'établir les principes qui régiront la soumission ordonnée des documents et d'autres éléments, ainsi que le prononcé des décisions, et afin de résoudre toutes questions connexes de procédure ou d'administration; et

f) Les juges sont habilités à communiquer entre eux après une audience conjointe, sans la présence des avocats, afin de i) déterminer si les deux tribunaux

[251] Voir, par exemple, Quebecor, par. 17.

peuvent coordonner leurs décisions, ii) harmoniser les termes des décisions de chacun, et iii) aborder toute autre question de procédure et d'administration.

Communication entre les parties: échange d'informations entre les représentants de l'insolvabilité

1) Outre les autres dispositions du présent accord qui régissent l'échange d'informations, les représentants de l'insolvabilité des États A et B conviennent de s'échanger toutes les informations que chacun a ou pourrait avoir en sa possession et qui peuvent être légalement communiquées concernant l'entreprise débitrice, ses dirigeants actuels ou anciens, ses administrateurs, ses salariés, ainsi que son actif et son passif. Les représentants de l'insolvabilité sont autorisés à s'échanger des informations protégées par le secret, sans toutefois y être obligés. Chaque représentant de l'insolvabilité tient l'autre pleinement informé de ses activités et des développements importants dont il a connaissance sur les questions se rapportant au débiteur.

2) Le prononcé d'une ordonnance approuvant le présent accord signifie que les tribunaux concernés, les représentants de l'insolvabilité, les professionnels recrutés par ces derniers, leurs salariés et […] reconnaissent chacun qu'ils ne renoncent pas au secret des communications entre avocats et clients, au secret des pièces et documents établis en vue d'une procédure judiciaire, au secret professionnel ni à aucun autre secret reconnu par toute loi applicable, et qu'ils y restent soumis.

Communication entre les parties: communication d'informations à d'autres parties

Les informations accessibles au public dans un État sont rendues accessibles au public dans l'autre État. Dans la mesure autorisée, les informations non publiques sont communiquées aux représentants officiels du débiteur, au comité des créanciers et à tout autre comité officiel constitué dans le cadre des procédures en ce qui concerne le débiteur, et aux parties intéressées, y compris aux parties fournissant un financement postérieur à l'ouverture des procédures, sous réserve des accords de confidentialité appropriés.

Notification

Toute demande ou tout document déposés dans l'une des procédures d'insolvabilité ou dans les deux, ainsi que toute audience connexe ou tout autre acte de procédure exigé par la loi applicable en rapport avec les procédures d'insolvabilité ou l'accord, sont notifiés par les moyens appropriés (y compris, lorsque les circonstances l'exigent, par messagerie express, télécopie ou d'autres formes électroniques de communication) aux parties ci-après:

a) Tous les créanciers et autres parties intéressées conformément à la pratique du tribunal auprès duquel est déposé le document ou dans lequel doit avoir lieu la procédure; et

b) Lorsque les parties mentionnées à l'alinéa a) ne sont pas autorisées à recevoir cette notification, l'avocat représentant le comité des créanciers, les représentants de l'insolvabilité et toutes autres parties que l'un ou l'autre tribunal désignera.

La notification prévue dans le présent paragraphe est adressée par la partie qui est normalement tenue de l'obligation de notification dans l'État où est déposé le document ou dans lequel doit avoir lieu la procédure. En outre, le débiteur fournit au tribunal de l'État A ou B, sur demande, copie de toutes les ordonnances ou mesures similaires prononcées par l'autre tribunal dans le cadre des procédures d'insolvabilité.

Confidentialité des communications

Les représentants de l'insolvabilité des États A et B conviennent de ne pas divulguer à un tiers les informations non accessibles au public reçues l'un de l'autre concernant les dirigeants, administrateurs ou salariés actuels ou anciens de l'entreprise débitrice, sauf si cette divulgation est:

a) Acceptée par la partie que ces informations concernent ou par l'autre représentant de l'insolvabilité, selon le cas;

b) Exigée par la loi applicable; ou

c) Exigée par ordonnance d'un tribunal compétent.

7. Efficacité, modification, révision et résiliation des accords

a) Efficacité et conditions requises pour l'efficacité

172. Les parties qui négocient un accord souhaitent que ce dernier soit efficace. C'est pourquoi certains accords énoncent les conditions à satisfaire pour qu'ils prennent effet; la plupart des accords analysés dans le présent Aide-mémoire prévoyaient l'approbation des tribunaux des différents États[252]. Il peut s'agir d'un tribunal particulier ou de l'ensemble des tribunaux concernés par les procédures. Une disposition supplémentaire peut stipuler que l'accord ne produit aucun effet juridique obligatoire ou contraignant tant que cette approbation n'a pas été obtenue. Lorsqu'il approuve un accord, un tribunal peut également préciser que les parties ne seront liées par cet accord que lorsque les autres tribunaux l'auront également approuvé[253]. Certains accords prévoient des exigences additionnelles, par exemple que la décision d'un tribunal approuvant l'accord soit transmise à tous les créanciers ayant déclaré des créances dans la procédure d'insolvabilité administrée par ce tribunal[254] ou aux parties qui ont signé l'accord[255].

173. Une autre approche, exigée par certaines règles de droit interne, consiste à demander l'approbation d'un comité de créanciers et à transmettre copie de l'accord et de l'approbation au tribunal, afin que l'accord prenne effet[256]. Les accords qui

---

[252] Voir, par exemple, MacFadyen, par. 9, Pope & Talbot, par. 25.

[253] Voir, par exemple, Solv-Ex, par. 15, Systech, par. 25. L'ordonnance approuvant l'accord peut aussi prévoir que cette approbation est soumise à l'approbation du tribunal de l'autre État, voir, par exemple, Nortel, order of the United States Bankruptcy Court for the District of Delaware (15 janvier 2009).

[254] Voir, par exemple, AIOC, par. I.

[255] Voir, par exemple, Nakash, par. 38.

[256] Voir, par exemple, ISA-Daisytek, par. 10.1 et 10.2.

n'ont pas été approuvés par les tribunaux peuvent être appliqués en vertu du droit des contrats.

174. Dans la pratique, les tribunaux qui ont été amenés à approuver des accords à ce jour l'ont fait en considérant que ces accords constituent le consensus auquel sont parvenues les parties concernées, notamment les représentants de l'insolvabilité souvent nommés par eux. D'une manière générale, les tribunaux se fient au jugement professionnel des représentants de l'insolvabilité qui, en tant que praticiens expérimentés, ont rédigé l'accord pour trouver une solution pragmatique permettant d'harmoniser et de coordonner des procédures d'insolvabilité concurrentes[257].

175. Lorsqu'ils se sont prononcés sur un accord, les tribunaux ont examiné différents facteurs, par exemple s'il existait un conflit avec un principe quelconque de la courtoisie internationale et si le principe de l'égalité de traitement entre les créanciers était respecté[258]. Les tribunaux ont pris soin de ne pas approuver des accords qui autoriseraient des mesures contraires à la loi ou équivalant à un excès de pouvoir. Dans une affaire concernant des procédures d'insolvabilité concurrentes, un des tribunaux était saisi d'un plan de redressement élaboré par les représentants de l'insolvabilité de l'autre État. Le tribunal n'a approuvé ce plan qu'avec des modifications, attendu qu'il ne pouvait approuver un plan autorisant des mesures qui étaient contraires à la loi ou qui constituaient un excès de pouvoir, du fait que, dans ce plan, les administrateurs des sociétés du groupe débiteur auraient été exonérés de toute responsabilité pour manquement à leurs obligations envers leur société[259]. Afin de faciliter l'approbation et d'éviter les contestations, les créanciers peuvent être autorisés pendant le processus d'approbation à soulever des objections concernant le contenu ou la rédaction de l'accord, objections qui seront examinées par le tribunal lorsqu'il décidera ou non d'approuver l'accord.

176. Outre l'approbation par les tribunaux, un accord peut prévoir que les parties seront autorisées à prendre les mesures et à établir les documents nécessaires et appropriés pour son application effective[260]. Les parties peuvent aussi expressément convenir qu'elles feront tout ce qui sera nécessaire pour donner pleinement effet aux dispositions de l'accord[261].

b) Modification, révision et résiliation d'un accord

177. De nombreux accords contiennent des dispositions sur les modifications dont ils peuvent faire l'objet, de manière à tenir compte de l'évolution de la situation. En règle générale, les accords approuvés par les tribunaux stipulent qu'ils ne peuvent être complétés, modifiés ou remplacés d'une quelconque manière, sauf approbation des tribunaux concernés après envoi d'une notification à certaines parties et après

---

257 Le juge anglais dans l'affaire Maxwell a noté que, "si de l'avis professionnel de l'administrateur, telle ou telle mesure sert au mieux les intérêts des créanciers, le tribunal suivra généralement cet avis".

258 Ibid.

259 Voir affaire APB Holdings Ltd., High Court of Justice of Northern Ireland, Chancery Division, [1991] N.I. 17.

260 Voir, par exemple, Inverworld, par. 37, Solv-Ex, par. 16.

261 Voir, par exemple, Federal-Mogul, par. 12.2.

une audience[262].Certains accords exigent non seulement l'approbation des tribunaux mais également le consentement écrit des parties. L'accord peut préciser quelles parties devront donner leur consentement, notamment le débiteur, les représentants de l'insolvabilité, certains créanciers ou un comité des créanciers.

178. Toutes les modifications apportées à un accord ne sont pas soumises à l'approbation des tribunaux. N'ont pas à être approuvés, par exemple, les changements suivants: a) le retrait, en tant que partie, d'un débiteur si celui-ci n'est plus, ou ne sera plus sous peu, membre du groupe débiteur ou s'il a cessé, ou cessera sous peu, de faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité dans un État; b) le remplacement, l'adjonction ou le retrait d'une personne en tant que représentant de l'insolvabilité; ou c) d'autres modifications découlant des exemples cités en a) et b). Certains accords prévoient une disposition garantissant qu'aucune modification ne portera atteinte aux droits à réparation, exonération ou à d'autres mesures de protection qu'ils prévoient en ce qui concerne des actes accomplis avant la modification.

179. Certains accords précisent qui est autorisé à modifier ou à résilier l'accord; à quel moment; et avec quels effets. Par exemple, un accord précisait que toute partie intéressée pouvait demander à l'un ou l'autre tribunal à tout moment de modifier ou de résilier l'accord. Dans un accord exigeant le consentement des parties pour qu'il prenne effet, toute modification serait normalement subordonnée au consentement de chaque partie. La modification annulerait la version antérieure de l'accord.

180. Tous les accords ne contiennent pas des dispositions relatives à leur résiliation. Ceux qui prévoient de telles dispositions le font dans le cadre des clauses sur la modification ou précisent à quel moment la résiliation prendrait effet, notamment a) si le représentant de l'insolvabilité notifie par écrit aux autres parties que l'accord est résilié; b) si la direction notifie par écrit aux parties que l'accord est résilié; ou c) en ce qui concerne l'un des débiteurs faisant l'objet d'un plan de redressement, lorsque le plan prend effet conformément à la loi applicable.

Exemples de clauses

Efficacité et conditions requises pour l'efficacité

Variante A

Le présent accord ne prend effet qu'après avoir été approuvé par les deux tribunaux des États A et B.

Variante B

1) Conformément au droit de l'État A, le présent accord prend effet sous réserve de l'approbation des créanciers du débiteur. Le représentant de l'insolvabilité de l'État A convoquera une réunion des créanciers dans l'État A le plus rapidement possible et fera tous les efforts raisonnables pour obtenir l'approbation des créanciers sur cet accord.

---

[262] Voir, par exemple, Quebecor, par. 28.

2) Le représentant de l'insolvabilité de l'État A communique les dispositions du présent accord au tribunal de l'État A dans un délai de […] jours à compter de la réunion des créanciers mentionnée au paragraphe 1).

3) Le représentant de l'insolvabilité de l'État B communique les dispositions du présent accord au tribunal de l'État B dans un délai de […] jours à compter de la signature du présent accord.

Modification, révision et résiliation

Le présent accord ne peut être complété, modifié, résilié ou remplacé d'aucune manière sauf accord écrit des parties et approbation des deux tribunaux des États A et B. Toute procédure judiciaire visant à compléter, modifier, résilier ou remplacer le présent accord est notifiée conformément au paragraphe ci-dessus [*sur la notification*].

8. Frais et rémunérations

181. L'administration des procédures d'insolvabilité peut entraîner des frais, qu'il s'agisse notamment des dépenses pour rechercher des actifs du débiteur, de la rémunération du représentant de l'insolvabilité ou des frais de procédure. Pour assurer la bonne administration des procédures, de nombreux accords contiennent des dispositions sur les frais et rémunérations qui y sont associés, et certains d'entre eux du moins traitent spécifiquement de la rémunération des représentants de l'insolvabilité[263]. D'une manière générale, les accords suivent le principe selon lequel les obligations contractées par les représentants de l'insolvabilité doivent être financées sur la masse de l'insolvabilité administrée par chacun[264].

182. Les accords indiquent généralement quels frais et rémunérations devront être versés, suivant quelles modalités, et quel tribunal a compétence sur la question. Certains disposent, par exemple, que la rémunération des professionnels recrutés par le débiteur, voire par les prêteurs garantis ou les prêteurs octroyant un financement après l'ouverture de la procédure, relève de la compétence du tribunal de cet État; l'approbation d'un autre tribunal n'est pas requise. En règle générale, une telle disposition s'applique pour chaque État concerné par l'accord international et peut obliger les parties intéressées à demander aux tribunaux d'examiner si une répartition différente des dépenses conviendrait mieux compte tenu des circonstances de l'espèce. De même, les rémunérations, frais et dépenses ordinaires du représentant de l'insolvabilité et des professionnels recrutés par ce dernier seront généralement financés sur la masse de l'insolvabilité dans l'État où ils ont été désignés[265]. L'accord peut également stipuler des règles détaillées en matière de

---

[263] Solv-Ex, par. 9.

[264] Voir, par exemple, Manhatinv, par. 14; voir aussi Principles of European Insolvency Law (Principes du droit européen de l'insolvabilité), ed. McBryde, Flessner and Kortmann, Law of Business and Finance, Vol. 4, Kluwer 2003, ces principes étant communs à beaucoup de législations nationales sur l'insolvabilité (Principe 5.1). Les Directives Co-Co recommandent que les obligations contractées par le représentant de l'insolvabilité pendant la procédure et sa rémunération soient financées sur les actifs administrés dans le cadre de la procédure pour laquelle il a été nommé (Directive 11.1).

[265] Voir, par exemple, Manhatinv, par. 14.

comptabilité, en prévoyant notamment l'échange d'une comptabilité mensuelle entre les représentants de l'insolvabilité, de même que sa nature confidentielle.

183. Quand un accord porte sur des procédures d'insolvabilité parallèles, les dispositions relatives aux coûts peuvent indiquer comment ces coûts se répartissent entre ces procédures[266]. Dans un accord traitant de la procédure principale et de la procédure non principale, les frais de la procédure non principale devaient être financés sur les actifs du débiteur en tant que dépenses afférentes à l'administration de la procédure principale, mais dans certaines limites et sous réserve de la loi applicable quant à ce qui pouvait entrer dans ces frais, par exemple la vérification des créances déclarées, y compris les salaires dus, et le recouvrement des actifs suite aux actions engagées ou poursuivies par les représentants. L'accord précisait en outre le montant que les représentants de la procédure non principale recevraient en tant que dépense afférente à l'administration de la procédure principale et déterminait le juge compétent pour fixer le montant de la rémunération.

184. Certains accords comportent une disposition sur la communication des frais et rémunérations, disposition qui exige que les frais engagés et les rémunérations perçues dans chaque procédure soient communiqués dans l'autre procédure, afin d'assurer la transparence et de garantir la confiance entre les tribunaux des différents États concernant le paiement des rémunérations aux professionnels. Dans une affaire où aucun accord écrit n'avait été conclu, un tribunal a approuvé la rémunération des professionnels recrutés dans la procédure étrangère et, réciproquement, le représentant étranger a participé à l'examen de la rémunération des professionnels recrutés dans la procédure locale.

Exemples de clauses

Frais et rémunérations

Les représentants de l'insolvabilité des États A et B conviennent que la rémunération, les frais et les dépenses ordinaires de chacun (y compris ceux des professionnels et autres mandataires que chacun aura recrutés et les frais qu'ils engageront pour s'entraider) doivent être financés en premier lieu sur les fonds que chacun détient dans l'État A ou B, respectivement. Aucune disposition du présent accord n'empêche les représentants de l'insolvabilité de se transférer des fonds pour le financement des rémunérations approuvées par le tribunal compétent, le financement des dépenses ordinaires et frais afférents à l'administration ou aux fins de répartition, si ce transfert est, de l'avis raisonnable de l'un ou l'autre représentant, conforme aux objectifs du présent accord.

---

[266] Voir, par exemple, SENDO, partie I.4; les Directives Co-Co recommandent que les obligations et les frais contractés par le représentant de l'insolvabilité dans la procédure principale avant l'ouverture de toute procédure non principale, mais portant sur des actifs à inclure dans la masse, soient, en principe, financés par la masse correspondant à la procédure non principale (Directive 11.2).

9. Clauses d'encadrement

185. Les clauses d'un accord ne devraient pas conduire à une violation du droit interne ou des droits des parties intéressées. Par conséquent, un accord peut contenir une série de clauses d'encadrement, c'est-à-dire des dispositions qui garantissent une certaine situation, qui peut être liée à des droits, des principes ou des faits. En général, de telles clauses visent à préserver les droits et la compétence, à exclure ou limiter la responsabilité et garantir le pouvoir des parties de conclure l'accord. Ce dernier point est particulièrement important, car les parties souhaitent avoir l'assurance que leur cocontractant est dûment autorisé et que la loi applicable sera respectée. Comme il a été indiqué plus haut (voir par. 46 ci-dessus), certains accords comportent à la fin d'une disposition une phrase selon laquelle, malgré ce qui précède, il ne faudrait pas interpréter ladite disposition comme ayant un certain effet. D'autres accords comportent des clauses d'encadrement plus générales[267].

a) Préservation des droits et de la compétence

186. Un accord peut stipuler que ni ses clauses ni aucune mesure prise en vertu de celles-ci ne devraient porter atteinte ou nuire aux pouvoirs, droits, créances et exceptions du débiteur et de sa masse, des représentants de l'insolvabilité, des créanciers ou actionnaires en vertu du droit applicable ni empêcher ou priver une personne du droit de faire valoir ou exercer ses droits fondamentaux contre toute autre personne en vertu du droit applicable[268].

187. Un accord peut comporter des dispositions sur la préservation de la compétence, en indiquant par exemple qu'aucune de ses dispositions ne vise à affecter, réduire, limiter, étendre ou accroître la compétence des tribunaux concernés car, nonobstant la coopération et la coordination, chaque tribunal devrait pouvoir à tout moment exercer sa compétence et son autorité de façon indépendante sur les matières dont il est saisi et la conduite des parties qui comparaissent devant lui[269].

188. Un accord peut aussi donner des exemples des interprétations qu'il ne saurait recevoir. Il peut ainsi prévoir qu'il ne saurait être interprété notamment comme: a) faisant obligation au débiteur, au comité des créanciers ou au représentant de l'insolvabilité de se soustraire à tout devoir que leur impose le droit national, dont l'obligation du débiteur de payer certains frais au représentant de l'insolvabilité en vertu de la loi applicable[270]; b) autorisant toute action exigeant l'approbation expresse de l'un des tribunaux ou des deux; c) empêchant tout créancier ou autre partie intéressée de faire valoir ses droits fondamentaux en vertu de la loi applicable y compris, notamment, le droit de faire appel des décisions prises par l'un ou par la totalité des tribunaux concernés; ou d) affectant ou limitant le droit du débiteur ou d'autres parties de faire valoir l'applicabilité ou la non-applicabilité de l'arrêt des poursuites prononcé dans les différentes procédures à une procédure particulière,

---

[267] Les Directives sur les communications entre tribunaux prévoient qu'elles ne devraient avoir aucune incidence sur aucun pouvoir, sur aucune ordonnance ni sur aucune décision de fond se rapportant au litige devant tel ou tel tribunal ni ne constituent une renonciation par l'une des parties à ses droits (Directive 17).

[268] Voir, par exemple, 360Networks, par. 32, Loewen, par. 28, Philip, par. 27.

[269] Voir, par exemple, Laidlaw, par. 8, Commodore, par. T.

[270] Voir, par exemple, 360Networks, par. 34, Livent, par. 24.

indépendamment de l'endroit où elle se déroule, ou à un actif ou une activité, indépendamment de l'endroit où ils se trouvent[271].

b) Limitation de la responsabilité

189. Un accord peut prévoir que, malgré la coopération entre les différentes parties, ni les représentants de l'insolvabilité ni les professionnels auxquels ils font appel, leurs employés, mandataires ou représentants ne devraient voir leur responsabilité engagée pour des actions ou à la suite d'actions de leurs homologues dans d'autres États. Certains accords stipulent également qu'il ne faudrait pas interpréter le prononcé d'une mainlevée de l'arrêt automatique des poursuites pour une fin particulière, par exemple permettre au représentant de l'insolvabilité de faire des recherches sur les actifs du débiteur, comme une approbation de mesures particulières que le représentant de l'insolvabilité pourrait prendre pour atteindre cette fin. Les parties peuvent aussi convenir d'inclure d'autres personnes dans une telle clause, y compris un médiateur, si les dispositions sur le règlement des litiges prévoient la médiation[272].

c) Garanties

190. Certains accords contiennent une disposition dans laquelle chaque partie déclare et garantit à l'autre qu'elle a capacité et pouvoir pour conclure et exécuter l'accord[273], encore qu'une telle disposition puisse ne pas être nécessaire lorsque le tribunal doit approuver l'accord.

Exemples de clauses

Préservation des droits

Aucune clause du présent accord ni aucune mesure prise en vertu du présent accord ne porte atteinte ou ne nuit aux pouvoirs, droits, créances et exceptions des débiteurs et de leurs masses, du comité des créanciers, des représentants de l'insolvabilité ou des créanciers du débiteur en vertu de la loi applicable, y compris des lois relatives à l'insolvabilité des États A et B et des ordonnances des tribunaux des États A et B.

Préservation de la compétence

Aucune clause du présent accord n'augmente, ne diminue ou n'affecte d'aucune autre manière l'indépendance, la souveraineté ou la compétence de l'un quelconque des tribunaux concernés, ou de n'importe quel autre tribunal des États A, B ou [...], y compris, notamment, la capacité de l'un des tribunaux concernés ou d'autres tribunaux d'accorder des mesures appropriées en vertu de la loi applicable.

Limitation de responsabilité

Le représentant de l'insolvabilité de l'État A reconnaît:

---

[271] Voir, par exemple, Systech, par. 23.
[272] Voir, par exemple, Manhatinv, par. 21.
[273] Voir, par exemple, Everfresh, par. 19, Inverworld, par. 32.

a) que le représentant de l'insolvabilité de l'État B agit en qualité de représentant de l'insolvabilité du débiteur conformément à la loi applicable de l'État B sans engager sa responsabilité personnelle; et

b) que ni lui-même ni le débiteur n'ont d'autre droit à l'égard du représentant de l'insolvabilité de l'État B que ceux qui découleraient du présent accord.

[*Même disposition pour le représentant de l'insolvabilité de l'État B.*]

Garanties

Chaque partie déclare et garantit à l'autre que la conclusion et l'exécution par elle du présent accord relèvent de son pouvoir et de son autorité et ont été dûment autorisées par elle ou approuvées par le tribunal selon le cas.

Annexe

Résumé des affaires[274]

1. AgriBioTech Canada Inc. (ABTC) (2000)[275]

Dans l'affaire *ABTC*, des procédures d'insolvabilité parallèles ont été ouvertes au Canada et aux États-Unis à l'égard de la filiale de l'un des plus gros producteurs de graines fourragères et de graines de graminées des États-Unis. Un point fondamental du protocole concernait la coordination des ventes des biens du débiteur, soumises à l'approbation des deux tribunaux. Le produit obtenu devait être conservé dans un compte distinct sous l'autorité du tribunal canadien. Le protocole prévoyait des audiences conjointes par des moyens de télécommunication modernes, ainsi que le droit des juges de discuter confidentiellement de questions connexes. Les créanciers avaient le droit de comparaître devant l'un ou l'autre tribunal et relèveraient alors de la compétence du tribunal choisi. Le débiteur est convenu de soumettre des plans de redressement pour l'essentiel similaires dans les deux pays, que les créanciers pourraient accepter ou rejeter conjointement. Le tribunal canadien a été désigné pour traiter les créances des créanciers conformément au droit canadien, mais leur validité devait être déterminée conformément à la loi régissant l'obligation sous-jacente. Le protocole comportait également une disposition sur l'annulation des opérations.

2. AIOC Corporation et AIOC Resources AG (1998)[276]

Dans l'affaire *AIOC Corporation*, 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 américaine 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 regroupement des ressources et plus précisément les modalités de vérification des créances.

---

[274] La plupart des protocoles mentionnés dans cette annexe sont accessible sur l'un des sites suivants: http://www.globalinsolvency.com; http://www.iiiglobal.org; http://www.casselsbrock.com. Ceux qui ne sont pas accessibles au public sont marqués d'un astérisque.

[275] Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Canada), Case No. 31-OR-371448 (16 June 2000) and the United States Bankruptcy Court for the District of Nevada, Case No. 500-10534 LBR, (28 June 2000) (Unofficial version).

[276] United States Bankruptcy Court for the Southern District Court of New York, Case Nos. 96 B 41895 and 96 B 41896 (3 April 1998).

3. Akai Holdings Limited (2004)[277]*

L'affaire *Akai* Holdings Limited concernait des procédures d'insolvabilité concurrentes dans la Région administrative spéciale (RAS) chinoise de Hong Kong et les Bermudes. L'objectif du protocole était de faire en sorte que les deux procédures de liquidation soient administrées simultanément de Hong Kong, qui était l'établissement principal des sociétés débitrices, bien que le protocole reconnaisse la procédure engagée aux Bermudes comme la "procédure principale". Les protocoles ont été rédigés de manière à tenir compte des dispositions pertinentes des lois sur l'insolvabilité de la RAS de Hong Kong et des Bermudes et à permettre aux représentants de l'insolvabilité d'administrer les deux liquidations de la manière la plus économique. En conséquence, les créances des créanciers pouvaient être produites dans l'un ou l'autre lieu. Le tribunal de la RAS de Hong Kong a approuvé les protocoles et noté que, faute de législation pour traiter des matières touchant l'insolvabilité internationale, les protocoles proposés semblaient être le meilleur moyen de servir les intérêts des créanciers. Comme dans les protocoles des affaires *Peregrine* et *Greater Beijing First Expressways Limited*, les mêmes personnes ont été désignées représentants de l'insolvabilité pour chacune des sociétés dans les deux États. En annexe, le protocole comportait plusieurs formulaires standard notamment pour la preuve de la dette et l'avis de rejet.

4. Calpine Corporation (2007)[278]

Calpine Corporation, une société du Delaware, était la société mère d'une entreprise multinationale qui exerçait des activités par l'intermédiaire de diverses filiales et sociétés apparentées aux États-Unis, au Canada et dans d'autres pays. Des procédures de redressement ont été ouvertes aux États-Unis et au Canada, les débiteurs respectifs étant séparés et distincts. Au départ, les procédures ont été menées de concert, des mémorandums d'accord ayant été conclus pour traiter des points spécifiques. Cependant, compte tenu du lien étroit qui existait entre les deux sociétés – elles étaient notamment les principales créancières l'une de l'autre – un protocole a été élaboré, entre autres choses pour coordonner et harmoniser les deux procédures. Le tribunal canadien a rejeté une demande d'approbation du protocole au début de la procédure faisant valoir que celui-ci était prématuré, que les procédures ne visaient pas une restructuration d'ensemble de tous les requérants et qu'un protocole devait servir non à réexaminer des affaires mais à promouvoir la coordination et la coopération. Par la suite, il a approuvé le protocole, après s'être assuré que ce dernier avait été convenablement négocié, dans l'intérêt des diverses parties des deux côtés de la frontière. Dans la forme, ce protocole s'apparentait à un

---

[277] High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, Cases No. HCCW 49/2000 and HCCW 50/2000 (6 February 2004) and the Supreme Court of Bermuda.

[278] United States Bankruptcy for the Southern District of New York, Case No. 05-60200 (9 April 2007) and Court of Queens Bench of Alberta, (Canada) Case No. 0501-17864 (7 April 2007).

protocole *standard*[279] bien qu'il n'eût pas expressément prévu le droit de comparaître et d'être entendu. Par ailleurs, un mémorandum d'accord, destiné à régler les créances intragroupe, qui avait été signé auparavant, a été incorporé dans le protocole. En outre, ce dernier comportait une disposition exigeant que les débiteurs du Canada et des États-Unis négocient un protocole spécifique concernant les créances pour traiter les créances produites par chacun d'eux (et leurs créanciers respectifs) dans l'affaire de l'autre. Les buts énoncés dans le protocole étaient: d'éviter le chevauchement des activités; de respecter la souveraineté des tribunaux concernés; et de faciliter l'administration équitable, ouverte et efficace de la procédure d'insolvabilité. Le protocole contenait également des dispositions sur l'accès à l'information et sur l'élaboration d'un plan de redressement. Il incorporait par référence les Directives Co-Co.

5. Commodore Business Machines (1994)[280]

Cette affaire concernait des procédures d'insolvabilité aux Bahamas et aux États-Unis. Le protocole a été conclu entre les représentants de l'insolvabilité des Bahamas et le comité des créanciers. Son principal objectif était de convertir la procédure involontaire du chapitre 7 du Code des faillites des États-Unis, qui avait été ouverte à la demande de certains créanciers, en procédure au titre du chapitre 11 aux États-Unis et de régler le litige envisagé. Les parties sont convenues dans le protocole que les représentants de l'insolvabilité des Bahamas assumeraient les fonctions habituellement exercées par un débiteur non dessaisi en vertu du chapitre 11. Les autres objectifs du protocole étaient de faciliter la liquidation des actifs dans les deux pays et d'éviter des décisions contradictoires des tribunaux concernés. En conséquence, les représentants de l'insolvabilité des Bahamas ont été désignés débiteurs non dessaisis dans la procédure des États-Unis. Le protocole traitait de la déclaration des créances; du recrutement et de la rémunération des représentants de l'insolvabilité, des comptables et des avocats; et de l'obligation pour les représentants de l'insolvabilité d'informer les deux tribunaux et le comité des créanciers, de gérer les fonds, de vendre les actifs, de prêter ou d'emprunter de l'argent et d'engager des procédures judiciaires.

---

[279] La comparaison d'un certain nombre de protocoles conclus ces dernières années montre qu'il existe des protocoles de caractère plus générique qui se ressemblent et qui contiennent les mêmes dispositions, lesquelles portent sur l'historique de l'affaire; la finalité et les objectifs; la courtoisie internationale et l'indépendance des tribunaux; la coopération, y compris des dispositions sur la procédure de communication, comme les auditions conjointes; le recrutement et la rémunération des représentants de l'insolvabilité; la notification; la reconnaissance de l'arrêt des poursuites; le droit de comparaître et d'être entendu; la prise d'effet du protocole; la modification du protocole et la procédure de règlement des litiges conformément au protocole et la préservation des droits. Ces protocoles sont désignés ici sous le terme de protocoles "*standard*".

[280] United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York and the Supreme Court of the Commonwealth of the Bahamas (1994).

6. EMTEC (2006/2007)[281*]

L'affaire *EMTEC* concernait un groupe imbriqué, formant une structure pyramidale classique avec une société holding, constituée aux Pays-Bas, coiffant trois sociétés françaises et une société allemande, qui détenaient elles-mêmes le capital social d'autres sociétés situées dans l'Union européenne ou en Asie. Une procédure d'insolvabilité a été ouverte en France pour toutes les sociétés du groupe, y compris celles dont le siège inscrit était à l'étranger. Une procédure d'insolvabilité secondaire a été ouverte en Allemagne à la demande du représentant de l'insolvabilité de la procédure française. Les deux représentants de l'insolvabilité ont ensuite conclu un accord afin d'établir les conditions de la répartition des actifs entre les créanciers et d'organiser la coopération entre eux-mêmes, en particulier l'échange d'informations concernant la vérification des créances et la répartition des actifs. L'accord prévoyait que le représentant de l'insolvabilité de la procédure principale transférerait une certaine somme d'argent au représentant de l'insolvabilité de la procédure secondaire, et que ce dernier répartirait cette somme entre les créanciers sans faire de distinction entre les créanciers des différentes procédures. Le représentant de l'insolvabilité de la procédure secondaire est convenu d'éviter un double paiement aux créanciers qui avaient produit des créances dans les deux procédures. Il a également été convenu que les créances admises dans les deux procédures seraient payées là où elles recevraient le montant le plus élevé. Le représentant de l'insolvabilité de la procédure secondaire est convenu d'informer le représentant de l'insolvabilité de la procédure principale par écrit avant de procéder à une répartition. L'accord prévoyait qu'il était régi exclusivement par la loi française et que le tribunal français aurait compétence exclusive pour tout litige le concernant.

7. Everfresh Beverages Inc. (Décembre 1995)[282]

Le premier protocole inspiré des principes du Concordat a été finalisé dans le cadre de l'affaire *Everfresh* Beverages Inc. qui concernait les États-Unis et le Canada. 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, y compris le classement et le traitement des créances non assorties d'une sûreté, la vente d'actifs et les actions en annulation. Il octroyait aux créanciers le droit exprès de déclarer leurs créances dans le cadre de 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, c'est-à-dire le cas où il n'y a pas de procédure principale, mais essentiellement deux procédures parallèles ouvertes dans différents États. Il a été finalisé environ un mois après l'ouverture de la procédure et a été appliqué pour la première audition conjointe internationale visant à coordonner la procédure.

---

[281] Tribunal de Commerce de Nanterre (France) et tribunal de l'insolvabilité de Mannheim (Allemagne).

[282] Ontario Court of Justice, Toronto (Canada), Case No. 32-077978 (20 December 1995) and the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 95 B 45405 (20 December 1995).

8. Federal-Mogul Global Inc. (2001)[283]

L'affaire *Federal-Mogul* concernait la procédure de redressement d'un important fournisseur de pièces détachées d'automobiles aux États-Unis et en Grande-Bretagne. Le protocole, qui devait prendre en compte des plaintes concernant l'amiante contre les filiales anglaises, se donnait pour but l'administration ordonnée et efficace de la procédure d'insolvabilité; la coordination des activités; et la mise en œuvre d'un ensemble de principes généraux. Le protocole chargeait les débiteurs non dessaisis des États-Unis d'élaborer un plan de redressement et de traiter les plaintes concernant l'amiante et les demandes d'indemnisation. L'acquisition, la vente et le grèvement d'actifs étaient soumis à l'approbation préalable des représentants de l'insolvabilité, de même que la plupart des autres activités sortant du cours normal des affaires. En outre, le protocole traitait des procédures de communication entre les débiteurs et les représentants de l'insolvabilité; des questions de confidentialité; du droit de comparaître devant les tribunaux concernés; de la reconnaissance mutuelle de l'arrêt des poursuites; ainsi que du recrutement et de la rémunération des représentants de l'insolvabilité et des professionnels.

9. Financial Asset Management Foundation (2001)[284]

Dans l'affaire *Financial Asset Management* Foundation, des procédures d'insolvabilité concernant une fiducie ont été ouvertes au Canada et aux États-Unis. Un protocole a été conclu par le débiteur, les représentants de l'insolvabilité et le créancier principal. Chaque tribunal a accepté de respecter en général la décision de l'autre tribunal, si cela était "approprié et possible". Le protocole exposait schématiquement la procédure pour les audiences conjointes et la comparution devant l'un ou l'autre tribunal. Il confirmait aussi le caractère exécutoire d'un jugement que le créancier principal avait obtenu précédemment contre le débiteur devant un tribunal en Californie. Il précisait en outre les attributions des tribunaux concernant certaines questions, par exemple que le tribunal des États-Unis était chargé de déterminer si le débiteur avait ou non violé une mesure ordonnée dans le jugement précité.

10. Greater Beijing First Expressways Limited (GBFE) (2003)[285*]

L'affaire *Greater Beijing First Expressways* impliquait des procédures d'insolvabilité dans les îles Vierges britanniques et la RAS de Hong Kong concernant la liquidation de l'exploitant d'une route à péage. Cette affaire est très voisine de l'affaire Peregrine, car l'ouverture de la procédure dans les îles Vierges avait principalement pour but d'appuyer celle qui l'avait été dans la RAS de Hong Kong et d'éviter des conflits de compétence et la dispersion des actifs. Comme dans l'affaire Peregrine, les représentants de l'insolvabilité désignés dans les deux procédures étaient les mêmes professionnels, de manière à coordonner les

---

[283] United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Case No. 01-10578 (SLR), and the High Court of England and Wales, Chancery Division in London (2001).

[284] United States Bankruptcy Court for the Southern District of California, Case No. 01-03640-304, and the Supreme Court of British Columbia (Canada), Case No. 11-213464/VA.01 (2001).

[285] High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, HCCW No. 338/2000, and the High Court of Justice of the Eastern Caribbean Supreme Court, Suit No. 43/2000 (2003).

activités, faciliter l'échange d'informations et déterminer, préserver et maximiser la valeur des actifs du débiteur et les réaliser. Les attributions étaient réparties entre les deux procédures, par exemple, les représentants de la RAS de Hong Kong étaient chargés de la conduite des affaires au jour le jour et des décisions relatives aux créances des créanciers, et les représentants des îles Vierges de la réalisation des actifs. En outre, le protocole régissait la déclaration des créances; la monnaie des paiements; la rémunération des représentants; et les obligations de notification. Il contenait également des formulaires standard, comme les protocoles des affaires *AKAI* et *Peregrine*, notamment pour la preuve de la dette et l'avis de rejet.

11. Inverworld (1999)[286]

Dans l'affaire, complexe, d'*Inverworld* Inc., 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 la reconnaissance par chaque tribunal des mesures décidées par l'autre tribunal comme étant contraignantes, afin d'éviter des procédures judiciaires parallèles et d'aboutir à un règlement coordonné au niveau mondial.

12. ISA-Daisytek (Octobre 2007)[287*]

Dans l'affaire *ISA-Daisytek*, des procédures d'insolvabilité parallèles ont été ouvertes en Angleterre et en Allemagne. La décision du tribunal anglais selon laquelle la procédure anglaise était la procédure principale conformément au Règlement CE a été contestée et non reconnue pendant plus d'un an en Allemagne. Il en est résulté une incertitude concernant le statut, les pouvoirs et les responsabilités respectifs des représentants anglais et allemand de l'insolvabilité. Une fois la procédure anglaise reconnue comme procédure principale par les tribunaux allemands, les représentants de l'insolvabilité des deux pays ont élaboré un "accord de coopération et de compromis" afin de régler toutes les questions en suspens entre eux et de traiter des étapes futures de la procédure d'insolvabilité. Le protocole comportait une disposition de compromis, qui réglementait le paiement du produit dans le cadre de la procédure en Allemagne et le versement des dividendes de certaines filiales étrangères dans le cadre de la procédure en Angleterre, les distributions aux créanciers, et la responsabilité des représentants de l'insolvabilité. Il contenait également une disposition concernant son approbation et précisait que conformément au droit allemand, sa prise d'effet était subordonnée à l'approbation des créanciers, que les représentants allemands de l'insolvabilité feraient rapport sur ses clauses au tribunal allemand compétent après la réunion des créanciers et que les représentants anglais de l'insolvabilité feraient rapport sur ses clauses au tribunal

---

[286] United States District Court for the Western District of Texas, Case No. SA99-C0822FB (22 October 1999), the High Court of England and Wales, Chancery Division (1999), and the Grand Court of the Cayman Island (1999).

[287] High Court of England and Wales, Chancery Division, Leeds and the Insolvency Court of Düsseldorf (Germany).

anglais compétent. Il indiquait en outre qu'il devrait être interprété conformément à la loi anglaise et que les tribunaux anglais seraient seuls chargés de faire respecter ses clauses.

13. Laidlaw Inc. (2001)[288]

L'affaire *Laidlaw* impliquait une procédure d'insolvabilité au Canada et aux États-Unis à l'encontre d'une entreprise multinationale exerçant ses activités par l'intermédiaire de diverses filiales et sociétés affiliées aux États-Unis, au Canada et dans d'autres pays. Les débiteurs ont envoyé le protocole aux tribunaux pour approbation afin de mettre en œuvre les procédures administratives de base nécessaires pour coordonner certaines activités dans la procédure d'insolvabilité. Le protocole était un protocole *standard* (voir la note ... ci-dessus) et ressemblait de près à d'autres protocoles *standard*, comme celui de l'affaire *Loewen*. Il comprenait des dispositions sur la courtoisie internationale et l'indépendance des tribunaux; la coopération, y compris les audiences conjointes; le recrutement et la rémunération des représentants de l'insolvabilité; la notification; la reconnaissance de l'arrêt des poursuites; les procédures de règlement des conflits conformément au protocole; la prise d'effet et la modification du protocole; et la préservation des droits.

14. Livent Inc. (1999)[289]

Dans l'affaire *Livent* Inc. concernant une procédure d'insolvabilité ouverte aux États-Unis et au Canada, les tribunaux ont utilisé pour la première fois un système de visioconférence par télévision en circuit fermé via satellite pour tenir deux audiences 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 actifs ou presque de ce dernier. Le protocole prévoyait expressément ce type d'audiences et laissait aux deux juges une certaine marge d'appréciation pour examiner et régler les questions procédurales et techniques liées à ces audiences conjointes. Celles-ci ont été conclues avec succès en deux jours et les tribunaux ont accordé des ordonnances complémentaires autorisant la vente des actifs dans les deux pays à un seul acheteur. Le protocole contenait des dispositions sur la vente d'actifs, les formalités de déclaration, vérification et admission des créances, les contrats exécutoires, l'affectation du produit des ventes et l'application de règles d'annulation.

15. Loewen Group Inc. (1999)[290]

Dans l'affaire *Loewen Group* Inc., le débiteur, une grande société multinationale, avait demandé l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité au Canada et aux États-Unis et immédiatement présenté aux deux tribunaux un

---

[288] Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Canada), Case No. 01-CL-4178 (10 August 2001) and the United States Bankruptcy Court for the Western District of New York, Case No. 01-14099 (20 August 2001).

[289] United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 98-B-48312, and the Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Canada), Case No. 98-CL-3162 (11 June 1999).

[290] United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Case No. 99-1244 (30 June 1999), and the Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Canada), Case No. 99-CL-3384 (1 June 1999).

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 s'apparentait à un protocole *standard* (voir la note ... ci-dessus) et prévoyait que: les deux tribunaux pourraient communiquer entre eux et conduire des audiences conjointes en respectant certaines règles fixées par lui; les créanciers et les autres parties intéressées pourraient comparaître devant l'un ou l'autre tribunal; chaque tribunal aurait compétence sur les représentants de l'insolvabilité de l'autre pays uniquement pour les questions particulières que ceux-ci lui avaient soumises; et tout arrêt des poursuites serait coordonné entre les deux pays.

16. P. MacFadyen & Co, Ltd. (1908)[291]

Dans l'affaire *McFayden*, sans doute le premier cas faisant intervenir un protocole d'insolvabilité internationale, des procédures d'insolvabilité ont été ouvertes en Angleterre et en Inde contre le débiteur défunt. Celui-ci avait mené des activités à travers deux sociétés, l'une implantée en Angleterre et l'autre, en Inde. Les représentants de l'insolvabilité anglais et indien ont négocié un accord international qui prévoyait la poursuite simultanée des deux procédures d'insolvabilité, le traitement des deux sociétés comme une seule entité, une distribution proportionnelle des actifs à tous les créanciers, un échange périodique d'information entre les représentants de l'insolvabilité sur les créances admises par ces derniers et la reconnaissance des créances dûment admises dans une procédure par l'autre procédure. Cet accord établissait également la responsabilité de chacun des représentants de l'insolvabilité à l'égard du recouvrement et de la réalisation des actifs dans son pays. L'accord était soumis à l'approbation des tribunaux en Angleterre et en Inde. En approuvant ledit accord, le tribunal anglais a statué sur le recours formé par un créancier contre le pouvoir du représentant anglais de l'insolvabilité d'adhérer à l'accord, faisant valoir que celui-ci était correct, relevait du bon sens et était manifestement dans l'intérêt de toutes les parties intéressées.

17. Manhattan Investment Fund Limited (Manhatinv) (2000)[292]

Le protocole conclu dans l'affaire *Manhattan Investment Fund*, 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 l'échange d'informations (y compris de certaines communications confidentielles) entre les représentants de l'insolvabilité pour réduire au minimum les coûts et éviter les chevauchements. Il comportait des dispositions détaillées sur la coopération entre les représentants de la solvabilité, lesquels devaient élaborer un plan de travail sur la marche à suivre dans la pratique. Il prévoyait également un

---

[291] Re P. MacFadyen & Co, ex parte Vizianagaram Company Limited [1908] 1 K.B. 675.

[292] United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 00-10922BRL (April 2000), the High Court of Justice of the British Virgin Islands (19 April 2000), and the Supreme Court of Bermuda, Case No. 2000/37 (April 2000).

mécanisme de médiation pour régler les litiges qui pouvaient surgir dans le cadre du protocole entre les représentants de l'insolvabilité.

18. Matlack Inc. (2001)[293]

Dans l'affaire *Matlack*, groupe de transport en vrac exerçant ses activités aux États-Unis, au Mexique et au Canada, un protocole a été élaboré pour coordonner des procédures d'insolvabilité pendantes au Canada et aux États-Unis. Ce protocole s'apparentait à un protocole *standard* (voir la note ... ci-dessus) et incorporait en appendice les Directives Co-Co. Les deux tribunaux sont convenus de reconnaître l'arrêt des poursuites du tribunal étranger pour empêcher des actions préjudiciables contre les actifs du débiteur. Les débiteurs, leurs créanciers et d'autres parties intéressées pouvaient comparaître devant l'un ou l'autre tribunal, et relèveraient donc de sa compétence. Les autres questions abordées concernaient le recrutement et la rémunération des professionnels, les obligations de notification et la préservation des droits des créanciers.

19. Maxwell Communication Corporation plc. (1991/1992)[294]

Dans l'affaire *Maxwell*, 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 harmoniser les procédures pour réduire au minimum les dépenses, les gaspillages et les conflits de compétence. 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 préautorisés à effectuer des opérations "de moindre importance". De nombreuses questions ont été volontairement exclues du

---

293 Superior Court of Justice of Ontario (Canada), Case No. 01-CL-4109, and the United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Case No. 01-01114 (MFW) (2001).

294 In re Maxwell Communication Corporation plc, 93 F.3d 1036, 29 Bankr.Ct.Dec. 788 (2nd Cir. (N.Y.) 21 August 1996) (No. 1527, 1530, 95-5078, 1528, 1531, 95-5082, 1529, 95-5076, 95-5084) and Cross-Border Insolvency Protocol and Order Approving Protocol in Re Maxwell Communication plc between the United States United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 91 B 15741 (15 January 1992), and the High Court of England and Wales, Chancery Division, Companies Court, Case No. 0014001 of 1991 (31 December 1991).

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. Mosaic (2002)[295]

Cette affaire impliquait des procédures d'insolvabilité parallèles au Canada et aux États-Unis. Les parties ont compris dès le début que l'insolvabilité du réseau *Mosaic* de sociétés allait donner lieu à un certain nombre d'audiences compliquées et controversées dans les deux pays, et qu'il était essentiel de créer un cadre à l'intérieur duquel les tribunaux pourraient, indépendamment mais en coopérant, traiter des diverses entités. Le protocole, conforme à un protocole *standard* (voir la note … ci-dessus), ressemblait beaucoup, par sa forme et son contenu, aux protocoles conclus dans les affaires *Loewen* et *Laidlaw*, et comportait des dispositions sur la courtoisie internationale et l'indépendance des tribunaux; la coopération, y compris les audiences conjointes; le recrutement et la rémunération des représentants de l'insolvabilité; la notification; la reconnaissance de l'arrêt des poursuites; les procédures de règlement des conflits selon le protocole; la prise d'effet et la modification du protocole; et la préservation des droits. Le protocole a contribué au succès des ventes internationales dans la procédure.

21. Nakash (1996)[296]

Dans l'affaire *Nakash*, 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 énumérés dans l'annexe 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.

22. 360Networks Inc. (2001)[297]

Dans l'affaire *360Networks*, le protocole concernait les États-Unis et le Canada. Le groupe 360Networks était un fournisseur de fibres optiques ayant des activités internationales, comprenant plus de 90 sociétés immatriculées dans

---

295 Ontario Court of Justice, Toronto (Canada), Court File No. 02-CL-4816 (7 December 2002) and the United States Bankruptcy Court for the Northern District of Texas, Case No. 02-81440 (8 January 2003).

296 United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 94 B 44840 (23 May 1996), and the District Court of Jerusalem (Israel), Case No. 1595/87 (23 May 1996).

297 British Columbia Supreme Court, Vancouver (Canada), Case No. L011792 (28 June 2001) and United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 01-13721-alg (29 August 2001).

quelque 33 pays et employant près de 2 000 personnes. Comme la majeure partie de ses actifs et de son personnel était située au Canada et aux États-Unis, des procédures d'insolvabilité ont été ouvertes dans ces deux pays. Les ordonnances initiales comprenaient un protocole international *standard* (voir la note … ci-dessus) dont les objectifs étaient les suivants: 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 entre les tribunaux des deux pays et tout tribunal étranger; et appliquer un ensemble de principes généraux pour régler les problèmes administratifs découlant du caractère international des procédures. Afin d'atteindre ces objectifs, le protocole abordait, entre autres aspects, la coordination et la coopération entre tribunaux, y compris les audiences conjointes; la notification; le recrutement et la rémunération des professionnels; la reconnaissance commune de l'arrêt des poursuites; les procédures étrangères futures; et une procédure pour régler les conflits selon le protocole. Les deux processus de restructuration se sont toutefois déroulés de façon relativement indépendante et ont peu fait référence au protocole. Des plans pour l'essentiel similaires ont été déposés dans chaque pays, chacun étant tributaire de l'approbation de l'autre. Le protocole prévoyait des audiences conjointes, mais aucune n'a été nécessaire.

23. Nortel Networks Corporation (2009)[298]

L'affaire *Nortel Networks* impliquait des procédures parallèles d'insolvabilité aux États-Unis et au Canada et concernait des membres d'un grand groupe de télécommunications ayant son siège au Canada, avec des filiales et des sociétés affiliées dans le monde entier. Bien que les débiteurs dans les procédures américaine et canadienne fussent différents, un protocole a été élaboré dès le début afin d'arrêter des modalités administratives, de coordonner les activités et de protéger les droits des parties. Ce protocole a été approuvé par les deux tribunaux le même jour. Il s'apparentait à un protocole *standard* (voir la note … ci-dessus) et comportait notamment des dispositions sur la courtoisie internationale et l'indépendance des tribunaux, la coopération et les comparutions, la prise d'effet et la modification du protocole et des procédures régissant le règlement des litiges conformément au protocole, et il incorporait par référence les Directives Co-Co. Comme dans l'affaire *Pope & Talbot*, il précisait que lorsque la question de la compétence du tribunal se posait dans l'une ou l'autre procédure d'insolvabilité, le tribunal pouvait contacter l'autre tribunal pour déterminer un moyen approprié de trancher la question. Par ailleurs, il stipulait que les tribunaux pouvaient décider conjointement que soient examinées, conformément aux principes qu'il énonçait, d'autres questions de caractère international susceptibles de se poser dans la procédure d'insolvabilité.

---

[298] Ontario Superior Court of Justice, Toronto, (Canada) Case No. 09-CL-7950 (14 January 2009) and the United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Case No 09-10138 (KG) (15 January 2009).

24. Olympia & York Developments Limited (1993)[299]

L'affaire *Olympia & York* Developments Ltd. concernait une société mère canadienne et ses filiales exerçant leurs activités principalement aux États-Unis, au Canada et au Royaume-Uni. Le protocole a été élaboré pour assurer l'équilibre voulu entre les intérêts des différentes parties, en particulier le représentant de l'insolvabilité canadien et les débiteurs américains non dessaisis, et pour réaliser un consensus entre les différentes parties concernant les dirigeants des société débitrices en remaniant le conseil d'administration de chacune d'entre elles. Le protocole contenait des dispositions, entre autres, sur la composition, le pouvoir, les actions, la révocation et la réélection des administrateurs, ainsi que sur sa modification et son approbation. Il a abouti au redressement rapide et efficace des débiteurs en permettant de maintenir en place les dirigeants des sociétés débitrices américaines.

25. Peregrine Investments Holdings Limited (1999)[300]

Dans l'affaire *Peregrine*, la société débitrice était constituée aux Bermudes et avait son établissement principal dans la RAS (Région administrative spéciale) de Hong Kong, où avait été ouverte la procédure d'insolvabilité. Peu de temps après, une procédure d'insolvabilité a également été ouverte aux Bermudes, essentiellement pour éviter des conflits de compétence et pour veiller à ce que les représentants de l'insolvabilité désignés dans la RAS de Hong Kong aient les pleins pouvoirs dans d'autres lieux et pour les actifs situés hors de Hong Kong. Les représentants de l'insolvabilité étaient les mêmes personnes dans les deux procédures à l'exception de l'un d'entre eux désigné uniquement dans la procédure aux Bermudes, mais tous étaient employés par le même cabinet international d'avocats. Le protocole a été élaboré pour harmoniser et coordonner les procédures; assurer l'administration ordonnée et efficace des procédures dans les deux endroits; recenser, préserver et maximiser la valeur des actifs du débiteur dans le monde au profit collectif de ses créanciers et des autres parties intéressées; coordonner les activités; et partager les informations. Le protocole établissait que la procédure aux Bermudes serait la procédure principale et la procédure ouverte dans la RAS de Hong Kong la procédure non principale. La quasi-totalité de la liquidation des actifs du débiteur devait néanmoins être effectuée dans et à partir de la RAS de Hong Kong, car c'est là que les activités commerciales du débiteur étaient et avaient toujours été concentrées. Le protocole déterminait les questions devant être traitées principalement dans la RAS de Hong Kong, par exemple les décisions relatives aux créances des créanciers et la répartition des dividendes entre les créanciers. Il comportait également des dispositions sur les droits et les pouvoirs des représentants de l'insolvabilité en ce qui concerne l'échange d'informations; la liquidation des dépens; et les demandes aux tribunaux. À l'instar des protocoles conclus dans les affaires *AKAI* et *GBFE*, il contenait des formulaires standard sur la déclaration, la vérification et l'admission des créances.

---

299 Ontario Court of Justice, Toronto, (Canada) Case No. B125/92 (26 July 1993) and United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case Nos 92-B-42698-42701, (15 July 1993) (Reasons for Decision of the Ontario Court of Justice: (1993), 20 C.B.R. (3d) 165).

300 High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, HCCW Companies (Winding-up) No. 20 of 1998, and the Supreme Court of Bermuda Companies (Winding-up) No. 15 of 1998 (1999).

26. Philip Services Corporation (1999)[301]

L'affaire *Philip Services Corporation* est considérée comme la première procédure d'insolvabilité internationale négociée au préalable[302]. Avant l'ouverture de la procédure aux États-Unis et au Canada, le débiteur avait 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*, 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 ci-dessous, par. 36)). Il s'apparentait à un protocole *standard* (voir la note … ci-dessus). Il 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.

27. Pioneer Companies Inc.[303]

Dans l'affaire *Pioneer*, il s'agissait d'une procédure d'insolvabilité aux États-Unis concernant une entreprise multinationale de ce pays et certaines de ses filiales directes et indirectes et sociétés affiliées et d'une procédure d'insolvabilité au Canada concernant une filiale canadienne, qui était également débitrice dans les affaires des États-Unis. Le protocole reconnaissait qu'il était dans l'intérêt des débiteurs et de leurs parties prenantes que le tribunal des États-Unis se charge de l'administration principale du redressement et énonce des principes généraux quant à la manière dont il devrait être statué sur les créances à l'encontre des débiteurs, notamment pour ce qui était de prouver ces dernières.

---

[301] United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Case No. 99-B-02385, (28 June 1999), and the Ontario Superior Court of Justice, Toronto, Case No. 99-CL-3442 (25 June 1999).

[302] Procédure possible dans certains pays, dans laquelle un plan de redressement est négocié volontairement avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et approuvé ensuite par le tribunal.

[303] Quebec Superior Court, (Re PCI Chemicals Canada Inc.,) (Canada) Case No. 5000-05-066677-012, (1 August, 2001) and the United States Bankruptcy Court for the Southern District of Texas (Re Pioneer Companies Inc.), Case No. 01-38259 (1 August 2001).

28. Pope & Talbot Inc. (2007)[304]

Dans l'affaire *Pope & Talbot*, il s'agissait de procédures concurrentes de redressement ouvertes aux États-Unis et au Canada et concernant une société mère spécialisée dans la pâte à papier et le bois à travers ses différentes filiales canadiennes et américaines et possédant des actifs substantiels dans les deux États. Les sociétés débitrices ont élaboré un protocole pour faciliter l'harmonisation et la coordination des activités menées dans les deux pays, pour assurer la transparence et pour garantir des conditions équitables aux parties concernées dans lesdits pays. Ce protocole s'apparentait à un protocole *standard* (voir la note … ci-dessus), comme dans les affaires *Laidlaw*, *Loewen* et *Mosaic* et incorporait également par référence les Directives Co-Co. Il contenait des dispositions sur la coopération; la reconnaissance réciproque de l'arrêt des poursuites ordonné par les deux tribunaux; le droit de comparaître; le recrutement et la rémunération des représentants et des professionnels; la notification; la prise d'effet et la modification de ses dispositions; le règlement des différends; et la préservation des droits. Comme dans l'affaire *Nortel Networks*, il incluait une disposition qui autorisait les tribunaux à définir ensemble une procédure appropriée pour régler toute question de compétence soulevée dans le cadre de l'une ou l'autre procédure. Il contenait en outre une disposition selon laquelle toute opération effectuée en dehors du cours normal des affaires en matière de vente, location ou utilisation d'un bien immobilier des débiteurs, devait être soumise à l'approbation du tribunal du pays dans lequel se trouvait le bien, à l'exception des usines des débiteurs. Le représentant de l'insolvabilité canadien s'est inquiété de cette disposition au motif qu'elle exigeait l'approbation des deux tribunaux pour la vente des usines de papier, estimant que cette exigence représentait une dépense superflue, retardait la procédure et pouvait faire double emploi avec le processus de prise de décision. Lors d'une audience conjointe, les tribunaux sont convenus que cette exigence aurait simplement pour objet de les rendre mieux à même de prendre la bonne décision concernant la vente des actifs.

29. PSINet Inc. (2001)[305]

L'affaire *PSINet* concernait des procédures d'insolvabilité au Canada et aux États-Unis. Le protocole a été conclu pour coordonner les procédures d'insolvabilité pendantes dans les deux pays. Il exposait certaines questions d'insolvabilité et de redressement au niveau international soulevées par la nature des opérations commerciales des débiteurs aux États-Unis et au Canada ainsi que par l'interconnectivité et l'interdépendance des lignes de communication dans les opérations commerciales et opérations par Internet du groupe, qui exigeaient l'aide des deux tribunaux pour être réglées de manière équitable et efficace. Ces questions comprenaient: l'approbation de la vente d'actifs; l'allocation du produit; le traitement des créances intragroupe; les créances contractuelles; et l'approbation et l'exécution de tout plan de redressement impliquant comme parties les débiteurs de chaque pays. Le protocole établissait des lignes directrices pour ces questions, qui

---

304 Supreme Court of British Columbia, Vancouver, Case No. SO77839, (14 December 2007) and the United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Case No. 07-11738.

305 Ontario Superior Court of Justice, Toronto, (Canada) Case No. 01-CL-4155 (10 July 2001) and the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 01-13213 (10 July 2001).

devaient être tranchées et réglées par des audiences conjointes des tribunaux. Il portait également sur des questions concernant le matériel appartenant à des tiers, le financement de bail et les biens immobiliers, questions qui devaient être réglées par le tribunal de l'État dans lequel les biens ou le matériel se trouvaient. Il autorisait l'application des Directives Co-Co. Il a joué un rôle essentiel dans le succès de la vente des actifs canadiens de PSINet.

30. Progressive Moulded Products Limited[306]

Dans l'affaire *Progressive Moulded Products*, groupe spécialisé dans les pièces détachées d'automobiles, implanté aux États-Unis et au Canada, un protocole a été conclu pour coordonner les procédures d'insolvabilité pendantes dans ces deux pays. Le protocole appartenait à la catégorie des protocoles *standard* (voir la note … ci-dessus), comme ceux conclus dans le cadre des affaires *Nortel Network*s et *Pope & Talbot*. Il a été approuvé peu après le début des procédures et contenait des dispositions portant notamment sur la coopération, dont des audiences conjointes; la reconnaissance commune de l'arrêt des poursuites; le droit de comparaître et d'être entendu; la prise d'effet et la modification du protocole; et les procédures de règlement des litiges conformément au protocole. En outre, il incorporait par référence les Directives Co-Co.

31. Quebecor World Inc. (2008)[307]

L'affaire *Quebecor* concernait des procédures parallèles pendantes aux États-Unis et au Canada. Les débiteurs ont proposé l'approbation d'un protocole dès le début des affaires, prévoyant la nécessité de la communication entre les tribunaux et d'audiences conjointes afin de faciliter les procédures en raison de l'ampleur des opérations des débiteurs dans les deux pays. Le juge des États-Unis a différé l'approbation du protocole, afin de créer un comité des créanciers et de lui donner la possibilité de commenter la procédure. En conséquence, le protocole initial a été modifié pour inclure d'autres dispositions en matière de notification; une disposition en vue d'élaborer plus à fond un protocole commun relatif aux créances et concernant le délai de déclaration, le traitement, la compétence et la loi applicable au règlement des créances intergroupe produites par les créanciers des débiteurs dans les deux procédures; et une disposition détaillée relative aux procédures à suivre lorsque l'on considère que des mesures demandées dans un État ont un impact important dans d'autres États. Le protocole incorporait aussi les Directives Co-Co. Des audiences conjointes ont eu lieu pour approuver la vente des opérations européennes des débiteurs et ont abouti au prononcé rapide d'ordonnances distinctes approuvant cette vente.

---

306 Ontario Superior Court of Justice, Commercial List, Court File No. CV-08-7590-00CL (24 June 2008) and United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Case No. 08-11253 (KJC) (14 July 2008).

307 Montreal Superior Court, Commercial Division, (Canada) No. 500-11-032338-085 and the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, No. 08-10152 (JMP) (2003).

32. SENDO International Limited (2006)[308]

Dans l'affaire *SENDO*, une procédure principale d'insolvabilité était pendante au Royaume-Uni et une procédure secondaire en France. La procédure secondaire a été ouverte à la demande du représentant de l'insolvabilité de la procédure principale parce que SENDO avait des employés en France. Avec l'ouverture de la procédure secondaire, les employés en France étaient couverts par la loi française sur l'insolvabilité, qui était plus favorable que la loi anglaise, et le représentant de l'insolvabilité français pouvait vendre des actifs situés sur le territoire français et recueillir des déclarations de créances impayées enregistrées par les créanciers français et étrangers de SENDO. Les représentants de l'insolvabilité des deux procédures ont conclu un accord pour coordonner celles-ci, notant que le Règlement CE n'établissait que des principes de fonctionnement très généraux. Dans cet accord, ils sont convenus, pour mettre en œuvre ces principes, d'agir dans un esprit de confiance mutuelle, et de respecter le devoir de se communiquer des informations et de coopérer ainsi qu'il est indiqué à l'article 31 du Règlement CE, la procédure principale l'emportant sur la procédure secondaire. L'accord comprenait des dispositions sur le traitement de la notification et de la déclaration des créances des créanciers; sur les modalités pratiques de vérification des créances; sur le traitement des frais de justice; et sur le traitement des actifs de la succursale française du débiteur.

33. Solv-Ex Canada Limited et Solv-Ex Corporation (1998)[309]

Dans l'affaire *Solv-Ex*, qui concernait les États-Unis et le Canada, un certain nombre de décisions contraires rendues par les tribunaux des deux pays avaient conduit à une impasse. 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 des débiteurs. 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 audiences et ensuite b) déterminer s'ils pourraient rendre des décisions concordantes. Le protocole contenait d'autres dispositions concernant les ventes d'actifs et les formalités de déclaration, vérification et admission des créances. Les tribunaux l'ont par la suite approuvé.

---

[308] Procédure d'insolvabilité devant la High Court of Justice, Chancery Division of London (Royaume-Uni) et devant le tribunal de commerce de Nanterre (France) (2006).

[309] Alberta Court of Queen's Bench, Case No. 9701-10022 (28 January 1998), and the United States Bankruptcy Court for the District of New Mexico, Case No. 11-97-14362-MA (28 January 1998).

34. Swissair Schweizerische Luftverkehr AG (2003)[310*]

Une procédure d'insolvabilité a été ouverte en Suisse à l'encontre de plusieurs sociétés du groupe Swissair. Pour protéger les actifs des différentes sociétés à l'étranger, des procédures d'insolvabilité ont aussi été ouvertes dans d'autres pays, dont l'Angleterre. Pour faciliter la coordination, les représentants suisses et anglais de l'insolvabilité ont conclu un protocole. Ce protocole portait sur la réalisation des actifs, le paiement des dettes, les frais et les dépenses, l'échange d'information, ainsi que l'admission des créances du créancier et les décisions relatives à ces dernières. Il avait pour but d'éviter les chevauchements d'activités, tout en protégeant les droits des créanciers et en respectant les droits de priorité.

35. Systech Retail Systems Corp. (2003)[311]

L'affaire *Systech Retail Systems* concernait des procédures d'insolvabilité aux États-Unis et au Canada pour un important prestataire de services proposés dans des points de vente, opérant par l'intermédiaire de diverses filiales et sociétés affiliées au Canada et aux États-Unis. Les sociétés débitrices ont conclu un protocole visant à établir des procédures administratives de base entre les procédures des deux pays. Le protocole s'apparentait à un protocole *standard* (voir la note … ci-dessus) et comprenait des dispositions sur la courtoisie internationale et l'indépendance des tribunaux; la coopération; le recrutement et la rémunération des représentants de l'insolvabilité et des professionnels; la notification; la reconnaissance commune de l'arrêt des poursuites en vertu des lois des deux pays; le droit de comparaître et d'être entendu; et les procédures de règlement des litiges conformément au protocole. Ce dernier comprenait aussi les Directives Co-Co. Après l'approbation du protocole par les deux tribunaux, une audition conjointe a été tenue conformément aux Directives, et a permis de régler et de coordonner un certain nombre de questions à caractère international.

36. Tee-Comm. Electronics Inc (1997)[312]

Le protocole conclu dans l'affaire *Tee-Comm. Electronics* Inc., qui concernait les États-Unis et le Canada, visait un objectif bien précis et étroitement délimité. Il établissait un cadre dans lequel les administrateurs des deux pays pouvaient vendre conjointement les actifs des débiteurs de manière à maximiser la valeur de la masse. Il traitait donc de 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.

---

310 Procédures d'insolvabilité devant le tribunal de district de Bülach (Swissair et d'autres membres de SAirGroup), Zurich (SAirGroup) et devant la High Court of England and Wales, Chancery Division in London, Case No. 2344 of 2002 (18 February 2003).

311 Ontario Court of Justice, Toronto, Court File No. 03-CL-4836 (20 January 2003) and the United States Bankruptcy Court for the Eastern District of North Carolina, Raleigh Division, Case No. 03-00142-5-ATS (30 January 2003).

312 In re AlphaStar Television/Tee-Comm Distribution, Inc, Ontario Court of Justice (Canada) and the United States Bankruptcy Court for the District of Delaware (27 June 1997).

37. United Pan-Europe Communications N.V. (2003)[313]

Dans cette affaire, le débiteur était un des plus grands câblo-opérateurs basé aux Pays-Bas et détenant des participations dans des filiales directes et indirectes, notamment aux États-Unis. Des procédures d'insolvabilité ont été ouvertes dans ces deux pays. Selon le conseiller néerlandais du débiteur, la loi et la procédure néerlandaises n'admettaient pas un protocole, de sorte que les conseillers dans les deux pays ont collaboré étroitement, sans conclure d'accord par écrit, pour régler les problèmes à mesure qu'ils se posaient dans les procédures et pour veiller à ce que toutes les décisions respectent les lois des deux États. Les deux représentants de l'insolvabilité ont participé aux délibérations. La coordination portait sur la fourniture continue d'informations aux tribunaux et aux représentants de l'insolvabilité; le recrutement et la rémunération du conseiller et des représentants de l'insolvabilité; la mise au point de procédures de sollicitation à appliquer dans les deux cas; les ventes d'actifs; et un plan de redressement. Le résultat a été que les procédures dans les deux pays ont été clôturées le même jour.

---

[313] Amsterdam Court (Rechtbank) and the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York (Case No. 02-16020).

A/CN.9/WG.V/WP.86/Add.1 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant le projet d'aide-mémoire sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-sixième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1
II.	Compilation des commentaires reçus des gouvernements	2-45
A.	Australie	2-17
B.	Canada	18
C.	République tchèque	19-21
D.	République fédérale d'Allemagne	22
E.	Indonésie	23-31
F.	Lettonie	32-37
G.	Norvège	38-41
H.	Singapour	42
I.	Suisse	43-45

I. Introduction

1. En préparation de la trente-sixième session du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), le texte du projet d'aide-mémoire sur la coopération, la communication et la coordination a été distribué, à la demande du Groupe de travail, à tous les gouvernements pour commentaire (voir A/CN.9/666, par. 22). Les commentaires reçus au 27 février 2009 qui avaient spécifiquement trait au contenu du projet d'aide-mémoire sont reproduits en substance ci-dessous.

II. Compilation des commentaires reçus des gouvernements

A. Australie

Commentaires généraux sur le projet d'aide-mémoire

2. Globalement, l'Australie estime que le projet d'aide-mémoire donne de précieuses orientations aux praticiens et aux juges. Le document est particulièrement utile en ce qu'il aborde des points que les praticiens devraient prendre en considération lorsqu'ils traitent des questions pour lesquelles des administrations concurrentes sont reconnues conformément à la Loi type. D'une manière générale, il fournit d'excellents résumés des points principaux et aide les juges et les praticiens à suivre l'évolution du droit dans les pays étrangers.

3. L'Australie note que l'introduction de la Loi type et du projet d'aide-mémoire marque un abandon de l'idée d'une administration confinée à un territoire. Une procédure d'insolvabilité étrangère sera reconnue dans un pays donné si elle répond à une définition large de la procédure d'insolvabilité, si les pièces nécessaires qui la concernent sont déposées et si la demande est formée devant le tribunal local compétent. Une procédure étrangère qui satisfait à ces conditions sera reconnue dans le pays en question, ce qui donnera au tribunal local compétence pour accorder des mesures. La Loi type et le projet d'aide-mémoire encouragent et facilitent la coopération et la coordination entre pays.

4. L'Australie observe que d'une manière générale, le projet d'aide-mémoire semble partir du principe que le praticien de l'insolvabilité compétent est un représentant du tribunal ou, du moins, que le tribunal participe directement à l'administration de l'insolvabilité. Ce régime juridique, qui est celui de nombreux pays, ne correspond pas au régime de l'insolvabilité des sociétés ou des particuliers en vigueur en Australie. Nous sommes conscients que tout document de ce type (en particulier s'il contient des exemples de clauses qui ont pour objet de montrer comment les principes généraux peuvent s'appliquer) contiendra des explications qu'il sera parfois difficile de transposer dans un contexte factuel ou juridique particulier. Néanmoins, l'Australie suggère de mentionner explicitement dans le projet d'aide-mémoire que dans certains pays, les tribunaux ne jouent aucun rôle dans l'administration au jour le jour de l'insolvabilité. Elle propose aussi d'indiquer qu'il pourra être nécessaire d'adapter aux conditions locales certaines dispositions proposées pour les accords entre tribunaux ou entre représentants de l'insolvabilité.

5. L'Australie est d'avis que les approches à adopter pour les points soulevés par le projet d'aide-mémoire dépendent en grande partie des faits de chaque espèce, ce que le document reconnaît explicitement. Les attitudes qu'il est suggéré d'adopter face à des exemples tirés de la pratique sont, pour les praticiens, une référence très utile.

6. En ce qui concerne les questions de coordination et de communication entre praticiens de l'insolvabilité, l'Australie n'a pas d'autre proposition de modification à faire concernant le projet d'aide-mémoire.

Commentaires détaillés sur le projet d'aide-mémoire

Première partie

7. La première partie du projet d'aide-mémoire traite de l'importance croissante de la coordination et de la coopération dans les affaires d'insolvabilité internationale.

8. La non-coordination des approches dans les affaires d'insolvabilité internationale fait notamment courir le risque d'une perte de valeur des actifs. Les différences entre pays peuvent aussi avoir une influence sur la gestion des actifs du débiteur. L'Australie estime que le projet d'aide-mémoire donne aux praticiens des orientations utiles pour aborder des affaires de ce type.

9. L'amélioration de la communication entre tribunaux, le traitement équitable des parties prenantes communes et la possibilité, pour des parties prenantes étrangères, de saisir les tribunaux australiens dans les mêmes conditions que des parties prenantes nationales sont perçus comme des objectifs souhaitables.

10. En outre, le Gouvernement australien est favorable:

- À l'amélioration de l'accès aux tribunaux;
- À la reconnaissance des procédures d'insolvabilité étrangères;
- À la simplification des procédures de reconnaissance;
- À une transparence accrue des procédures d'accès pour les créanciers étrangers;
- À la possibilité, pour les tribunaux et les représentants étrangers, de coopérer efficacement; et
- À l'établissement de règles pour ce qui est de coordonner les mesures prises dans deux ou plusieurs procédures d'insolvabilité.

Deuxième partie

Traitement des créances

11. Les intérêts des créanciers entrent en jeu à différents niveaux de l'insolvabilité: les questions de savoir quels créanciers peuvent voter dans la procédure, comment ils peuvent le faire et comment se fera toute répartition éventuelle entre eux dépendent de la soumission, de la vérification et de l'admission ordonnées des créances. Le rôle joué par les tribunaux peut varier d'un État à l'autre. Le Gouvernement australien en est conscient et se dit favorable à la conclusion d'accords pour régler ces difficultés.

Arrêt des poursuites

12. Les affaires d'insolvabilité internationale où de multiples procédures sont engagées soulèvent des questions difficiles lorsqu'un arrêt est prononcé par des tribunaux dans des procédures étrangères ou dans des procédures parallèles à l'appui de procédures étrangères. La Loi type prévoit un arrêt automatique dès la reconnaissance d'une procédure étrangère et la coordination des mesures entre les procédures principale et non principale. La coopération est surtout nécessaire dans

les domaines où un conflit peut surgir. Le Gouvernement australien soutient cette approche.

Communication entre les tribunaux

13. La communication entre tribunaux est importante pour maximiser la fonction de supervision que ces derniers remplissent en matière d'insolvabilité. La coordination permet de réduire les retards et les dépenses et d'éviter les différences de traitement entre créanciers se trouvant dans une situation similaire. Le Gouvernement australien reconnaît cet état de fait et se dit favorable à la conclusion d'accords entre tribunaux pour régler ces questions. La communication entre représentants de l'insolvabilité peut en outre se révéler importante pour faciliter les procédures.

14. S'il était jugé souhaitable de rendre le projet d'aide-mémoire plus concis, on pourrait peut-être supprimer certaines suggestions rédactionnelles lorsqu'elles portent sur des bonnes pratiques et des principes généraux de rédaction et non sur des points spécifiques de la Loi type. Ainsi en est-il, par exemple, des conseils suivants:

- "Un exposé de l'affaire retraçant l'historique de l'insolvabilité pourrait clarifier et mieux faire comprendre l'accord. Souvent, à la présentation des parties succède un résumé des différentes procédures d'insolvabilité impliquant les parties qui ont déjà été ouvertes ou sont imminentes. Là aussi, ce résumé sera plus ou moins détaillé, certains accords précisant les dates et lieux de dépôt des demandes, les ordonnances qui ont été prononcées, etc." et
- "Il est souvent énoncé des règles générales d'interprétation selon lesquelles, par exemple, le singulier englobe le pluriel et inversement; les titres insérés ne répondent qu'à un souci de commodité et n'ont pas de signification particulière; les références à une partie, quelle qu'elle soit, sont réputées désigner, s'il y a lieu, ses successeurs ou cessionnaires, selon le cas; et le masculin englobe les genres féminin et neutre."

15. Le projet contient également, outre une explication générale des questions qui pourraient ou devraient figurer dans les accords d'insolvabilité internationale, de longs "exemples de clauses" correspondants (tel celui présenté aux pages 38 à 41). Il n'est pas certain que des exemples aussi longs aient leur place dans un guide général destiné à être adopté par la CNUDCI, et l'on pourrait se contenter d'exposer ces détails dans des textes juridiques et pratiques consacrés à l'insolvabilité internationale.

Conclusion

16. Améliorer l'accessibilité et la reconnaissance des procédures étrangères est nécessaire pour garantir l'égalité de traitement entre débiteurs et créanciers étrangers et nationaux. Alors que la loi australienne sur l'insolvabilité des particuliers et des sociétés impose aux tribunaux du pays de coopérer avec leurs homologues d'un certain nombre de pays prescrits, l'application de la Loi type à l'aide du projet d'aide-mémoire multipliera les possibilités d'étendre ce processus à d'autres pays.

17. L'Australie accueille avec satisfaction le projet d'aide-mémoire et estime, d'une manière générale, qu'il s'agit d'une ressource particulièrement utile pour les praticiens qui ont à résoudre des questions d'insolvabilité internationale.

B. Canada

18. La note A/CN.9/WG.V/WP.83 est un document sérieux et complet qui explique utilement comment différents pays règlent les questions de coopération, de communication et de coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale. Ce document devrait rester distinct de la Loi type sur l'insolvabilité internationale et du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, car il est, en tant que document de référence, plus utile dans le contexte de l'insolvabilité et il ne se limite pas à la question des groupes d'entreprises. On notera qu'il importe de conserver une approche souple des protocoles et de leur contenu, mais aussi de comprendre ce qui pourrait altérer leur neutralité.

C. République tchèque

19. Les réponses que nous avons reçues nous ont appris que la plupart des tribunaux et juges de notre pays ne possédaient pas d'expérience en la matière. La majorité d'entre eux ont évoqué l'absence de commerce en ligne et de registres d'insolvabilité dans certains États membres de l'Union européenne.

20. Malgré leur absence d'expérience concrète de la facilitation d'accords internationaux, ils étaient néanmoins favorables à l'idée de recourir à de tels accords pour permettre une coordination efficace de procédures multiples visant un débiteur et aider à préciser les attentes des parties.

21. Mis à part ce qui précède, …, nous n'avons pas d'observation de fond à formuler sur le projet d'aide-mémoire de la CNUDCI.

D. République fédérale d'Allemagne

22. …[R]emerciant le Secrétariat d'avoir mis le projet d'aide-mémoire sur les procédures d'insolvabilité internationale à la disposition des États Membres, la République fédérale d'Allemagne n'a pas d'autre commentaire à formuler sur le texte.

E. Indonésie

I. Commentaires généraux

23. Le problème de l'insolvabilité internationale se pose lorsqu'une entreprise multinationale est déclarée insolvable dans un pays alors qu'elle possède, dans un autre pays, une ou plusieurs filiales créées conformément au droit local. Les législations nationales disposent généralement que les décisions d'insolvabilité qu'un tribunal prend dans le cadre de ses compétences seraient applicables à tous les actifs détenus par le débiteur, même s'ils sont situés dans d'autres pays. Un

problème peut survenir si un pays applique le principe d'universalité à une décision d'insolvabilité prise par l'un de ses tribunaux, mais refuse d'appliquer sur son territoire des décisions similaires prises par des tribunaux étrangers. Il se posera également un problème si un pays limite l'applicabilité d'une décision d'insolvabilité prise par l'un de ses tribunaux aux actifs situés sur son territoire, empêchant ainsi au créancier de pouvoir obtenir l'ensemble des actifs du débiteur.

24. La loi indonésienne sur l'insolvabilité (loi n° 37 de 2004 sur l'insolvabilité et le report des obligations de remboursement de dettes) ne traite pas spécifiquement de l'insolvabilité internationale. Son article 212, cependant, prévoit qu'un créancier concurrent qui, après avoir été déclaré insolvable, utilise ses actifs situés à l'étranger pour payer ses dettes est tenu de rembourser le montant qu'il a prélevé sur la masse de l'insolvabilité. Cela signifie implicitement que les décisions d'insolvabilité prises en Indonésie s'appliquent à l'étranger, même s'il s'agit d'un contexte très limité.

25. Lorsqu'une décision d'insolvabilité prise par un tribunal étranger doit être exécutée dans un autre pays où les actifs du débiteur sont situés, la plupart des pays invoquent le principe de souveraineté pour interdire à leurs tribunaux d'exécuter cette décision. Il en va de même en Indonésie, dont le droit privé ne permet pas la reconnaissance et l'exécution des décisions prises par des tribunaux étrangers.

26. Pour surmonter cet obstacle, certains efforts d'harmonisation législative ont été entrepris en matière d'insolvabilité internationale pour que les décisions d'insolvabilité prises par des tribunaux étrangers puissent être reconnues et exécutées dans un autre pays. À cet égard, on peut citer la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale ainsi que les traités multilatéraux et bilatéraux, qui visent à permettre la coopération dans l'application des décisions d'insolvabilité.

27. Le projet d'aide-mémoire de la CNUDCI est un moyen de faciliter la coordination et la coopération dans l'application des décisions d'insolvabilité en fournissant aux praticiens des orientations concrètes, notamment en matière d'insolvabilité internationale.

II. Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale

28. La loi indonésienne sur l'insolvabilité n'a pas adopté les dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale; de fait, elle ne contient pas de dispositions sur cette question. Les juridictions indonésiennes elles-mêmes manquent également d'expérience en la matière.

29. Pour que puisse s'établir un contact direct entre les tribunaux saisis d'affaires d'insolvabilité internationale, il faut disposer d'un cadre juridique national qui permette aux tribunaux locaux de prêter assistance aux tribunaux étrangers. Généralement, dans le cadre de l'entraide judiciaire, un tribunal peut fournir une assistance par la voie diplomatique ou par l'intermédiaire d'une autorité centrale spécifiquement chargée de faciliter l'entraide.

III. Accords internationaux

30. Un accord international est un accord conclu entre les parties à une affaire d'insolvabilité internationale afin de coopérer ou de coordonner dans différents pays le processus d'insolvabilité qui vise un débiteur particulier. Étant donné que cet

accord est conclu entre des individus qui participent à la gestion de la masse de l'insolvabilité et non entre États, on peut se demander s'il lie un État ou ses institutions qui participent au processus d'insolvabilité. Un tel accord est tout simplement un contrat, qui lie les parties sans imposer d'obligations aux institutions étatiques.

31. Les accords internationaux ne lieraient un État que s'il existait un accord-cadre international, qu'il soit bilatéral ou multilatéral, prévoyant spécifiquement la reconnaissance et l'application des décisions d'insolvabilité prises par des tribunaux étrangers. Un accord international ne suffit donc pas pour promouvoir le processus d'insolvabilité internationale; il faut également qu'il se fonde sur des traités internationaux.

F. Lettonie

32. Le Ministère de la justice a examiné le projet d'aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale publié sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.83 (ci-après désigné "le projet de document") et aimerait exprimer l'opinion suivante. Le projet de document a été élaboré sous la forme d'un guide législatif destiné à compléter la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997) (ci-après désignée "la Loi type"). Il contient des exemples pratiques d'affaires d'insolvabilité et des extraits d'autres réglementations, comme le Règlement n° 1346/2000 du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité (ci-après désigné "le Règlement 1346/2000"). Il donne une description assez détaillée des formes que peut revêtir, en matière d'insolvabilité, la coopération entre administrateurs, tribunaux, etc.

33. L'un des objectifs du projet de document est de faciliter l'adoption de la Loi type dans les États Membres. Le texte de cette dernière a été conçu de manière qu'on puisse le transposer directement dans la réglementation nationale ou en adopter uniquement les principes généraux. Le Règlement 1346/2000 s'applique sur le territoire de l'Union européenne, donc également en Lettonie, mais il ne régit pas les relations avec les pays tiers.

34. Lors de la trente-cinquième session du Groupe de travail V de la CNUDCI, la forme du projet de document a été largement débattue. Les États Membres ont unanimement insisté sur le fait que ce document ne devait pas remplacer la Loi type, que ce soit en totalité ou, dans certains cas, en partie; il remplit une fonction auxiliaire, qui est de décrire, sans indiquer de préférence, les types de coopération possibles.

35. Après l'avoir évalué, le Ministère de la justice est parvenu à la conclusion que le projet de document est relativement complet et donne de bons exemples pratiques. Il traite tous les créanciers de façon égale, prévoyant qu'un créancier qui a reçu des dividendes pour sa créance lors de la procédure d'insolvabilité peut prendre part à la répartition des actifs dans d'autres procédures, à moins que des créanciers de même rang ou catégorie dans ces autres procédures aient reçu des dividendes de même valeur. Le paragraphe 16 du projet de document fait référence aux articles 28 à 32 de la Loi type, l'article 32 portant sur les dépenses en cas de pluralité de procédures. Conformément à cet article, si un créancier a obtenu satisfaction partielle de sa créance dans une procédure d'insolvabilité ouverte dans

un État étranger, il ne pourra obtenir paiement pour sa créance dans la deuxième procédure que lorsque les autres créanciers de même rang auront reçu paiement pour les leurs. En la matière, le préambule du Règlement 1346/2000 dispose qu'aux fins de l'égalité de traitement des créanciers, il faut coordonner la répartition du produit de la réalisation. Chaque créancier devrait pouvoir effectivement conserver ce qu'il a obtenu dans une procédure d'insolvabilité et ne devrait pouvoir participer à la répartition de la masse effectuée dans une autre procédure que si les créanciers du même rang ont obtenu un dividende équivalent. Un créancier qui, après avoir engagé la procédure mentionnée au paragraphe 1 de l'article 3, reçoit, en vertu de tout instrument (y compris contraignant), satisfaction complète ou partielle de sa créance sur les actifs d'un débiteur situés dans un autre État Membre, doit remettre les dividendes reçus au liquidateur, conformément aux articles 5 et 7.

36. Le paragraphe 47 du projet de document prévoit que le contrat de coopération doit mentionner la langue de l'accord. Dans le même temps, il est fait remarquer que la pratique actuelle consiste à employer de préférence l'anglais pour rédiger les accords et mener les activités de coopération, ce qui n'interdit toutefois pas l'emploi d'une autre langue. Le problème de la langue peut se poser lorsqu'un débiteur est devenu insolvable dans un État alors que ses actifs sont situés dans plusieurs États ou lorsque ses créanciers sont dans un autre État que celui où la procédure d'insolvabilité a été ouverte. En ce cas, un État conclut avec les pays concernés un contrat (accord volontaire) qui pourra stipuler le lieu de la procédure principale, les différences juridictionnelles qui existent entre ces pays et d'autres points afin de garantir une procédure d'insolvabilité égale et juste pour tous les États participants.

37. Le paragraphe 181 du projet de document relatif aux frais de la procédure d'insolvabilité est conforme à la loi sur l'insolvabilité de la République de Lettonie, qui prévoit que ces frais sont à la charge du débiteur.

G. Norvège

38. Premièrement, nous tenons à exprimer au Secrétariat notre appréciation et notre gratitude pour le travail qu'il a accompli en ce qui concerne l'élaboration de rapports, de documents de travail et, en particulier, du projet d'aide-mémoire. Ce dernier a été porté à l'attention des praticiens de l'insolvabilité et le Ministère de la justice norvégien a reçu, à son sujet et sur les questions internationales en général, certains commentaires.

39. Deuxièmement, le droit norvégien ne contient pas, actuellement, de cadre juridique général qui régisse l'insolvabilité internationale de façon satisfaisante. L'important accroissement du commerce international et les limites atteintes par la loi norvégienne sur l'insolvabilité internationale dans certaines affaires font qu'il est nécessaire de développer le droit norvégien en la matière. La Norvège est partie à la Convention des pays nordiques relative à la faillite (1933). Il lui semble toutefois nécessaire de s'intéresser aux affaires internationales impliquant des États autres que les États nordiques et de développer sa législation en conséquence. Le Ministère de la justice travaille actuellement sur ces questions en tenant compte de la Loi type de la CNUDCI et du Règlement 1346/2000.

40. Compte tenu de ce qui vient d'être dit, il est difficile d'évaluer l'impact qu'ont actuellement les accords internationaux sur le droit de l'insolvabilité norvégien.

Dans le même temps, nous estimons que le projet d'aide-mémoire peut être d'une grande utilité puisqu'il aborde les différentes situations dont il faudra probablement tenir compte pour élaborer une loi norvégienne sur l'insolvabilité internationale. Les discussions et les exemples des chapitres II et III pourront se révéler utiles lors des travaux préparatoires.

41. Nous rappelons que pendant les réunions tenues à Vienne du 17 au 21 novembre 2008, le statut de l'aide-mémoire a fait, lors de sa finalisation, l'objet de débats. À notre avis, ce document devrait avant tout offrir, en donnant des exemples et en exposant différentes approches, une vue d'ensemble des relations et de la coopération qui peuvent s'instaurer entre les parties à une procédure d'insolvabilité internationale.

H. Singapour

42. Nous avons examiné le projet d'aide-mémoire et n'avons aucun commentaire à faire à ce stade. Nous consulterons toutefois en temps voulu d'autres organismes publics et les autorités judiciaires pour étudier de façon plus approfondie les différentes questions soulevées.

I. Suisse

43. Nous proposons d'ajouter l'affaire "Swissair" à celles citées dans l'annexe. Il s'agit de l'une des plus importantes affaires d'insolvabilité qu'ait connue la Suisse ces dernières décennies et elle a eu d'importantes répercussions à l'échelle internationale[1]. À notre connaissance, il s'agit de l'une des premières procédures à avoir appliqué, en Suisse, un accord international conclu entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité. Aussi suggérons-nous d'ajouter le libellé suivant à l'annexe du document A/CN.9/WG.V/WP.83:

> Swissair Schweizerische Luftverkehr AG (2001)
>
> "Note: Procédure d'insolvabilité engagée devant les tribunaux de district de Bülach (Swissair et autres membres de SAirGroup) et Zurich (SAirGroup).
>
> Une procédure d'insolvabilité a été ouverte en Suisse à l'encontre de plusieurs sociétés du Groupe Swissair. Afin de protéger les actifs des différentes sociétés étrangères, des procédures accessoires ont été ouvertes dans plusieurs pays (mesures conservatoires prononcées par un juge des États-Unis conformément à l'article 304 du titre 11 du Code des faillites; arrêt temporaire prononcé par un juge canadien conformément à l'article 18.6 de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies; procédures accessoires en France et en Israël; liquidation accessoire de la filiale anglaise de Swissair). Pour faciliter la coordination entre les dirigeants suisses et anglais, il a été convenu d'un protocole. Ce document traitait de la réalisation des actifs, du paiement des dettes, coûts et dépenses, des obligations d'information ainsi que de l'admission des créances et des décisions relatives à ces dernières. Il avait

[1] Voir le site du liquidateur: www.liquidator-swissair.ch.

pour but d'éviter les chevauchements d'activités, tout en protégeant les droits des créanciers et en respectant les droits de priorité."[2]

44. Nous suggérons en outre d'ajouter, dans le texte principal, les références suivantes à l'affaire Swissair:

- Dans la note 20: Dans l'affaire Swissair, il a fallu que le protocole soit confirmé par les tribunaux anglais, mais non par les tribunaux suisses;
- Dans la note 28: insérer Swissair;
- À la page 58, alinéa d), après "en répartissant les responsabilités entre les différentes parties intéressées", insérer une note faisant référence à Swissair;
- Dans la note 161, faire référence à Swissair;
- Dans la note 180, faire référence à Swissair.

45. Nous saisissons cette occasion pour féliciter les rédacteurs du document A/CN.9/WG.V/WP.83 pour l'excellente qualité de leur travail. Nous sommes convaincus que ce document sera extrêmement utile aux législateurs et aux praticiens du monde entier.

---

[2] La délégation suisse remercie Mme Brigitte Umbach, avocate chez Wenger Plattner Attorneys (Zurich), pour sa précieuse contribution aux présents commentaires.

A/CN.9/WG.V/WP.86/Add.2 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant le projet d'aide-mémoire sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-sixième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

II. Compilation des commentaires reçus des gouvernements 1-34

A. El Salvador 1-11

B. Espagne 12-30

C. Mexique 31-34

II. Compilation des commentaires reçus des gouvernements

A. El Salvador

La République d'El Salvador présente ci-après en détail les observations et propositions reçues de la Surintendance du système financier (Superintendencia del Sistema Financiero) à propos du projet d'aide-mémoire:

"Suite à son analyse, la Surintendance a formulé les observations suivantes:

1. Il convient de souligner que, si les concepts et procédures décrits dans le texte présentent un grand intérêt pour les opérations commerciales internationales, en ce qui concerne l'application juridique, le lien qui existe entre la Surintendance en qualité d'organe de contrôle et les entités soumises à ce contrôle est minime. En effet, les lois qui régissent les activités de ces entités prévoient des mécanismes de contrôle et, dans certains cas, de sortie ordonnée du marché qui reposent sur des procédures très spécialisées visant à réduire au minimum l'impact sur le public.

2. Il importe par ailleurs de mentionner que le pays s'attache actuellement à élaborer un avant-projet de loi sur le redressement des entreprises (*Anteproyecto de la Ley de Recuperación Empresarial*), qui vise trois objectifs clairs:

- Liquider les entreprises non viables en réintégrant dans l'économie productive les biens inutilisés;
- Redresser les entreprises en difficulté et sauver ainsi de nombreux emplois;
- Promouvoir l'offre de crédit.

Ce travail se poursuit activement, car sont compilées à l'heure actuelle des données d'expérience qui pourraient servir à l'élaboration de cette loi, aux fins d'une réglementation efficace de la question. Il convient donc que nombre des principes directeurs et concepts fondamentaux compilés servent autant que possible de référence à la rédaction de la loi interne envisagée.

3. Il est noté que l'Aide-mémoire vise à fournir aux praticiens et aux juges des conseils sur certains aspects de la coopération dans les affaires d'insolvabilité internationale (p. 6).

4. La Surintendance propose que les scénarios présentés dans les divers types d'insolvabilité soient clairement précisés.

5. La Surintendance souhaite également attirer l'attention sur la section 2 du glossaire, intitulée "Termes et définitions" (p. 8, al. h) de la version française et al. d) de la version espagnole). En effet, il convient selon elle d'avoir à l'esprit que le projet d'aide-mémoire emploie le terme "*crédito*" (créance) dans une acception – à savoir au sens de droit à paiement du créancier – qui diffère de celle qu'il a dans le domaine financier, où il désigne l'opération active de financement. Il est donc nécessaire de faire ressortir plus clairement cette différence sémantique.

6. En ce qui concerne les procédures d'insolvabilité, que ledit aide-mémoire vise à appuyer, il est bon de souligner que le droit commercial positif en vigueur dans le pays prévoit seulement le jugement universel de faillite (Juicio Universal de Quiebra) et la suspension des paiements (Suspensión de Pagos), procédures qui pour diverses raisons ne sont plus utilisées.

7. La Surintendance juge fondée l'affirmation, faite au début du chapitre A ("Cadre législatif de l'insolvabilité internationale") de la partie I ("Contexte général") (p. 11), selon laquelle l'augmentation du nombre d'affaires d'insolvabilité internationale n'a pas eu de répercussions sur le nombre de régimes juridiques adoptés pour traiter ces affaires.

8. Il faut que la relation juridique entre les accords internationaux, la Loi type et la législation interne soit absolument claire.

9. En ce qui concerne l'élaboration des accords internationaux, et plus particulièrement la langue qui sera utilisée pour leur rédaction, il convient de noter que les exemples de clauses figurant dans l'Aide-mémoire prévoient qu'un accord pourra être conclu en anglais et en français, autrement dit dans la langue des pays participants, mais que les communications ne se feront que dans l'une des deux langues. De l'avis de la Surintendance, une telle disposition est contraire au principe d'égalité et risque de porter préjudice à l'une des parties, à savoir celle qui n'a pas la possibilité de communiquer dans sa propre langue (p. 41).

10. Il est utile aussi de souligner que le projet d'aide-mémoire mentionne, dans certains passages, diverses présomptions (en employant les mots "est réputé") (p. 52), ce qui ne convient pas ici. En effet, ces présomptions peuvent avoir des conséquences juridiques préjudiciables aux droits et garanties procédurales dont la législation primaire des parties garantit le respect. En conséquence, il conviendrait de modifier la rédaction de ces passages pour les rendre plus explicites, autrement dit pour établir avec clarté et certitude les effets de tel ou tel acte au lieu de les présumer.

11. On constate dans l'Aide-mémoire une contradiction entre, d'une part, les modalités de communication prévues pour les parties en rapport avec l'insolvabilité, qui ne font pas l'objet de conditions ou de restrictions majeures (p. 77), et, d'autre part, la confidentialité reconnue expressément et attachée intrinsèquement aux informations qui se rapportent au débiteur, notamment les secrets d'affaires, les informations sur la recherche-développement ou les informations sur les clients (p. 81). Il conviendrait peut-être de revoir le texte proposé en ce qui concerne le droit de comparaître et d'être entendu (p. 53). Il conviendrait également de définir très précisément ce que signifient les termes "les autres parties intéressées" ("todo otro interesado" dans la version espagnole) et quelle autorité ou instance est chargée de déterminer qui a qualité pour comparaître et être entendu, afin de parvenir à l'harmonisation souhaitée."

B. Espagne

Projet de propositions et d'observations du Gouvernement espagnol sur le document A/CN.9/WG.V/WP.83 (WP.83) de la CNUDCI

1. Introduction

12. Le document A/CN.9/WG.V/WP.83 (WP.83) revêt une grande importance en ce qu'il expose la situation actuelle des accords internationaux en matière d'insolvabilité ayant des effets supranationaux.

13. Nul doute que ce document fera l'objet d'études et constituera, comme beaucoup d'autres documents de la CNUDCI, une référence déterminante, car il renferme plusieurs éléments intéressants: non seulement il donne un aperçu des accords internationaux utilisés dans la pratique, mais s'attache aussi à en étudier et comparer le contenu de manière structurée ainsi qu'à examiner le moment opportun pour leur conclusion, le tout étant illustré par des "exemples de clauses" et, complété, en annexe, par un résumé des 32 affaires qui ont servi à son élaboration.

14. Le Gouvernement espagnol souhaiterait ici seulement présenter une série de suggestions et d'observations sur la forme (les commentaires linguistiques propres à la version espagnole étant présentés séparément) et sur le fond. Il convient cependant, avant toute chose, de féliciter à nouveau le Secrétariat pour le travail réalisé.

2. Suggestions et observations

a) Suggestions et observations sur la forme

15. La note du Secrétariat qui présente le document WP.83 mentionne le lien entre ce dernier et l'article 27 c) de la Loi type (par. 1). Peut-être faudrait-il renvoyer plutôt à l'article 27 d). En effet, s'il est vrai que la coordination de l'administration des biens du débiteur à laquelle contribuent les protocoles permet d'améliorer dans une large mesure le rendement économique des procédures d'insolvabilité [ce qui évidemment nous amène à l'article 27 c)], ces accords internationaux présentent indéniablement un caractère judiciaire [si bien qu'il convient de se référer à l'article 27 d), comme le fait à juste titre la note verbale du Secrétaire général dans laquelle ce dernier sollicite des observations].

16. Le paragraphe 14 énumère les États qui ont adopté la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. L'Espagne ne figure pas sur cette liste, ni sur la page Web de la CNUDCI à laquelle renvoie la note de bas de page 6. Or, la loi 22/2003 du 9 juillet sur les procédures collectives (Concursal) déclare dans son exposé des motifs que "la nouvelle réglementation s'inspire également de la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur l'insolvabilité internationale, que l'Assemblée générale des Nations Unies a recommandée dans sa résolution 52/158, du 15 décembre 1997". Dans le corps même de la loi, on notera aussi, sans entrer toutefois dans le détail de toutes les règles relatives aux aspects supranationaux, que l'article 227 énonce des obligations de coopération semblables aux dispositions des articles 25, 26 et 27 de la Loi type; que l'article 226 concernant les mesures provisoires présente une similitude avec les articles 15-3 et 20 de la Loi type (entre autres); et que les articles 229 et 230, sur la règle de paiement, présentent un certain parallélisme avec l'article 32 de la Loi type. Il conviendrait en définitive de mentionner l'Espagne dans la liste des pays ayant incorporé la Loi type de la CNUDCI dans leur droit interne.

17. La numérotation des paragraphes redémarre à chaque partie désignée par un chiffre romain. Il est proposé d'utiliser une numérotation continue afin que le document soit perçu comme formant un tout, mais aussi pour montrer que chaque partie présente un intérêt et une utilité pour les autres parties.

18. Les exemples d'affaires auxquels il est fait référence aux points d) et j) du paragraphe 8 de la partie III.A auraient probablement davantage leur place dans une note de bas de page (dans laquelle on soulignerait leur caractère particulier ou rare). S'ils restent mentionnés dans le corps même du texte, il faudrait alors également citer des affaires pour illustrer les autres points.

19. Le point i) du paragraphe 8 de la partie III.A n'a probablement pas sa place ici. L'affirmation qu'il contient est certes vraie, mais semble sans rapport avec l'énumération des effets directs des accords internationaux. En d'autres termes, ce que mentionne ce point n'est pas la finalité d'un ou de plusieurs accords, mais une conséquence découlant de leur étude. En effet, si les accords internationaux peuvent servir de référence pour élaborer un cadre de principes généraux dans ce domaine, ce cadre ne résulte pas d'un accord, ni de plusieurs, mais d'une mûre réflexion à leur sujet. Ce serait peut-être là un motif pour regrouper, dans une section séparée, les exemples de clauses que contient le document.

20. Il faudra peut-être simplifier le titre de l'annexe car les affaires s'y trouvant résumées sont mentionnées non seulement dans la partie III.B mais aussi dans d'autres parties du WP.83.

b) Suggestions et observations linguistiques

21. Dans la version espagnole, la suppression de l'article défini "la" qui est employé, dans le titre du WP.83, devant les mots "*cooperación, comunicación y coordinación*" conférera peut-être au texte un caractère plus général. Le document serait alors intitulé "*Notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación transfronterizas en procedimientos de insolvencia*". S'agissant du titre toujours, il conviendrait probablement de modifier celui-ci pour qualifier d'internationales ("*transfronteriza*"), non pas la coopération, la communication et la

coordination, mais les procédures d'insolvabilité, si bien que le titre serait: "*Notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza*". Cette modification permettra d'aligner le titre sur le contenu du paragraphe 1 libellé comme suit; "*Las presentes Notas tienen por objeto dar orientación a los profesionales de la insolvencia y a los jueces sobre los aspectos prácticos de la cooperación y la comunicación en casos de* ***insolvencia transfronteriza***" (caractère gras ajouté).

22. Au paragraphe 15 de la partie III.A, la phrase qui suit l'appel de note 18 présente une incohérence. Elle est libellée comme suit: "*El acuerdo determinará, tanto en lo sustantivo como el procesal*". Or, en espagnol, elle devrait être rédigée comme suit: "*El acuerdo determinará, tanto en lo sustantivo como en lo procesal*". Toutefois, ce passage pourrait être formulé différemment.

23. Il est peut-être préférable d'employer, dans la version espagnole, l'expression "directrices Court-to-Court Guidelines", comme le fait notamment le paragraphe 51 de la partie III.B, et non l'expression "Directrices europeas" (comme dans le glossaire de l'Introduction, notamment). En tout état de cause, il faudrait utiliser une référence unique.

24. La remarque vaut pour les références au Concordat. Le paragraphe 76 de la partie III.B emploie les mots "*los principios del Cross-Border Insolvency Concordat* (*en adelante el Concordat*)", alors que d'autres expressions sont employées plus haut dans l'Aide-mémoire (supposément) pour désigner le même document: voir par exemple note de bas de page 41 (p. 44 de l'espagnol), note de bas de page 35 (p. 42 de l'espagnol), paragraphe 51 (part. III.B), et note de bas de page 21 (p. 31 de l'espagnol).

25. La première phrase du paragraphe 77 n'est pas très compréhensible et il est demandé que la traduction soit revue. Il est possible que, si le terme anglais "*local*" était traduit par "*nacional*" en espagnol, le texte s'en trouverait amélioré. Mais ce dernier nécessite peut-être d'autres modifications.

26. Il semble y avoir une erreur dans l'emploi des temps qui est fait en espagnol dans l'exemple de clause 10. La première phrase devrait être au futur, comme la deuxième, et non au conditionnel.

27. Dans le paragraphe 120, dernière phrase, il semble que le sujet, qui pourrait être le mot "*trato*" (traitement), fasse défaut dans la proposition subordonnée. Le texte devrait se lire non pas "*o pactarse que el otorgable a ciertos créditos será negociado ulteriormente en un protocolo que determine los plazos*", mais "*o pactarse que el trato otorgable a ciertos créditos será negociado ulteriormente en un protocolo que determine los plazos*".

c) Suggestions et observations sur le fond

28. Il faut insister sur le caractère pragmatique de l'ensemble du document: celui-ci est le fruit d'une multiplicité d'affaires (dont la première est l'affaire *Maxwell* en 1992) et de plusieurs accords généraux (concordats, protocoles, etc.) et accords ad hoc, certains revêtant un caractère universel et d'autres traitant de thèmes très précis. Cette idée n'est pas mentionnée au début du WP.83. Elle apparaît en revanche au paragraphe 5 de la note du Secrétariat qui précède le WP.83. Il importerait de développer quelque peu ce paragraphe 5 (afin de souligner le mode

d'élaboration de l'Aide-mémoire) et de l'insérer (éventuellement avec les paragraphes précédents qui traitent de l'historique et de la raison d'être du WP.83) au début du WP.83. Il serait peut-être utile à cette fin de déplacer le paragraphe 3 de la partie III.A pour l'insérer aussi à cet endroit.

29. Le début du paragraphe 122 semble contenir une affirmation très importante, dont la portée est considérablement réduite par l'exemple qui y est fourni. Ce passage pourrait être compris, par exemple, comme signifiant qu'une créance subordonnée peut avoir priorité et être placée dans une catégorie supérieure. Or, l'exemple montre clairement que l'accord vise à modifier, au sein de la catégorie des créances subordonnées mais sans sortir de cette catégorie, le rang de l'une d'entre elles. Cela semble possible (ce passage du WP.83 indique que cette possibilité se fonde sur le droit d'un autre pays où se déroule une procédure d'insolvabilité connexe), mais pas plus. Il convient donc de modifier le passage en question. Peut-être suffirait-il de remplacer la conjonction "*o*" et la préposition "*de*" par la préposition "*en*" et l'article "*la*". Le texte serait ainsi libellé: "*Los acuerdos pueden también dilucidar ciertas cuestiones de la prelación en la subordinación*" (Les accords peuvent également régler certaines questions concernant la priorité dans le cadre du déclassement) [dans la version anglaise, il s'agirait de remplacer la conjonction "*and*" par la préposition "*in*", qui serait probablement suivie de l'article défini, de sorte que le texte serait libellé comme suit: "Agreements may also address issues of priority in the subordination."]. Il ne convient certainement pas de mentionner les accords qui affectent la priorité dans d'autres catégories de créances, si aucun exemple n'est fourni à leur sujet.

30. Le point a) du paragraphe 178 va peut-être un peu loin, car tout indique que le consentement de tout nouveau tribunal est nécessaire, à plus forte raison lorsque celui-ci est situé dans un pays autre que celui des parties à l'accord existant.

C. Mexique

31. Au Mexique, la conclusion d'accords internationaux aux fins de la coopération et de la coordination dans les affaires d'insolvabilité internationale s'appuie principalement sur deux éléments.

32. D'une part, le texte du titre XII de la loi sur les procédures collectives commerciales (Ley de Concursos Mercantiles), qui incorpore la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, contient des dispositions fondamentales, qui sont les articles 304 et 305 libellés comme suit:

Chapitre IV

De la coopération avec les tribunaux et représentants étrangers

Article 304 – Collaboration avec les tribunaux étrangers. En ce qui concerne les questions visées à l'article 278 de la présente loi, le juge, l'inspecteur (visitador), le conciliateur ou le syndic coopère, dans l'exercice de ses fonctions et dans la mesure du possible, avec les tribunaux et représentants étrangers. Il est habilité, dans l'exercice de ses fonctions, à communiquer directement avec les tribunaux ou représentants étrangers, sans qu'aucune commission rogatoire ou autre formalité ne soit nécessaire.

> Article 305 – Moyens de collaboration internationale. La coopération visée à l'article 304 peut être assurée par tout moyen approprié, notamment:
>
> i) La nomination d'une personne ou d'un organe chargé d'agir suivant les instructions du juge, de l'inspecteur, du conciliateur ou du syndic;
>
> ii) La communication d'informations par tout moyen jugé approprié par le juge, l'inspecteur, le conciliateur ou le syndic;
>
> iii) La coordination de l'administration et de la surveillance des biens et des affaires du commerçant;
>
> iv) L'approbation ou l'application par les tribunaux des accords concernant la coordination des procédures, et
>
> v) La coordination des procédures concurrentes concernant le même commerçant.

33. D'autre part, l'article 1051 du Code de commerce pose le principe général du droit procédural commercial mexicain selon lequel la procédure privilégiée sera celle choisie d'un commun accord par les parties:

> Article 1051 – La procédure commerciale privilégiée est celle dont les parties conviennent librement, dans les limites prévues par le présent livre, cette procédure pouvant être une procédure conventionnelle devant les tribunaux ou une procédure arbitrale.
>
> Le caractère illégal de la convention ou, lorsque celle-ci est conforme à la loi, son non-respect peuvent être invoqués, à titre accessoire et sans que la procédure soit suspendue, à tout moment avant le prononcé de la décision judiciaire ou de la sentence arbitrale.
>
> La procédure conventionnelle devant les tribunaux est régie par les dispositions des articles (*sic*) 1059 et 1053, et la procédure arbitrale par les dispositions du titre IV du présent livre.

34. En outre, les créanciers qui engagent une action et sont parties à un jugement de procédure collective doivent s'entendre et accepter les dispositions des accords internationaux, ce qui est jugé difficile dans une procédure où participent un grand nombre de créanciers.

A/CN.9/WG.V/WP.86/Add.3 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant le projet d'aide-mémoire sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-sixième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

II. Compilation des commentaires reçus des gouvernements 1-33

Jordanie 1-33

II. Compilation des commentaires reçus des gouvernements

Jordanie

1. Conformément aux travaux menés par le comité national chargé d'élaborer un projet de cadre juridique pour l'insolvabilité, la faillite et la liquidation, on entend par insolvabilité, dans le contexte national, la restructuration de l'entreprise pour lui permettre de poursuivre ses activités après qu'elle aura surmonté ses difficultés. Conformément au cadre susmentionné, cette restructuration devrait être confiée au Service chargé du contrôle des sociétés et non aux tribunaux. C'est pourquoi, s'agissant de la Jordanie, nous tenons à signaler, à titre de commentaire, que les mesures de restructuration sont coordonnées par ledit Service (autre autorité compétente) et les tribunaux.

2. Considérant que la terminologie et son interprétation servent de référence sur le plan international, il conviendrait de les étoffer davantage pour éviter toute ambiguïté ou manque de précision à chacune des étapes du litige ou de la procédure.

3. Les procédures d'insolvabilité internationale devraient aussi viser les chefs d'entreprises (à savoir ceux qui possèdent une entreprise commerciale) pour autant que l'entreprise mène des travaux et activités analogues à ceux d'une société sous ses différentes formes.

4. Tout accord entre les représentants de l'insolvabilité doit tenir compte du rôle de l'autre autorité compétente.

5. Il conviendrait de conclure un accord préalable concernant les mécanismes de coordination, d'organisation et de communication entre les tribunaux des différents pays concernés.

6. Il faudrait s'entendre sur les moyens de communication juridiquement acceptables dans le pays concerné.

7. Afin de protéger les droits du débiteur et de laisser à la société la possibilité de poursuivre ses activités, le tribunal où l'autorité compétente doit, dans sa décision, veiller à limiter le plus possible l'ampleur de la liquidation des actifs entrant dans la masse de l'insolvabilité, et ce à des fins bien précises et sur la base de motifs d'ordre juridique et pratique.

8. La coordination de la procédure entre les tribunaux et d'autres autorités compétentes est également essentielle pour réduire le coût de la procédure d'insolvabilité.

9. Afin que l'autorité d'un pays ne soit pas soumise à une autre autorité dans un sens qui pourrait porter préjudice aux intérêts du débiteur, il faut procéder à un inventaire des actifs entrant dans la masse de l'insolvabilité dans le pays concerné avant que la procédure ne soit engagée.

10. Les intérêts des créanciers (du secteur public) doivent être pris en compte lors de l'inventaire des actifs entrant dans la masse de l'insolvabilité.

11. La coordination doit être assurée entre les représentants de l'insolvabilité dans l'ensemble des pays concernés et tous les créanciers, garantis et chirographaires, de même qu'entre les débiteurs, les tribunaux et/ou les autres autorités compétentes.

12. Lors de la conclusion d'accords d'insolvabilité principaux ou secondaires, il faudrait envisager la possibilité d'attribuer aux autorités judiciaires et autres autorités compétentes (pouvoirs publics) une fonction de supervision et de coordination.

13. La procédure applicable aux différentes étapes de l'insolvabilité doit se dérouler dans un délai spécifique fixé d'un commun accord, au terme duquel la restructuration ou la liquidation est décidée.

14. Outre la langue parlée localement ou employée par les tribunaux ou les autorités judiciaires, il conviendrait, avec l'accord des représentants de l'insolvabilité, d'adopter une langue officielle sur le plan international. Par exemple, si le tribunal compétent est en Jordanie, les langues adoptées seront l'arabe et l'anglais et s'il est en Turquie, les langues adoptées seront le turc et l'anglais, et ainsi de suite.

15. Les honoraires des organismes officiels, des représentants de l'insolvabilité et d'autres intervenants doivent être précisés à l'avance et figurer dans l'accord.

16. Il convient de fournir un appui technique et financier et de dispenser une formation aux tribunaux nationaux afin que les juges soient en mesure de traiter les affaires d'insolvabilité à l'échelle internationale, comme le prévoient l'Organisation des Nations Unies et d'autres organisations.

17. Dans tous les pays, les créanciers doivent bénéficier des actifs qui peuvent être distribués et avoir la possibilité de déclarer leurs créances dans un délai précis et d'obtenir que les informations correspondantes soient publiées par des voies juridiques.

18. La répartition des recettes dégagées d'une vente doit se faire conformément à l'accord passé entre les représentants de l'insolvabilité et non selon le principe du traitement similaire, et la répartition des recettes dégagées de la vente d'actifs doit se faire compte tenu de l'intérêt national en tant que principe universel.

19. L'une des principales fonctions du représentant de l'insolvabilité consiste à soumettre des rapports périodiques sur la procédure d'insolvabilité, conformément à l'accord.

20. Pour chaque procédure, des délais doivent être fixés par les autorités judiciaires ou les autres autorités concernées, à compter de la nomination des représentants de l'insolvabilité jusqu'à la restructuration, y compris en ce qui concerne l'ouverture de la procédure, sa suspension ou son abandon.

21. La loi applicable doit être celle convenue par les représentants de l'insolvabilité. Lorsqu'un tel accord est conclu, tous les créanciers doivent faire l'objet du traitement national.

22. Nous proposons de créer des points de contact pour la coordination lorsque la procédure d'insolvabilité internationale concerne plus de deux pays.

23. Les représentants de l'insolvabilité devraient accorder la plus grande importance aux plans de redressement.

24. Outre le fait d'attribuer aux créanciers le traitement national, l'accord entre les représentants de l'insolvabilité doit prévoir un rang de priorité des créances conforme au système juridique accepté par les représentants de l'insolvabilité en vertu de cet accord.

25. Nous estimons que la procédure d'insolvabilité ne devrait pas englober les succursales ou filiales dans d'autres pays si leurs activités se déroulent dans de bonnes conditions et qu'une protection devrait être accordée au débiteur dans ces sociétés (succursales ou filiales).

26. Le représentant de l'insolvabilité devrait garantir que la société n'assumera aucune nouvelle obligation et obtenir une approbation juridique à cette fin.

27. Les recherches menées sur les actifs par une partie intéressée doivent se faire par l'intermédiaire du tribunal ou d'une autre autorité compétente et le représentant de l'insolvabilité doit en être informé.

28. Les tribunaux doivent respecter les méthodes de travail établies pour la correspondance ou les communications avec d'autres tribunaux.

29. Les moyens de communication et les mécanismes de notification doivent être précisés dans l'accord conclu entre les représentants de l'insolvabilité.

30. Nous proposons d'établir, dans le cadre du projet d'aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale, des projets d'accord type entre les représentants de l'insolvabilité, des dispositions types concernant les notifications, les honoraires et toutes les autres dépenses, ainsi que d'autres modèles pertinents, afin qu'ils puissent être adoptés du point de vue tant de la forme que du fond à l'échelle internationale par les tribunaux et par d'autres autorités s'intéressant aux affaires d'insolvabilité internationale.

31. Sans préjudice de la procédure d'insolvabilité et des droits de toutes les parties, les intérêts d'une société doivent être protégés en toutes circonstances, y compris en ce qui concerne la confidentialité des informations, des données et de toutes les activités sensibles de ladite société qui ont une incidence sur ses droits et

sur son existence. Par ailleurs, il faut procéder à une évaluation équitable des droits de propriété intellectuelle et des licences et réaliser un inventaire des actifs. Le niveau de confidentialité doit être déterminé par le tribunal compétent. Nous tenons à préciser que la Jordanie a besoin de développer ses compétences techniques dans ce domaine.

32. L'accord initial doit être le fondement de tout accord secondaire conclu ultérieurement dans le même pays ou dans un autre, compte dûment tenu des différences d'ordre juridique entre pays.

33. Il faut clarifier la question de la compétence dont relèvent les sociétés situées dans des zones franches (en dehors des limites douanières du pays où se déroule la procédure d'insolvabilité).

G. Note du Secrétariat sur le traitement de la propriété intellectuelle dans le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-sixième session

(A/CN.9/WG.V/WP.87) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

A. Mention de la propriété intellectuelle dans les débats du Groupe de travail V . . . 5-17

B. Conséquences du rejet d'un contrat 18-20

C. Dispositions du Guide législatif concernant la décision de poursuivre un contrat et la protection de la valeur de l'actif grevé 21-27

1. À sa trente-cinquième session en novembre 2008, le Groupe de travail V a examiné plusieurs questions, que lui avait soumises le Groupe de travail VI, à propos de l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle. Il a exprimé son avis sur le premier groupe de questions (avis dont il est rendu compte dans le tableau figurant à la fin du document A/CN.9/667).

2. Pour ce qui est de la deuxième question (posée au paragraphe 133 du document A/CN.9/667), concernant le fait qu'un preneur de licence puisse, comme l'y autorisent certaines lois, continuer d'exécuter le contrat auquel il est partie bien que celui-ci ait été rejeté par le représentant de l'insolvabilité du donneur de la licence, le Groupe de travail est convenu qu'il n'était pas à même de l'examiner de façon satisfaisante sans une meilleure compréhension du contenu et de la portée des enjeux et du commentaire proposé par le Groupe de travail VI. Afin de faciliter ses délibérations, il a demandé au Secrétariat de préparer, pour qu'il l'examine à sa prochaine session, un document de travail présentant l'historique des débats sur le traitement des contrats qui ont eu lieu lors de l'élaboration du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité (ci-après le Guide)[1] et les recommandations qui ont été adoptées.

3. Le Groupe de travail est parvenu à la même conclusion pour la troisième question (posée aux paragraphes 137 et 138 du document A/CN.9/667), et a demandé au Secrétariat d'inclure dans le document de travail précité les éléments d'information et les commentaires du Guide qui seraient utiles pour l'examen de ces propositions.

4. La présente note du Secrétariat fournit les informations demandées.

[1] Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, numéro de vente: F.05.V.10, accessible à l'adresse http://www.uncitral.org.

A. Mention de la propriété intellectuelle dans les débats du Groupe de travail V

5. L'examen des débats du Groupe de travail montre que les délégations n'ont soulevé de questions se rapportant directement à la propriété intellectuelle qu'à deux occasions, dans le contexte du traitement des contrats après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Ces questions ont suscité peu de discussions. L'approche générale suivie par le Groupe de travail consistait à convenir de recommandations qui s'appliqueraient à l'ensemble des contrats et à ne prévoir que des exceptions limitées.

6. Les paragraphes qui suivent montrent l'étendue des débats consacrés à la propriété intellectuelle.

1. Recommandations

7. À sa vingt-sixième session en mai 2002, le Groupe de travail était saisi du projet de recommandation 54, présenté dans le document A/CN.9/WG.V/WP.61 et libellé comme suit:

> "La législation de l'insolvabilité pourrait prévoir des règles spéciales concernant le traitement des contrats de travail et des contrats [...]."

8. Le rapport de cette session (A/CN.9/511) indiquait ce qui suit:

> "56. Pour ce qui est de la recommandation 54, on a proposé qu'il soit expressément fait mention des opérations financières (traitées en détail dans la section F) ainsi que des contrats portant sur des droits de propriété intellectuelle, lorsqu'il était souhaitable que ce type de contrat puisse être poursuivi."

9. À l'issue de la session, le projet de recommandation 54 (devenu projet de recommandation 67) a été modifié pour inclure les contrats de travail, les contrats financiers et les contrats de propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.8).

10. Lors des débats de la vingt-septième session en décembre 2002, plusieurs délégations ont émis des doutes sur la nécessité de mentionner les contrats de propriété intellectuelle dans le projet de recommandation 67, tandis que de nombreuses délégations ont appuyé l'inclusion des contrats de travail.

11. Le paragraphe 155 du rapport de cette session (A/CN.9/529) résume les conclusions du Groupe de travail comme suit:

> "155. Certaines préoccupations ont été exprimées quant à l'objet de la recommandation 67 et aux contrats qu'il faudrait y inclure. Il a été généralement convenu que les contrats de travail devraient être visés compte tenu des régimes internationaux applicables. À l'issue d'un débat, le Groupe de travail est convenu de la nécessité d'une disposition générale portant sur le traitement spécial de certains types de contrats, avec l'addition de quelques exemples, tels que des contrats de travail."

12. À l'issue de la session, le projet de recommandation 67 a été modifié de manière à exclure expressément les contrats financiers du champ d'application de la recommandation sur les clauses de résiliation automatique et à mentionner en

termes plus généraux l'application de règles spéciales à certains types de contrats en cas d'insolvabilité, comme les contrats de travail.

13. Le texte ainsi modifié est devenu, dans le document A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part II), le projet de recommandation 57, qui a été approuvé et adopté par la Commission à sa trente-septième session en 2004 pour devenir la recommandation 71 dans la version publiée du Guide.

2. Commentaire

14. Les paragraphes 134 et 135 du chapitre II, dans la deuxième partie de la version publiée du Guide, suivent la méthode adoptée dans l'ensemble du Guide, qui consiste à examiner les différents traitements accordés par les lois sur l'insolvabilité à une question particulière, en l'occurrence le rejet d'un contrat. Les contrats de propriété intellectuelle ne sont pas mentionnés expressément et le Groupe de travail ne semble pas avoir proposé qu'une telle mention figure dans les paragraphes en question.

15. L'approche suggérée dans le Guide et examinée au paragraphe 113 du chapitre II de la deuxième partie consiste à énoncer des règles générales s'appliquant à toutes les catégories de contrats (qu'elles soient ou non explicitement mentionnées) puis des exceptions pour un nombre limité de contrats spéciaux. Sont cités les contrats de travail, les contrats financiers, les contrats pour services personnels ainsi que les contrats de prêt et d'assurance.

16. La propriété intellectuelle est expressément mentionnée:

a) Au paragraphe 115 du chapitre II de la deuxième partie, en tant que facteur justifiant le respect des clauses de résiliation automatique ou de déchéance du terme, du fait de la nécessité pour les créateurs de propriété intellectuelle de pouvoir contrôler l'utilisation de cette dernière ou en raison de l'effet sur les activités du cocontractant de la résiliation d'un contrat, en particulier d'un contrat qui concerne un bien incorporel;

b) Au paragraphe 116 du chapitre II de la deuxième partie, en tant que facteur justifiant l'annulation de telles clauses lorsque, dans un redressement par exemple, le contrat porte sur l'utilisation de droits de propriété intellectuelle associés à un produit clef et la continuation du contrat peut permettre d'accroître le potentiel de gains de l'entreprise, de tirer parti, au profit de tous les créanciers, de la valeur des contrats du débiteur et d'impliquer tous les créanciers dans le redressement;

c) Au paragraphe 143 du chapitre II de la deuxième partie, qui traite des deux catégories d'exceptions générales au pouvoir de continuer, de rejeter ou de céder des contrats prévues dans les lois sur l'insolvabilité. La première a trait à des types particuliers de contrats, plusieurs exemples étant cités – contrats financiers à court terme, contrats d'assurance et contrats de prêt. Le commentaire indique ensuite qu'il "peut aussi être indiqué de prévoir des exceptions au pouvoir de rejeter des contrats dans le cas [notamment] des accords dans lesquels le débiteur est bailleur ou franchiseur ou octroie une licence de propriété intellectuelle et dont la résiliation mettrait fin ou nuirait gravement aux activités du cocontractant, en particulier si les avantages en découlant pour le débiteur sont relativement minimes". Seuls deux types de contrats sont examinés plus en détail dans cette

section: les contrats de travail et les contrats de services personnels irremplaçables; et

d) Au paragraphe 146 du chapitre II de la deuxième partie, qui traite de la deuxième catégorie d'exceptions, celle concernant les contrats qui ne peuvent être poursuivis parce qu'ils stipulent la fourniture de services personnels irremplaçables. Sont cités notamment les contrats portant sur des droits de propriété intellectuelle particuliers.

17. Ces paragraphes de la version publiée du Guide reprennent le contenu des projets antérieurs et aucune explication ni aucun détail supplémentaires ne semblent y avoir été ajoutés après la vingt-cinquième session en décembre 2001.

B. Conséquences du rejet d'un contrat

1. Recommandations

18. La seule voie de droit ouverte en cas de rejet d'un contrat qui fait l'objet d'une recommandation dans le Guide est la demande de dommages-intérêts. La recommandation 82 dispose ce qui suit:

> "La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que tous dommages-intérêts dus pour rejet d'un contrat antérieur à l'ouverture de la procédure seraient déterminés conformément à la loi applicable et devraient être traités comme une créance ordinaire non garantie. Elle peut limiter les créances liées au rejet d'un contrat de longue durée."

2. Commentaire

19. Le paragraphe 134 du chapitre II de la deuxième partie du Guide note que, dans de nombreuses lois, le cocontractant est fondé à réclamer uniquement des dommages-intérêts en cas de rejet d'un contrat, même si d'autres moyens peuvent s'offrir à lui en dehors de l'insolvabilité. L'une des raisons en est que le fait d'autoriser d'autres voies de droit, comme la remise de marchandises fabriquées mais non livrées avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, reviendrait à permettre au cocontractant d'être entièrement désintéressé, solution dont ne pourraient bénéficier les autres créanciers chirographaires et qui constituerait une entorse au principe de l'égalité de traitement.

20. Le Groupe de travail ne semble pas avoir mentionné ou examiné la possibilité d'inclure d'autres voies de droit dans le commentaire.

C. Dispositions du Guide législatif concernant la décision de poursuivre un contrat et la protection de la valeur de l'actif grevé

21. Le Groupe de travail V a été prié d'examiner un troisième groupe de questions, soulevées aux paragraphes 135 à 138 du document A/CN.9/667, et d'exprimer ses vues à leur sujet. Ces paragraphes ont trait, d'une part, à la vente par le créancier garanti du droit de propriété intellectuelle grevé et à son désintéressement sur le produit de cette vente et, d'autre part, à la poursuite du contrat de licence pour mieux maximiser la valeur du droit de propriété

intellectuelle grevé, ce qui empêcherait la résiliation immédiate du contrat de licence et la vente qui s'ensuivrait.

22. On a mentionné que, dans certains États, le créancier garanti était autorisé à demander au représentant de l'insolvabilité ou au tribunal de l'insolvabilité, lorsque cela était nécessaire:

a) De fixer un délai juridiquement contraignant pour prendre la décision de continuer, ou non, l'exécution du contrat de licence; et

b) De programmer une audience spéciale devant le tribunal pour tenter une médiation entre le représentant de l'insolvabilité et le créancier garanti afin de renforcer la protection de l'obligation garantie.

23. Les paragraphes 108 à 146 du chapitre II de la deuxième partie du Guide examinent les différents aspects du rejet et de la poursuite des contrats ainsi que les avantages et les inconvénients des divers choix possibles.

24. S'agissant du paragraphe 22 a) ci-dessus, le Guide recommande que ce soit la loi sur l'insolvabilité, et non le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal, qui fixe ce délai dans un souci de sécurité et de transparence. La recommandation 74 prévoit ce qui suit:

> "La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier un délai, susceptible de prorogation par le tribunal, dans lequel le représentant de l'insolvabilité est tenu de prendre la décision de continuer ou de rejeter un contrat."

25. Ces questions sont examinées aux paragraphes 128 et 129 du chapitre II de la deuxième partie du Guide.

26. En ce qui concerne le paragraphe 22 b) ci-dessus, le Guide recommande que le créancier garanti ait droit à la protection de la valeur des actifs sur lesquels il détient une sûreté réelle. Il s'agirait là d'une question devant être réglée, non pas au moyen d'une médiation ou d'une négociation entre le représentant de l'insolvabilité et le créancier garanti, mais par le tribunal lui-même conformément aux dispositions de la loi sur l'insolvabilité. La recommandation 50 dispose ce qui suit:

> "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."

27. Ces questions sont examinées aux paragraphes 63 à 69 du chapitre II de la deuxième partie du Guide.

H. Note du Secrétariat sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité: proposition des États-Unis d'Amérique sur le financement postérieur à la demande d'ouverture, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-sixième session

(A/CN.9/WG.V/WP.88) [Original: anglais]

1. Dans le cadre des préparatifs de la trente-sixième session du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), le Gouvernement des États-Unis d'Amérique a présenté au Secrétariat la proposition ci-jointe sur le financement postérieur à la demande d'ouverture.

2. On trouvera en annexe la traduction de cette proposition telle qu'elle a été reçue par le Secrétariat.

Annexe

Il est proposé d'inclure le texte ci-après dans le commentaire relatif à la troisième partie, Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (le Guide législatif):

1. Lorsqu'une entreprise ou un groupe d'entreprises devient insolvable et dépose une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité, cette demande entraîne souvent un défaut d'exécution des contrats de prêt pertinents autorisant le prêteur de l'entreprise ou du groupe d'entreprises à cesser d'avancer des fonds en vertu des conventions de prêt en vigueur. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité ne prévoit pas l'ouverture automatique d'une procédure sur demande, plusieurs mois peuvent s'écouler entre le dépôt de la demande et le début de la procédure. En général, pendant cette période intérimaire, les tribunaux doivent procéder à une évaluation indépendante pour déterminer si la demande formulée par une entreprise ou un groupe d'entreprises est conforme aux critères légaux régissant l'ouverture d'une procédure. Dans l'intervalle, si l'entreprise ou le groupe d'entreprises doit poursuivre son activité, elle ou il doit être en mesure de continuer à réaliser ses opérations, à payer ses salariés, à payer ses fournisseurs et, d'une manière générale, à mener ses activités quotidiennes. Pour régler ces dépenses courantes, l'entreprise ou le groupe d'entreprises aura généralement besoin de nouveaux fonds pendant cette période transitoire.

2. L'existence ou l'absence de financement pendant cette période peut déterminer si le redressement de l'entreprise ou du groupe d'entreprises sera finalement une option viable ou s'il sera nécessaire de procéder à la liquidation. Si l'entreprise ou le groupe d'entreprises ne dispose pas des fonds voulus pour régler ces dépenses pendant la période transitoire, le redressement ne sera pas possible car l'entreprise ou le groupe d'entreprises ne pourra pas continuer à employer son personnel ou à maintenir la production des produits ou services existants et la liquidation sera très probablement nécessaire.

3. En revanche, si la loi sur l'insolvabilité comporte une disposition permettant un financement postérieur à la demande d'ouverture entre le

moment où est déposée la demande et le moment où s'ouvre la procédure, il sera alors possible de procéder au redressement de l'entreprise ou du groupe d'entreprises. Une telle disposition est souvent nécessaire pour donner des garanties à tout prêteur existant de l'entreprise ou du groupe d'entreprises afin qu'ils apportent un financement supplémentaire, ou à tout nouveau prêteur afin qu'il apporte d'autres ressources financières pendant cette période relativement brève entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure.

4. Bien que cette période puisse s'étendre sur quelques mois seulement, la source de financement du débiteur risque alors de se tarir car, comme il est mentionné plus haut, le dépôt d'une demande entraîne habituellement un défaut d'exécution en vertu des conventions de prêt en vigueur. Ainsi, en l'absence d'une autorisation judiciaire tendant à approuver un financement postérieur à la demande d'ouverture, certains débiteurs qui n'ont pas assez de liquidités pour surmonter leurs difficultés pendant cette période provisoire seront dans l'impossibilité de procéder au redressement avant même que l'action soit engagée.

5. Conformément à la recommandation 39 du Guide législatif, le tribunal peut prononcer des mesures provisoires pour préserver la valeur des actifs du débiteur avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité lorsque ces mesures sont nécessaires pour protéger les biens du débiteur et les intérêts des créanciers. Ces mesures pourraient prévoir l'octroi de ressources financières pour couvrir la période entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure.

6. L'autorisation consentie aux débiteurs d'obtenir un financement pendant la période intérimaire devrait donc être considérée comme relevant du champ d'application de la recommandation 39 du Guide législatif.

IV. SÛRETÉS

A. Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa quatorzième session (Vienne, 20-24 octobre 2008)

(A/CN.9/667) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction . . . 1-8

II. Organisation de la session . . . 9-14

III. Délibérations et décisions . . . 15

IV. Sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle . . . 16-140

A. Introduction . . . 16-28

1. Historique . . . 16

2. Relation entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle dans le Guide . . . 17-19

3. Terminologie . . . 20-22

4. Exemples de pratiques de financement garanti par la propriété intellectuelle . . . 23-24

5. Principaux objectifs et principes fondamentaux . . . 25-28

B. Champ d'application et autonomie des parties . . . 29-31

1. Champ d'application large . . . 29-30

2. Application du principe de l'autonomie des parties aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle . . . 31

C. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle . . . 32-54

1. Concepts de constitution et d'opposabilité . . . 32

2. Concept unitaire de sûreté réelle mobilière . . . 33

3. Conditions requises pour la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle . . . 34

4. Droits du constituant sur la propriété intellectuelle devant être grevée . . . 35

5. Distinction entre un créancier garanti et un titulaire de droits en ce qui concerne la propriété intellectuelle . . . 36-38

6. Types de droits sur la propriété intellectuelle pouvant faire l'objet d'une sûreté réelle mobilière . . . 39-48

7. Sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle future . . . 49-52

8. Limitations légales ou contractuelles à la transférabilité de la propriété intellectuelle . . . 53

9. Financement d'acquisitions et accords de licence 54
D. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle .. 55-63
1. Le concept d'opposabilité 55-57
2. Opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle qui sont inscriptibles sur un registre de la propriété intellectuelle 58-62
3. Opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle qui ne sont pas inscriptibles dans un registre de la propriété intellectuelle 63
E. Le système de registre 64-85
1. Le registre général des sûretés 64
2. Registres pour différents types de propriété intellectuelle 65
3. Coordination des registres 66
4. Enregistrement d'avis concernant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle future 67-69
5. Double inscription ou double recherche 70-72
6. Moment où l'inscription prend effet 73-74
7. Incidence du transfert de la propriété intellectuelle grevée sur l'efficacité de l'inscription 75-79
8. Enregistrement des sûretés réelles mobilières grevant des marques 80-85
F. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle 86-103
1. Le concept de priorité 86
2. Identification des réclamants concurrents 87
3. Importance de la connaissance de transferts ou de sûretés antérieurs 88
4. Priorité d'une sûreté réelle mobilière inscrite sur un registre de la propriété intellectuelle 89
5. Priorité d'une sûreté réelle mobilière non inscriptible sur un registre de la propriété intellectuelle 90
6. Droits des personnes auxquelles est transférée la propriété intellectuelle grevée 91
7. Droits des preneurs de licence en général 92-96
8. Droits des preneurs de licences non exclusives dans le cours normal des affaires 97-100
9. Priorité d'une sûreté réelle mobilière octroyée par un donneur de licence sur une sûreté réelle mobilière octroyée par un preneur de licence 101
10. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle sur le droit d'un créancier judiciaire 102
11. Cession de rang 103

G. Droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté relative à la propriété intellectuelle 104

1. Application du principe de l'autonomie des parties 104

2. Droit du créancier garanti de poursuivre les auteurs d'atteintes ou de renouveler les inscriptions 105-108

H. Droits et obligations des tiers débiteurs dans les opérations de financement garanti par la propriété intellectuelle 109

I. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle . . . 110-123

1. Recoupements entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle 110-112

2. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant différents types de propriété intellectuelle 113

3. Prise de "possession" de la propriété intellectuelle grevée 114-116

4. Disposition de la propriété intellectuelle grevée 117

5. Droits acquis par disposition de la propriété intellectuelle grevée 118

6. Proposition du créancier garanti de se faire attribuer la propriété intellectuelle grevée 119

7. Recouvrement de redevances et droits de licence 120

8. Autres droits contractuels du donneur de licence 121

9. Réalisation de sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels auxquels se rattache la propriété intellectuelle 122

10. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur les droits d'un preneur de licence 123

J. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle . . 124-128

1. Loi applicable aux aspects réels 124-127

2. Loi applicable aux questions contractuelles 128

K. Incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle 129-140

V. Travaux futurs 141-143

Annexe

Effets d'une procédure d'insolvabilité sur les droits du créancier garanti dans quatre scénarios différents

I. Introduction

1. À sa quatorzième session (Vienne, 20-24 octobre 2008), le Groupe de travail VI (Sûretés) a poursuivi l'élaboration d'une annexe au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties[1] spécialement consacrée aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle, conformément à une décision prise par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international à sa quarantième session, en 2007[2]. Cette décision avait été motivée par la nécessité de compléter les travaux sur le Guide en donnant des orientations précises aux États quant à la coordination appropriée entre le droit des opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle[3].

2. À sa trente-neuvième session, en 2006, la Commission a examiné les travaux qui pourraient être entrepris dans le domaine du droit des sûretés. Il a été noté que les droits de propriété intellectuelle (par exemple droits d'auteur, brevets et marques) devenaient une source de crédit extrêmement importante et ne devraient pas être exclus d'un droit des opérations garanties moderne. Il a également été noté que les recommandations du projet de guide s'appliquaient, en règle générale, aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle dans la mesure où elles n'étaient pas incompatibles avec le droit de la propriété intellectuelle. Il a été noté en outre que, les aspects spécifiques du droit de la propriété intellectuelle n'ayant pas été pris en compte pour l'élaboration des recommandations, les États adoptants devraient envisager d'apporter les modifications nécessaires aux recommandations pour traiter ces aspects[4].

3. Afin de donner davantage d'orientations aux États, il a été proposé que le Secrétariat prépare, en collaboration avec les organisations internationales spécialisées dans le droit des sûretés et le droit de la propriété intellectuelle, et en particulier l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), une note, que la Commission examinerait à sa quarantième session, en 2007, sur la portée éventuelle des travaux qu'elle pourrait entreprendre afin de compléter le Guide. Il a été proposé en outre que, pour recueillir les avis des spécialistes et les suggestions des secteurs concernés, le Secrétariat organise des réunions de groupes d'experts et des colloques si nécessaire[5]. À l'issue du débat, la Commission a prié le Secrétariat d'établir, en coopération avec les organisations concernées et en particulier l'OMPI, une note examinant le contenu des travaux qu'elle pourrait entreprendre dans l'avenir sur le financement garanti par la propriété intellectuelle. Elle a également prié le Secrétariat d'organiser un colloque sur cette forme de financement en veillant dans toute la mesure possible à ce que les organisations internationales concernées et des experts des différentes régions du monde y participent[6].

4. Conformément à ces demandes, le Secrétariat a organisé, en coopération avec l'OMPI, un colloque sur les sûretés réelles mobilières grevant des droits de propriété intellectuelle (Vienne, 18 et 19 janvier 2007) auquel ont participé des experts du droit des sûretés et du droit de la propriété intellectuelle, ainsi que des

---

[1] À paraître comme publication des Nations Unies destinée à la vente.

[2] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 162.

[3] Ibid., par. 157.

[4] Ibid., *soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 81 et 82.

[5] Ibid., par. 83.

[6] Ibid., par. 86.

représentants de gouvernements et d'organisations gouvernementales et non gouvernementales nationales et internationales. Plusieurs propositions ont été faites à ce colloque quant aux modifications qui devraient être apportées au projet de guide pour traiter des questions propres au financement garanti par la propriété intellectuelle[7].

5. À la première partie de sa quarantième session (Vienne, 25 juin-12 juillet 2007), la Commission a examiné une note du Secrétariat intitulée "Travaux futurs possibles sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle" (A/CN.9/632), qui tenait compte des conclusions du colloque sur les sûretés réelles mobilières grevant des droits de propriété intellectuelle. Afin de donner des orientations suffisantes aux États sur les modifications qu'ils devraient éventuellement apporter à leur droit pour éviter des incohérences entre le droit des sûretés et le droit de la propriété intellectuelle, elle a décidé de charger le Groupe de travail VI d'établir une annexe au projet de guide consacrée aux sûretés réelles mobilières sur les droits de propriété intellectuelle[8].

6. À la deuxième partie de sa quarantième session (Vienne, 10-14 décembre 2007), la Commission a finalisé et adopté le Guide, étant entendu qu'une annexe consacrée spécialement aux sûretés réelles mobilières sur les droits de propriété intellectuelle serait élaborée par la suite[9].

7. À sa treizième session (New York, 19-23 mai 2008), le Groupe de travail a examiné une note du Secrétariat intitulée "Sûretés réelles mobilières grevant des droits de propriété intellectuelle" (A/CN.9/WG.VI/WP.33 et Add.1). À cette session, il a prié le Secrétariat de préparer un projet d'annexe au Guide relatif aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle en tenant compte de ses délibérations et décisions (voir A/CN.9/649, par. 13). N'étant pas parvenu à un accord sur le point de savoir si certaines questions relatives à l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté grevant la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/649, par. 98 à 102) étaient suffisamment liées au droit des opérations garanties pour justifier leur traitement dans l'annexe du Guide, il a décidé d'y revenir à une prochaine réunion et de recommander que le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) soit prié d'examiner ces questions (voir A/CN.9/649, par. 103).

8. À sa quarante et unième session (New York, 16 juin-3 juillet 2008), la Commission a noté avec satisfaction que le Groupe de travail VI avait bien avancé. Elle a noté également la décision du Groupe de travail concernant certaines questions relatives à l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle, et a décidé que le Groupe de travail V serait informé et invité à faire part de son opinion préliminaire à sa prochaine session. Il a aussi été décidé que, dans l'éventualité où des questions en suspens devraient être examinées conjointement par les deux groupes de travail après cette session, le Secrétariat pourrait organiser une discussion conjointe sur l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle lorsque les deux groupes se réuniraient début 2009[10].

---

[7] Voir http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/colloquia/2secint.html.

[8] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 156, 157 et 162.

[9] Ibid., Part II, par. 99 et 100.

[10] Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 326.

II. Organisation de la session

9. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quatorzième session à Vienne du 20 au 24 octobre 2008. Ont assisté à cette session des représentants des États membres ci-après: Algérie, Allemagne, Australie, Autriche, Bolivie, Bulgarie, Canada, Chine, Colombie, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Grèce, Guatemala, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Liban, Malaisie, Mexique, Nigéria, Norvège, Ouganda, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal, Suisse, Thaïlande et Venezuela (République bolivarienne du).

10. Ont également participé à la session des observateurs des États suivants: Angola, Arabie saoudite, Argentine, Belgique, Burundi, Côte d'Ivoire, Croatie, Indonésie, Jordanie, Mali, Pérou, Philippines, Qatar, République démocratique du Congo, République dominicaine, Slovaquie, Slovénie, Tunisie, Turquie et Zambie.

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

a) *Système des Nations Unies*: Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI);

b) *Organisations intergouvernementales*: Ligue des États arabes;

c) *Organisations internationales non gouvernementales invitées par le Groupe de travail*: American Bar Association, Association des propriétaires européens de marques de commerce (MARQUES), Association des télévisions commerciales européennes, Association européenne des juristes d'entreprise, Association internationale des marques, Association internationale du barreau, Center for International Legal Studies, Commercial Finance Association, Fédération internationale de l'industrie phonographique, Forum for International Conciliation and Arbitration et Independent Film & Television Alliance et International Swaps and Derivatives Association.

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

Présidente: Mme Kathryn Sabo (Canada)

Rapporteuse: Mme Jitka Václavícková (République tchèque)

13. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après:

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.VI/WP.34);

b) Annexe au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties traitant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle: note du Secrétariat (A/CN.9/WG.VI/WP.35 et Add.1).

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

1. Ouverture et déroulement de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle.

5. Questions diverses.

6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

15. Le Groupe de travail a examiné le projet d'annexe au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties traitant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.35 et Add.1). Il est rendu compte au chapitre IV ci-après de ses délibérations et décisions; les sections A à C font référence au document A/CN.9/WG.VI/WP.35, et les sections D à K au document A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1. Le Secrétariat a été prié de préparer un projet révisé d'annexe en tenant compte de ces délibérations et décisions.

IV. Sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle

A. Introduction

1. Historique

16. De l'avis général, le texte concernant l'historique du projet convenait et devrait être inclus dans l'annexe au Guide traitant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle.

2. Relation entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle dans le Guide

17. Le Groupe de travail a salué la subtilité avec laquelle le projet d'annexe traitait de la relation entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle. Il a en outre pris note avec satisfaction de la collaboration de l'OMPI, qui avait permis de tenir compte des intérêts de ses États membres dans le projet. Il a aussi été noté que l'OMPI prévoyait d'organiser une réunion d'information pour sensibiliser ses États membres à l'importance du financement garanti par la propriété intellectuelle et leur faire connaître les travaux menés dans ce domaine par la CNUDCI, et d'envoyer un questionnaire à ses États membres pour recueillir des informations sur leur droit en matière de financement garanti par la propriété intellectuelle et en rendre compte au Groupe de travail.

18. Bien que les principes posés dans l'analyse de la relation entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle dans le Guide aient rencontré l'agrément du Groupe de travail, un certain nombre de commentaires et de suggestions ont été faits concernant la formulation exacte, notamment:

a) Au paragraphe 8, il conviendrait, dans la deuxième phrase, de faire référence au texte exact de la recommandation 4, alinéa b) du Guide et, dans la dernière phrase, de séparer la référence au droit national de la référence aux accords internationaux puisque la signification exacte du terme "propriété intellectuelle" dépendait tant du droit national que des traités internationaux, et que ces derniers ne pouvaient être interprétés de façon différente par chaque État contractant;

b) Au paragraphe 9, il conviendrait d'indiquer plus clairement qu'il pourrait être nécessaire de revoir le droit de la propriété intellectuelle lorsque le traitement

qu'il réservait aux questions relatives aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle différait de celui prévu par la loi sur les opérations garanties et de mentionner, dans la dernière phrase, la nécessité d'assurer la compatibilité, et non la cohérence, entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle.

19. Sous réserve des modifications mentionnées ci-dessus, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant de la relation dans le Guide entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle.

3. Terminologie

20. Bien qu'il ait été convenu que certains termes devaient être expliqués dans le commentaire du projet d'annexe, plusieurs observations et suggestions ont été faites concernant la formulation exacte de ce commentaire, notamment:

a) Dans le paragraphe 13, le terme "droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle" pourrait être défini à peu près comme suit:

> "Le terme 'droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle' est employé dans la présente annexe pour désigner toute loi, tout règlement ou toute règle de droit non législatif qui régit un aspect quelconque du régime de la propriété intellectuelle d'un État, notamment, mais non exclusivement, les lois et règlements régissant la création, l'enregistrement, le maintien, le renouvellement, la cession, la vente, le transfert ou la mise sous licence de droits de propriété intellectuelle, ainsi que l'ensemble des lois et règlements régissant la constitution et l'inscription des sûretés réelles mobilières, des privilèges, des hypothèques ou d'autres mécanismes de garantie portant sur des droits de propriété intellectuelle";

b) Dans le paragraphe 15, la deuxième phrase devrait être révisée pour indiquer qu'une licence créait un droit réel, l'exemple devrait être clarifié pour se référer au fait que, dans certains systèmes juridiques, le preneur d'une licence exclusive était traité comme le titulaire des droits et la dernière phrase devrait employer le terme "sûreté réelle mobilière" dans le sens qui lui était donné dans le Guide;

c) Dans le paragraphe 18, il faudrait faire référence aux différents types de biens qui pourraient être grevés (c'est-à-dire les droits du titulaire de la propriété intellectuelle, du donneur de licence qui n'était pas titulaire de la propriété intellectuelle et du preneur de licence);

d) Dans le paragraphe 19, il conviendrait de faire référence au terme "réclamant concurrent" tel qu'il était employé dans le Guide et la référence aux auteurs d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle devrait être précisée puisque seuls les auteurs "présumés" affirmeraient avoir un droit valable et étaient donc des réclamants concurrents véritables;

e) Dans le paragraphe 20, il faudrait préciser que le Guide prévoyait qu'un créancier garanti acquérait une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé mais sans en devenir propriétaire, principalement par souci de protection des droits du constituant/propriétaire, et que ce traitement était sans incidence sur les droits d'un créancier garanti aux fins du droit de la propriété intellectuelle.

21. À l'appui du terme proposé "droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle", il a été déclaré qu'il serait utile pour le lecteur de résumer la signification de ce terme, qui revêtait un caractère essentiel pour comprendre la relation dans le Guide entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle. Toutefois, a-t-on aussi fait remarquer, le Guide précisait déjà que le terme "droit" désignait tant le droit législatif que le droit non législatif et que le terme "droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle" désignait un ensemble de règles plus large que le droit de la propriété intellectuelle à proprement parler mais plus restreint que le droit général des contrats ou des biens. On a observé que la recommandation 4, alinéa b) du Guide, accompagnée d'un commentaire détaillé, devrait être suffisante, en plus d'une analyse du droit de la propriété intellectuelle non affecté par le Guide, du droit général des biens affecté par le Guide et des règles de droit portant spécifiquement sur la propriété intellectuelle auxquelles la recommandation en question donnait la préférence. De plus, on a signalé que, tel qu'actuellement employé, le terme avait une acception trop large et risquait involontairement d'englober le droit général des contrats et des biens. Selon un point de vue largement partagé, le principe de préséance du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle ne s'appliquerait que lorsque ce droit traitait des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de limiter l'acception du terme aux règles de droit régissant spécifiquement la propriété intellectuelle et les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle.

22. Le concept de "réclamant concurrent" étant analysé dans le chapitre sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, le Groupe de travail a reporté à un stade ultérieur de la session sa décision concernant la proposition du paragraphe 20 d) relative à la référence aux auteurs d'atteintes à la propriété intellectuelle. Sous réserve des autres modifications mentionnées plus haut, il a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant de la terminologie.

4. Exemples de pratiques de financement garanti par la propriété intellectuelle

23. D'une manière générale, les exemples de pratiques de financement garanti par la propriété intellectuelle mentionnés dans le projet d'annexe ont été jugés utiles. Plusieurs commentaires et suggestions ont cependant été faits, à savoir:

a) Au paragraphe 22, il faudrait insérer la dernière phrase du paragraphe 39 a) en se référant également au droit applicable;

b) Au paragraphe 23, les différents types de bien grevé (droits du titulaire de la propriété intellectuelle, droits du donneur de licence non titulaire de la propriété intellectuelle et droits du preneur de licence) devraient être précisés et examinés dans les exemples cités;

c) Il faudrait supprimer le paragraphe 25 et, conformément à la terminologie employée dans le Guide, parler d'une sûreté réelle mobilière grevant tous les biens d'une entreprise, et non d'un nantissement global d'entreprise. Par ailleurs, ce type d'opération ne devrait pas être présenté comme une troisième catégorie, car elle concernait simplement des sûretés sur des biens meubles corporels et incorporels et correspondait de ce fait à des pratiques énumérées dans les première ou deuxième catégories examinées respectivement aux paragraphes 23 et 24;

d) Il faudrait modifier l'exemple donné au paragraphe 27 afin de préciser qu'il s'agissait de savoir si une personne pouvait consentir une sûreté réelle mobilière sur des droits découlant d'un accord de licence dans le cours de ses affaires et si la sûreté s'étendait de ce fait aux redevances dues au titre de cet accord;

e) Il faudrait parler au paragraphe 38 d'un "créancier garanti" ou d'un "prêteur potentiel ou autre fournisseur de crédit" au lieu d'employer le terme plus restrictif "prêteur potentiel";

f) Au paragraphe 39 a), il faudrait insérer la dernière phrase au paragraphe 22 modifié comme indiqué à l'alinéa a) ci-dessus, et la question de l'insolvabilité au paragraphe 39 b) et c) devrait être examinée de façon un peu plus détaillée pour envisager quatre et non deux scénarios (voir par. 129 ci-dessous);

g) Il faudrait réviser le paragraphe 40 pour y préciser qu'une sûreté réelle mobilière grevant la totalité des biens d'un constituant était utile, malgré les limites prévues par le droit de la propriété intellectuelle, étant donné qu'une telle sûreté pourrait s'étendre au produit d'un droit de propriété intellectuelle initialement grevé et qu'en tout état de cause elle pourrait être opposable au représentant de l'insolvabilité en cas d'insolvabilité du constituant;

h) Il faudrait réviser le paragraphe 41 pour préciser qu'une évaluation exacte de la propriété intellectuelle grevée ne permettait pas nécessairement de maximiser la valeur du crédit et que, comme pour tout autre type de bien grevé, le créancier garanti ferait normalement preuve de diligence raisonnable pour déterminer la valeur de la propriété intellectuelle grevée.

24. La proposition de suppression du paragraphe 25 a suscité des objections. Selon un avis largement partagé, ce paragraphe rendait compte d'une pratique différente et devrait être conservé. Il a également été convenu que les exemples de la première catégorie devaient être répartis dans différentes sous-catégories en fonction du type de bien grevé dans chaque cas. Sous réserve des autres modifications mentionnées ci-dessus, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant des exemples de pratiques de financement garanti par la propriété intellectuelle.

5. Principaux objectifs et principes fondamentaux

25. S'agissant de la section du projet d'annexe traitant des principaux objectifs et principes fondamentaux, plusieurs commentaires et propositions ont été formulés, à savoir:

a) Au paragraphe 43, il faudrait indiquer que l'objectif général du Guide ne devrait pas aller à l'encontre des objectifs du droit de la propriété intellectuelle et non dire qu'il devrait contribuer à leur réalisation;

b) Au paragraphe 44, il faudrait insister davantage, dans la dernière phrase, sur le fait que le Guide ne devrait pas compromettre les objectifs du droit de la propriété intellectuelle;

c) Au paragraphe 45, il faudrait supprimer la première phrase car le Guide n'abordait pas les questions ayant trait à la diminution de la valeur ou à l'abandon des droits de propriété intellectuelle par le titulaire des droits ou le créancier garanti

et, dans la dernière phrase, parler des licences en général et non des “licences personnelles”.

26. Plus précisément, il a été proposé de modifier le paragraphe 45 à peu près comme suit:

> “De même, cet objectif principal de promotion du crédit garanti, qui ne compromet pas les objectifs du droit de la propriété intellectuelle, signifie que ni l’existence du régime de crédit garanti ni la constitution d’une sûreté sur la propriété intellectuelle ne devraient diminuer la valeur de la propriété intellectuelle. Aussi est-il, par exemple, important de noter que la constitution d’une sûreté sur la propriété intellectuelle ne devrait pas être interprétée à tort comme constituant un abandon involontaire de la propriété intellectuelle (ainsi, le défaut d’exploitation sérieuse d’une marque, le fait de ne pas l’utiliser sur tous les biens ou services, ou l’absence de contrôle de la qualité adéquat peut se traduire par une perte de la valeur voire un abandon de la propriété intellectuelle) par le titulaire des droits ou le créancier garanti. De plus, dans le cas de biens ou de services associés à des marques, la loi sur les opérations garanties devrait éviter toute confusion chez les consommateurs quant à l’origine des biens ou des services (par exemple, lorsqu’un créancier garanti remplace le nom et l’adresse du fabricant sur les biens pour y indiquer son nom et son adresse ou lorsqu’il conserve la marque et vend les biens dans un pays où la marque appartient à une autre personne). Enfin, la loi sur les opérations garanties ne devrait pas permettre que la constitution supposée d’une sûreté sur les droits d’un preneur de licence qui, en droit de la propriété intellectuelle, ne sont pas transférables sans le consentement du donneur de licence emporte transfert desdits droits sans l’accord du titulaire des droits.”

27. Il a été dit que les modifications proposées étaient destinées à clarifier un objectif important, à savoir empêcher que l’existence d’un régime de crédit garanti ne porte préjudice aux droits sur la propriété intellectuelle, et à souligner que les recommandations du Guide n’entraîneraient pas un tel préjudice. Il a été proposé de supprimer la référence au créancier garanti dans la deuxième phrase car seul le titulaire pouvait abandonner un droit de propriété intellectuelle. En outre, il a été proposé de parler, dans la dernière phrase, de droit de la propriété intellectuelle “applicable”. À cet égard, on a proposé de remanier la première phrase du paragraphe 44, pour ne pas donner l’impression que le droit de la propriété intellectuelle avait pour unique but d’encourager l’innovation.

28. Sous réserve des autres modifications mentionnées ci-dessus, le Groupe de travail a approuvé quant au fond cette section du projet d’annexe.

B. Champ d’application et autonomie des parties

1. Champ d’application large

29. S’agissant de la section du projet d’annexe traitant du champ d’application large, plusieurs commentaires et suggestions ont été formulés, à savoir:

a) Il faudrait réviser le paragraphe 47 pour y indiquer que, dans certains cas (selon les règles applicables), il serait possible de créer une sûreté, y compris sur un bien non transférable, même si celle-ci ne pourrait être réalisée;

b) Il faudrait modifier le paragraphe 50 pour y préciser que le régime général des sûretés réelles mobilières rendrait inutiles les cessions fictives et insérer une recommandation indiquant que, sauf disposition contraire du droit de la propriété intellectuelle, un créancier garanti pourrait convenir de la personne qui serait autorisée à prendre les mesures nécessaires pour protéger le droit de propriété intellectuelle grevé;

c) Il faudrait modifier le paragraphe 51 pour y indiquer que les États adoptant la loi recommandée dans le Guide souhaiteraient peut-être revoir leur législation sur la propriété intellectuelle afin de remplacer tous les mécanismes permettant de constituer une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle (y compris les cessions fictives) par une sûreté réelle mobilière générale;

d) Au paragraphe 54, il faudrait insister davantage sur le fait que la liste des questions figurant après ce paragraphe n'était pas exhaustive;

e) Au paragraphe 54, il faudrait modifier à peu près comme suit la liste des questions concernant le droit d'auteur:

"i) Détermination de la personne ayant qualité d'auteur ou de coauteur;

ii) Durée de la protection du droit d'auteur;

iii) Droit patrimonial conféré par le droit ainsi que limites et exceptions à la protection;

iv) Nature de l'objet protégé (expression matérialisée par l'œuvre, et non idée sous-jacente, et distinction entre les deux);

v) Transférabilité du droit patrimonial, possibilité de mettre fin à un transfert et à une licence et autres dispositions régissant les transferts ou licences de droits;

vi) Portée et transférabilité du droit moral;

vii) Présomptions concernant l'exercice et le transfert des droits et limites concernant la personne autorisée à exercer ces droits;

viii) Attribution de la propriété originelle en cas d'œuvre sur commande et d'œuvre créée par un salarié dans le cadre de son emploi;"

f) Il faudrait revoir la référence à la protection des marques selon la règle du premier utilisateur de la marque ou de la première personne ayant inscrit la marque;

g) Il faudrait modifier le paragraphe 63 pour indiquer que la propriété de la propriété intellectuelle relevait du droit de la propriété intellectuelle, que la nature juridique d'un transfert à titre de garantie en tant que mécanisme de sûreté relevait du droit général des biens et de la loi sur les opérations garanties et que la nature juridique d'une licence relevait du droit de la propriété intellectuelle et du droit des contrats;

h) Il faudrait réviser le paragraphe 64 afin de préciser que les règles de réalisation prévues dans la loi sur les opérations garanties ne s'appliqueraient pas dans la mesure où elles étaient incompatibles avec les règles de réalisation des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle prévues dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

30. La proposition mentionnée au paragraphe 29 a) ci-dessus a suscité des objections. Selon un avis largement partagé, un bien non transférable ne pouvait être grevé. La proposition d'insérer une recommandation tendant à préciser qui serait habilité à prendre les mesures nécessaires pour protéger le droit de propriété intellectuelle grevé si le droit de la propriété intellectuelle ne traitait pas cette question a elle aussi suscité des objections. De l'avis général, cette question relevait du droit de la propriété intellectuelle. Sous réserve des autres modifications mentionnées plus haut, le Groupe de travail a approuvé quant au fond cette section du projet d'annexe.

2. Application du principe de l'autonomie des parties aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle

31. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe concernant l'application du principe de l'autonomie des parties aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle.

C. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle

1. Concepts de constitution et d'opposabilité

32. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant des concepts de constitution et d'opposabilité.

2. Concept unitaire de sûreté réelle mobilière

33. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant du concept unitaire de sûreté réelle mobilière.

3. Conditions requises pour la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle

34. S'agissant du paragraphe 73, il a été proposé qu'il y soit fait mention de l'inscription d'une sûreté réelle mobilière dans un registre de la propriété intellectuelle et que la dernière phrase soit supprimée, car elle traitait de l'opposabilité et non des questions de constitution. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant des conditions requises pour la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle.

4. Droits du constituant sur la propriété intellectuelle devant être grevée

35. S'agissant du paragraphe 75, il a été proposé que la dernière phrase soit supprimée, car elle traitait de questions qui n'étaient pas particulièrement pertinentes dans ce contexte. Il a également été proposé que l'intitulé soit modifié pour parler de "droits relatifs à la propriété intellectuelle", car l'expression "droits sur la propriété intellectuelle" pourrait être interprétée à tort comme désignant uniquement les droits du titulaire de la propriété intellectuelle. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant des droits du constituant sur la propriété intellectuelle devant être grevée.

5. Distinction entre un créancier garanti et un titulaire de droits en ce qui concerne la propriété intellectuelle

36. S'agissant du paragraphe 76, il a été proposé d'en remanier le texte pour bien mettre en évidence que le terme "titulaire" des droits ou de la propriété intellectuelle, tel qu'utilisé dans le projet d'annexe, désignait d'une manière générale un propriétaire et qu'un créancier garanti n'était pas un propriétaire aux fins de la loi sur les opérations garanties, ce qui serait sans incidence sur le fait que le créancier garanti faisait l'objet d'un traitement différent aux fins du droit de la propriété intellectuelle. À cet égard, il a été convenu que la signification donnée au terme "titulaire" des droits ou de la propriété intellectuelle dans le projet d'annexe ne modifiait pas sa signification exacte dans le droit de la propriété intellectuelle.

37. S'agissant du paragraphe 77, il a été proposé de le remanier comme suit:

> "Dans le chapitre du Guide sur la réalisation, en cas de défaillance du constituant, la partie garantie peut disposer du bien grevé ou proposer de le conserver à titre d'exécution de l'obligation garantie (voir les recommandations 156 et 157). Lorsque les circonstances s'y prêtent, le créancier garanti peut être l'acquéreur du bien grevé dont il dispose lui-même (voir les recommandations 141 et 148). Ainsi, alors que la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle n'entraîne pas un changement de propriétaire de la propriété intellectuelle et qu'aucune disposition du Guide ne prévoit qu'une telle constitution implique le changement du titulaire des droits, la réalisation de la sûreté entraîne souvent le transfert des droits du constituant sur la propriété intellectuelle (de ce fait, l'identité du titulaire des droits, déterminée en vertu du droit de la propriété intellectuelle, pourrait changer). Lorsque la réalisation de la sûreté sur la propriété intellectuelle entraîne la disposition en faveur du créancier garanti ou la conservation de la propriété intellectuelle à titre d'exécution de l'obligation garantie, la propriété peut alors être transférée au créancier garanti."

38. Sous réserve des modifications susmentionnées, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant de la distinction entre un créancier garanti et un titulaire de droits en ce qui concerne la propriété intellectuelle.

6. Types de droits sur la propriété intellectuelle pouvant faire l'objet d'une sûreté réelle mobilière

39. Il a été proposé que l'intitulé soit modifié comme suit: "Catégories de biens grevés dans le contexte de la propriété intellectuelle".

40. On a suggéré que le paragraphe 80 précise si le droit de poursuivre toute violation de la propriété intellectuelle, qui découlait des prérogatives du titulaire, pourrait être utilisé pour garantir un crédit séparément des autres prérogatives du titulaire.

41. On a aussi estimé que des exemples de systèmes d'évaluation devraient être donnés car, même si l'évaluation des prérogatives du titulaire n'était pas une question juridique, elle était une condition importante à l'affectation des droits de propriété intellectuelle en garantie d'un crédit. On a fait référence à cet égard aux travaux de l'OMPI et de l'Organisation internationale de normalisation.

42. S'agissant du paragraphe 82, on a estimé qu'il faudrait préciser que l'inaliénabilité pourrait découler a) d'un contrat ayant force exécutoire, b) d'une règle de droit indépendante de tout contrat ou c) des cas dans lesquels une sûreté réelle mobilière sur un bien qui n'est pas transférable s'étend au produit de ce bien.

43. On a suggéré que le paragraphe 83 traite également de la valeur des droits contractuels du donneur de licence autres que le droit de réclamer des redevances.

44. On a suggéré que le paragraphe 84: a) précise que, aux fins de la loi sur les opérations garanties, les redevances seraient traitées de la même manière que n'importe quelle autre créance, sans préjudice de leur traitement éventuel à d'autres fins comme faisant partie du droit de propriété intellectuelle dont elles découlaient; b) indique que les recommandations du Guide relatives à une sûreté sur un bien qui s'étendait au produit de ce dernier, à son opposabilité et à sa priorité s'appliqueraient aux redevances en tant que produit de la propriété intellectuelle; et c) fasse référence au paragraphe 85 pour clarifier qu'un preneur de licence pouvait opposer au cessionnaire des redevances la plupart des exceptions ou droits à compensation qu'il pouvait opposer au donneur de licence (voir recommandation 120 du Guide).

45. On a proposé que la dernière phrase du paragraphe 87 fasse référence à la recommandation 24 du Guide, plutôt qu'au Guide en général, afin de ne pas donner involontairement l'impression, par exemple, que le donneur de la licence déterminait l'utilisation des redevances versées, même lorsque le preneur avait constitué une sûreté sur les redevances qui lui étaient dues, ou que le donneur serait traité comme un créancier privilégié et non comme un créancier chirographaire en cas d'insolvabilité du preneur.

46. Dans le paragraphe 90, on a estimé qu'il n'était pas nécessaire de mentionner le droit d'un preneur de licence de demander paiement de redevances car l'existence d'un tel droit signifierait qu'il était donneur d'une sous-licence et l'examen des droits du donneur de licence dans les paragraphes précédents suffirait.

47. En ce qui concerne le paragraphe 94, bien que le maintien de la deuxième partie de la recommandation qu'il contenait ait suscité des doutes, il a été convenu que la recommandation était utile et devrait être conservée, à condition: a) d'en préciser le contexte par une formulation du type: "dans le cas d'une sûreté sur un bien meuble corporel pour lequel est utilisée la propriété intellectuelle"; et b) de développer le commentaire pour expliquer en particulier la deuxième partie de la recommandation, mais aussi le sens des mots "d'utiliser" les biens meubles corporels.

48. Sous réserve des modifications mentionnées ci-dessus, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant des types de droits sur la propriété intellectuelle pouvant faire l'objet d'une sûreté réelle mobilière.

7. Sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle future

49. On a suggéré que le paragraphe 95 précise que la recommandation 17 du Guide s'appliquait à la propriété intellectuelle, sous réserve de l'alinéa b) de la recommandation 4 du Guide.

50. Dans le paragraphe 96, on a estimé que la référence aux interdictions légales résultant de l'application du principe *nemo dat* (à savoir, que nul ne peut conférer

plus de droits qu'il n'en a) était inutile car, en vertu des principes généraux du droit des biens, il s'appliquait à tous les types de biens.

51. On a suggéré d'aligner plus étroitement la première phrase du paragraphe 98 avec l'alinéa b) de la recommandation 4 du Guide.

52. Sous réserve des modifications mentionnées ci-dessus, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle future.

8. Limitations légales ou contractuelles à la transférabilité de la propriété intellectuelle

53. On a estimé que le paragraphe 100 devrait faire référence à l'article 8 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international[11] qui traitait de l'efficacité des cessions de créances. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant des limitations légales ou contractuelles à la transférabilité de la propriété intellectuelle.

9. Financement d'acquisitions et accords de licence

54. En ce qui concerne les paragraphes 101 et 102, il a été convenu que seul devrait être conservé le passage précisant qu'un accord de licence n'était pas une opération garantie. Le Secrétariat a été prié d'insérer ce passage à un emplacement approprié dans le projet d'annexe.

D. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle

1. Le concept d'opposabilité

55. Il a été proposé de reformuler les paragraphes 1 et 2 de sorte qu'ils traitent non pas de la manière d'assurer l'opposabilité, question abordée aux paragraphes 5 et 6, mais du concept d'opposabilité lui-même. Il a été suggéré que le paragraphe 2 établisse une distinction entre les situations où une sûreté pouvait être rendue opposable par inscription au registre général des sûretés ou au registre de la propriété intellectuelle approprié et les situations où son inscription au registre de la propriété intellectuelle approprié était exclusive. Dans le second cas, a-t-on dit, la recommandation 4, alinéa b), s'appliquerait, en conséquence de quoi l'inscription au registre de la propriété intellectuelle approprié deviendrait la méthode exclusive d'opposabilité pour les sûretés grevant la propriété intellectuelle.

56. Il a été proposé de modifier le paragraphe 4 pour y examiner les notions de "tiers" et "d'opposabilité" plutôt que les notions de "réclamant concurrent" et de "priorité". Selon un avis largement partagé, les auteurs d'atteintes à la propriété intellectuelle étaient des tiers à l'égard desquels une sûreté aurait effet, mais n'étaient pas des réclamants concurrents, sauf s'ils avaient un droit légitime dûment reconnu. À cet égard, il a été dit que, si l'"auteur supposé" d'une atteinte avait un droit légitime, la question des droits du constituant et du principe *nemo dat* se poserait alors, car, si l'auteur supposé était un réclamant légitime, il est possible que

---

[11] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.04.V.14.

le constituant n'ait pas eu de droits à grever au moment de la constitution de la sûreté.

57. Sous réserve des modifications susmentionnées, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant du concept d'opposabilité.

2. Opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle qui sont inscriptibles sur un registre de la propriété intellectuelle

58. Il a été proposé de préciser dans le paragraphe 5 que, si l'enregistrement dans un registre spécialisé ne produisait pas d'effets à l'égard des tiers, celui-ci ne serait pas considéré comme un registre spécialisé auquel les recommandations pertinentes du Guide pourraient s'appliquer. À ce propos, on a fait observer que, même si l'inscription d'une sûreté sur le registre de la propriété intellectuelle approprié avait des effets constitutifs, ce registre serait néanmoins considéré comme un registre spécialisé aux fins du Guide, du moins si la sûreté inscrite devenait opposable à toutes les parties.

59. Il a été suggéré de préciser au paragraphe 6 que les situations qu'il décrivait seraient régies, conformément à la recommandation 4, alinéa b) du Guide, par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

60. On a proposé de modifier les paragraphes 8 à 11 pour qu'ils se concentrent sur les questions d'opposabilité et non de priorité.

61. Il a été proposé de préciser dans le paragraphe 9 que les personnes effectuant des recherches seraient peut-être des réclamants concurrents en ce qui concerne la propriété intellectuelle grevée. Il a aussi été proposé que le passage faisant référence aux difficultés liées à la recherche dans deux registres à la fois soit plus nuancé car cette double recherche était réalisée dans plusieurs États sans trop de difficultés.

62. Sous réserve des modifications susmentionnées, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant de l'opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle qui sont inscriptibles sur un registre de la propriété intellectuelle.

3. Opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle qui ne sont pas inscriptibles dans un registre de la propriété intellectuelle

63. Il a été proposé de mentionner l'inscription d'un avis pour les sûretés grevant des secrets d'affaires. On a déclaré que, pour des raisons de confidentialité, de telles sûretés ne pouvaient être inscrites sur un registre de la propriété intellectuelle. Par contre, a-t-on fait observer, l'inscription d'un avis concernant une sûreté sur des secrets d'affaires était possible car peu d'informations étaient divulguées sur cet avis. À cet égard, il a été proposé également que le projet d'annexe examine les arrangements dits "de mise en dépôt de la technologie", dans lesquels, par exemple, le preneur de licence pouvait se voir donner accès à un logiciel protégé par le droit d'auteur ou à des secrets d'affaires lorsque le donneur de la licence n'assurait plus le support, la maintenance ou le développement du produit mis sous licence. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant de l'opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle qui ne sont pas inscriptibles dans un registre de la propriété intellectuelle.

E. Le système de registre

1. Le registre général des sûretés

64. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant du registre général des sûretés.

2. Registres pour différents types de propriété intellectuelle

65. S'agissant du paragraphe 18, il a été proposé de mentionner aussi d'autres régimes d'enregistrement international, tels que les régimes prévus dans le Traité sur le droit des brevets (Genève, 2000) et le Règlement n° 40/941 du Conseil européen du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire. On a déclaré qu'il serait utile de fournir des exemples de systèmes d'enregistrement international dans lesquels il était possible d'inscrire des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle pour une analyse complète des questions d'inscription et de coordination des registres. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant des registres pour différents types de propriété intellectuelle.

3. Coordination des registres

66. Il a été convenu que les législateurs devraient être invités à revoir leurs systèmes d'inscription des sûretés réelles mobilières et de la propriété intellectuelle pour s'assurer qu'ils étaient compatibles. Il a également été convenu de renvoyer aux exemples 2 à 5 fournis dans la section D du chapitre premier du projet d'annexe, car ils avaient trait aux effets de l'inscription aux registres de la propriété intellectuelle et aux registres généraux des sûretés ainsi qu'à la relation entre les deux. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé quant au fond cette section du projet d'annexe.

4. Enregistrement d'avis concernant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle future

67. Il a été proposé que la première phrase du paragraphe 21 fasse référence à l'inscription d'un "avis" concernant une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle.

68. Il a été proposé d'examiner dans le paragraphe 22 la possibilité d'inscrire des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle alors que la demande d'inscription de la propriété intellectuelle elle-même au registre correspondant était en cours d'examen.

69. Sous réserve des modifications susmentionnées, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant de l'enregistrement d'avis concernant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle future.

5. Double inscription ou double recherche

70. Il a été proposé de mentionner au paragraphe 24 un quatrième cas dans la liste des cas d'inscription exclusive au registre général des sûretés aux fins des opérations garanties, à savoir lorsque l'inscription d'une sûreté sur un registre de la propriété intellectuelle ne produisait aucun effet à l'égard des tiers.

71. En ce qui concerne le paragraphe 25, il a été proposé de nuancer l'obligation de diligence, dont le Guide disait qu'elle valait "pour tous" les types de biens meubles car, si la diligence était en principe la même, sa nature exacte pouvait dans une certaine mesure dépendre du type particulier de bien concerné dans chaque cas.

72. Sous réserve des modifications susmentionnées, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant de la double inscription ou de la double recherche.

6. Moment où l'inscription prend effet

73. Il a été proposé de modifier la section relative au moment où l'inscription prend effet afin de traiter des questions d'opposabilité et non des questions de priorité, ou de la déplacer pour l'insérer dans la section consacrée à la priorité. Il a été déclaré que la question du moment de l'opposabilité pouvait se poser lorsque la date de prise d'effet d'une inscription différait selon qu'il s'agissait du registre général des sûretés ou du registre de la propriété intellectuelle approprié.

74. Sous réserve de remanier la section du projet d'annexe afin qu'elle traite du moment où prend effet l'inscription dans le registre général des sûretés et dans le registre de la propriété intellectuelle approprié, et non des questions de priorité, le Groupe de travail l'a approuvée quant au fond.

7. Incidence du transfert de la propriété intellectuelle grevée sur l'efficacité de l'inscription

75. S'agissant du paragraphe 28, on a estimé que la troisième solution devrait être développée afin d'indiquer que le créancier garanti n'aurait pas besoin d'inscrire une modification désignant le nouveau bénéficiaire du transfert et que celui-ci acquerrait le bien grevé sous réserve de la sûreté.

76. S'agissant du paragraphe 30, il a été proposé de le remanier pour éviter de donner involontairement l'impression qu'en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle, le projet d'annexe recommandait aux États de prendre, concernant la propriété intellectuelle grevée, une décision différente de celle prise pour d'autres types de biens grevés pour ce qui est des questions identifiées dans la recommandation 62 du Guide.

77. Toutefois, on a exprimé la crainte que, si la troisième solution mentionnée au paragraphe 28 ne devenait pas l'approche recommandée pour les sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle, un créancier garanti devrait inscrire des modifications chaque fois que la propriété intellectuelle grevée ferait l'objet d'un transfert, d'une licence ou d'une sous-licence non autorisé, au risque de perdre sa sûreté s'il n'avait pas été informé et n'avait pas agi rapidement. S'agissant en particulier des licences et des sous-licences, il a été indiqué que, si le créancier garanti n'avait pas autorisé une licence et s'il réalisait sa sûreté, la réalisation mettrait fin à la licence et à toute sous-licence, de sorte que tous les "preneurs de licence" deviendraient des auteurs d'atteintes à la propriété intellectuelle. À cet égard, on a fait observer que, comme le Groupe de travail en était convenu, la question de l'opposabilité d'une sûreté grevant la propriété intellectuelle aux auteurs d'atteintes devrait relever du droit de la propriété intellectuelle.

78. Il a été répondu que, du moins dans le cas de la propriété intellectuelle faisant l'objet d'un registre spécialisé, le bénéficiaire du transfert devrait inscrire celui-ci et

le créancier garanti pourrait être ainsi informé. On a également fait observer que la recommandation 62 du Guide ne s'appliquait qu'aux transferts et que le Guide ne considérait pas les licences comme un transfert. Toutefois, étant donné que la qualification d'une licence relevait du droit de la propriété intellectuelle, on a fait remarquer que, si un certain type de licence (par exemple une licence exclusive) était traité comme un transfert par le droit de la propriété intellectuelle, la licence serait de ce fait traitée comme un transfert dans le Guide également. À cet égard, on a signalé que la recommandation générale devrait s'appliquer pour protéger les transferts ou les licences relevant du cours normal des affaires, et il serait ainsi loisible à chaque État adoptant de choisir une des trois solutions examinées au paragraphe 28 (voir par. 97 à 100 ci-après).

79. Sous réserve des modifications mentionnées aux paragraphes 75 et 76 ci-dessus, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant de l'incidence du transfert de la propriété intellectuelle grevée sur l'efficacité de l'inscription.

8. Enregistrement des sûretés réelles mobilières grevant des marques

80. Le Groupe de travail a procédé à l'examen des recommandations formulées par l'Association internationale des marques sur l'enregistrement des sûretés réelles mobilières grevant des marques (à savoir les marques de produit et de services) en vue de déterminer si elles étaient compatibles avec le Guide.

81. On a estimé que les recommandations formulées au paragraphe 32 a), b), f) et g), traitant de l'opposabilité d'une sûreté sur une marque, étaient compatibles avec le Guide car elles promouvaient les objectifs de transparence et l'inscription dans un registre spécialisé, un registre général des sûretés ou un autre registre commercial. En réponse à une question, on a noté que les recommandations ne traitaient pas de la priorité, mais renvoyaient cette question au droit national. Il a été convenu que cette approche serait compatible avec le Guide, dont les dispositions, une fois adoptées, feraient partie du droit national.

82. On a aussi fait observer que la recommandation formulée au paragraphe 32 c), qui prévoyait que la constitution d'une sûreté sur une marque n'entraînerait pas de transfert de cette dernière ni ne conférerait au créancier garanti le droit de l'utiliser, était également compatible avec le Guide. On a dit, à cet égard, qu'en cas de réalisation, le créancier garanti pourrait vendre la marque mais non pas l'utiliser. On a aussi signalé, s'agissant de la recommandation formulée au paragraphe 32 l), que si le créancier garanti ne pouvait pas utiliser la marque et si le représentant de l'insolvabilité ne l'utilisait pas non plus, la marque pourrait être perdue. En réponse, on a déclaré que le créancier garanti avait le droit, mais non l'obligation, de maintenir la marque et que le concept de "non-utilisation excusable" d'une marque pourrait permettre de préserver la marque si elle n'était pas utilisée en raison de l'insolvabilité du titulaire des droits.

83. En outre, on a fait observer que la recommandation formulée au paragraphe 32 d) était compatible avec le Guide car elle prévoyait une règle supplétive pour les droits des parties dans les limites du droit applicable. Quant à la recommandation formulée au paragraphe 32 e), on a dit qu'elle était compatible avec le Guide étant donné qu'elle soulignait l'importance d'évaluer les marques, sans suggérer de système d'évaluation particulier. S'agissant de la recommandation formulée au paragraphe 32 h), on a estimé qu'elle était compatible avec le Guide car

elle recommandait l'inscription d'un avis, même pour ce qui était des registres de marques. En réponse à une question, on a noté que les recommandations ne s'appliquaient pas aux marques qui n'étaient pas inscriptibles. En réponse à une autre question, on a expliqué que la référence à la "date de prise d'effet de la sûreté" se rapportait à l'effet de la sûreté entre les parties et non à l'égard des tiers.

84. En ce qui concerne les recommandations formulées au paragraphe 32 i), j) et k), on a observé qu'elles étaient compatibles avec le Guide car elles prévoyaient des mécanismes de réalisation efficaces, ainsi que l'enregistrement des jugements ou des décisions administratives de réalisation. Quant à la recommandation formulée au paragraphe 32 m), sous réserve de l'approbation des autorités publiques compétentes, on a dit qu'elle était compatible avec les recommandations du Guide relatives aux procédures d'inscription efficaces.

85. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que les recommandations sur l'inscription des sûretés réelles mobilières grevant des marques devraient être retenues. Il est convenu, s'agissant de la présentation des recommandations, de conserver le paragraphe 31 dans la section du projet d'annexe traitant de l'enregistrement des sûretés réelles mobilières grevant des marques et de placer les recommandations formulées au paragraphe 32 dans les sections pertinentes du projet.

F. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle

1. Le concept de priorité

86. Il a été proposé de nuancer l'affirmation au paragraphe 33 concernant le cas d'une personne qui obtenait un transfert du titulaire des droits alors que ce dernier avait déjà transféré ses droits à une première personne, car dans certains États ce deuxième bénéficiaire pourrait être protégé en tant qu'acquéreur de bonne foi. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant du concept de priorité.

2. Identification des réclamants concurrents

87. Il a été proposé, compte tenu de la discussion précédente du Groupe de travail (voir par. 20 d) ci-dessus), de supprimer du paragraphe 34 qui traitait des réclamants concurrents, la référence aux "personnes portant atteinte à la propriété intellectuelle". Il a également été suggéré que, dans la troisième phrase du paragraphe, le principe de primauté du droit de la propriété intellectuelle soit exprimé dans une phrase séparée, qui préciserait également qu'il n'entrerait en jeu que si une règle différente s'appliquait "spécifiquement" aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle. Il a aussi été estimé qu'il fallait éviter que le texte fasse double emploi avec la section consacrée à la terminologie. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant de l'identification des réclamants concurrents.

3. Importance de la connaissance de transferts ou de sûretés antérieurs

88. Il a été proposé d'insérer au paragraphe 36 le mot "généralement" avant les mots "sans importance" et, dans la deuxième phrase, de remplacer les mots "si elle a été enregistrée" par les mots "si la sûreté constituée postérieurement a été

enregistrée". Il a été proposé en outre de supprimer le passage faisant référence à la primauté du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, car les règles de priorité fondées sur la connaissance ne concernaient pas exclusivement la propriété intellectuelle mais s'appliquaient à tous les biens en général. Cette proposition a suscité des objections, au motif que cette question devait être tranchée par le droit de la propriété intellectuelle. À l'issue de la discussion, il a été convenu de préciser l'application du principe de primauté du droit de la propriété intellectuelle en se référant à l'existence de règles de priorité fondées sur la connaissance propres à la propriété intellectuelle. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant de l'importance de la connaissance de transferts ou de sûretés antérieurs.

4. Priorité d'une sûreté réelle mobilière inscrite sur un registre de la propriété intellectuelle

89. Il a été proposé de préciser au paragraphe 37 que le Guide mentionnait les systèmes d'inscription sur des registres spécialisés uniquement dans la mesure où ceux-ci permettaient l'inscription des sûretés réelles mobilières et où cette inscription produisait des effets à l'égard des tiers. On a estimé par ailleurs que le paragraphe 39 n'était peut-être pas nécessaire car en l'absence d'inscription, une sûreté serait inopposable et le paragraphe 40 serait suffisant. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant de la priorité d'une sûreté réelle mobilière inscrite sur un registre de la propriété intellectuelle.

5. Priorité d'une sûreté réelle mobilière non inscriptible sur un registre de la propriété intellectuelle

90. Il a été proposé que le paragraphe 42 renvoie à la recommandation 13 du Guide, aux termes de laquelle le constituant devait avoir des droits sur le bien qu'il entendait grever ou avoir le pouvoir de le grever pour que le créancier garanti puisse obtenir une sûreté. On a suggéré également de préciser que, dans certains États, le droit de la propriété intellectuelle permettait à une personne ignorant que le constituant n'avait aucun droit sur le bien grevé d'acquérir néanmoins une sûreté. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant da la priorité d'une sûreté réelle mobilière non inscriptible sur un registre de la propriété intellectuelle.

6. Droits des personnes auxquelles est transférée la propriété intellectuelle grevée

91. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant des droits des personnes auxquelles est transférée la propriété intellectuelle grevée.

7. Droits des preneurs de licence en général

92. Les avis ont divergé sur la question de savoir si le preneur d'une licence portant sur une propriété intellectuelle grevée pouvait acquérir cette licence libre d'une sûreté constituée par le titulaire des droits et rendue opposable avant l'octroi de la licence. Selon un point de vue, le créancier garanti devait autoriser la licence dans la convention constitutive de sûreté, autrement il pourrait considérer la concession d'une licence comme un cas de défaillance et réaliser sa sûreté en

recouvrant les redevances ou en vendant la licence. Selon une autre opinion, le créancier garanti pouvait être protégé de deux façons: il pouvait inscrire sa sûreté sur la propriété intellectuelle grevée ou convenir avec le constituant qu'il deviendrait lui-même le titulaire des droits (en d'autres termes, bénéficiaire du transfert), si le droit de la propriété intellectuelle l'y autorisait. Dans le premier cas, toute personne prenant une licence par la suite le ferait sous réserve de la sûreté, si bien qu'en cas de défaillance, le créancier garanti pourrait réaliser sa sûreté soit en recouvrant les redevances dues au titre de l'accord de licence soit en vendant la licence. Dans le second cas, une licence concédée par le constituant ne serait pas autorisée et constituerait à la fois un cas de défaillance et une atteinte à la propriété intellectuelle.

93. D'une manière générale, on a admis le principe selon lequel le preneur devrait acquérir une licence sur une propriété intellectuelle grevée sous réserve d'une sûreté qui avait été constituée par le donneur de licence et qui était opposable au moment où la licence était accordée. En outre, de l'avis général, le preneur devrait acquérir la licence libre de la sûreté si le créancier garanti l'avait ainsi autorisée. Différentes vues, toutefois, ont été exprimées quant au point de savoir si un preneur de licence non exclusive dans le cours normal des affaires devrait également prendre la licence libre de la sûreté (voir par. 97 à 100 ci-dessous).

94. S'agissant des paragraphes 45 et 46, on a estimé qu'il faudrait préciser que la réalisation d'une sûreté opposable grevant une propriété intellectuelle mise sous licence pouvait entraîner le transfert de cette propriété intellectuelle et, par conséquent, la résiliation de la licence mais non permettre au créancier garanti de résilier un accord de licence auquel il n'était pas partie.

95. S'agissant du paragraphe 46, on a estimé qu'il faudrait préciser que le simple fait qu'un titulaire de droits constituait une sûreté sur sa propriété intellectuelle ne l'empêchait pas d'octroyer des licences. En outre, il a été indiqué que, pour qu'une clause de la convention constitutive de sûreté empêchant le titulaire d'accorder toute licence produise ses effets sur des tiers preneurs de licence, il faudrait qu'elle soit inscrite. En réponse à ce point, on a fait observer que de nombreux registres de la propriété intellectuelle ne prévoyaient pas l'inscription des sûretés réelles mobilières et que le registre général des sûretés prévu par le Guide n'avait pas été conçu de manière à prendre en compte l'inscription des conventions constitutives de sûreté ou de diverses clauses de ces conventions. On a également fait observer que la question de l'autorisation des licences relevait du droit de la propriété intellectuelle.

96. Sous réserve des modifications mentionnées ci-dessus et de l'échange de vues sur les droits des preneurs de licences non exclusives dans le cours normal des affaires (voir par. 97 à 100 ci-dessous), le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant des droits des preneurs de licence en général.

8. Droits des preneurs de licences non exclusives dans le cours normal des affaires

97. Différentes vues ont été exprimées sur le point de savoir si le preneur d'une licence non exclusive dans le cours normal des affaires acquerrait la licence libre d'une sûreté ou soumise à une sûreté qui avait été constituée par le donneur de licence et qui était opposable au moment où la licence était octroyée.

98. Selon un avis, le preneur devrait acquérir la licence soumise à la sûreté (ce qui signifiait que, en cas de défaillance et de réalisation, il serait mis fin à la licence, à moins que d'autres dispositions n'aient été prises avec le créancier garanti). Il a été indiqué que, dans plusieurs États, la notion d'opération "dans le cours normal des affaires" était inconnue et difficile à appliquer. On a en outre observé que la notion de licence "dans le cours normal des affaires" n'avait pas de précédent dans le droit de la propriété intellectuelle de sorte qu'il était difficile de distinguer une licence "prise dans le cours normal des affaires" d'une licence "prise en dehors du cours normal des affaires". On a cité en exemple des licences de marques concernant lesquelles cette notion poserait beaucoup de problèmes. En outre, on a fait observer que la notion de "cours normal des affaires" ne donnait pas au preneur d'une licence non autorisée des moyens de défense valables. Il a également été dit que, souvent, les licences avaient un caractère mixte en ce sens qu'elles comportaient à la fois des droits exclusifs et non exclusifs. On a également fait remarquer que l'emploi de ces notions n'était pas nécessaire car le droit de la propriété intellectuelle en vigueur traitait déjà de manière appropriée cette question en laissant aux parties à la convention constitutive de sûreté le soin d'en décider. À cet égard, on a indiqué que, si le créancier garanti voulait que le constituant octroie des licences, il autoriserait toutes les licences ou du moins celles répondant à certains critères. En tout état de cause, les preneurs de licence feraient preuve de la diligence voulue pour déterminer si la licence avait été acquise libre d'une sûreté antérieure.

99. Selon un autre avis, le preneur d'une licence non exclusive dans le cours normal des affaires devrait acquérir la licence libre de la sûreté (ce qui signifiait que, en cas de défaillance et de réalisation, la licence pourrait néanmoins être maintenue). Il a été indiqué que la notion de "cours normal des affaires" était une notion simple et pratique qui était largement connue et appliquée. On a en outre fait observer que le principal objectif de l'utilisation de cette notion était de protéger les opérations légitimes quotidiennes, comme l'achat dans le commerce de logiciels protégés par le droit d'auteur. On a indiqué que, dans le cadre de ces opérations, les acquéreurs ne devraient pas avoir à faire de recherche dans un registre ni acquérir le logiciel soumis aux sûretés constituées par son concepteur ou ses distributeurs. On a ajouté que la notion de "cours normal des affaires" n'avait rien à voir avec la relation tissée entre le donneur de licence et le preneur de licence et ne sous-entendait nullement que le preneur de licence acquérait une licence libre des clauses et conditions de l'accord de licence et des dispositions du droit applicable en la matière. En outre, il a été dit que, si le créancier garanti voulait décourager les licences non exclusives, il pourrait, dans la convention constitutive de sûreté (ou ailleurs), exiger de l'emprunteur (le donneur) qu'il insère dans toutes les licences non exclusives une clause stipulant qu'elles prendraient fin si le créancier garanti du donneur réalisait sa sûreté. De même, si le donneur ne voulait pas que le preneur octroie des sous-licences, il pourrait prévoir dans l'accord de licence une clause stipulant qu'un tel octroi constituerait un manquement à l'accord de licence lui donnant le droit de mettre fin à la licence. Il a été précisé qu'aucune disposition du Guide n'empêcherait l'application de ces clauses dans les relations entre le créancier garanti et son emprunteur ou entre le donneur et le preneur. On a fait observer que normalement le créancier garanti n'aurait aucun intérêt à agir ainsi puisque l'activité du donneur de licence était d'octroyer des licences non exclusives et que le créancier garanti s'attendrait à ce que l'emprunteur se serve des redevances versées au titre de ces accords de licence pour payer l'obligation garantie.

100. À l'issue de la discussion, il a été convenu que, dans certains cas (par exemple la vente dans le commerce ou la mise sous licence d'un logiciel), les preneurs devraient acquérir la licence libre de toute sûreté constituée par le donneur. Le souhait a été exprimé qu'une recommandation soit formulée pour atteindre ce résultat, peut-être à partir de concepts tels que l'autorisation ou l'autorisation implicite, mais en général on a estimé qu'il serait difficile de formuler une telle recommandation dans l'abstrait sans donner d'exemples concrets. Le Groupe de travail a donc prié le Secrétariat d'inclure, dans la prochaine version du projet d'annexe, des exemples indiquant comment le droit de la propriété intellectuelle abordait la question, ainsi que des propositions en vue d'une éventuelle recommandation qui figurerait dans le projet et d'un commentaire renvoyant la question, conformément à l'alinéa b) de la recommandation 4 du Guide, au droit qui s'appliquait spécifiquement à la propriété intellectuelle.

9. Priorité d'une sûreté réelle mobilière octroyée par un donneur de licence sur une sûreté réelle mobilière octroyée par un preneur de licence

101. Après un échange de vues, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant de la priorité d'une sûreté réelle mobilière octroyée par un donneur de licence sur une sûreté réelle mobilière octroyée par un preneur de licence.

10. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle sur le droit d'un créancier judiciaire

102. Après un échange de vues, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant de la priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle sur le droit d'un créancier judiciaire.

11. Cession de rang

103. Après un échange de vues, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant de la cession de rang.

G. Droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté relative à la propriété intellectuelle

1. Application du principe de l'autonomie des parties

104. Après un échange de vues, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant de l'application du principe de l'autonomie des parties.

2. Droit du créancier garanti de poursuivre les auteurs d'atteintes ou de renouveler les inscriptions

105. Des doutes ont été exprimés sur le point de savoir si la section du projet d'annexe traitant du droit du créancier garanti de poursuivre les auteurs d'atteintes ou de renouveler les inscriptions devrait être maintenue. En réponse, on a fait observer que, de même que le chapitre correspondant du Guide, cette section avait pour objet d'énumérer certaines questions que les parties voudraient peut-être aborder dans la convention constitutive et de formuler quelques règles qui seraient

applicables en l'absence de convention contraire des parties et qui prendraient en compte les attentes normales de ces dernières.

106. S'agissant de la teneur de cette section, l'avis a été exprimé qu'elle devrait être élargie pour traiter d'une manière générale de la gestion de la propriété intellectuelle grevée. À cet égard, il a été indiqué que la section contenait une liste indicative de questions que les parties voudraient peut-être examiner, sans exclure d'autres questions, dans les limites de l'autonomie des parties fixées par le droit de la propriété intellectuelle.

107. S'agissant des recommandations figurant dans la note au paragraphe 63, il a été convenu que la première était pertinente car elle renvoyait à la convention des parties, et qu'elle devrait donc être maintenue. En ce qui concernait la seconde, des avis favorables et défavorables ont été exprimés. Selon les avis favorables, cette recommandation rendait compte des attentes normales des parties. Selon les avis défavorables, en l'absence d'une convention des parties autorisant le créancier garanti à poursuivre les auteurs d'atteintes ou à renouveler les inscriptions, elle ne convenait pas. Le Groupe de travail a donc décidé que la deuxième recommandation serait maintenue, mais entre crochets, et qu'elle ferait l'objet d'un nouvel examen lors d'une future réunion.

108. Sous réserve des modifications susmentionnées, le Groupe de travail a approuvé quant au fond cette section du projet d'annexe.

H. Droits et obligations des tiers débiteurs dans les opérations de financement garanti par la propriété intellectuelle

109. Il a été proposé de préciser au paragraphe 64 que les droits et obligations du preneur en tant que débiteur des redevances dues au titre de l'accord de licence étaient ceux d'un tiers débiteur. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe relative aux droits et obligations des tiers débiteurs dans les opérations de financement garanti par la propriété intellectuelle.

I. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle

1. Recoupements entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle

110. Il a été suggéré que le paragraphe 66 précise que la Convention des Nations Unies sur la cession et le Guide traitaient de la cession de créances et non des créances en général.

111. Il a été proposé d'indiquer clairement, dans la dernière phrase du paragraphe 67, que les règles de réalisation régissant spécifiquement la propriété intellectuelle dans le droit général de la procédure civile continueraient de s'appliquer.

112. Sous réserve des modifications susmentionnées, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant des recoupements entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle.

2. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant différents types de propriété intellectuelle

113. Après un échange de vues, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant de la réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant différents types de propriété intellectuelle.

3. Prise de "possession" de la propriété intellectuelle grevée

114. Il a été proposé que le paragraphe 71 renvoie à la définition du terme "possession" afin de bien montrer qu'il s'agissait de possession effective.

115. À des fins d'harmonisation terminologique, il a été proposé de parler au paragraphe 72, non pas d'une "vente", mais d'un "transfert" de la propriété intellectuelle grevée.

116. Sous réserve des modifications susmentionnées, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant de la prise de "possession" de la propriété intellectuelle grevée.

4. Disposition de la propriété intellectuelle grevée

117. En ce qui concerne le paragraphe 73, il a été proposé, pour faire ressortir clairement que la cession de la propriété intellectuelle grevée résultait du processus de réalisation et non d'une prérogative du créancier garanti en tant que titulaire des droits, de remplacer le mot "céder" par les mots "procéder à la cession". Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant de la disposition de la propriété intellectuelle grevée.

5. Droits acquis par disposition de la propriété intellectuelle grevée

118. Il a été proposé de nuancer la dernière phrase du paragraphe 75, laquelle affirmait que le créancier garanti ne devenait pas titulaire des droits du fait de la réalisation, car celui-ci pouvait acquérir la propriété intellectuelle grevée lors de la réalisation. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant des droits acquis par disposition de la propriété intellectuelle grevée.

6. Proposition du créancier garanti de se faire attribuer la propriété intellectuelle grevée

119. Afin de ne pas donner l'impression que l'inscription était impérative, il a été proposé de modifier la cinquième phrase du paragraphe 78 et d'y indiquer clairement que le créancier garanti devrait inscrire ses droits pour jouir des avantages découlant de cette inscription. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant de la proposition du créancier garanti de se faire attribuer la propriété intellectuelle grevée.

7. Recouvrement de redevances et droits de licence

120. Il a été proposé de préciser au paragraphe 79 que le Guide incorporait les principes de la Convention des Nations Unies sur la cession en ce qui concerne les cessions de créances. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a

approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant du recouvrement de redevances et droits de licence.

8. Autres droits contractuels du donneur de licence

121. Après un échange de vues, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant des autres droits contractuels du donneur de licence.

9. Réalisation de sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels auxquels se rattache la propriété intellectuelle

122. Il a été proposé que le paragraphe 81 clarifie le principe de l'épuisement en se référant aux "droits de propriété intellectuelle" et non à la "propriété intellectuelle", car ce principe s'appliquerait aux droits et non à la propriété, et en parlant non pas généralement de "première utilisation" mais plus précisément de "première vente ou mise sur le marché". Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant de la réalisation de sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels auxquels se rattache la propriété intellectuelle.

10. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur les droits d'un preneur de licence

123. Sous réserve de modifier le paragraphe 86 de la même manière que le paragraphe 78 (voir par. 119 ci-dessus), le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant de la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur les droits d'un preneur de licence.

J. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle

1. Loi applicable aux aspects réels

124. Il a été convenu de supprimer la variante C au paragraphe 97. Selon un avis largement partagé, en renvoyant à la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre était tenu, cette variante serait source d'incertitude quant à la loi applicable ou, du moins, risquait de retarder une opération et d'en accroître le coût, car le créancier garanti devrait effectuer des recherches pour déterminer dans quel registre était inscrite la propriété intellectuelle à grever.

125. De l'avis général, les variantes A et B présentaient des avantages et des inconvénients. On a fait valoir en faveur de la variante A que la loi de l'État dans lequel était demandée la protection de la propriété intellectuelle (*lex protectionis*) était celle qui s'appliquait aux droits de propriété dans le cadre du droit de la propriété intellectuelle. On a aussi indiqué que le renvoi à la *lex protectionis* dans cette variante permettrait de soumettre à la loi applicable à un conflit de priorité entre deux créanciers garantis, un conflit de priorité entre le bénéficiaire d'un transfert et un créancier garanti. Toutefois, a-t-on déclaré, l'inconvénient dans la variante A était qu'un créancier garanti devrait s'inscrire dans plusieurs États, ce qui risquait d'accroître le coût de l'opération. On a aussi fait remarquer que la variante A ne mentionnait pas les organisations régionales qui prévoyaient des systèmes d'inscription au niveau régional.

126. On a fait valoir à l'appui de la variante B que le renvoi à la loi du lieu de situation du constituant permettrait d'appliquer une seule et même loi à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière. Pour éviter qu'un conflit de priorité entre le bénéficiaire d'un transfert et un créancier garanti ne soit soumis à deux lois différentes (à savoir la *lex protectionis* et la loi du lieu de situation du constituant), la variante B soumettait ce conflit à la *lex protectionis*. Cette variante était utile également car d'autres conflits, notamment avec le représentant de l'insolvabilité, seraient régis par la loi du lieu de situation du constituant, à savoir la loi du centre des intérêts principaux du cédant (le siège réel et non le siège statutaire). Afin que la variante B ne pose pas les mêmes problèmes que la variante C mentionnés ci-dessus (par. 124), le Groupe de travail est convenu de supprimer le texte entre crochets dans la variante B.

127. On a estimé que les deux variantes pourraient être conservées dans le texte final de l'Annexe. Le Groupe de travail est néanmoins convenu qu'aucun effort ne devrait être épargné pour s'entendre sur une seule recommandation, les avantages et les inconvénients de chaque variante étant examinés dans le commentaire. Afin de faciliter les délibérations futures, le Secrétariat a été prié de fournir des exemples concrets permettant de tester les variantes et d'exposer plus en détail dans le commentaire les avantages et les inconvénients de chaque variante. Le Groupe de travail est aussi convenu qu'une coopération avec la Conférence de La Haye de droit international privé et la Commission européenne serait particulièrement bienvenue et a prié le Secrétariat de poursuivre ses efforts pour assurer cette coopération et coordination.

2. Loi applicable aux questions contractuelles

128. Après un échange de vues, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section du projet d'annexe traitant de la loi applicable aux questions contractuelles.

K. Incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle

129. Pendant la session, il a été dit que les questions à soumettre au Groupe de travail V conformément à la décision de la Commission[12] comportaient quatre scénarios possibles (voir par. 23 f) ci-dessus): a) selon que le donneur ou le preneur de la licence avait consenti une sûreté sur ses droits découlant de cette licence; et b) selon que la procédure d'insolvabilité avait été engagée à l'encontre du donneur ou du preneur. Les questions qui pourraient être soulevées en ce qui concerne les effets d'une procédure d'insolvabilité sur les droits du créancier garanti dans chacun des scénarios ont été examinées, en même temps que les réponses qui pourraient y être apportées (voir l'annexe au présent rapport). On a estimé que les questions traitaient des effets de la continuation ou du rejet d'un contrat de licence dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité visant une partie à ce contrat. Elles partaient de l'hypothèse que, conformément aux recommandations 69 à 86 du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*[13], le débiteur insolvable pouvait choisir de poursuivre l'exécution du contrat ou de le rejeter. On a mentionné que les

---

[12] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 326.

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

questions n'abordaient pas d'autres problèmes susceptibles de se poser, comme l'effet de l'arrêt des poursuites, les dispositions légales éventuelles limitant la possibilité pour le preneur de la licence de céder ses droits, l'effet des clauses d'incessibilité dans le contrat de licence, les clauses *ipso facto*, les créances non garanties de dommages et intérêts pour rejet du contrat de licence ou la question de savoir si le preneur avait des "droits acquis" qu'il conservait après le rejet du contrat de licence. On a indiqué que ces questions étaient généralement examinées dans le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*.

130. On a suggéré que le Groupe de travail VI prie le Groupe de travail V d'examiner une question supplémentaire concernant les droits d'un preneur de licence de propriété intellectuelle lorsqu'une procédure d'insolvabilité était engagée contre le donneur de licence.

131. À cet égard, on a dit que lorsqu'une telle procédure était ouverte, le donneur de la licence de propriété intellectuelle ou son représentant de l'insolvabilité était en droit de décider de rejeter le contrat de licence (voir recommandations 69 à 86 du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*). On a fait observer que, très souvent, cette décision priverait le preneur des avantages d'un contrat de licence favorable et donc non seulement lui serait préjudiciable mais porterait également atteinte aux droits de son créancier garanti, s'il avait constitué une sûreté sur ses droits découlant de la licence. De plus, on a dit que si, conformément à la recommandation 82 du *Guide législatif de la CNDUCI sur le droit de l'insolvabilité*, le preneur pouvait être titulaire d'une créance non garantie de dommages et intérêts pour rejet du contrat, il était peu probable qu'il touche ces dommages et intérêts dans leur intégralité; cette créance pourrait donc atténuer le préjudice sans toutefois l'éliminer.

132. On a indiqué que l'une des manières dont le droit de l'insolvabilité de certains États réglait ce problème était d'autoriser le preneur de licence de certains types de propriété intellectuelle à choisir de continuer à exploiter la propriété intellectuelle dans le cadre du contrat de licence, même si le donneur ou son représentant de l'insolvabilité rejetait ledit contrat. Dans ce cas, le preneur était tenu de respecter l'ensemble des conditions du contrat, y compris l'obligation de paiement des redevances dues. On a toutefois signalé que la masse de l'insolvabilité du donneur serait libérée des obligations continues imposées par le contrat, comme celle d'apporter des améliorations. Par conséquent, a-t-on affirmé, le donneur était seulement tenu de continuer à honorer la licence de propriété intellectuelle, obligation qui n'accaparait pas ses ressources. On a noté que cette solution permettait d'établir un équilibre entre l'intérêt qu'avait le donneur insolvable de se soustraire à un contrat contraignant et l'intérêt qu'avait le preneur de protéger son investissement dans la licence. Ainsi, en protégeant dans une certaine mesure les intérêts du preneur, elle offrait également une certaine protection au créancier garanti de ce dernier.

133. On a suggéré que l'annexe au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties signale qu'un État pouvait, s'il le souhaitait, envisager d'inclure dans sa loi une disposition du type examiné ci-dessus, qui autoriserait le preneur de licence à continuer de jouir de ses droits découlant du contrat de licence dans l'hypothèse où le donneur faisait l'objet d'une procédure d'insolvabilité et rejetait la licence.

134. On a fait observer que les dispositions du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* devraient être examinées avec soin pour s'assurer qu'elles traitaient suffisamment des questions qui n'étaient pas abordées à la session. On a largement estimé que ces questions et celles traitées dans les paragraphes précédents devaient être analysées attentivement, en particulier parce que l'efficacité des sûretés réelles mobilières dépendait de leur capacité à passer le test de l'insolvabilité et que plusieurs États envisageaient actuellement de réviser leur droit pour traiter ces questions.

135. On a également suggéré que le projet d'annexe traite de questions supplémentaires. À l'appui de cette suggestion, on a déclaré qu'il existait deux catégories de conflits d'intérêts susceptibles de naître en cas d'insolvabilité d'un donneur de licence ayant constitué une sûreté sur le droit de propriété intellectuelle mis sous licence. On a fait observer que, d'une part, le créancier garanti pourrait chercher à vendre le plus rapidement possible le droit de propriété intellectuelle qui était grevé par la sûreté, et recouvrer le montant qui lui était dû en se payant sur le produit de la vente de ce droit, en particulier lorsque le versement des redevances n'était ni certain ni garanti (par exemple, au moyen d'une police d'assurance).

136. D'autre part, le représentant de l'insolvabilité pouvait s'opposer à la résiliation immédiate du contrat et à la vente qui s'ensuivait parce qu'il estimait que la poursuite de l'exécution du contrat de licence produirait de meilleurs résultats en maximisant la valeur du droit de propriété intellectuelle grevé.

137. Dans ce contexte, on a mentionné que, dans certains États, le créancier garanti était autorisé à demander au représentant de l'insolvabilité ou au tribunal de l'insolvabilité, lorsque cela était nécessaire, de fixer un délai juridiquement contraignant pour prendre la décision de continuer, ou non, l'exécution du contrat de licence; et programmer une audience spéciale devant le tribunal pour tenter une médiation entre le représentant de l'insolvabilité et le créancier garanti afin de maintenir la protection de l'obligation garantie.

138. On a signalé que le résultat mentionné au paragraphe 137 b) ci-dessus pourrait être obtenu de différentes manières, y compris par la fourniture d'une assurance pour les redevances futures découlant du contrat de licence ou par le paiement d'avance d'une partie de l'obligation garantie.

139. Les suggestions mentionnées aux paragraphes 129 à 138 ci-dessus ont toutes reçu un appui au sein du Groupe de travail. On a largement estimé que les propositions devraient être renvoyées au Groupe de travail V et, sous réserve d'un examen plus poussé par les deux groupes de travail, le résultat devrait être inclus dans la prochaine version du projet d'annexe.

140. Le Groupe de travail a décidé que les questions mentionnées aux paragraphes 129 à 138 ci-dessus (qui comportent celles soulevées dans les problèmes traités à l'annexe) devraient être renvoyées au Groupe de travail V et que, sous réserve d'un examen plus poussé par les deux groupes, le résultat serait inclus dans la prochaine version du projet d'annexe.

V. Travaux futurs

141. Avant de clore sa session, le Groupe de travail a procédé à l'examen de ses travaux futurs. Il a débattu, à cet égard, d'une proposition visant à donner des

orientations aux créanciers garantis qui acceptaient une propriété intellectuelle en garantie d'un crédit, en particulier en relation avec les pratiques en matière d'octroi de licences. Selon un avis largement partagé, il pourrait être utile d'aborder, dans une certaine mesure, la question dans le projet d'annexe, mais celle-ci était suffisamment importante et vaste pour faire l'objet d'un nouveau projet. On a déclaré qu'un tel projet pourrait prendre la forme d'un guide qui donnerait des orientations aux parties à des opérations garanties et des indications sur l'incidence des pratiques de concession de licences. Des travaux similaires ont été cités à titre d'exemple, comme ceux que la Commission menait actuellement sur la révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, qui pourraient contenir des orientations à l'intention des législateurs et des autorités réglementaires (voir A/CN.9/615, par. 14), et ceux qu'elle avait réalisés sur son *Guide juridique pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles*[14]. Le Groupe de travail est convenu que la question devrait être brièvement examinée dans la prochaine version du projet d'annexe. Il est aussi convenu que la question devrait être examinée en temps utile dans le cadre d'un débat sur ses travaux futurs.

142. Quant à ses travaux futurs sur le projet d'annexe, le Groupe de travail a noté que sa quinzième session se tiendrait à New York du 27 avril au 1er mai 2009. La trente-sixième session du Groupe de travail V devant se tenir à New York du 18 au 22 mai 2009, on a noté qu'il ne serait probablement pas possible d'organiser début 2009 une session conjointe des deux groupes pour examiner l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle, comme la Commission l'avait initialement envisagé à sa quarante et unième session[15]. On a également noté que la seizième session du Groupe de travail VI devrait en principe se tenir à Vienne du 7 au 11 décembre 2009, sous réserve de la confirmation de ces dates par la Commission à sa quarante-deuxième session (Vienne, 29 juin-17 juillet 2009), alors que la trente-septième session du Groupe de travail V devrait en principe se tenir à Vienne du 5 au 9 octobre 2009, ces dates étant également soumises à confirmation par la Commission.

143. À cet égard, le Groupe de travail est convenu de la nécessité de programmer les sessions que les deux groupes de travail tiendraient au cours du deuxième semestre de 2009 de telle manière qu'il soit possible d'organiser une session conjointe, si une telle session devait s'avérer nécessaire. De l'avis général, tout devrait être fait pour conclure le plus tôt possible les discussions relatives à l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle afin que leur résultat puisse être pris en compte dans le projet d'annexe d'ici à fin 2009 ou début 2010. Le Groupe de travail a estimé, à cet égard, qu'il devrait être en mesure d'achever ses travaux sur le projet d'annexe à sa seizième (fin 2009) ou dix-septième session (début 2010) afin de le soumettre à la Commission pour approbation et adoption définitives à sa quarante-troisième session, en 2010.

---

[14] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.87.V.10.

[15] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 326.

Annexe

Effets d'une procédure d'insolvabilité sur les droits du créancier garanti dans quatre scénarios différents

	Le donneur de licence est insolvable	*Le preneur de licence est insolvable*
Le donneur constitue une sûreté sur ses droits découlant d'un contrat de licence (essentiellement le droit de recevoir des redevances)	Question: Qu'advient-il si le donneur ou son représentant de l'insolvabilité décide de poursuivre l'exécution du contrat de licence conformément à la loi sur l'insolvabilité? (voir recommandations 69 à 86 du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*[a])? Réponse: Le preneur de licence reste tenu de payer les redevances dues au titre du contrat de licence et le créancier garanti du donneur reste titulaire d'une sûreté à la fois sur le droit du donneur de percevoir des redevances au titre du contrat et sur le produit de ce droit, autrement dit, toute redevance versée.	Question: Qu'advient-il si le preneur ou son représentant de l'insolvabilité décide de poursuivre l'exécution du contrat de licence conformément à la loi sur l'insolvabilité? (voir recommandations 69 à 86 du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*)? Réponse: Le donneur continue d'avoir un droit de percevoir des redevances au titre du contrat de licence et, partant, son créancier garanti reste titulaire d'une sûreté à la fois sur son droit de percevoir des redevances au titre du contrat et sur le produit de ce droit, autrement dit, toute redevance versée.
	Question: Qu'advient-il si le donneur ou son représentant de l'insolvabilité décide de rejeter le contrat de licence en vertu de la loi sur l'insolvabilité? (voir recommandations 69 à 86 du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*)? Réponse: Le preneur de licence n'est pas tenu de payer de redevances pour la période postérieure au rejet du contrat, mais reste tenu de régler les redevances impayées pour la période antérieure au rejet; le créancier garanti du donneur a donc une sûreté sur le droit de recouvrer les redevances dues avant le rejet et sur les redevances payées avant le rejet mais n'a pas de sûreté sur les droits aux redevances futures car aucune redevance ne sera due à l'avenir au titre du contrat rejeté.	Question: Qu'advient-il si le preneur ou son représentant de l'insolvabilité décide de rejeter le contrat de licence en vertu de la loi sur l'insolvabilité? (voir recommandations 69 à 86 du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*)? Réponse: Le preneur de licence n'est pas tenu de payer de redevances pour la période postérieure au rejet du contrat, mais reste tenu de régler les redevances impayées pour la période antérieure au rejet; le créancier garanti du donneur a donc une sûreté sur le droit de recouvrer les redevances dues avant le rejet et sur les redevances payées avant le rejet mais n'a pas de sûreté sur les droits aux redevances futures car aucune redevance ne sera due à l'avenir au titre du contrat rejeté.
Le preneur constitue une sûreté sur ses droits découlant d'un contrat de licence (essentiellement le droit d'utiliser la propriété intellectuelle)	Question: Qu'advient-il si le donneur décide de poursuivre l'exécution du contrat de licence conformément à la loi sur l'insolvabilité? (voir recommandations 69 à 86 du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*)? Réponse: Le preneur conserve les droits que lui confère le contrat de licence et son créancier garanti conserve une sûreté sur ces droits.	Question: Qu'advient-il si le preneur décide de poursuivre l'exécution du contrat de licence conformément à la loi sur l'insolvabilité? (voir recommandations 69 à 86 du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*)? Réponse: Le preneur conserve les droits que lui confère le contrat de licence et son créancier garanti conserve une sûreté sur ces droits.
	Question: Qu'advient-il si le donneur ou son représentant de l'insolvabilité décide de rejeter le contrat de licence conformément à la loi sur l'insolvabilité? (voir recommandations 69 à 86 du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*)? Réponse: Pour la période postérieure au rejet, le contrat ne confère pas de droits au preneur, qui conserve toutefois les droits qu'il pourrait encore avoir pour la période antérieure au rejet; le créancier garanti du preneur conserve une sûreté sur les droits que le preneur avait avant le rejet.	Question: Qu'advient-il si le preneur ou son représentant de l'insolvabilité décide de rejeter le contrat de licence conformément à la loi sur l'insolvabilité? (voir recommandations 69 à 86 du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*)? Réponse: Pour la période postérieure au rejet, le contrat ne confère pas de droits au preneur, qui conserve toutefois les droits qu'il pourrait encore avoir pour la période antérieure au rejet; le créancier garanti du preneur conserve une sûreté sur les droits que le preneur avait avant le rejet.

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

B. Note du Secrétariat concernant l'Annexe au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties traitant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa quatorzième session

(A/CN.9/WG.VI/WP.35 et Add.1) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-45
	A. Historique	1-7
	B. Relation entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle dans le Guide	8-11
	C. Terminologie	12-21
	D. Exemples de pratiques de financement garanti par la propriété intellectuelle	22-41
	E. Principaux objectifs et principes fondamentaux	42-45
II.	Champ d'application et autonomie des parties	46-67
	A. Champ d'application large	46-64
	B. Application du principe de l'autonomie des parties aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle	65-67
III.	Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle	68-102
	A. Concepts de constitution et d'opposabilité	69-70
	B. Concept unitaire de sûreté réelle mobilière	71
	C. Conditions requises pour la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle	72-74
	D. Droits du constituant sur la propriété intellectuelle devant être grevée	75
	E. Distinction entre un créancier garanti et un titulaire de droits en ce qui concerne la propriété intellectuelle	76-77
	F. Types de droits de propriété intellectuelle pouvant faire l'objet d'une sûreté réelle mobilière	78-94
	G. Sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle future	95-98
	H. Limitations légales ou contractuelles à la transférabilité de la propriété intellectuelle	99-100
	I. Financement d'acquisitions et accords de licence	101-102

I. Introduction

A. Historique

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 1 à 7, voir A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 1 à 5, A/CN.9/WG.VI/WP.34, par. 10 et 11, et A/63/17, par.326*.]

1. À sa trente-neuvième session, en 2006, la Commission a examiné les travaux qu'elle pourrait entreprendre dans le domaine de la loi sur le financement garanti. Il a été noté que les droits de propriété intellectuelle (par exemple, droit d'auteur, brevet et marque) devenaient une source de crédit extrêmement importante et ne devraient pas être exclus d'une loi moderne sur les opérations garanties. Il a également été noté que les recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties (le "projet de guide") s'appliquaient, en règle générale, aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle dans la mesure où elles n'étaient pas incompatibles avec le droit de la propriété intellectuelle. Il a été noté en outre que, les aspects spécifiques du droit de la propriété intellectuelle n'ayant pas été pris en compte pour l'élaboration des recommandations, le projet de guide suggérait que les États adoptants envisagent d'apporter les modifications nécessaires aux recommandations pour traiter ces aspects[1].

2. Afin de donner davantage d'orientations aux États, il a été proposé que le Secrétariat prépare, en collaboration avec les organisations internationales spécialisées dans le droit du financement garanti et le droit de la propriété intellectuelle, en particulier l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), une note que la Commission examinerait à sa quarantième session en 2007 sur la portée éventuelle des travaux qu'elle pourrait entreprendre afin de compléter le projet de guide. Il a été proposé en outre que, pour recueillir les avis des spécialistes et les suggestions des secteurs concernés, le Secrétariat organise des réunions de groupes d'experts et des colloques si nécessaire[2]. À l'issue du débat, la Commission a prié le Secrétariat d'établir, en coopération avec les organisations concernées et en particulier l'OMPI, une note examinant le contenu des travaux qu'elle pourrait entreprendre dans l'avenir sur le financement garanti par la propriété intellectuelle. Elle a également prié le Secrétariat d'organiser un colloque sur cette forme de financement en veillant dans toute la mesure possible à ce que les organisations internationales concernées et des experts des différentes régions du monde y participent[3].

3. Conformément à la décision de la Commission, le Secrétariat a organisé, en coopération avec l'OMPI, un colloque sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle (Vienne, 18 et 19 janvier 2007) auquel ont participé des experts du droit du financement garanti du droit de la propriété intellectuelle, ainsi que des représentants de gouvernements et d'organisations gouvernementales et non gouvernementales nationales et internationales. Plusieurs propositions ont été faites à ce colloque quant aux modifications qui devraient être apportées au projet de

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 81 et 82.

[2] Ibid., par. 83.

[3] Ibid., par. 86.

guide pour traiter des questions propres au financement garanti par la propriété intellectuelle[4].

4. À la première partie de sa quarantième session (Vienne, 25 juin-12 juillet 2007), la Commission a examiné une note du Secrétariat intitulée "Travaux futurs possibles sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle" (A/CN.9/632), qui tenait compte des conclusions du colloque. Afin de donner des orientations suffisantes aux États sur les modifications qu'ils devraient éventuellement apporter à leurs lois pour éviter des incohérences entre la loi sur le financement garanti et le droit de la propriété intellectuelle, elle a décidé de charger le Groupe de travail VI (Sûretés) d'établir une annexe au projet de guide consacrée aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle[5].

5. À la reprise de sa quarantième session (Vienne, 10-14 décembre 2007), la Commission a finalisé et adopté le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (le "Guide"), étant entendu qu'une annexe traitant spécialement des sûretés réelles mobilières sur les droits de propriété intellectuelle serait élaborée par la suite[6].

6. À sa treizième session (New York, 19-23 mai 2008), le Groupe de travail VI a examiné une note du Secrétariat intitulée "Sûretés réelles mobilières grevant des droits de propriété intellectuelle" (A/CN.9/WG.VI/WP.33 et Add.1). À cette session, il a prié le Secrétariat de préparer un projet d'annexe au Guide relative aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle (l'"Annexe") en tenant compte de ses délibérations et décisions (voir A/CN.9/649, par. 13). À cette même session, le Groupe de travail a estimé que, si la primauté du droit de la propriété intellectuelle devait être dûment reconnue, le cadre de référence pour l'Annexe devrait être le Guide et non la loi nationale sur les opérations garanties (voir A/CN.9/649, par. 14). N'étant pas parvenu à un accord sur le point de savoir si certaines questions relatives à l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté grevant la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/649, par. 98 à 102) étaient suffisamment liées à la loi sur les opérations garanties pour justifier leur traitement dans l'Annexe, le Groupe de travail a décidé d'y revenir à une prochaine réunion et de recommander que le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) soit prié d'examiner ces questions (voir A/CN.9/649, par. 103).

7. À sa quarante et unième session (New York, 16 juin-3 juillet 2008), la Commission a noté avec satisfaction que le Groupe de travail avait bien avancé. Elle a également noté la discussion et la décision ci-dessus du Groupe de travail VI en ce qui concerne certains aspects liés à l'insolvabilité et a décidé qu'il faudrait en informer le Groupe de travail V et l'inviter à exprimer un avis préliminaire à sa prochaine session. Il a aussi été décidé que, dans l'éventualité où des questions en suspens devraient être examinées par les deux groupes de travail à la fois après cette session, le Secrétariat pourrait organiser, après consultation des présidents des deux groupes, une discussion conjointe à propos de l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle lorsque les deux groupes se réuniraient successivement au printemps de 2009[7].

---

[4] Voir http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/2secint.html.

[5] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 156, 157 et 162.

[6] Ibid., *soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part II, par. 99 et 100.

[7] Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 326.

B. Relation entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle dans le Guide

8. Sauf exceptions limitées, les recommandations du Guide s'appliquent aux sûretés réelles mobilières grevant tous les types de biens meubles, y compris la propriété intellectuelle (voir recommandations 2 et 4 à 7). Elles ne s'appliquent toutefois pas à cette dernière dans la mesure où elles sont incompatibles avec une loi nationale ou un accord international concernant la propriété intellectuelle (voir recommandation 4 b)). La recommandation 4 b) pose le principe fondamental qui régit la relation, dans le Guide, entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle qui traite par exemple des brevets, des marques ou du droit d'auteur. Le terme "propriété intellectuelle" est défini de sorte que le Guide soit compatible avec les lois et les traités relatifs à la propriété intellectuelle (voir par. 12 ci-dessous). Le terme "loi concernant la propriété intellectuelle" englobe à la fois le droit législatif et la jurisprudence. Il s'agit d'une notion plus large que celle de "droit de la propriété intellectuelle" mais plus étroite que celle de droit commun des contrats ou des biens[8]. En conséquence, la recommandation 4 b) aura une portée plus étroite ou plus large selon la façon dont un État définit le contenu de la propriété intellectuelle conformément à ses obligations internationales découlant des traités régissant celle-ci (par exemple, l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, généralement appelés "Accord sur les ADPIC").

9. La recommandation 4 b) vise à éviter qu'un État adoptant les recommandations du Guide ne modifie involontairement les règles fondamentales du droit de la propriété intellectuelle. Le Guide ne s'intéressant pas aux questions d'existence, de validité et de contenu des droits de propriété intellectuelle du constituant (voir section II.A.4 ci-dessous), les risques de conflit entre les régimes sur ces questions sont limités. Pour ce qui est des questions de constitution, d'opposabilité, de priorité et de réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle, il est possible toutefois que, dans certains États, les deux régimes prévoient des règles différentes. Dans ce cas, la recommandation 4 b) préserve la primauté de la règle portant spécifiquement sur la propriété intellectuelle. Il convient de noter néanmoins que les règles du droit de la propriété intellectuelle dans certains États portent uniquement sur des formes d'opérations garanties qui ne sont pas l'apanage du droit de la propriété intellectuelle et qui ne pourront plus être utilisées une fois que ces États adopteront les recommandations du Guide (par exemple, nantissements, hypothèques et transferts ou fiducies à des fins de garantie dont peut faire l'objet la propriété intellectuelle). C'est pourquoi les États qui adopteront le Guide souhaiteront peut-être aussi revoir leurs lois concernant la propriété intellectuelle afin d'assurer une plus grande cohérence entre les deux régimes – loi sur les opérations garanties et droit de la propriété intellectuelle – en tenant compte en particulier de l'approche intégrée et fonctionnelle recommandée dans le Guide, sans modifier les principes et les objectifs fondamentaux de ces lois.

10. L'Annexe vise à fournir aux États des conseils sur un tel système cohérent. Faisant fond sur le commentaire et les recommandations du Guide, elle examine

---

[8] En dépit de la différence entre les termes "loi concernant la propriété intellectuelle" et "droit de la propriété intellectuelle", pour plus de commodité, ces deux termes sont employés indifféremment dans la présente Annexe.

comment les principes de ce dernier s'appliquent lorsque le bien grevé est un droit de propriété intellectuelle et, si nécessaire, formule des commentaires et recommandations supplémentaires. De même que les commentaires et recommandations portant sur d'autres biens particuliers, ceux qui concernent spécifiquement la propriété intellectuelle modifient ou complètent les recommandations et les commentaires généraux du Guide. En conséquence, sauf dispositions contraires de la loi concernant la propriété intellectuelle et sous réserve de tous commentaires et recommandations particuliers formulés dans l'Annexe, une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle peut être constituée, rendue opposable, prioritaire et réalisée conformément aux recommandations générales du Guide.

11. Si l'Annexe n'a pas vocation à formuler des recommandations visant à amener un État à modifier sa loi concernant la propriété intellectuelle, comme cela est indiqué plus haut, elle n'en risque pas moins d'avoir un impact sur cette loi. L'Annexe examine cet impact et avance parfois des propositions modestes que les États adoptants pourraient examiner (en employant l'expression "les États pourraient" ou "les États souhaiteront peut-être envisager", et non "les États devraient"). Ces propositions partent du principe qu'en adoptant une loi sur les opérations garanties du type recommandé par le Guide, les États ont fait le choix de moderniser leur loi sur les opérations garanties. Elles ont donc pour but d'indiquer dans quels cas cette modernisation pourrait amener les États à examiner la meilleure manière d'assurer la cohérence entre leur régime des opérations garanties et leur régime de la propriété intellectuelle.

C. Terminologie

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 12 à 21, voir A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 39 à 60, et A/CN.9/649, par. 104 à 107*.]

12. Ainsi qu'il a déjà été indiqué, le Guide emploie le terme "propriété intellectuelle" (Introduction, Section E). Le commentaire explique que la définition du terme dans le Guide est conçue de sorte que ce dernier soit conforme aux lois et traités régissant la propriété intellectuelle tout en respectant le droit du législateur d'un État adoptant ses recommandations d'aligner la définition sur son propre droit (loi nationale et traités). Aussi le Guide considère-t-il comme "propriété intellectuelle" aux fins de ses propres dispositions tout ce que l'État adoptant considère comme étant de la propriété intellectuelle.

13. De même, ainsi qu'il a été mentionné, le commentaire explique que les termes "loi" et "droit" employés dans le Guide désignent aussi bien le droit législatif que le droit non législatif. Il explique en outre que l'expression "loi concernant la propriété intellectuelle" (voir recommandation 4 b)) a une portée plus vaste que le terme "droit de propriété intellectuelle" (traitant par exemple des brevets, des marques ou du droit d'auteur) mais plus étroite que la notion de droit commun des contrats ou des biens.

14. Si le Guide s'en remet au droit de chaque État adoptant pour la définition des termes désignant les types particuliers de propriété intellectuelle (par exemple le brevet, la marque ou le droit d'auteur) ou d'opération (par exemple un transfert ou une licence de propriété intellectuelle), il emploie sa propre terminologie pour les questions relevant de la loi sur les opérations garanties. C'est ainsi qu'il parle de

"sûretés réelles mobilières" pour désigner tous les types de droits garantissant une obligation, quelle que soit leur dénomination. En conséquence, le terme "sûreté réelle mobilière" désignerait aussi le droit d'une personne bénéficiant d'un transfert effectué à titre de garantie.

15. Le Guide emploie aussi le terme "licence" et, dans le contexte de la propriété intellectuelle, établit une distinction, d'une part, entre l'accord de licence et la licence (à savoir l'autorisation d'utiliser la propriété intellectuelle mise sous licence) et, d'autre part, entre la licence exclusive et la licence non exclusive. Cependant, le soin de définir ces termes exactement est laissé au droit de la propriété intellectuelle, au droit des contrats ou à tout autre droit applicable (par exemple, la Recommandation commune concernant les licences de marques, adoptée par l'Assemblée de l'Union de Paris pour la protection de la propriété intellectuelle et l'Assemblée générale de l'OMPI (2000)[9] et le Traité de Singapour sur le droit des marques (2006))[10]. Le Guide n'a aucune incidence en particulier sur les limites ou les clauses de l'accord de licence faisant référence à la description de la propriété intellectuelle concernée, aux utilisations autorisées ou restreintes, à la région géographique d'utilisation et à la durée de cette utilisation. Par exemple, une licence exclusive pour exploiter les "droits de projection en salle" du film A dans le pays X pour une durée de "dix ans à partir du 1er janvier 2008" diffère d'une licence exclusive autorisant l'exploitation des "droits vidéo" sur le film A dans le pays Y pour une période de "dix ans à partir du 1er janvier 2008". Le Guide n'a aucune influence non plus sur la manière dont le droit de la propriété intellectuelle qualifie les droits découlant d'un accord de licence (par exemple, dans certains systèmes, un accord de licence exclusive crée des droits réels voire équivaut à un transfert de divers droits exclusifs découlant de la propriété intellectuelle). Dans le Guide, le terme "sûreté réelle mobilière" n'est pas employé pour désigner une licence exclusive ou non exclusive. En fait, une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle, ou tout autre bien meuble, est souvent définie par référence au droit du créancier garanti d'obtenir, en cas de défaillance du constituant, le paiement ou une autre forme d'exécution de l'obligation garantie sur la valeur économique de la propriété intellectuelle (à savoir, droit d'exploitation, droit d'accorder des licences et droit à des redevances découlant des deux droits précédents).

16. En outre, le Guide emploie divers termes pour désigner le type particulier de propriété intellectuelle susceptible d'être affecté en garantie d'un crédit (à savoir, les prérogatives qui sont conférées au titulaire des droits, au donneur de licence et au preneur de licence) sans modifier la nature, le contenu ou les conséquences juridiques de ces termes aux fins du droit de la propriété intellectuelle, du droit des contrats ou du droit des biens.

17. Le terme "créance" désigne, dans le Guide, le droit au paiement d'une obligation monétaire et, aux fins du Guide, englobe par conséquent le droit du donneur de licence d'obtenir paiement des redevances. Le terme "cession" est employé, dans le Guide, pour les créances de manière à désigner les transferts purs et simples, les transferts à titre de garantie (considérés dans le Guide comme des sûretés) et les opérations constitutives d'une sûreté réelle mobilière sur une créance. Afin de ne pas donner l'impression que les recommandations du Guide relatives aux cessions de créances s'appliquent également aux "cessions" de propriété

---

[9] http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/fr/development_iplaw/pdf/pub835.pdf.

[10] http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/singapore/singapore_treaty.html.

intellectuelle, le terme “transfert” (et non “cession”) est employé dans l’Annexe pour désigner le transfert des droits de propriété intellectuelle du titulaire.

18. Dans une opération garantie portant sur la propriété intellectuelle, le titulaire des droits de propriété intellectuelle peut grever ceux-ci. Dans ce cas, le terme “constituant” employé dans le Guide désigne ce titulaire. Il se peut cependant que le bien grevé soit un droit moindre, par exemple l’autorisation du preneur de licence d’utiliser la propriété intellectuelle conformément aux clauses de l’accord de licence, y compris le droit de conclure des accords de sous-licence et d’obtenir paiement de redevances au titre de ces sous-licences (à condition que le droit applicable et les clauses de l’accord de licence les considèrent comme transférables). Dans ce cas, le terme “constituant” désigne “le preneur de licence”. Enfin, comme dans toute opération garantie portant sur d’autres types de biens meubles, le terme “constituant” peut désigner un tiers qui crée une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle afin de garantir l’obligation due par le débiteur au créancier garanti.

19. Dans la loi sur les opérations garanties, le concept de “réclamant concurrent” est employé pour désigner des parties, autres que le créancier garanti dans une convention constitutive de sûreté, qui peuvent revendiquer un droit sur les biens grevés ou sur le produit de leur disposition. Ainsi, le Guide emploie le terme “réclamant concurrent” (par exemple un autre créancier garanti ou le bénéficiaire du transfert, le preneur à bail ou le preneur de licence d’un bien grevé) au sens de réclamant qui entre en concurrence avec un créancier garanti. Dans le droit de la propriété intellectuelle, la notion de “réclamant concurrent” n’existe pas et les “conflits de priorité” renvoient généralement à des conflits entre bénéficiaires de transferts, preneurs de licence et auteurs d’atteintes aux droits de propriété intellectuelle, même s’il n’y a pas de conflit avec un créancier garanti. La loi sur les opérations garanties n’intervient pas dans le règlement de conflits qui n’impliquent pas de créancier garanti.

20. Le Guide reconnaît qu’une convention constitutive de sûreté crée un droit réel limité (une sûreté réelle mobilière) sur un bien grevé (à condition, bien entendu, que le constituant ait le droit de créer une telle sûreté sur le bien en question) et n’équivaut pas à un transfert de la propriété. De ce fait, le terme “créancier garanti” (qui comprend le bénéficiaire d’un transfert à titre de garantie) ne désigne pas, dans le Guide, le bénéficiaire d’un transfert ou le propriétaire. Autrement dit, un créancier garanti qui acquiert une sûreté réelle mobilière conformément aux dispositions du Guide n’est pas présumé acquérir ce faisant la propriété. En effet, les créanciers garantis ne souhaitent généralement pas assumer les obligations et les coûts liés à la propriété et le Guide ne les y oblige pas. Il en découle, par exemple, que même après la constitution d’une sûreté réelle mobilière, le propriétaire du bien grevé peut exercer tous ses droits en qualité de propriétaire (sous réserve, bien entendu, des limites qu’il ait pu convenir avec le créancier garanti). Ainsi, lorsque le créancier garanti dispose du bien grevé en réalisation de sa sûreté après la défaillance, il ne devient pas pour autant propriétaire. Il ne fait qu’exercer en l’occurrence les droits du propriétaire avec le consentement que ce dernier a donné lors de la constitution de la sûreté. En cas de défaillance, ce n’est qu’après avoir proposé d’acquérir les droits de propriété du constituant sur le bien grevé à titre d’exécution totale ou partielle de l’obligation garantie (en l’absence d’objection de la part du débiteur et des autres créanciers du débiteur) ou qu’après avoir acquis les

droits de propriété du constituant en achetant le bien dans une vente publique, que le créancier garanti peut devenir propriétaire.

21. Cette qualification de la convention constitutive de sûreté ainsi que des droits du créancier garanti vaut également lorsque le bien grevé est un bien de propriété intellectuelle. Le Guide n'a cependant aucune incidence sur les différentes qualifications prévues par le droit de la propriété intellectuelle lorsque celles-ci ont trait à des questions relevant de ce droit. Dans le droit de la propriété intellectuelle, il se peut qu'une convention constitutive de sûreté soit qualifiée de transfert des droits de propriété intellectuelle du titulaire et que le créancier garanti jouisse des droits d'un titulaire (par exemple le droit de traiter avec les autorités publiques, d'octroyer une licence ou de poursuivre les auteurs d'atteintes). Rien dans la loi sur les opérations garanties n'empêche donc, par exemple, un créancier de convenir avec un titulaire de droits d'assumer la qualité de ce dernier, à condition que l'accord ne vise pas à garantir l'exécution d'une obligation. Si l'accord garantit ou vise à garantir l'exécution d'une obligation et si le droit de la propriété intellectuelle autorise un créancier garanti à assumer la qualité de titulaire des droits, le terme "créancier garanti" peut désigner le titulaire des droits dans la mesure prévue par le droit de la propriété intellectuelle, et les droits du créancier garanti sur la propriété intellectuelle grevée seront déterminés conformément à la loi sur les opérations garanties et au droit de la propriété intellectuelle, comme prévu dans le Guide.

D. Exemples de pratiques de financement garanti par la propriété intellectuelle

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 22 à 41, voir A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 8 à 21, et A/CN.9/649, par. 108*.]

22. Afin de mettre en perspective l'analyse réalisée dans l'Annexe, la présente section expose un certain nombre d'exemples types d'opérations garanties dans lesquelles des droits de propriété intellectuelle sont grevés.

23. Il serait utile de diviser les opérations garanties portant sur des droits de propriété intellectuelle en trois grandes catégories. La première comprend des opérations dans lesquelles les droits de propriété intellectuelle eux-mêmes sont affectés en garantie d'un crédit. Dans ce type d'opération, le fournisseur du crédit se voit consentir une sûreté réelle mobilière sur des brevets, des marques, le droit d'auteur ou d'autres droits de propriété intellectuelle de l'emprunteur. Les exemples 1 à 5 illustrent cette catégorie d'opération. Ainsi, dans l'exemple 1, une société pharmaceutique souhaite obtenir un crédit garanti par son portefeuille de brevets et de demandes de brevet. Dans l'exemple 2, un fabricant de photocopieuses souhaite utiliser sa marque, ses brevets et ses secrets d'affaires pour garantir un prêt. Dans l'exemple 3, l'emprunteur est un éditeur de bandes dessinées qui autorise des fabricants de vêtements à utiliser sous licence l'image des personnages de sa bande dessinée sur des tee-shirts et d'autres vêtements et qui propose d'affecter en garantie les flux de redevances qu'il compte tirer des accords de licence. Dans l'exemple 4, un producteur grève ses droits sur un film. Enfin, dans l'exemple 5, un prêt est octroyé à un concepteur de logiciels dont les produits contiennent des logiciels que des tiers l'autorisent à utiliser sous licence. S'il est vrai que les cinq exemples diffèrent considérablement de par la nature des activités considérées et les types de droits de propriété intellectuelle concernés, ils ont une caractéristique commune. Dans chacun d'entre eux, le bien affecté en garantie du crédit n'est autre

que le droit de propriété intellectuelle de l'emprunteur, soit en tant que titulaire du droit soit en tant que preneur d'une licence octroyée par des tiers.

24. La deuxième catégorie d'opérations concerne les cas où des biens autres que des droits de propriété intellectuelle, tels que des stocks ou du matériel, sont affectés en garantie d'un crédit, mais où la valeur de ces biens est dans une certaine mesure fondée sur les droits de propriété intellectuelle qui s'y rattachent. Les exemples de 6 à 9 illustrent ce type d'opération. Dans l'exemple 6, l'emprunteur est un fabricant de vêtements et les biens devant être grevés sont les stocks du constituant, à savoir des vêtements de mode qui portent des marques de grande valeur que le fabricant exploite sous licence obtenue auprès des tiers propriétaires des marques. Dans l'exemple 7, le constituant est un distributeur (et non le fabricant) des stocks décrits dans l'exemple 6. Dans l'exemple 8, une librairie souhaite affecter en garantie d'un crédit ses stocks de livres protégés par le droit d'auteur, protection dont bénéficient des tiers auteurs et éditeurs. Enfin, dans l'exemple 9, le constituant fabrique du matériel qui utilise des technologies brevetées pour lesquelles il a obtenu une licence auprès du propriétaire du brevet.

25. La troisième catégorie concerne les opérations de financement qui combinent des éléments des deux premières catégories. L'exemple 10 en est une illustration. Il s'agit d'un crédit octroyé à un fabricant, garanti par un "nantissement global d'entreprise", portant sur pratiquement tous ses biens, y compris ses droits de propriété intellectuelle.

26. Chacune de ces catégories d'opérations non seulement utilise différents types (ou combinaisons) de biens grevés mais pose également différents problèmes juridiques à un prêteur potentiel ou autre fournisseur de crédit.

Catégorie 1

Exemple 1 (portefeuille de brevets et de demandes de brevet)

27. La Société A, entreprise pharmaceutique qui développe constamment de nouveaux médicaments, cherche à obtenir de la Banque A une ligne de crédit permanent garantie en partie par son portefeuille de brevets et de demandes de brevet actuels et futurs de médicaments. La Société A donne à la Banque A une liste de tous ses brevets et demandes de brevet existants, en indiquant leurs propriétaires, une estimation de leur valeur et les redevances à percevoir. La Banque A détermine quels brevets, demandes de brevet et redevances à percevoir entreront dans "l'assiette du prêt" (autrement dit, les brevets et les demandes de brevet auxquels la Banque convient d'attribuer une valeur pour le prêt) et pour quelle valeur. Parallèlement, la Banque demande à un expert indépendant en propriété intellectuelle d'évaluer les brevets et les demandes de brevet. La Banque obtient ensuite une sûreté réelle mobilière sur le portefeuille de brevets et de demandes de brevet et inscrit un avis concernant sa sûreté dans les registres de brevets nationaux appropriés (à supposer que la loi applicable prévoie l'inscription des sûretés réelles mobilières sur le registre des brevets). Lorsque la Société A obtient un nouveau brevet, elle en indique les propriétaires, la valeur estimative et les redevances escomptées à la Banque A, qui inclura ce brevet dans l'assiette du prêt. La Banque évalue les informations, détermine le montant du crédit supplémentaire qu'elle va octroyer sur la base de ce nouveau brevet, et modifie l'assiette en conséquence. Elle procède alors auprès des offices des brevets aux inscriptions appropriées concernant sa sûreté sur le nouveau brevet.

Exemple 2 (marque, brevets et secrets d'affaires d'un fabricant)

28. La Société B, célèbre fabricant de photocopieuses, souhaite réaliser auprès de la Banque B un emprunt garanti en partie par sa marque, ses brevets utilisés en rapport avec les photocopieuses et les secrets d'affaires utilisés dans le processus de fabrication (dont l'ensemble a été évalué à 100 millions d'euros par un expert indépendant). L'activité de la Société consiste à vendre ses photocopieuses et à mettre sa marque et ses brevets sous licence afin de générer un flux de trésorerie qui servira en partie à rembourser le prêt. Elle fournit à la Banque B une liste de tous les pays dans lesquels la marque et les brevets sont enregistrés ou utilisés, ainsi qu'une liste de toutes les personnes autorisées à exploiter la marque et les brevets sous licence. La Banque inscrit sa sûreté réelle mobilière dans les registres nationaux de marques et de brevets appropriés (à supposer que la loi applicable prévoie l'inscription des sûretés réelles mobilières sur ces registres).

Exemple 3 (financement garanti par des redevances)

29. La Société C, éditeur de bandes dessinées, accorde sous licence le droit d'utiliser ses personnages, protégés par le droit d'auteur, à un grand nombre de fabricants de vêtements, de jouets, de logiciels interactifs et d'accessoires. Aux termes de l'accord de licence standard, les preneurs de licence sont tenus de rendre compte de leurs chiffres d'affaires et de payer des redevances sur ce chiffre d'affaires tous les trimestres. La Société C souhaite emprunter à la Banque C une somme garantie par les flux prévus de redevances dues au titre de ces accords de licence. Elle communique à la Banque C une liste des licences, avec indication du profil de solvabilité de leurs titulaires et de la situation de chaque accord de licence. La Banque C demande alors à la Société C d'obtenir un "certificat d'estoppel" de chaque preneur de licence permettant de vérifier l'existence de la licence, l'absence de défaillance et le montant dû et de confirmer l'engagement pris par le preneur de la licence de payer les redevances futures à la Banque C jusqu'à nouvel ordre.

Exemple 4 (financement d'un film)

30. La Société D, entreprise cinématographique, souhaite produire un film. Elle crée une société distincte chargée de la production et de recruter les scénaristes, les producteurs, les réalisateurs et les acteurs. La société de production obtient de la Banque D un prêt garanti par le droit d'auteur, les contrats de services et toutes les recettes qui proviendront de l'exploitation du film. Elle conclut ensuite des accords de licence avec des distributeurs de multiples pays qui s'engagent à payer une "avance" sur redevances une fois le film achevé et livré. Pour chaque licence, la Société de production D, la Banque D et le distributeur/preneur de licence concluent un accord "de reconnaissance et de cession" en vertu duquel le preneur reconnaît la sûreté réelle mobilière préexistante de la Banque D et la cession des redevances à la Banque D, tandis que la Banque s'engage, si elle doit réaliser sa sûreté sur la licence, à ne pas mettre fin à cette dernière aussi longtemps que le preneur continue à verser les redevances dues et se conforme à tous autres égards à l'accord de licence.

Exemple 5 (financement de la création de logiciels)

31. La Société E conçoit des logiciels complexes utilisés dans différentes applications architecturales. Certains composants des logiciels sont créés par ses propres ingénieurs (composants que la société met sous licence auprès de ses

clients). La Société incorpore également dans ses produits des composants qu'elle utilise sous licence obtenue auprès de tiers (et pour lesquels elle octroie ensuite des sous-licences à ses clients). Elle souhaite obtenir de la Banque E un prêt garanti par une sûreté réelle mobilière grevant l'ensemble de ses droits de propriété intellectuelle, à savoir: a) ses droits sur les composants qu'elle développe elle-même; b) ses droits en tant que preneur de licence de propriété intellectuelle; et c) l'ensemble des redevances qu'elle perçoit au titres des licences (et sous-licences) qu'elle octroie à ses clients sur ses programmes.

Catégorie 2

Exemple 6 (Stocks vêtements de marque appartenant à un fabricant)

32. La Société F, fabricant de jeans et autres vêtements de créateurs de mode, souhaite emprunter à la Banque F un certain montant garanti en partie par ses stocks d'articles finis. Nombre des articles fabriqués par la Société F portent des marques célèbres que la Société exploite en vertu d'accords de licence conclus avec des tiers l'autorisant à fabriquer et à vendre les articles en question. La Société F fournit à la Banque F les accords de licence attestant son droit d'utiliser les marques.

Exemple 7 (Stocks de vêtements de marque appartenant à un distributeur)

33. La Société G, qui est l'un des distributeurs de la Société F, souhaite emprunter à la Banque G une somme garantie en partie par ses stocks de jeans et autres vêtements de créateurs qu'elle achète à la Société F, et dont une bonne part porte des marques connues que la Société F exploite sous licence obtenue auprès de tiers. La Société G fournit à la Banque G les factures émises par la Société F prouvant qu'elle a acquis les jeans dans le cadre d'une vente autorisée, ou bien copie des accords conclus avec la Société F attestant que les jeans distribués par la Société G sont authentiques.

Exemple 8 (financement d'une librairie)

34. La Société H, une librairie, demande à la Banque H un prêt garanti par ses stocks de livres reliés et brochés. Les auteurs et éditeurs sont titulaires du droit d'auteur sur les livres en question. La Société H acquiert ses livres de deux façons. Premièrement, elle achète aux éditeurs. Deuxièmement, elle accepte depuis peu certains livres "en dépôt" en s'engageant à leur réserver un certain espace et à leur faire de la publicité. La Société H ne paie les livres que lorsqu'ils sont vendus et a le droit de les restituer à l'expiration d'un délai de plusieurs mois s'ils restent invendus.

Exemple 9 (financement de la fabrication de matériel dans le cadre d'un accord de licence)

35. La Société I exploite un brevet en vertu d'un accord de licence qui lui donne le droit de fabriquer et de vendre du matériel auquel est incorporée la technologie couverte par le brevet. Elle souhaite obtenir pour ses activités un financement garanti par le matériel qu'elle fabrique et les créances nées de la vente du matériel à ses clients.

Catégorie 3

Exemple 10 (nantissement global d'entreprise)

36. La société J, fabricant et distributeur de cosmétiques, souhaite obtenir un crédit de 200 millions d'euros afin de disposer d'un fonds de roulement continu pour ses activités. La Banque J envisage d'octroyer ce crédit, à condition qu'il soit garanti par un "nantissement global d'entreprise", autrement dit une sûreté réelle mobilière sur la quasi-totalité des biens présents et futurs de la Société, y compris tous les droits de propriété intellectuelle présents et futurs dont elle est titulaire ou qu'elle exploite sous licence.

37. Chacun des exemples susmentionnés illustre comment les propriétaires ou les preneurs de licences de droits de propriété intellectuelle, ou encore les propriétaires de biens dont la valeur dépend de droits de propriété intellectuelle, peuvent utiliser ces biens pour garantir un crédit. Dans chaque cas, tout prêteur potentiel prudent s'attachera avec une diligence raisonnable à déterminer la nature et l'étendue des droits des titulaires et des preneurs de licences de propriété intellectuelle concernés et à évaluer dans quelle mesure le financement proposé risque ou non d'affecter ces droits. La possibilité de régler ces questions de manière satisfaisante, en obtenant, en cas de besoin, le consentement et autre accord des titulaires des droits de propriété intellectuelle, influera sur la volonté du prêteur d'accorder le crédit demandé et sur le coût de ce crédit.

38. Chaque exemple pose des problèmes juridiques différents au prêteur potentiel. Les exemples 1 à 5 (opérations où la sûreté réelle mobilière porte directement sur les droits de propriété intellectuelle) soulèvent les questions suivantes:

a) Existe-t-il une méthode efficace et simple de constituer une sûreté réelle mobilière sur les catégories de droits de propriété intellectuelle concernées et de la rendre opposable? La constitution d'une sûreté entraîne-t-elle des coûts, comme des frais pour les formalités notariales ou autres ou des frais d'enregistrement, susceptibles d'accroître le coût du crédit pour l'emprunteur? Ces coûts sont-ils justifiés en raison des avantages accrus que tire le prêteur grâce à la protection des droits de propriété intellectuelle qui constituent sa garantie, ce qui peut réduire le coût et relever le montant du crédit que le prêteur est disposé à accorder à l'emprunteur du fait de cette protection accrue? Le prêteur peut-il aisément et à peu de frais consulter le fichier du registre pour établir la priorité de sa sûreté grevant le droit de propriété intellectuelle avant d'accorder un crédit? La sûreté sera-t-elle opposable à un syndic de faillite du constituant?

b) Dans le cas de droits de propriété intellectuelle enregistrés dans plusieurs pays, le prêteur sera-t-il autorisé par la loi de chacun de ces pays à inscrire sa sûreté dans ces pays? Quels sont les avantages ou les inconvénients de ces inscriptions et quel en serait le coût?

c) La loi applicable dans tel ou tel pays interdit-elle la constitution d'une sûreté sur certaines catégories de droits de propriété intellectuelle visées dans les exemples?

d) La sûreté peut-elle être constituée de manière à couvrir non seulement les droits de propriété intellectuelle existants mais aussi les droits de propriété intellectuelle futurs que crée ou acquiert le constituant? Dans l'exemple 1, la sûreté accordée à la Banque A peut-elle être automatiquement étendue aux nouveaux

brevets de médicaments obtenus par la Société A et aux nouvelles demandes de brevet déposées par celle-ci?

e) Lorsqu'il est proposé de grever les redevances provenant de licences ou de sous-licences (comme dans les exemples 3, 4 et 5), existe-t-il une procédure simple qui permette à l'emprunteur de constituer une sûreté sur les rentrées attendues au titre des licences ou sous-licences? Les clauses des licences ou sous-licences interdisent-elles au donneur de la licence ou de la sous-licence de consentir une sûreté réelle mobilière sur la licence ou la sous-licence ou limitent-elles cette possibilité? Dans l'affirmative, quel est l'effet d'une telle interdiction ou restriction dans la loi applicable (par exemple cette interdiction ou restriction est-elle reconnue ou considérée comme inopposable)?

f) Dans chacune des situations envisagées dans les exemples 1 à 5, existe-t-il un moyen efficace pour le prêteur de réaliser sa sûreté sur les droits de propriété intellectuelle en question si le constituant ne s'acquitte pas de ses obligations en vertu de l'accord de financement?

39. Les exemples 6 à 9 soulèvent des questions quelque peu différentes pour le préteur:

a) Si, dans l'exemple 6, la Banque F souhaite réaliser la sûreté constituée sur les articles de marque, serait-elle tenue d'obtenir le consentement des donneurs de licence de ces marques ou de leur payer des redevances ou encore de s'acquitter d'autres obligations de la Société F en vertu des accords de licence? La Banque F a-t-elle le droit de disposer des articles de marque sans le consentement des propriétaires des marques? Ces questions obligeront bien entendu le prêteur à examiner les dispositions des accords de licence en question;

b) Qu'adviendrait-il si, alors que le financement octroyé à la Société F n'a pas encore été remboursé, l'un des donneurs de licence de marque devient insolvable? L'administrateur de l'insolvabilité du donneur de licence pourrait-il mettre fin à la licence accordée à la Société F? Si, d'un autre côté, le donneur de la licence n'est pas insolvable mais est néanmoins défaillant à l'égard de son propre prêteur et si celui-ci transfère la marque à un tiers dans le cadre de la réalisation de sa sûreté réelle mobilière, ce transfert aurait-il pour effet de mettre fin à la licence accordée à la Société F? Le résultat dépendrait-il de la question de savoir si la licence accordée à la Société F l'a été avant ou après la constitution de la sûreté en faveur du prêteur du donneur de licence? Quel serait l'effet de la résiliation de la licence sur la possibilité pour la Banque F, en cas de défaillance de la Société F, de disposer des biens existants fabriqués sous licence pendant que l'accord de licence était en vigueur?

c) En cas d'insolvabilité de la Société F, pourrait-elle néanmoins continuer à exploiter les licences si elle est soumise à une procédure de redressement conformément à la loi sur l'insolvabilité applicable ou, au minimum, aurait-elle le droit, en vertu des accords de licence, d'achever les travaux en cours? Dans quelles circonstances, le cas échéant, la Société F serait-elle autorisée par la loi sur l'insolvabilité applicable à céder les licences à un tiers dans le cadre de la vente de l'entreprise à un repreneur, avec l'approbation du tribunal de l'insolvabilité?

d) Les accords de licence conclus par la Société F restreignent-ils la possibilité pour celle-ci de divulguer des informations confidentielles à la Banque F pour que celle-ci puisse déterminer la valeur que les marques présentent comme

garantie? Autrement dit, la Banque F a-t-elle le droit d'obtenir des informations confidentielles appartenant au donneur de licence alors que celles-ci ne doivent pas être divulguées? La Banque F peut-elle alors utiliser sans restriction ces informations confidentielles?

e) Dans les exemples 7 et 8, les banques se trouvent confrontées aux mêmes questions de diligence raisonnable que la banque dans l'exemple 6. Les réponses dans l'exemple 7 sont-elles différentes du fait que la Société G est un distributeur et non le fabricant des biens en question? Les réponses dans l'exemple 8 sont-elles différentes parce que le droit de propriété intellectuelle en question est le droit d'auteur et non une marque? Le fait que certains livres sont vendus (et peuvent entraîner un épuisement des droits, voir par. 93 ci-dessous et A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, par. 81 à 84), tandis que d'autres se trouvent en dépôt a-t-il des conséquences différentes?

f) Les réponses à l'exemple 9 sont-elles différentes parce que les droits de propriété intellectuelle en question sont des brevets et non des marques?

40. Enfin, l'exemple 10 concerne une situation de plus en plus fréquente où le crédit est garanti par un nantissement global d'entreprise. Ce mécanisme de sûreté efficace et économique, qui permet de constituer une sûreté réelle mobilière sur la totalité ou la quasi-totalité des biens actuels et futurs du constituant, est reconnu dans un nombre croissant d'États (sous réserve, dans certains États, d'exceptions pour les créanciers chirographaires et d'autres limitations) (pour un examen plus détaillé du nantissement global d'entreprise, voir section II, A, 7 d), par. 64 à 70 du Guide). En règle générale, les droits de propriété intellectuelle du constituant entrent dans l'assiette large du nantissement global d'entreprise. Conformément à l'approche suivie dans l'ensemble de la présente annexe, la sûreté est toutefois soumise aux dispositions et exigences particulières du droit de la propriété intellectuelle concernant la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation des sûretés réelles mobilières. Le nantissement global d'entreprise peut néanmoins présenter une valeur considérable pour le créancier garanti. Ainsi, en cas de procédure d'insolvabilité ouverte contre le constituant, la sûreté prise sur la propriété intellectuelle dans le cadre du nantissement global de l'entreprise peut tout à fait être opposable à l'administrateur de l'insolvabilité. De même, si l'entreprise du constituant est vendue dans le cadre de la procédure d'insolvabilité, une telle sûreté peut permettre au créancier de prétendre avec succès à un plus grand pourcentage du produit de la vente, en particulier lorsque le prix de la vente est fondé dans une large mesure sur la propriété intellectuelle du constituant[11].

41. Une question pratique qui se pose pour les 10 exemples est de savoir comment l'emprunteur peut obtenir une évaluation exacte de ses droits de propriété intellectuelle, qui lui permettra ainsi de maximiser le montant du crédit qui lui sera octroyé sur la base de ces droits. La loi sur les opérations garanties ne peut répondre à cette question. Cependant, dans la mesure où elle a une incidence sur l'affectation de la propriété intellectuelle en garantie d'un crédit, certaines difficultés liées à

---

[11] Il se peut que certaines de ces questions soient traitées dans la législation régissant des droits de propriété intellectuelle particuliers. L'article 19, par exemple, du Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire dispose que la marque communautaire peut, indépendamment de l'entreprise, être donnée en gage ou faire l'objet d'un autre droit réel et que, sur requête d'une des parties, ces droits sont inscrits au registre des marques communautaires.

l'évaluation de la propriété intellectuelle doivent être comprises et traitées. Par exemple, bien que l'évaluation doive tenir compte de la valeur de la propriété intellectuelle elle-même et des flux de trésorerie escomptés, il n'existe aucune formule universellement acceptée à cette fin. Du fait de l'importance grandissante de la propriété intellectuelle en tant que garantie de crédits, prêteurs et emprunteurs peuvent généralement, dans certains États, demander conseil à des experts indépendants en propriété intellectuelle.

E. Principaux objectifs et principes fondamentaux

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 42 à 45, voir A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 61 à 75, et A/CN.9/649, par. 88 à 97*.]

42. Le Guide a pour objectif général de promouvoir le crédit garanti. Il examine plusieurs objectifs supplémentaires, comme la prévisibilité et la transparence (voir Introduction, Section C, 2, du Guide), qui concourent à la réalisation de cet objectif général. Il énonce également plusieurs principes fondamentaux sur lesquels il s'appuie. Ces principes sont notamment les suivants: le champ d'application large des lois sur les opérations garanties, l'approche intégrée et fonctionnelle des opérations garanties (approche dans laquelle toutes les opérations remplissant une fonction de sûreté, quelle que soit leur dénomination, sont considérées comme des mécanismes de sûreté) et la possibilité de constituer une sûreté réelle mobilière sur des biens futurs (voir Introduction, section C, 3 du Guide).

43. Ces objectifs principaux et ces principes fondamentaux sont tout aussi valables pour les opérations garanties utilisant la propriété intellectuelle. Ainsi, le Guide a pour objectif général, en ce qui concerne la propriété intellectuelle, de promouvoir le crédit garanti en faveur des entreprises titulaires de droits de propriété intellectuelle ou autorisées à exploiter de tels droits, en leur permettant d'utiliser ceux-ci comme biens grevés, tout en protégeant les droits légitimes des titulaires, des donneurs de licence et des preneurs de licence de propriété intellectuelle. De même, tous les objectifs et principes mentionnés ci-dessus s'appliquent aux opérations garanties dans lesquelles le bien grevé est un droit de propriété intellectuelle ou comprend un droit de propriété intellectuelle. Par exemple, le Guide vise à:

a) Permettre aux personnes ayant des droits sur la propriété intellectuelle d'utiliser cette dernière pour garantir un crédit (voir Principal objectif 1, alinéa a));

b) Permettre aux personnes ayant des droits sur la propriété intellectuelle d'utiliser la valeur totale de leurs biens pour obtenir des crédits (voir Principal objectif 1, alinéa b));

c) Permettre aux personnes ayant des droits sur la propriété intellectuelle de constituer une sûreté réelle mobilière sur ces droits de manière simple et efficace (voir Principal objectif 1, alinéa c));

d) Laisser aux parties à des opérations garanties concernant la propriété intellectuelle le maximum de latitude pour négocier les conditions de leur convention constitutive de sûreté (voir Principal objectif 1, alinéa i));

e) Permettre aux parties intéressées de déterminer l'existence de sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle de manière claire et prévisible (voir Principal objectif 1, alinéa f));

f) Permettre aux créanciers garantis de déterminer la priorité de leur sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle de manière claire et prévisible (voir Principal objectif 1, alinéa g)); et

g) Faciliter la réalisation efficace des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle (voir Principal objectif 1, alinéa h)).

44. Le droit de la propriété intellectuelle a pour but général d'encourager la création et la diffusion d'idées nouvelles ou de découvertes. À cette fin, il accorde certaines prérogatives exclusives aux titulaires de droits. Afin d'assurer la réalisation des principaux objectifs de la loi sur les opérations garanties sans compromettre les objectifs du droit de la propriété intellectuelle et de fournir ainsi des mécanismes pour financer l'activité créative et la diffusion des fruits de cette activité, le Guide énonce un principe général qui régit la relation entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle. Ce principe figure dans la recommandation 4 b) (voir section II, A, 4 ci-dessous). Il suffit ici de noter que le régime exposé dans le Guide ne vise en aucune façon à définir le contenu des droits de propriété intellectuelle, à décrire l'étendue des droits qu'un titulaire, un donneur de licence ou un preneur de licence peut exercer ni à interdire à un titulaire de droits de protéger la valeur de ces derniers en empêchant l'utilisation non autorisée de la propriété intellectuelle. À cet égard, l'objectif principal, à savoir promouvoir le crédit garanti en ce qui concerne la propriété intellectuelle, devrait être atteint de façon à ne pas compromettre les objectifs fixés par le droit de la propriété intellectuelle, qui sont d'empêcher une utilisation non autorisée de la propriété intellectuelle ou de protéger la valeur de cette dernière et donc d'encourager l'innovation et la créativité.

45. Il faudrait également interpréter cet objectif principal dans le contexte de la propriété intellectuelle comme désignant la nécessité d'éviter toute diminution de la valeur de la propriété intellectuelle et son abandon involontaire (ainsi, le défaut d'exploitation sérieuse d'une marque, le fait de ne pas l'utiliser sur tous les biens ou services, ou l'absence de contrôle de la qualité adéquat peut se traduire par une perte de la valeur voire un abandon de la propriété intellectuelle). De plus, dans le cas de biens ou de services associés à des marques, la loi sur les opérations garanties devrait éviter toute confusion chez les consommateurs quant à l'origine des biens ou des services (par exemple, lorsqu'un créancier garanti remplace le nom et l'adresse du fabricant sur les biens pour y indiquer son nom et son adresse ou lorsqu'il conserve la marque et vend les biens dans un pays où la marque appartient à une autre personne). Enfin, la loi sur les opérations garanties ne devait pas permettre que la constitution d'une sûreté sur les droits d'un preneur de licence découlant d'une licence personnelle emporte transfert desdits droits sans l'accord du titulaire des droits.

II. Champ d'application et autonomie des parties

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 46 et 47, voir A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 82 à 108, et A/CN.9/649, par. 81 à 87.*]

A. Champ d'application large

46. Le Guide s'applique aux sûretés réelles mobilières créées ou acquises par une personne morale ou physique sur tous les types de biens meubles, y compris la propriété intellectuelle, afin de garantir tous types d'obligations, ainsi qu'à toutes les opérations remplissant une fonction de sûreté, quelle que soit la manière dont elles sont dénommées par les parties ou qualifiées par la loi antérieure (voir recommandations 2 et 8). L'Annexe a un champ d'application tout aussi large en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle.

1. Biens grevés visés

47. C'est au droit de la propriété intellectuelle qu'il revient de caractériser les types de propriété intellectuelle et de déterminer si chacun de ces types est susceptible d'être transféré (et donc d'être grevé). Le Guide et l'Annexe partent cependant du principe général qu'une sûreté réelle mobilière peut être constituée sur un brevet, une marque et le droit patrimonial d'un auteur (mais non sur le droit moral, si le droit de la propriété intellectuelle ne le permet pas). Ils partent également du principe que peuvent être grevés diverses prérogatives exclusives d'un titulaire de droits, mais aussi les droits d'un donneur de licence ou les droits d'un preneur de licence. Un tempérament important est cependant apporté au champ d'application du Guide et de l'Annexe qui vient d'être décrit. En vertu des règles générales du droit des biens, il faut que le droit devant être grevé soit susceptible d'être transféré conformément au droit commun des biens et de la propriété intellectuelle.

2. Opérations visées

48. Comme il a été indiqué, le Guide s'applique à toutes les opérations ayant fonction de sûreté, indépendamment de la façon dont elles sont désignées par les parties ou par le droit de la propriété intellectuelle. En d'autres termes, que le droit de la propriété intellectuelle considère le transfert d'un droit de propriété intellectuelle à un créancier à des fins de garantie comme un transfert conditionnel voire comme un transfert "pur et simple", le Guide considère que cette opération donne seulement naissance à une sûreté réelle mobilière et il s'y applique en conséquence.

3. Transferts purs et simples de propriété intellectuelle

49. Le Guide s'applique au transfert pur et simple (en d'autres termes le transfert pur et simple de la propriété) de créances (recommandation 3). Du fait qu'il considère les redevances dues par le preneur de la licence de propriété intellectuelle comme des créances, il s'applique au transfert pur et simple du droit de percevoir ces redevances. Si les transferts purs et simples de créances sont inclus dans le champ d'application du Guide, c'est parce qu'ils sont habituellement considérés comme des opérations de financement et qu'il est souvent difficile, dans la pratique, de les distinguer de prêts adossés à ces créances.

50. Le Guide s'applique également aux transferts de tous biens meubles à titre de garantie, qu'il considère comme des sûretés (voir recommandation 2 d)). Il ne s'applique toutefois pas au transfert pur et simple d'autres biens meubles, y compris la propriété intellectuelle, sauf en cas de conflit de priorité entre le bénéficiaire du transfert pur et simple et un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur le bien concerné. Cette exclusion s'explique par le fait que ce type de transfert est suffisamment régi par d'autres lois, y compris le droit de la propriété intellectuelle, et que, dans le cas de certains types de propriété intellectuelle, il est soumis à inscription sur un registre spécialisé.

4. Limitation du champ d'application

51. Le Guide part du principe que, pour faciliter l'accès à un financement adossé à la propriété intellectuelle, les États adoptant ses recommandations prévoiront des règles sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle dans leur régime moderne des opérations garanties. Le Guide reconnaît toutefois qu'il faut aussi, ce faisant, respecter les principes et l'infrastructure des lois concernant la propriété intellectuelle de l'État adoptant (voir recommandation 4 b)).

52. Les différents chapitres de la présente Annexe traitent en détail des points de recoupement potentiels entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle. Aux fins de cet examen plus détaillé des conséquences de la recommandation 4 b), il est utile à ce stade de distinguer: a) les questions qui relèvent manifestement du droit de la propriété intellectuelle et dans lesquelles le Guide n'intervient aucunement; et b) les questions sur lesquelles les règles énoncées dans le Guide peuvent être supplantées ou complétées par une règle de la loi concernant la propriété intellectuelle qui régit la même question mais d'une manière différente.

a) Distinction entre les droits de propriété intellectuelle et les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle

53. Le Guide traite uniquement des questions juridiques qui relèvent exclusivement de la loi sur les opérations garanties, et non des questions relatives à la nature et aux attributs juridiques du bien objet de la sûreté réelle mobilière. Ces dernières questions sont l'apanage des règles du droit des biens applicables en l'espèce (les créances constituant la seule exception partielle dans la mesure où le Guide s'applique aussi aux transferts purs et simples de créances).

54. Dans le cadre d'un financement garanti par la propriété intellectuelle, il en découle que le Guide ne traite pas, ni n'entend traiter, les questions concernant l'existence, la validité et le contenu de la propriété intellectuelle du constituant. Ces questions sont tranchées exclusivement par le droit de la propriété intellectuelle applicable. Il va de soi que le créancier garanti devra prêter attention à ces règles afin d'évaluer l'existence et la qualité des biens grevés, chose qui vaudrait cependant pour tout autre bien. On trouvera ci-après une liste illustrative des questions traitées par le droit de la propriété intellectuelle concernant cette évaluation:

Droits d'auteur:

a) Détermination de la personne ayant qualité d'auteur ou de coauteur;

b) Durée de la protection du droit d'auteur;

c) Limites et exceptions à la protection;

d) Nature de la protection (expression matérialisée par l'œuvre, et non idée sous-jacente, et distinction entre les deux);

e) Portée et transférabilité du droit moral;

f) Relations entre les bénéficiaires du transfert du droit de l'auteur d'une œuvre préexistante et les titulaires du droit d'auteur sur une œuvre dérivée;

g) Attribution de la propriété originelle en cas d'œuvre sur commande et d'œuvre créée par un salarié dans le cadre de son emploi.

Brevets:

a) Détermination de la personne ayant qualité d'inventeur ou de coïnventeur;

b) Conséquences juridiques de l'enregistrement (par exemple validité) d'un brevet et lieu d'enregistrement;

c) Portée et durée de la protection;

d) Motifs de contestation de la validité (évidence ou absence de nouveauté);

e) Question de savoir si une publication antérieure entraîne la non-brevetabilité;

f) Question de savoir si la protection est accordée au premier inscrit ou à la première personne ayant conçu l'invention ou l'ayant mise en application.

Marques:

a) Détermination du premier utilisateur ou du titulaire des droits sur la marque;

b) Question de savoir si la protection est octroyée au premier utilisateur de la marque ou à la première personne ayant inscrit la marque;

c) Question de savoir si l'utilisation antérieure est une condition préalable à l'inscription sur le registre des marques ou si le droit est obtenu par l'inscription initiale puis maintenu du fait de l'utilisation ultérieure;

d) Fondement de la protection du droit (caractère distinctif);

e) Motifs de déchéance de la protection (le titulaire du droit ne fait pas en sorte que la marque reste associée aux biens du propriétaire mis sur le marché) par exemple lorsque:

i) Le titulaire concède une licence sans contrôler directement ou indirectement la qualité ou la nature des biens ou services désignés par la marque ("licence nue"); et

ii) La marque est modifiée au point que son apparence ne correspond plus à la marque enregistrée;

f) Question de savoir si la marque peut être transférée avec ou sans le fonds de commerce.

b) Domaines de recoupement potentiel entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle

55. Les questions qui viennent d'être abordées n'exigent pas qu'il soit donné préséance au droit de la propriété intellectuelle car le Guide n'a aucunement vocation à les traiter. En d'autres termes, il ne s'agit pas de questions pour lesquelles le principe posé à la recommandation 4 b) s'applique. Le problème de la préséance se pose lorsque la loi de l'État adoptant concernant la propriété intellectuelle prévoit une règle sur une question qui entre dans le champ d'application du Guide, à savoir une question qui a trait à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité ou à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle ou à la loi applicable à cette sûreté.

56. Il est impossible d'indiquer dans l'abstrait la portée et les conséquences précises d'une telle préséance, étant donné que la mesure dans laquelle des règles spécifiques sur la propriété intellectuelle ont été établies varie considérablement d'un État à l'autre, voire au sein d'un même État, selon la catégorie de propriété intellectuelle envisagée. Les exemples ci-après illustrent cependant certaines situations types.

Exemple 1

57. Certains États, où la constitution d'une sûreté réelle mobilière se fait par transfert de la propriété du bien grevé, n'admettent pas la création d'une sûreté sur une marque, par crainte que le transfert de la propriété au créancier garanti ne compromette le contrôle de la qualité exigé de la part du titulaire de la marque. Si les États en question adoptaient les recommandations du Guide, cette interdiction n'aurait plus raison d'être, car, selon la conception que le Guide se fait de la sûreté réelle mobilière, le constituant reste propriétaire des biens grevés. Toutefois, l'adoption des recommandations du Guide ne supprimerait pas automatiquement l'interdiction. L'exigence de préséance signifie qu'il serait nécessaire de modifier la législation sur la propriété intellectuelle concernée.

Exemple 2

58. Dans quelques États, le droit de la propriété intellectuelle exige l'inscription sur un registre spécialisé de la propriété intellectuelle pour la constitution ou l'opposabilité soit d'un transfert pur et simple uniquement, soit à la fois d'un transfert pur et simple et d'une sûreté réelle mobilière portant sur la catégorie de propriété intellectuelle soumise à inscription sur ce registre. Compte tenu du principe de préséance accordée au droit de la propriété intellectuelle dans la recommandation 4 b), l'adoption des recommandations du Guide n'aurait aucune incidence sur l'application de cette règle et l'inscription au registre spécialisé continuera d'être exigée. Toutefois, cette préséance risque de compromettre l'objectif du Guide, qui est de faciliter les opérations garanties. À la différence du registre général des sûretés recommandé dans le Guide, il est souvent impossible d'inscrire, dans les registres de la propriété intellectuelle existants, un avis de sûreté au nom de constituant ou d'y procéder à une inscription concernant la propriété intellectuelle future. En fait, les sûretés réelles mobilières ne peuvent être inscrites que pour la propriété intellectuelle existante et de nouveaux avis doivent être enregistrés pour qu'une sûreté couvre chaque nouvelle propriété intellectuelle qui sera acquise par le constituant dans l'avenir.

Exemple 3

59. Dans certains États, le droit de la propriété intellectuelle prévoit l'inscription dans leurs registres de la propriété intellectuelle aussi bien pour les transferts purs et simples que pour les sûretés réelles mobilières, mais cette inscription n'est pas impérative au sens de "condition préalable absolue" à la constitution ou à l'opposabilité. Cependant, l'inscription a des conséquences en matière de priorité, car une opération non inscrite peut se voir primée par une opération inscrite. Dans ces États, la recommandation 4 b) permettrait de préserver cette règle du droit de la propriété intellectuelle. Il est donc probable qu'un créancier garanti désireux d'obtenir une protection optimale doive enregistrer sa sûreté à la fois au registre général des sûretés et au registre de la propriété intellectuelle. En effet: a) la loi sur les opérations garanties exige l'inscription au registre général des sûretés pour assurer l'opposabilité; et b) l'inscription au registre de la propriété intellectuelle sera nécessaire pour protéger le créancier garanti contre le risque de voir sa sûreté primée en raison de l'inscription d'un transfert pur et simple concurrent ou d'une sûreté réelle mobilière concurrente au registre de la propriété intellectuelle conformément aux règles du droit de la propriété intellectuelle régissant la priorité.

60. Dans certains États, l'inscription des transferts et des sûretés réelles mobilières au registre de la propriété intellectuelle protège contre un transfert ou une sûreté antérieur non inscrit uniquement si la personne qui a inscrit son droit a acquis ce dernier sans avoir connaissance du droit non enregistré (par exemple s'il s'agit d'un acquéreur de bonne foi). Dans les États où cette règle constitue une disposition du droit de la propriété intellectuelle auquel le Guide donne préséance conformément à la recommandation 4 b) (et non une règle générale de la loi sur les opérations garanties qui existe dans l'ensemble du système juridique de l'État), l'adoption des recommandations du Guide soulèvera une autre question, à savoir si l'inscription d'une sûreté grevant la propriété intellectuelle, au registre général des sûretés, est présumée informer un créancier garanti ultérieur qui inscrit sa sûreté au registre de la propriété intellectuelle. Si tel est le cas, dans les États dont la loi prévoit cette règle de l'acquéreur de bonne foi, un créancier garanti ayant inscrit sa sûreté au registre général des sûretés n'aurait pas à l'inscrire également au registre de la propriété intellectuelle afin de l'emporter sur les créanciers garantis et les bénéficiaires de transferts ultérieurs.

Exemple 4

61. Le droit de la propriété intellectuelle de certains États prévoit l'inscription, sur leurs registres de la propriété intellectuelle, des transferts de propriété intellectuelle, mais non des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle. Dans ces cas, l'inscription a des conséquences en termes de priorité uniquement entre les bénéficiaires de transferts mais non entre le bénéficiaire d'un transfert et un créancier garanti. Dans les États qui suivent cette approche, un créancier garanti devra s'assurer que tous les transferts de propriété intellectuelle en faveur de son constituant soient dûment inscrits au registre de la propriété intellectuelle afin d'éviter le risque que les droits de propriété de ce dernier soient primés par un transfert ultérieur inscrit. Autrement, toutefois, les droits du créancier garanti seront déterminés par le régime des opérations garanties. De même, le créancier garanti devra s'assurer que tout transfert à titre de garantie réalisé en sa faveur par le constituant soit dûment inscrit au registre de la propriété intellectuelle afin d'éviter

le risque qu'un transfert ultérieur du constituant ne l'emporte sur ce transfert à titre de garantie.

Exemple 5

62. Dans le droit de la propriété intellectuelle de certains États, l'inscription des transferts et des sûretés réelles mobilières au registre de la propriété intellectuelle est strictement facultative et ne vise qu'à faciliter l'identification de l'actuel titulaire des droits. Le défaut d'inscription n'invalide pas l'opération ni n'affecte sa priorité (mais pourrait créer des présomptions). Dans les États qui adoptent cette approche, la situation est pour l'essentiel la même que s'il n'existait aucun registre spécialisé, ce qui est souvent le cas pour le droit d'auteur. Lorsque ces questions sont traitées dans le droit de la propriété intellectuelle, le Guide ne s'applique pas. En revanche, lorsque ces questions relèvent du droit commun des biens, aucun problème de préséance ne se pose, puisque les règles antérieures au Guide ne découlent pas de la loi concernant la propriété intellectuelle mais du droit des biens en général. En conséquence, l'adoption du Guide permettra de remplacer les règles existantes notamment sur la constitution, l'opposabilité et la priorité pour les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle. Il est entendu que les règles antérieures sur ces questions continueront de s'appliquer aux transferts purs et simples de propriété intellectuelle, puisque le Guide ne régit que les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle. Le créancier garanti devra par conséquent vérifier la qualité de tout transfert pur et simple de propriété intellectuelle réalisé en faveur de son constituant. Cette gestion du risque n'est cependant en rien différente de celle qui s'impose pour tout autre type de bien grevé, pour lequel n'existe aucun registre spécialisé.

Exemple 6

63. La question de savoir qui est titulaire des droits de propriété intellectuelle dans une succession de transferts relève du droit de la propriété intellectuelle. En revanche, la question de savoir si un transfert doit être qualifié de transfert pur et simple ou de transfert à titre de garantie est régie par le droit des biens et par la loi sur les opérations garanties.

Exemple 7

64. Là encore, le droit de la propriété intellectuelle peut prévoir des règles spécialisées régissant les modalités de saisie et de vente, par un créancier, de la propriété intellectuelle en exécution d'un jugement prononcé contre le titulaire des droits. Dans ce cas, c'est le droit de la propriété intellectuelle qui s'applique et non les règles de réalisation prévues dans le Guide. En l'absence, toutefois, de dispositions particulières sur la question dans le droit de la propriété intellectuelle et si l'exécution des jugements est régie par le Code de procédure civile ou par une loi sur l'exécution, le régime prévu dans le Guide pour la réalisation des sûretés réelles mobilières l'emporterait sur les règles nationales générales régissant l'exécution forcée des obligations et des jugements. De même, en l'absence de dispositions spécifiques sur la réalisation extrajudiciaire dans le droit de la propriété intellectuelle, le régime prévu dans le Guide pour la réalisation extrajudiciaire des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle s'appliquerait (voir A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, chapitre sur la réalisation).

B. Application du principe de l'autonomie des parties aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle

65. Le Guide consacre d'une manière générale le principe de l'autonomie des parties. Il prévoit cependant un certain nombre d'exceptions (voir recommandations 10, 111 et 112). Ce principe s'applique également aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle dans la mesure où le droit de la propriété intellectuelle ne limite pas l'autonomie des parties (voir A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, par. 62 et 63). Il est à noter que les recommandations 111 à 113 s'appliquent uniquement aux biens meubles corporels du fait qu'elles font référence à la possession des biens grevés et que par définition il est impossible de "posséder" des biens meubles incorporels.

66. Une illustration particulière du principe de l'autonomie des parties dans une opération garantie portant sur la propriété intellectuelle serait la suivante: le constituant et le créancier garanti peuvent convenir que le second pourra acquérir certaines prérogatives du titulaire des droits découlant du droit de la propriété intellectuelle et donc être autorisé à procéder à des inscriptions, ou à renouveler des inscriptions, de même qu'à poursuivre les auteurs d'atteintes. Cette convention pourrait prendre la forme d'une clause spéciale dans la convention constitutive de sûreté ou d'un accord séparé entre le constituant et le créancier garanti, car la simple obtention d'une sûreté ne confère pas à ce dernier la qualité de titulaire des droits (sauf si le droit de la propriété intellectuelle qualifie les droits du créancier garanti découlant du Guide de prérogatives du titulaire des droits ou autorise le titulaire et le créancier garanti à s'accorder sur le fait que ce dernier sera le titulaire des droits).

67. On notera que les dommages-intérêts perçus en cas d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle entreraient dans la définition de "produit" ("tout ce qui est reçu en relation avec des biens grevés"), auquel s'étendrait la sûreté portant sur la propriété intellectuelle initialement grevée. Toutefois, le droit de poursuivre les auteurs d'atteintes (par opposition au droit de recevoir paiement des dommages-intérêts en réparation de ces atteintes) est une autre question. Il ne s'agirait pas d'un produit car il ne correspondrait pas à "tout ce qui est reçu en relation avec des biens grevés", formule qui apporte une précision à la liste indicative (non exhaustive) figurant dans la définition ("y compris ... et les créances nées d'un vice, de l'endommagement ou de la perte d'un bien grevé").

III. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 68 à 102, voir A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 112 à 133, et A/CN.9/649, par. 16 à 28.*]

68. Les remarques et recommandations générales du Guide relatives à la constitution d'une sûreté réelle mobilière s'appliquent aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle (voir recommandations 13 à 19). Elles sont néanmoins complétées par les remarques spéciales qui suivent.

A. Concepts de constitution et d'opposabilité

69. Pour tous les types de bien grevé (y compris la propriété intellectuelle), le Guide établit une distinction entre la constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties) et son opposabilité (efficacité à l'égard des tiers), prévoyant pour chacune des règles différentes. Dans de nombreux États, le droit de la propriété intellectuelle ne fait pas toujours cette distinction (voir A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, par. 1 à 3).

70. Si la loi concernant la propriété intellectuelle dans un État traite la question sans établir de distinction entre la constitution et l'opposabilité d'une sûreté grevant la propriété intellectuelle, les recommandations du Guide énonçant les conditions à remplir pour constituer une sûreté et la rendre opposable ne s'appliquent pas dans la mesure où elles sont incompatibles avec cette loi. Cette question est donc régie par les règles du droit de la propriété intellectuelle qui s'appliquent en l'espèce. Si, en revanche, la loi concernant la propriété intellectuelle n'aborde pas la question, les recommandations du Guide s'y appliquent. Les États qui adopteront les recommandations du Guide souhaiteront peut-être envisager de revoir leurs lois concernant la propriété intellectuelle afin de déterminer si les différents concepts et règles relatifs aux questions de constitution et d'opposabilité des sûretés grevant la propriété intellectuelle concourent à la réalisation d'objectifs particuliers du droit de la propriété intellectuelle (plutôt que d'autres branches de droit, comme le droit des biens, le droit des contrats ou la loi sur les opérations garanties) et s'ils devraient être conservés ou harmonisés avec les concepts et les règles correspondants de la loi recommandée dans le Guide.

B. Concept unitaire de sûreté réelle mobilière

71. La loi concernant la propriété intellectuelle peut autoriser la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle, en se référant à différents concepts – transfert pur et simple ou conditionnel de la propriété intellectuelle, hypothèque, nantissement, fiducie – ou à des termes similaires. Le Guide emploie le terme "sûreté réelle mobilière" pour désigner toutes les opérations remplissant une fonction de sûreté. Il adopte ce que l'on appelle une "approche unitaire" des opérations garanties. Bien que le Guide envisage, à titre d'exception, la possibilité pour les États qui suivent l'approche non unitaire dans le contexte limité du financement d'acquisitions de conserver des opérations appelées "réserve de propriété" ou "crédit-bail", cette exception ne vaut que pour les biens meubles corporels et ne s'appliquerait donc pas à la propriété intellectuelle. Les États adoptant les recommandations du Guide souhaiteront peut-être revoir leur loi concernant la propriété intellectuelle afin: a) de remplacer tous les termes employés pour désigner le droit d'un créancier garanti par "sûreté réelle mobilière"; ou b) de prévoir que, indépendamment du terme employé, les droits remplissant les fonctions d'une sûreté recevront le même traitement, qui ne sera pas incompatible avec celui prévu dans le Guide pour les sûretés réelles mobilières.

C. Conditions requises pour la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle

72. Le Guide exige une convention écrite pour la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble incorporel. Il exige aussi que le constituant ait des droits sur le bien devant être grevé ou ait le pouvoir de le grever. La convention doit exprimer la volonté des parties de constituer une sûreté réelle mobilière, identifier le créancier garanti et le constituant et décrire l'obligation garantie ainsi que les biens grevés (voir recommandations 13 à 15). Comme il a été indiqué plus haut, aucune formalité supplémentaire n'est exigée pour constituer une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble incorporel. Les formalités supplémentaires (par exemple l'inscription d'un avis au registre général des sûretés) visent à assurer l'opposabilité d'une sûreté.

73. Toutefois, dans de nombreux États, le droit de la propriété intellectuelle soumet la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle à différentes conditions. Ainsi, l'inscription d'une sûreté grevant la propriété intellectuelle (par exemple un transfert à titre de garantie, une hypothèque ou un nantissement portant sur la propriété intellectuelle) peut être exigée pour que la sûreté soit constituée. La loi concernant la propriété intellectuelle exige parfois en outre que la propriété intellectuelle devant être grevée soit décrite précisément dans la convention constitutive de sûreté. Ainsi, il se peut qu'une description jugée suffisante dans le Guide (par exemple une description du type "l'ensemble de la propriété intellectuelle") ne le soit pas au regard du droit de la propriété intellectuelle. Tout dépend des dispositions particulières du régime de la propriété intellectuelle applicable. De même, étant donné que les registres de la propriété intellectuelle indexent les documents enregistrés par droit de propriété intellectuelle, et non par le nom ou autre élément identifiant le constituant, un document qui se limite à mentionner "l'ensemble de la propriété intellectuelle du constituant" ne serait pas suffisant aux fins d'inscription sur ce registre. Il serait en fait nécessaire de désigner chaque droit de propriété intellectuelle dans la convention constitutive de sûreté et dans tous documents enregistrés.

74. Dans tous ces cas, conformément au principe énoncé dans la recommandation 4 b), la loi recommandée dans le Guide ne s'appliquerait que dans la mesure où elle n'est pas incompatible avec la loi concernant la propriété intellectuelle. Les États adoptant le Guide souhaiteront peut-être, bien entendu, envisager de revoir leurs lois concernant la propriété intellectuelle afin de déterminer si les différents concepts et conditions relatifs à la constitution de sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle concourent à la réalisation d'objectifs particuliers du droit de la propriété intellectuelle et s'ils devraient être conservés ou être harmonisés avec les concepts et les règles correspondants prévus dans la loi recommandée par le Guide.

D. Droits du constituant sur la propriété intellectuelle devant être grevée

75. Comme on l'a vu plus haut, un constituant doit avoir des droits sur le bien qu'il souhaite grever ou avoir le pouvoir de le grever (voir recommandation 13). Ce principe de la loi sur les opérations garanties s'applique également à la propriété intellectuelle. De plus, le droit commun des biens ne permet au constituant de

grever ses biens que s'ils sont transférables. Ce principe s'applique lui aussi aux opérations garanties portant sur la propriété intellectuelle. En conséquence, un titulaire de droits ne peut grever ces derniers que s'ils sont transférables conformément au droit de la propriété intellectuelle. En particulier, le titulaire d'une licence de propriété intellectuelle pourra grever sa licence uniquement si celle-ci est transférable conformément au droit de la propriété intellectuelle et aux clauses de l'accord de licence.

E. Distinction entre un créancier garanti et un titulaire de droits en ce qui concerne la propriété intellectuelle

76. La question de savoir qui est titulaire des droits et si les parties peuvent la régler elles-mêmes relève du droit de la propriété intellectuelle. Quoi qu'il en soit, aux fins de la loi sur les opérations garanties recommandée dans le Guide, la personne titulaire des droits grevés le reste malgré la constitution d'une sûreté réelle mobilière et le créancier garanti ne devient pas titulaire des droits au seul motif qu'il a acquis une telle sûreté (sauf si le droit de la propriété intellectuelle assimile les droits acquis par un créancier garanti conformément au Guide aux prérogatives d'un titulaire de droits ou s'il permet simplement au titulaire des droits et au créancier garanti de convenir que le second deviendra le titulaire).

77. Dans le Guide, le créancier garanti peut devenir titulaire des droits si, après défaillance, il acquiert la propriété intellectuelle grevée à titre d'exécution de l'obligation garantie, ce qu'il ne peut faire qu'avec le consentement du constituant et de ses autres créanciers (voir recommandations 156 et 157) ou s'il acquiert la propriété intellectuelle grevée lors d'une vente publique (voir recommandations 141 et 148). Les créanciers garantis, il est vrai, souhaitent savoir comment leurs droits et leurs obligations seront qualifiés dans le droit de la propriété intellectuelle, mais cette qualification ne déterminera pas la manière dont leurs droits seront qualifiés par la loi sur les opérations garanties. Elle ne déterminera pas non plus la façon dont ces droits seront exercés dans le cadre de la loi sur les opérations garanties (voir A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, chapitre sur la réalisation).

F. Types de droits sur la propriété intellectuelle pouvant faire l'objet d'une sûreté réelle mobilière

78. Le Guide permet la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur les droits du titulaire ou sur les droits qu'un accord de licence confère au donneur ou au preneur de la licence. Une sûreté réelle mobilière peut également être créée sur la propriété intellectuelle utilisée en rapport avec un bien meuble corporel (par exemple des montres de créateur ou des vêtements de marque). La propriété intellectuelle doit être transférable conformément au droit de la propriété intellectuelle et être mentionnée dans la convention constitutive de sûreté.

1. Droits du titulaire

79. Le Guide s'applique aux opérations garanties dans lesquelles le titulaire grève ses droits. Ainsi, une sûreté réelle mobilière efficace et réalisable peut être constituée à condition que ces droits soient transférables conformément à la loi concernant la propriété intellectuelle. Il s'agit des droits suivants: le droit

d'empêcher l'utilisation non autorisée de la propriété intellectuelle et de poursuivre les auteurs d'atteintes, le droit d'inscrire la propriété intellectuelle et le droit d'autoriser autrui à utiliser la propriété intellectuelle.

80. En règle générale, la prérogative essentielle du titulaire des droits est la possibilité d'empêcher tout usage non autorisé et de poursuivre toute violation de la propriété intellectuelle. Si le droit de la propriété intellectuelle considère que cette prérogative est transférable, elle peut alors être grevée d'une sûreté réelle mobilière à laquelle le Guide s'appliquera. Si la prérogative est inaliénable conformément au droit de la propriété intellectuelle, elle ne peut faire l'objet d'une sûreté, étant donné que le Guide ne prévaut pas sur les dispositions légales interdisant le transfert de biens, à l'exception de certaines interdictions concernant les créances futures et les cessions globales de créances (voir recommandation 18).

81. En ce qui concerne le droit de poursuivre les auteurs d'atteintes, il est à noter que, si au moment de la constitution de la sûreté une violation a été commise, le titulaire des droits en a poursuivi les auteurs et ces derniers ont versé des dommages-intérêts, alors le montant versé avant la constitution de la sûreté ne fera pas partie de la propriété intellectuelle grevée et le créancier garanti ne pourra y prétendre en cas de défaillance en tant que bien initialement grevé. En revanche, si les dommages-intérêts sont versés après la constitution de la sûreté (pour une atteinte survenue avant ou après cette constitution), le créancier garanti peut y prétendre en tant que produit du bien initialement grevé. Si les dommages-intérêts n'ont pas été payés, la créance pourrait faire partie de la propriété intellectuelle initialement grevée et, en cas de défaillance, le créancier garanti pourrait y prétendre. Si l'action est pendante au moment de la constitution de la sûreté, le créancier garanti devrait être en mesure de donner à l'acquéreur de la propriété intellectuelle, en cas de défaillance, le droit de poursuivre l'action (si le droit de la propriété intellectuelle le permet).

82. Les mêmes considérations valent pour ce qui est de savoir si le droit d'inscrire la propriété intellectuelle ou de renouveler une inscription peut être transféré et donc faire partie de la propriété intellectuelle grevée. C'est à la loi concernant la propriété intellectuelle qu'il revient de déterminer si le droit d'inscription ou de renouvellement des inscriptions est une prérogative inaliénable du titulaire. La description du bien grevé dans la convention constitutive de sûreté détermine quant à elle si ce droit fait partie de la propriété intellectuelle grevée.

2. Droits du donneur de licence

83. Comme il a été mentionné plus haut, un accord de licence ne constitue pas une opération garantie et n'emporte pas création d'une sûreté réelle mobilière. Le Guide permet toutefois la constitution d'une sûreté sur les droits d'un donneur de licence. Si ce dernier est le titulaire des droits, il peut créer une sûreté sur ces derniers comme indiqué plus haut. Il peut en outre constituer une sûreté sur son droit de réclamer des redevances et, éventuellement, sur d'autres droits contractuels de valeur, par exemple le droit d'obliger le preneur de licence à faire de la publicité pour la propriété intellectuelle mise sous licence ou le produit pour lequel la propriété intellectuelle est utilisée, ou le droit d'obliger le preneur à commercialiser la propriété intellectuelle mise sous licence uniquement d'une certaine manière. Si le donneur de licence n'est pas le titulaire des droits (mais un preneur de licence qui octroie une sous-licence), il peut constituer une sûreté sur son droit de réclamer des redevances ou sur d'autres droits contractuels de valeur.

84. Le Guide, suivant en cela l'approche adoptée dans la plupart des systèmes juridiques et dans la Convention des Nations Unies sur la cession, considère le droit de recevoir paiement de redevances comme une créance, autrement dit comme un bien distinct de la propriété intellectuelle dont il découle, de la même manière que les loyers sont des biens distincts du meuble ou de l'immeuble dont ils découlent. C'est pourquoi la discussion et les recommandations générales sur les créances, telles que modifiées par la discussion et les recommandations spéciales sur la question, s'appliquent au droit de recevoir paiement des redevances. Il s'ensuit que, dans le Guide, les interdictions légales dont font l'objet la cession de créances futures, la cession de fractions de créances ou les cessions globales de créances sont sans effet (voir recommandation 23). D'autres interdictions ou limitations légales restent cependant applicables (voir recommandation 18). Il est entendu que ce traitement serait soumis aux lois concernant la propriété intellectuelle – en particulier aux règles comptables internationales déterminant comment ou quand des redevances sont acquises (par exemple, Norme comptable internationale 38 (IAS 38) du Conseil international des normes comptables) – qui peuvent soit étendre soit restreindre la possibilité qu'ont les parties de déroger à toute interdiction légale. Ces règles prévoient que les redevances qui ne sont pas acquises conformément aux règles comptables applicables au moment où elles sont cédées sont soumises à un traitement comptable particulier. Ainsi, les parties à un accord de licence et à une convention constitutive d'une sûreté réelle mobilière sur le droit du donneur de licence de recevoir ces redevances devraient tenir en compte dans leurs opérations.

85. Selon le Guide, si un accord de licence (ou de sous-licence), donnant lieu à paiement de redevances, contient une clause qui limite la possibilité pour le donneur de la licence (ou de la sous-licence) de céder les redevances à un tiers ("cessionnaire"), la cession des redevances par le donneur de la licence (ou de la sous-licence) produit néanmoins effet et le preneur de la licence (ou de la sous-licence) ne peut mettre fin à l'accord de licence (ou de sous-licence) du seul fait de la cession des redevances (voir recommandation 24). Le Guide prévoit cependant que, sauf disposition contraire de la loi sur les opérations garanties recommandée, la cession n'a pas d'incidences sur les droits du preneur de la licence (en tant que débiteur des créances cédées) (voir recommandation 117 a)). En particulier, le preneur peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions et tous les droits à compensation qui découlent de l'accord de licence ou de tout autre accord faisant partie de la même opération (voir recommandation 120 a)). Le Guide n'a pas d'incidences non plus sur la responsabilité qu'une autre loi peut imputer au donneur de la licence pour violation de la convention d'incessibilité (voir recommandation 24).

86. Il importe de noter que la recommandation 24 s'applique uniquement aux créances et non aux droits de propriété intellectuelle. Elle ne s'applique donc pas à un accord conclu entre le donneur et le preneur de la licence interdisant à ce dernier d'octroyer des sous-licences.

87. Il importe également de noter que cette recommandation s'applique uniquement à une convention entre le créancier et le débiteur de la créance interdisant la cession de la créance. Elle ne s'applique pas à une convention entre le créancier et le débiteur de la créance interdisant à ce dernier de céder les créances qu'il pourrait avoir sur des tiers. Aussi la recommandation 24 ne s'applique-t-elle pas à un accord entre le donneur et le preneur de la licence aux termes duquel ce dernier ne cédera pas son droit de recevoir paiement des redevances dues au titre de

sous-licences octroyées à des tiers. Un tel accord peut être conclu par exemple lorsque le donneur et le preneur de la licence conviennent que le second utilisera les redevances dues au titre des sous-licences pour développer la propriété intellectuelle mise sous licence. Le Guide n'a par conséquent aucune incidence sur le droit du donneur de la licence de négocier l'accord de licence avec le preneur afin de déterminer qui pourra utiliser la propriété intellectuelle ou les redevances versées par le preneur de la licence et les preneurs des sous-licences.

88. La recommandation 24 ne s'applique pas non plus à une convention entre le donneur et le preneur de la licence autorisant le premier à mettre fin à l'accord de licence si le preneur viole son engagement de ne pas céder les redevances que lui doivent les preneurs des sous-licences. À cet égard, il conviendrait de noter que le droit conféré au donneur de la licence de mettre fin à l'accord de licence en cas de manquement de la part du preneur à son engagement incite fortement les preneurs des sous-licences à faire en sorte que le donneur soit payé. La recommandation ne porte pas atteinte au droit du donneur de la licence: a) de convenir avec le preneur qu'une partie des redevances dues à ce dernier (servant au paiement des redevances dues au donneur) par les preneurs des sous-licences seront versées sur un compte au nom du donneur; ou b) d'obtenir une sûreté réelle mobilière sur les redevances futures que les preneurs des sous-licences verseront au preneur de la licence, d'inscrire un avis la concernant au registre général des sûretés et d'obtenir ainsi la priorité sur les autres créanciers du preneur de la licence (sous réserve des règles du Guide sur l'opposabilité et la priorité des sûretés réelles mobilières).

89. On notera enfin que les dispositions du Guide relatives aux limitations à la cession de créances ne s'appliquent qu'aux limites contractuelles (et non législatives). De nombreux pays disposent d'une législation "de protection des auteurs" ou législation similaire qui considère une partie des revenus tirés de l'exploitation des droits de propriété intellectuelle comme une "rémunération équitable" devant être versée aux auteurs, à d'autres ayants droit ou à leurs sociétés de gestion collective. Ces législations qualifient généralement ces droits à paiement de non cessibles. Les recommandations du Guide concernant les limites à la cession de créances ne s'appliquent pas à ces limites ni à d'autres limites législatives (voir également par. 99 et 100 ci-après).

3. "Droits"[12] du preneur de licence

90. Le preneur de licence est autorisé à utiliser la propriété intellectuelle mise sous licence conformément aux clauses de l'accord de licence. Il a le droit en outre, si l'accord de licence l'autorise à octroyer des sous-licences et si les accords de sous-licence prévoient le paiement de redevances, de demander paiement de ces redevances aux preneurs des sous-licences. Dans certains États, le droit de la propriété intellectuelle n'autorise pas le preneur de licence à constituer une sûreté réelle mobilière sur son autorisation d'utiliser la propriété intellectuelle mise sous licence ni sur son droit à recevoir paiement des redevances dues au titre des sous-licences sans l'accord du donneur de la licence (cette règle peut admettre une exception lorsque le preneur de la licence vend son entreprise à un repreneur en vue

---

[12] Le terme générique "droits du preneur de licence" désigne l'autorisation qui lui est donnée d'utiliser la propriété intellectuelle mise sous licence et, éventuellement, d'octroyer d'autres licences ainsi que le droit de recevoir paiement des redevances dues par les preneurs des sous-licences. Il ne renvoie pas à la question de la nature juridique de la licence ou de son contenu, qui relève du droit de la propriété intellectuelle.

de la poursuite de l'activité). En effet, il importe que le donneur de la licence contrôle la propriété intellectuelle mise sous licence en déterminant qui pourra l'utiliser. Si tel n'était pas le cas, la confidentialité et la valeur des informations associées au droit de propriété intellectuelle pourraient être compromises. Si la licence peut être cédée et que le preneur la cède effectivement, le cessionnaire prendra la licence sous réserve des conditions de l'accord de licence. Le Guide n'a aucune incidence sur ces pratiques en matière de concession de licences.

4. Droits sur la propriété intellectuelle utilisée en rapport avec un bien meuble corporel

91. La propriété intellectuelle peut être utilisée en rapport avec un bien meuble corporel. Par exemple, un bien meuble corporel peut être fabriqué selon un procédé breveté ou grâce à l'exercice de droits protégés par un brevet; des jeans peuvent porter une marque ou des voitures peuvent contenir une puce qui renferme une copie d'un logiciel protégé; ou encore un CD peut contenir un logiciel, ou une pompe à chaleur contenir un produit breveté.

92. Lorsque la propriété intellectuelle est utilisée en rapport avec un bien meuble corporel, on se trouve face à deux catégories de biens: d'une part, la propriété intellectuelle et, de l'autre, le bien meuble corporel. Il s'agit de deux biens distincts. Le droit de la propriété intellectuelle autorise le titulaire des droits à contrôler de nombreuses utilisations dont le bien meuble corporel fait l'objet mais pas toutes. Par exemple, il lui confère le droit d'empêcher toute reproduction non autorisée d'un livre mais non d'empêcher une librairie agréée ayant acheté le livre de le vendre ou un acheteur final de prendre des notes dans la marge lors de la lecture. Ainsi, une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle ne s'étend pas au bien meuble corporel auquel se rattache cette propriété intellectuelle et une sûreté réelle mobilière grevant un bien meuble corporel ne s'étend pas à la propriété intellectuelle utilisée en rapport avec ce bien, sauf si la convention constitutive de sûreté le permet expressément ou tacitement. En d'autres termes, l'assiette de la sûreté réelle mobilière dépend de la description du bien grevé dans la convention constitutive. On peut se demander à cet égard si la description devrait être précise (par exemple "tous mes stocks ainsi que tous les droits de propriété intellectuelle et autres droits qui s'y rattachent") ou si une description générale ("tous mes stocks") suffirait. Il semblerait qu'une description générale soit conforme aux principes du Guide et aux attentes raisonnables des parties, sachant qu'il s'agit de biens séparés. Les principes fondamentaux du droit de la propriété intellectuelle devraient néanmoins être respectés. Si la loi concernant la propriété intellectuelle exige une description précise de la propriété intellectuelle grevée, les États adoptants souhaiteront peut-être revoir cette loi afin de déterminer, par exemple, si l'exigence d'une description précise devrait s'appliquer à la propriété intellectuelle utilisée en rapport avec des biens meubles corporels.

93. Comme il a déjà été indiqué, une sûreté réelle mobilière grevant un bien meuble corporel ne s'étend pas à la propriété intellectuelle utilisée en rapport avec ce bien mais porte sur le bien lui-même, y compris les caractéristiques du bien qui utilisent la propriété intellectuelle (par exemple, la sûreté s'applique à un téléviseur en tant que téléviseur en état de fonctionnement). La sûreté sur ce bien ne donne donc pas au créancier garanti le droit de fabriquer d'autres biens utilisant la propriété intellectuelle. En cas de défaillance, cependant, le créancier garanti pourrait exercer les voies de droit qui sont reconnues par la loi sur les opérations

garanties, à condition que cet exercice ne porte pas atteinte aux prérogatives reconnues par le droit de la propriété intellectuelle. Il se peut que, dans le droit de la propriété intellectuelle applicable, le concept d'"épuisement" (ou des concepts analogues) s'applique à la réalisation de la sûreté réelle mobilière (voir A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, par. 81 à 84).

94. La recommandation suivante pourrait résumer les remarques formulées ci-dessus:

> "La loi devrait prévoir que, sauf clause contraire dans la convention constitutive de sûreté, une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle ne s'étend pas aux biens meubles corporels en rapport avec lesquels elle est utilisée, et une sûreté réelle mobilière grevant ce type de biens ne s'étend pas à la propriété intellectuelle. Rien dans la présente recommandation n'empêche toutefois le créancier garanti titulaire d'une sûreté sur la propriété intellectuelle d'utiliser les biens meubles corporels dans les limites autorisées par le droit de la propriété intellectuelle, ni n'empêche un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur les biens meubles corporels d'utiliser ces derniers dans les limites autorisées par le droit de propriété intellectuelle."

G. Sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle future

95. Le Guide prévoit que les constituants peuvent consentir des sûretés réelles mobilières sur des biens futurs, à savoir des biens qu'ils créent ou qu'ils acquièrent après la constitution de la sûreté (voir recommandation 17). Cette recommandation s'applique en principe à la propriété intellectuelle. De ce fait, selon le Guide, une sûreté pourrait être créée sur la propriété intellectuelle future (en ce qui concerne les limitations législatives, voir recommandation 18 et par. 96 à 99 ci-dessous). En effet, il est utile du point de vue commercial de permettre qu'une sûreté réelle mobilière porte sur des droits de propriété intellectuelle futurs. De nombreuses lois concernant la propriété intellectuelle suivent la même approche: elles autorisent les titulaires de droits à obtenir un financement utile à l'élaboration de créations nouvelles, à condition bien entendu que leur valeur puisse être raisonnablement estimée à l'avance. Par exemple, il est possible dans certains États de créer une sûreté réelle mobilière sur une demande de brevet avant même l'octroi du brevet. De même, on finance fréquemment la production de films ou la conception de logiciels à venir.

96. Toutefois, le droit de la propriété intellectuelle peut parfois limiter la possibilité de transférer différents types de propriété intellectuelle future à des fins spécifiques. Par exemple, dans certains cas, le transfert de droits sur de nouveaux médias ou de nouvelles utilisations technologiques inconnus au moment du transfert sera sans effet compte tenu de la nécessité de protéger les auteurs. Dans d'autres, le transfert de droits futurs peut être soumis à un droit légal d'annulation après une certaine période. Dans d'autres encore, la notion de "propriété intellectuelle future" peut englober des droits inscriptibles créés mais non encore inscrits. Les interdictions légales peuvent également prendre la forme d'une obligation de décrire précisément la propriété intellectuelle. Elles peuvent également découler du principe *nemo dat*, conformément auquel un créancier prenant une sûreté réelle mobilière n'obtient pas des droits supérieurs à ceux du constituant. En particulier, si le

constituant est un preneur de licence, il ne peut donner que le droit que lui concède le donneur de licence.

97. D'autres limites à l'utilisation de la propriété intellectuelle future en tant que bien affecté en garantie d'un crédit peuvent découler de la signification qui est donnée aux concepts de "perfectionnement" ou d'"adaptation" par le droit de la propriété intellectuelle. Le créancier garanti devrait comprendre comment ces concepts sont interprétés dans le droit de la propriété intellectuelle et comment ils peuvent affecter le concept de "propriété", qui est essentiel dans la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle. Cet aspect est particulièrement important dans le cas des logiciels, par exemple. Ainsi, la sûreté d'un prêteur sur une version du logiciel qui existe au moment du financement ne peut s'étendre aux modifications apportées à cette version par la suite si, d'après le droit de la propriété intellectuelle, de telles modifications sont considérées comme des nouveautés (adaptations) pour lesquelles un nouveau transfert est requis. Il en va de même si les logiciels incorporent des brevets pouvant faire l'objet de "perfectionnements". Comme pour les autres interdictions légales, le Guide ne prévaut pas sur ces dispositions légales (voir recommandation 18).

98. Si la loi concernant la propriété intellectuelle limite la possibilité de transférer la propriété intellectuelle future, le Guide ne s'applique pas à la question. Autrement, le Guide s'applique et permet la création d'une sûreté réelle mobilière sur des biens futurs (voir recommandation 17). Lorsque le droit de la propriété intellectuelle limite la transférabilité de la propriété intellectuelle future, il le fait généralement pour protéger le titulaire des droits. Là encore, les États adoptant le Guide souhaiteront peut-être revoir leur droit de la propriété intellectuelle afin de déterminer si les avantages découlant de telles limitations l'emportent sur les avantages découlant de l'affectation de tels biens en garantie d'un crédit.

H. Limitations légales ou contractuelles à la transférabilité de la propriété intellectuelle

99. Certaines règles du droit de la propriété intellectuelle peuvent limiter la possibilité de créer une sûreté réelle mobilière efficace sur certains types de propriété intellectuelle. Dans de nombreux États, seul peut être transféré le droit patrimonial de l'auteur; le droit moral n'est pas susceptible de transfert. La législation de nombreux États prévoit aussi que le droit de l'auteur à une rémunération équitable n'est pas transférable, du moins pas avant que celui-ci ait effectivement reçu paiement. De nombreux États encore prévoient que les marques ne sont pas transférables si ce n'est avec le fonds de commerce auxquelles elles se rattachent. Le Guide respecte toutes ces règles sur la transférabilité de la propriété intellectuelle (voir recommandation 18).

100. Les seules limites à la transférabilité de certains biens sur lesquelles le Guide pourrait avoir une incidence sont les limites légales à la transférabilité des créances futures et à la cession globale de créances, de fractions de créances ou de droits indivis sur des créances, ainsi que les limites contractuelles à la cession de créances nées de la vente ou de la mise sous licence de droits de propriété intellectuelle (voir recommandations 23 à 25). Le Guide peut également avoir une incidence sur les limites contractuelles, mais uniquement lorsqu'il s'agit de créances (et non de propriété intellectuelle) et seulement dans certains contextes, à savoir dans le cadre

d'une convention conclue entre le créancier et le débiteur de la créance (voir par. 84 à 86 ci-dessus).

I. Financement d'acquisitions et accords de licence

101. Le Guide prévoit que les mécanismes de financement d'acquisition de biens meubles corporels (à savoir les ventes avec réserve de propriété, les crédits-bails et les opérations de prêts visant à financer le prix d'achat) devraient être traités comme des opérations garanties. Il prévoit deux approches pour ce type d'opération (une approche unitaire et une approche non unitaire), entre lesquelles les États peuvent choisir pour mettre en œuvre ce traitement (voir recommandations 9 et 187 à 202).

102. Un accord de licence pourrait être considéré comme présentant certaines des caractéristiques propres à une opération garantie car il permet: a) au preneur d'obtenir du donneur un financement dans la mesure où les redevances sont dues sous forme de paiements futurs échelonnés; b) au donneur d'autoriser le preneur à utiliser les droits de propriété intellectuelle conformément aux conditions fixées dans l'accord de licence; et c) au donneur de rester propriétaire des droits de propriété intellectuelle. Toutefois, l'accord de licence n'est pas une opération garantie. Dans l'accord de licence, le donneur reste propriétaire et ne devient pas créancier garanti. Le preneur ne devient pas propriétaire et n'acquiert pas non plus automatiquement le droit de constituer une sûreté réelle mobilière sur la licence ou de concéder une sous-licence à un tiers, si la licence et le droit de la propriété intellectuelle ne l'y autorisent pas. Le Guide ne s'applique donc pas à un accord de licence, bien qu'il aborde la question de savoir si la licence est prise libre d'une sûreté ou non (voir A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, chapitre sur la priorité).

A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant l'Annexe au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties traitant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa quatorzième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
IV.	Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle	1-14
	A. Le concept d'opposabilité	1-4
	B. Opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle qui sont inscriptibles sur un registre de la propriété intellectuelle	5-11
	C. Opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle qui ne sont pas inscriptibles dans un registre de la propriété intellectuelle	12-14
V.	Le système de registre	15-32
	A. Le registre général des sûretés	15-16
	B. Registres pour différents types de propriété intellectuelle	17-18
	C. Coordination des registres	19-20
	D. Enregistrement d'avis concernant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle future	21-23
	E. Double inscription ou double recherche	24-25
	F. Moment où l'inscription prend effet	26-27
	G. Incidence du transfert de la propriété intellectuelle grevée sur l'efficacité de l'inscription	28-30
	H. Enregistrement des sûretés réelles mobilières grevant des marques	31-32
VI.	Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle	33-61
	A. Le concept de priorité	33
	B. Identification des réclamants concurrents	34-35
	C. Importance de la connaissance de transferts ou de sûretés antérieurs	36
	D. Priorité d'une sûreté réelle mobilière inscrite sur un registre de la propriété intellectuelle	37-40
	E. Priorité d'une sûreté réelle mobilière non inscriptible sur un registre de la propriété intellectuelle	41-42
	F. Droits des personnes auxquelles est transférée la propriété intellectuelle grevée	43
	G. Droits des preneurs de licence en général	44-48

H. Droits de preneurs de licences non exclusives dans le cours normal des affaires . . . 49-55

I. Priorité d'une sûreté réelle mobilière octroyée par un donneur de licence sur une sûreté réelle mobilière octroyée par un preneur de licence. . . . 56-59

J. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle sur le droit d'un créancier judiciaire . . . 60

K. Cession de rang . . . 61

VII. Droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté relative à la propriété intellectuelle . . . 62-63

A. Application du principe de l'autonomie des parties . . . 62

B. Droit du créancier garanti de poursuivre les auteurs d'atteintes ou de renouveler les inscriptions . . . 63

VIII. Droits et obligations des tiers débiteurs dans les opérations de financement garanties par la propriété intellectuelle . . . 64

IX. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle . . . 65-89

A. Recoupements entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle . . . 65-68

B. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant différents types de propriété intellectuelle . . . 69-70

C. Prise de "possession" de la propriété intellectuelle grevée . . . 71-72

D. Disposition de la propriété intellectuelle grevée . . . 73-74

E. Droits acquis par disposition de la propriété intellectuelle grevée . . . 75-77

F. Proposition du créancier garanti de se faire attribuer la propriété intellectuelle grevée . . . 78

G. Recouvrement de redevances et droits de licence . . . 79

H. Autres droits contractuels du donneur de licence . . . 80

I. Réalisation de sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels auxquels se rattache la propriété intellectuelle . . . 81-84

J. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur les droits d'un preneur de licence. . . . 85-89

X. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle . . . 90-98

A. Loi applicable aux aspects réels. . . . 90-97

B. Loi applicable aux questions contractuelles . . . 98

XI. Incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle . . .

IV. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 1 à 14, voir A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 137 à 145, et A/CN.9/649, par. 29 à 31.*]

A. Le concept d'opposabilité

1. Comme il a déjà été noté, le Guide distingue la constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties) de son opposabilité (efficacité à l'égard des tiers). Une sûreté ne devient opposable que si un avis la concernant est inscrit dans le registre général des sûretés ou dans le registre spécialisé, si tant est qu'il en existe un et que les sûretés puissent y être inscrites (voir recommandation 38). L'avis peut être inscrit avant ou après la constitution de la sûreté, ou la conclusion de la convention constitutive de sûreté (voir recommandation 67), mais la sûreté ne peut pas devenir opposable avant d'être constituée (voir recommandation 29).

2. Ces recommandations s'appliquent également aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle. Selon l'alinéa b) de la recommandation 4, cependant, si le droit de la propriété intellectuelle d'un État prévoit que l'inscription dans un registre de la propriété intellectuelle existant est la seule méthode pour rendre opposable une sûreté sur un type particulier de propriété intellectuelle, les recommandations du Guide donnent préséance à ce droit. De même, s'il faut inscrire un document, et non un avis, et si cette inscription a des effets constitutifs ou déclaratifs et non des effets à l'égard des tiers, le Guide n'affecte pas ce résultat. De ce fait, si l'inscription dans un registre de la propriété intellectuelle ne devait pas produire d'effets à l'égard des tiers en vertu du droit de la propriété intellectuelle, ce registre ne serait pas un registre spécialisé au sens du Guide et les recommandations de ce dernier relatives aux registres spécialisés ne s'appliqueraient pas. Le Guide s'applique, par contre, lorsque ces questions ne sont pas traitées par une autre loi concernant la propriété intellectuelle. Les États qui adoptent la loi recommandée dans le Guide souhaiteront peut-être examiner leur loi concernant la propriété intellectuelle en se demandant si celle-ci devrait prévoir que, dans la mesure où un droit sur la propriété intellectuelle peut être inscrit dans un registre de la propriété intellectuelle, une sûreté réelle mobilière pourrait l'être également (s'agissant des conditions et des conséquences juridiques de l'inscription, voir le chapitre sur le système de registre ci-dessous).

3. Dans certains États, la constitution et la réalisation des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle sont soumises aux mêmes règles que celles qui régissent ces questions pour d'autres types de biens meubles incorporels. Dans d'autres États, le droit de la propriété intellectuelle traite ces questions de manière différente lorsque les sûretés grèvent la propriété intellectuelle. Il arrive toutefois très souvent que le droit de la propriété intellectuelle prévoie des méthodes d'opposabilité particulières pour les sûretés grevant certains types de propriété intellectuelle. Les pratiques diffèrent pour les droits sur la propriété intellectuelle qui sont soumis à un système d'inscription dans un registre spécialisé (comme les brevets, les marques et, dans certains pays, le droit d'auteur), et les droits sur la propriété intellectuelle qui ne sont pas soumis à une telle inscription (comme le droit d'auteur, dans certains pays, et les secrets d'affaires). Ces questions sont traitées dans les sections B et C ci-dessous.

4. Dans le Guide, l'adjectif "opposable" désigne le fait, pour une sûreté réelle mobilière grevant un bien, de produire des effets à l'égard des tiers, en d'autres termes à l'égard de parties autres que le constituant et le créancier garanti qui font valoir (ou qui pourraient faire valoir dans le futur) un droit sur ce bien grevé, comme les créanciers du constituant, mais aussi les bénéficiaires du transfert, les preneurs à bail et les preneurs de licence du bien grevé. Par contre, en droit de la propriété intellectuelle, l'opposabilité désigne souvent non seulement l'efficacité d'une sûreté grevant la propriété intellectuelle mais aussi l'efficacité du droit de propriété ou d'autres droits sur la propriété intellectuelle elle-même (ou d'un transfert ou d'une licence). Ainsi, dans le contexte de la propriété intellectuelle, le mot "tiers" peut englober non seulement les réclamants se trouvant en concurrence avec un créancier garanti, mais aussi les bénéficiaires de transferts et les preneurs de licence se faisant concurrence entre eux ainsi que les personnes portant atteinte à la propriété intellectuelle (qui ne sont bien sûr ni des "réclamants concurrents" – terme qui n'est pas utilisé en droit de la propriété intellectuelle – ni des bénéficiaires de transferts concurrents). Ces deux sortes de références ne devraient pas être confondues. Alors que l'efficacité d'une sûreté à l'égard des réclamants se trouvant en concurrence avec un créancier garanti relève de la loi sur les opérations garanties, l'efficacité des droits sur la propriété intellectuelle à l'égard des bénéficiaires de transferts, preneurs de licence ou auteurs d'atteintes (en l'absence de sûreté) relève uniquement du droit de la propriété intellectuelle. Le Guide est sans incidence sur le sens du terme "tiers" en droit de la propriété intellectuelle.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il convient de faire référence aux auteurs d'atteintes à la propriété intellectuelle dans ce contexte. Tant le terme "réclamant concurrent" dans la loi sur les opérations garanties que le terme "bénéficiaire de transfert concurrent" en droit de la propriété intellectuelle présupposent une opération légitime. Les auteurs d'atteintes sont, par définition, des tiers illégitimes et non autorisés. Conformément à leurs objectifs, le Guide et l'Annexe n'opèrent aucun changement en la matière.*]

B. Opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle qui sont inscriptibles sur un registre de la propriété intellectuelle

5. Dans le Guide, les sûretés ou autres droits sur la propriété intellectuelle considérés par le droit de la propriété intellectuelle comme inscriptibles sur un registre de la propriété intellectuelle qui confère à l'inscription des effets à l'égard des tiers, peuvent être rendus opposables par inscription sur un tel registre ou dans le registre général des sûretés (voir recommandation 38).

6. En droit de la propriété intellectuelle, la situation peut être différente. Certains États prévoient qu'une sûreté ne produit aucun effet à l'égard des tiers voire entre les parties (et n'est donc pas constituée) tant qu'elle n'est pas inscrite dans le registre de la propriété intellectuelle approprié. Dans certains de ces États, cette inscription est même nécessaire pour que la sûreté produise ses effets entre les parties. Dans d'autres États, le droit de la propriété intellectuelle prévoit qu'une sûreté est constituée et devient opposable dès que la convention constitutive de sûreté est conclue, même sans inscription. L'inscription dans le registre de la propriété intellectuelle approprié permet à certains tiers, généralement les bénéficiaires de transferts de bonne foi n'ayant pas été informés, d'invoquer une règle de priorité pour primer une sûreté antérieure non inscrite, cette dernière

demeurant toutefois opposable aux autres tiers. Dans d'autres États encore, une sûreté est constituée lorsque la convention constitutive est conclue, mais l'inscription dans le registre de la propriété intellectuelle approprié est nécessaire pour que la sûreté produise effet à l'égard de tous les tiers, par exemple en raison d'une règle de preuve interdisant que la preuve des sûretés non inscrites soit rapportée. Dans d'autres États toujours, le système d'inscription ne permet pas facilement l'inscription des sûretés, et l'opposabilité doit être assurée en dehors du système d'enregistrement de la propriété intellectuelle. Enfin, dans certains États, il est possible d'assurer l'opposabilité d'une sûreté en utilisant soit le registre de la propriété intellectuelle, soit un registre général des sûretés existant.

7. En tout état de cause, le Guide ne recommande pas une règle qui exige l'inscription d'une sûreté à la fois dans le registre général des sûretés et dans le registre de la propriété intellectuelle approprié. Selon ses recommandations, l'inscription dans le premier ou, en supposant que les sûretés puissent être inscrites dans un registre de la propriété intellectuelle, dans le second suffit. Le Guide règle la question des effets différents de l'inscription dans l'un ou l'autre registre par le biais de règles de priorité qui font primer une sûreté ou un autre droit inscrit dans un registre de la propriété intellectuelle (voir recommandations 77 et 78). Il part donc de l'hypothèse que, si un créancier garanti s'attend à ce qu'il y ait des réclamants concurrents (d'après l'acception de ce terme dans le Guide) et a besoin d'être prioritaire, il procèdera à l'inscription dans le registre de la propriété intellectuelle. Si un tel registre n'existe pas ou ne permet pas l'inscription des sûretés grevant la propriété intellectuelle, ou si le créancier garanti ne se préoccupe pas des questions de priorité, le Guide part de l'hypothèse que ce créancier garanti inscrira sa sûreté dans le registre général des sûretés.

8. Par exemple, selon le Guide, si A constitue une sûreté sur un brevet en faveur de B, lequel l'inscrit au registre général des sûretés et que A transfère ensuite la propriété du brevet à C, lequel l'inscrit au registre des brevets (si le droit des brevets le prévoit ainsi), C prendra le brevet libre de la sûreté du fait que celle-ci n'a pas été inscrite au registre des brevets (voir la recommandation 78). De même, si A, plutôt que de procéder à un transfert du brevet, crée une deuxième sûreté en faveur de C et seul celui-ci l'inscrit au registre des brevets (si le droit des brevets le prévoit ainsi), selon le Guide, C aura priorité (voir l'alinéa a) de la recommandation 77). Dans l'un et l'autre cas, comme l'inscription d'une sûreté au registre des brevets donne naissance à des droits de rang supérieur, des tiers ayant l'intention d'acquérir un droit inscriptible dans le registre spécialisé pourraient se borner à faire des recherches dans ce registre et n'auraient pas à consulter le registre général des sûretés.

9. Si, afin d'évaluer exactement leurs droits, les tiers devaient faire des recherches dans les deux registres, ils devraient, étant donné que les deux sont structurés de façon différente, les consulter sous le nom de A dans le registre général des sûretés et sous le numéro d'identification du brevet dans le registre des brevets (à moins qu'un registre n'ait deux index, l'un par nom de constituant et l'autre par description des biens). En l'absence de double indexation, ces difficultés ne pourraient être éliminées que si les règles d'enregistrement prévues par les différents systèmes étaient conciliées de sorte qu'une inscription au registre de la propriété intellectuelle approprié puisse être transmise par voie électronique au registre des sûretés du lieu où se trouve le constituant et être indexée sous son nom ou autre élément permettant de l'identifier. Il faudrait aux fins de cette transmission que la personne procédant à l'inscription ou le personnel du registre des droits de

propriété intellectuelle inscrive un avis pouvant lui-même être inscrit au registre général des sûretés.

10. Le fait que la priorité soit accordée à une sûreté inscrite au registre spécialisé de la propriété intellectuelle ne signifie pas que l'inscription au registre général des sûretés n'a aucune valeur étant donné qu'elle pourrait néanmoins conférer un droit prioritaire à l'égard d'autres créanciers (par exemple, l'administrateur de l'insolvabilité dans la procédure d'insolvabilité visant le constituant et d'autres créanciers garantis qui ont inscrit leurs sûretés uniquement au registre général des sûretés). En outre, les sûretés sur certains types de propriété intellectuelle ne sont pas inscriptibles dans un registre de la propriété intellectuelle et, dans ce cas, l'inscription au registre général des sûretés est la seule possibilité.

11. La discussion qui précède est fondée sur l'hypothèse que les registres se trouvent dans le même État. S'ils se trouvent dans des États différents, il surgit en matière de loi applicable des questions différentes, qui sont examinées ci-dessous (voir chap. X).

C. Opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle qui ne sont pas inscriptibles dans un registre de la propriété intellectuelle

12. Dans le Guide, une sûreté réelle mobilière qui grève des droits de propriété intellectuelle non inscriptibles dans un registre de la propriété intellectuelle peuvent devenir opposables par inscription d'un avis dans le registre général des sûretés. La même règle s'appliquerait si une sûreté grevant la propriété intellectuelle, bien qu'étant inscriptible dans un registre de la propriété intellectuelle, n'était en fait pas inscrite et si l'inscription dans un tel registre ne produisait aucun effet à l'égard des tiers. Dans toutes ces hypothèses, l'inscription d'un avis dans le registre général des sûretés suffit et a pour effet de rendre la sûreté opposable (voir recommandations 29, 32, 33 et 38). Le Guide ne recommande pas aux États ne possédant pas actuellement de registre spécialisé pour certains types de propriété intellectuelle d'en créer un pour permettre l'inscription des sûretés grevant la propriété intellectuelle. Il ne recommande pas non plus aux États qui n'autorisent pas à ce jour l'inscription des sûretés dans un registre de la propriété intellectuelle de modifier leurs lois pour autoriser ces inscriptions. Les États adoptant les recommandations du Guide souhaiteront peut-être bien sûr envisager de permettre l'inscription des sûretés dans les registres de la propriété intellectuelle existants.

13. La question de l'inscription suscite de la part des États de nombreuses réponses différentes dans le droit de la propriété intellectuelle. Dans certains États, souvent ceux dont la loi sur les opérations garanties est fondée sur les concepts de gage sans dépossession, l'absence de système d'inscription général signifie qu'une sûreté ne peut pas être rendue opposable en vertu de cette loi et, puisqu'un gage n'est pas un transfert, elle ne peut pas non plus être inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle. Dans d'autres, souvent ceux dont la loi sur les opérations garanties utilise les concepts d'hypothèque, une sûreté est traitée comme un autre type de transfert de la "propriété", et partant est opposable de la même manière que tout autre transfert de propriété inscriptible dans un registre de la propriété intellectuelle. Par conséquent, dans ces États, les sûretés qui ne sont pas fondées sur la propriété ne peuvent être inscrites dans un registre de la propriété intellectuelle. Enfin, quelques États posent des conditions supplémentaires, au nombre desquelles on trouve habituellement le paiement d'un droit de timbre ou autre taxe sur les

opérations, ou une obligation de notification à un organe administratif, comme une association nationale des auteurs ou une société de gestion collective.

14. Lorsque, en vertu du droit de la propriété intellectuelle, une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle ne peut pas être inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle, le Guide prévoit qu'un créancier garanti peut inscrire un avis concernant sa sûreté dans le registre général des sûretés (voir recommandation 38). Si toutefois, en vertu de ce droit, un transfert de propriété intellectuelle à des fins de garantie ou encore une hypothèque ou un gage sur la propriété intellectuelle peut être inscrit dans un registre de la propriété intellectuelle et devenir ainsi prioritaire, un créancier garanti devra prendre cette autre "sûreté réelle mobilière" et l'inscrire dans ce registre. Encore une fois, les États adoptant les recommandations du Guide souhaiteront peut-être envisager d'assurer la cohérence entre leur loi sur les opérations garanties et leur droit de la propriété intellectuelle en remplaçant l'ensemble des mécanismes de garantie existants par une notion unitaire de "sûreté réelle mobilière".

V. Le système de registre

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 15 à 31, voir A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 149 à 161, et A/CN.9/649, par. 32 à 40.*]

A. Le registre général des sûretés

15. Comme il a déjà été noté, le Guide recommande aux États d'établir un registre général des sûretés (voir recommandations 54 à 75). D'une manière générale, le système de registre qu'il prévoit a pour objet de fournir une méthode efficace par laquelle une sûreté sur des biens existants ou futurs peut être rendue opposable, un cadre de référence efficace pour les règles de priorité fondées sur la date d'inscription et une source objective d'information permettant aux tiers réalisant des opérations avec des biens du constituant de savoir si les biens sont grevés. Selon cette approche, l'inscription se fait par enregistrement d'un avis et non de la convention constitutive de sûreté ou d'un autre document (voir l'alinéa b) de la recommandation 54). Il suffit que l'avis contienne certaines informations de base à propos de la sûreté (voir recommandation 57).

16. Le Guide énonce des règles précises pour identifier le constituant, que celui-ci soit une personne physique ou morale, car les avis sont indexés et peuvent être retrouvés par les utilisateurs à partir du nom du constituant ou de quelque autre élément fiable permettant d'identifier celui-ci (voir l'alinéa h) de la recommandation 54 et les recommandations 58 à 63). Il contient d'autres recommandations visant à simplifier le fonctionnement et l'utilisation du registre.

B. Registres pour différents types de propriété intellectuelle

17. Comme indiqué plus haut, de nombreux États tiennent des registres pour l'inscription des transferts de propriété intellectuelle. Dans certains d'entre eux, il est aussi possible d'inscrire des sûretés. Par exemple, la plupart des États possèdent des registres pour les brevets et les marques, mais tous ne permettent pas l'inscription d'une sûreté. En outre, dans certains États, l'inscription d'un avis (que ce soit pour une sûreté ou un autre droit) ne produit pas d'effets à l'égard des tiers.

Enfin, un certain nombre d'États possèdent des registres similaires pour le droit d'auteur mais cette pratique n'est pas universelle.

18. Alors que certains États possèdent des registres de la propriété intellectuelle permettant l'inscription d'avis, ils utilisent essentiellement des structures d'enregistrement d'actes ou des systèmes "d'enregistrement de documents", dans lesquels il est nécessaire d'inscrire l'intégralité de l'instrument de transfert ou, dans certains cas, un protocole décrivant les principales conditions du transfert. Il existe, outre les registres nationaux, un certain nombre de registres internationaux de la propriété intellectuelle et l'inscription dans ces registres relève de traités relativement modernes qui visent à la simplifier. Par exemple, les conditions d'inscription pour les marques sont simplifiées par les articles 10 et 11 du Traité sur le droit des marques (1994) et le Traité de Singapour sur le droit des marques, ainsi que par les formulaires d'inscription internationaux types annexés à ces deux textes. L'inscription du document de transfert ou d'un protocole énonçant les principales conditions du transfert est exigée dans un souci de transparence. Il est donc essentiel que l'instrument de transfert ou le protocole indique précisément le droit transféré pour que les utilisateurs du registre soient bien informés et pour que les biens soient utilisés efficacement. En outre, dans les registres de la propriété intellectuelle, les inscriptions sont parfois indexées par bien de propriété intellectuelle et non par l'élément identifiant le constituant (titulaire des droits de propriété intellectuelle), car l'élément central est le bien lui-même, qui peut avoir plusieurs coinventeurs ou coauteurs et peut changer plusieurs fois de propriétaire au fil des transferts.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander s'il faudrait examiner plus en détail les registres internationaux de la propriété intellectuelle et leur utilité pour l'inscription des sûretés grevant la propriété intellectuelle. L'utilisation accrue de ces registres pourrait permettre d'établir un système d'inscription intégré au niveau international pour ces sûretés.*]

C. Coordination des registres

19. Comme la question de la coordination des registres peut affecter le droit de la propriété intellectuelle, l'approche adoptée dans le Guide consiste à considérer, d'une manière générale, que c'est le droit de la propriété intellectuelle et les règles applicables en matière de priorité qui prévalent. Le Guide ne traite, ni ne cherche à traiter, en aucune manière de la question de savoir si l'inscription dans le registre de la propriété intellectuelle est possible, des conditions d'une telle inscription ou de ses effets. Même si un registre de la propriété intellectuelle ne permet pas l'inscription des sûretés ou, bien que permettant celle-ci, ne lui confère pas d'effets à l'égard des tiers, il ne formule pas de recommandation contraire. Il contient toutefois des recommandations concernant l'inscription des sûretés grevant la propriété intellectuelle dans le registre général des sûretés, ce qui explique qu'il renvoie au droit de la propriété intellectuelle lorsque celui-ci traite des effets de l'inscription des sûretés sur un registre de la propriété intellectuelle (voir alinéa b) de la recommandation 4). À l'inverse, si le droit de la propriété intellectuelle ne traite pas de ces questions, c'est le Guide qui s'appliquera. En outre, comme noté précédemment, le Guide permet la coordination des registres grâce à des règles de priorité appropriées. Ainsi, même dans tous les cas où le Guide permet l'inscription dans le registre général des sûretés, afin de préserver la fiabilité des registres de la propriété intellectuelle (et des autres registres spécialisés), en particulier lorsque le droit de la propriété intellectuelle n'édicte pas de règles pour déterminer la priorité

entre ces inscriptions, le Guide prévoit qu'une sûreté inscrite dans le registre de la propriété intellectuelle approprié a priorité sur une sûreté inscrite dans le registre général des sûretés (voir alinéa a) de la recommandation 77). Il dispose, pour cette même raison, que le bénéficiaire d'un transfert acquiert en principe la propriété intellectuelle libre d'une sûreté constituée précédemment, à moins que cette dernière ne soit inscrite dans le registre de la propriété intellectuelle (pour autant que le droit de la propriété intellectuelle applicable prévoie que les sûretés peuvent être inscrites sur un tel registre) (voir recommandations 78 et 79).

20. Les États adoptant la recommandation du Guide souhaiteront peut-être réfléchir à des moyens supplémentaires de coordonner leurs registres de la propriété intellectuelle existants avec le registre général des sûretés introduit par le Guide. Ils pourraient par exemple envisager d'exiger la transmission d'un avis concernant l'inscription dans un registre de la propriété intellectuelle au registre général des sûretés (ou inversement). Il va de soi qu'il pourrait être plus facile, plus simple et plus rapide de transmettre un tel avis par le biais d'un système électronique que d'un système fondé sur un support papier.

D. Enregistrement d'avis concernant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle future

21. Le registre général des sûretés recommandé par le Guide présente une caractéristique essentielle, à savoir qu'il peut s'appliquer aux biens futurs du constituant. La sûreté réelle mobilière peut donc grever des biens qui seront produits ou acquis ultérieurement par ce dernier (voir recommandation 17). L'avis peut porter également sur des biens décrits de manière générique (voir recommandation 66). Ainsi, lorsque la sûreté porte sur "l'ensemble des stocks existants ou futurs", l'avis peut désigner ces stocks en utilisant cette même formule générale. La priorité étant déterminée en fonction de la date d'inscription, le prêteur pourra conserver son rang de priorité sur les stocks futurs. Les mécanismes de crédit permanent s'en trouvent facilités, car un prêteur octroyant de nouveaux crédits dans ce type de mécanisme sait qu'il restera prioritaire sur les nouveaux biens entrant dans l'assiette du financement.

22. De leur côté, dans bien des États, les registres de la propriété intellectuelle existants ne se prêtent pas aisément à l'inscription de droits sur des biens à venir. Comme les transferts ou les sûretés réelles mobilières portant sur la propriété intellectuelle s'y trouvent indexés par droit de propriété intellectuelle concerné, ils ne peuvent être effectivement inscrits qu'une fois la propriété intellectuelle elle-même d'abord inscrite. De ce fait, l'inscription sur un registre de la propriété intellectuelle d'un avis général concernant une sûreté sur une propriété intellectuelle future serait sans effet; il faudrait procéder à une nouvelle inscription de la sûreté chaque fois qu'une nouvelle propriété intellectuelle est acquise.

23. Si le droit de la propriété intellectuelle interdit qu'une propriété intellectuelle soit acquise, transférée ou grevée avant d'avoir été effectivement inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle, le Guide ne remet pas en cause cette interdiction et ne permet pas de constituer une sûreté sur cette propriété intellectuelle future. En revanche, si ce droit n'interdit pas la création d'une sûreté sur une propriété intellectuelle future, une telle sûreté pourra être constituée et devenir opposable conformément au Guide. Les États qui adopteront les recommandations du Guide souhaiteront peut-être envisager de revoir leur loi

concernant la propriété intellectuelle pour déterminer si un avis concernant une sûreté peut porter sur une propriété intellectuelle future.

E. Double inscription ou double recherche

24. Comme il a déjà été indiqué, le Guide s'en remet au droit de la propriété intellectuelle pour les modalités d'inscription d'une sûreté dans un registre de la propriété intellectuelle et prévoit expressément que la loi sur les opérations garanties accorde la priorité aux droits inscrits dans ce registre. Comme il est également noté plus haut, le Guide rend ainsi souvent inutile le double enregistrement ou la double recherche. En particulier, une simple inscription au registre général des sûretés paraîtrait nécessaire et utile aux fins des opérations garanties: a) lorsque le bien grevé est un type de propriété intellectuelle dont l'enregistrement n'est pas requis par le droit de la propriété intellectuelle (par exemple droit d'auteur ou secrets d'affaires dans de nombreux États); b) lorsqu'une sûreté sur la propriété intellectuelle n'est pas enregistrable dans un registre de la propriété intellectuelle; et c) lorsque d'autres créanciers garantis inscrivent leurs droits uniquement au registre général des sûretés. En revanche, l'inscription au registre de la propriété intellectuelle approprié peut être préférable, par exemple: a) lorsque le bien grevé est un type de bien pour lequel existe un régime d'inscription qui produit des effets à l'égard des tiers et permet d'inscrire les sûretés (par exemple brevets ou marques dans de nombreux États); ou b) lorsque le créancier garanti a besoin d'obtenir la priorité sur d'autres créanciers garantis ou bénéficiaires d'un transfert conformément au droit de la propriété intellectuelle applicable.

25. Avant de conclure une opération garantie, un créancier garanti faisant preuve de la diligence voulue procédera habituellement à une recherche pour déterminer s'il existe déjà des réclamants concurrents qui ont priorité sur la sûreté proposée. Dans un premier temps, le créancier garanti recherchera les titulaires successifs pour identifier les transferts antérieurs et déterminer si le constituant dispose effectivement de droits sur la propriété intellectuelle afin que la sûreté puisse d'emblée produire ses effets (cette obligation de diligence vaut cependant aussi pour tous les autres biens meubles). Contrairement aux registres de la propriété intellectuelle, le registre général des sûretés ne consigne pas les titulaires. Par conséquent, pour déterminer la chaîne des titulaires, il faudra faire une recherche dans le registre de la propriété intellectuelle approprié, à condition que la propriété intellectuelle considérée puisse être enregistrée. Ensuite, le créancier garanti effectuera une recherche pour déterminer si chaque titulaire antérieur dans la chaîne a accordé une sûreté qui pourrait avoir priorité sur la sûreté proposée. Enfin, il déterminera le rang de priorité revenant aux droits inscrits dans l'un ou l'autre des deux types de registres. Lorsque la priorité est déterminée uniquement en fonction de l'inscription au registre de la propriété intellectuelle approprié, comme le prévoit le Guide, une recherche dans ce seul registre peut suffire. Dans le cas contraire (par exemple, lorsque l'inscription des sûretés au registre spécialisé n'est pas autorisée), un créancier garanti peut avoir à effectuer une recherche dans les deux registres.

F. Moment où l'inscription prend effet

26. Dans le droit des brevets et des marques de nombreux États, la priorité d'une sûreté ou d'un autre droit est déterminée par la date de la demande d'inscription (ce qui est utile lorsqu'il faut un certain temps au registre pour procéder effectivement à

l'inscription du brevet ou de la marque). Selon le Guide, l'inscription d'un avis concernant une sûreté produit effet dès que les informations y figurant sont saisies dans les fichiers du registre et deviennent accessibles aux personnes effectuant une recherche (voir recommandation 70). Lorsque le registre est électronique, l'inscription d'un avis produit effet dès l'enregistrement. En revanche, lorsque le registre est tenu sur support papier, l'inscription d'un avis produira effet un certain temps seulement après enregistrement.

27. Le Guide accordant la priorité à l'inscription d'une sûreté dans un registre spécialisé indépendamment de la date d'enregistrement (voir recommandations 77 et 78), cette différence d'approche quant à la date d'effet de l'enregistrement ne posera probablement aucun problème. Lorsque la sûreté constituée sur un brevet ou une marque devient opposable par inscription à un registre spécialisé conformément au droit des brevets ou des marques, elle aura priorité même sur une sûreté inscrite antérieurement au registre des sûretés.

G. Incidence du transfert de la propriété intellectuelle grevée sur l'efficacité de l'inscription

28. Le Guide recommande que la loi sur les opérations garanties aborde la question de l'incidence du transfert d'un bien grevé sur l'efficacité de l'inscription au registre général des sûretés introduit par ladite loi (voir recommandation 65). Le commentaire de la recommandation 65 examine trois solutions qui s'offrent à l'État adoptant pour traiter la question. Une première solution consiste à prévoir que, en cas de transfert du bien grevé, le créancier garanti doit inscrire une modification désignant le bénéficiaire de ce transfert comme nouveau constituant dans un délai déterminé après le transfert. À défaut, l'opposabilité initiale est maintenue en principe, mais la sûreté est subordonnée aux créanciers garantis et acheteurs qui ont acquis leurs droits après le transfert et avant l'inscription de la modification. Une deuxième solution à laquelle les États adoptants peuvent choisir de recourir consiste à prévoir que le délai de grâce pour l'inscription d'une modification ne commence à courir qu'à partir du moment où le créancier garanti prend effectivement connaissance du transfert du bien grevé par le constituant. Une troisième solution serait de disposer que le transfert d'un bien grevé n'a pas d'incidence sur l'opposabilité d'une sûreté inscrite.

29. Si un État opte pour la troisième solution, le créancier garanti de l'auteur du transfert n'a pas besoin d'inscrire un nouvel avis concernant sa sûreté. Cependant, en cas de transferts successifs, une recherche dans le registre ne permettra probablement pas aux bénéficiaires en aval de découvrir une sûreté accordée par une personne autre que l'auteur du transfert immédiatement en amont. Dans ce cas, il leur resterait encore à déterminer les titulaires successifs et le statut du bien grevé en dehors du registre général des sûretés. Par contre, si un État recourt à la première ou la deuxième solutions examinées ci-dessus, un créancier garanti devra déposer un nouvel avis désignant le bénéficiaire du transfert comme nouveau constituant. Dans ce cas, il sera tenu de suivre le statut du bien grevé (à un degré différent, selon que la première ou la deuxième solution est suivie). Dans le même temps, en cas de transferts successifs, les bénéficiaires en aval seront en mesure d'identifier une sûreté accordée par une personne autre que l'auteur du transfert immédiatement en amont.

30. Ces considérations s'appliquent aux sûretés sur la propriété intellectuelle en cas de transfert de cette dernière. Les États adoptant le Guide devront examiner les

avantages et les inconvénients relatifs de ces différentes solutions et, en particulier, leurs conséquences pour les droits sur la propriété intellectuelle. Par exemple, si la première solution évoquée ci-dessus est suivie, un créancier octroyant un crédit garanti par l'intégralité du droit d'auteur sur un film devra procéder à des inscriptions systématiques à l'égard de tous les preneurs de licence et de sous-licence (si le droit applicable en matière de droit d'auteur considère une licence comme un transfert pouvant être enregistré) pour conserver son rang de priorité sur eux ou sur leurs propres créanciers garantis. Cette obligation serait particulièrement lourde pour ce type de prêteur et pourrait décourager l'octroi de crédits garantis par ces biens. En revanche, cette solution permettra à une personne octroyant un prêt à un preneur de sous-licence de trouver plus aisément une sûreté créée par son constituant en effectuant une simple recherche uniquement à partir du nom de ce dernier. Il faut ici mettre en balance les coûts relatifs du suivi et des inscriptions multiples auxquels doit procéder le prêteur en "amont" et les coûts de la recherche de l'ensemble des titulaires successifs pour les sûretés créées en "aval". À cet égard, il est à noter qu'habituellement, dans le droit de la propriété intellectuelle, un transfert ou une sûreté antérieurs conservent leur rang de priorité sur les transferts ou les sûretés ultérieurs sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle inscription au nom du bénéficiaire du transfert d'un bien grevé.

H. Enregistrement des sûretés réelles mobilières grevant des marques

31. L'Association internationale des marques ("AIM") a publié une série de recommandations au sujet de l'enregistrement de sûretés sur des marques[1]. Plus précisément, elle a entériné le principe d'uniformité ainsi qu'un certain nombre de meilleures pratiques en matière de mécanismes et de méthodes d'enregistrement des sûretés constituées sur des marques, reconnaissant que les droits de propriété intellectuelle, notamment les marques de produits et de services, constituent un élément de plus en plus important dans les prêts commerciaux; que le manque de cohérence dans l'enregistrement des sûretés sur les marques alimente l'insécurité dans les relations commerciales et fait que le propriétaire d'une marque risque de perdre ou de compromettre d'une autre manière ses droits attachés à la marque; que les mécanismes d'enregistrement des sûretés sur les marques sont inexistants (ou insuffisants) dans de nombreux États; que beaucoup de pays appliquent des critères différents et contradictoires pour déterminer ce qui peut et sera enregistré; et que les travaux menés au niveau international au sujet des sûretés sur les droits de propriété intellectuelle par des organisations comme la CNUDCI auront de larges incidences sur la manière dont les lois relatives au financement garanti seront appliquées à l'enregistrement et d'autres aspects des sûretés sur les marques, surtout dans les pays en développement.

32. Les principales caractéristiques de ces meilleures pratiques sont les suivantes:

a) Les sûretés sur des marques enregistrées et sur des marques pour lesquelles une demande d'enregistrement a été déposée devraient être enregistrables;

b) Aux fins de la notification de la constitution de la sûreté, il est recommandé que celle-ci soit inscrite auprès du bureau national des marques ou dans tout registre commercial approprié, les inscriptions devant pouvoir être consultées gratuitement par le public, de préférence par des moyens électroniques;

---

[1] Voir http://www.inta.org/index.php?option=com_content&task=view&id=1517&Itemi.

c) La constitution d'une sûreté sur une marque ne devrait pas opérer un transfert de la propriété de la marque grevée et ne devrait pas conférer au créancier garanti le droit de l'utiliser;

d) La convention constitutive de sûreté devrait comporter des dispositions claires, conformes à la législation locale, autorisant le renouvellement du dépôt de la marque par le créancier garanti, si cela est nécessaire pour en maintenir l'enregistrement;

e) Les marques devraient être évaluées, aux fins de la constitution d'une sûreté, selon n'importe quelle modalité appropriée et autorisée par la législation locale et aucun système ni aucune méthode d'évaluation ne sont privilégiés ou recommandés;

f) L'inscription des sûretés grevant des marques au bureau local des marques devrait suffire pour les rendre opposables; de même, l'inscription d'une sûreté auprès de tout autre registre autorisé par la législation locale, comme un registre commercial, devrait également suffire;

g) Si la législation locale exige qu'une sûreté soit enregistrée sur un registre autre que celui du bureau local des marques pour être opposable, par exemple sur un registre commercial, le double enregistrement de la sûreté ne devrait pas être interdit;

h) Les formalités d'enregistrement d'une sûreté et le montant des droits perçus, le cas échéant, devraient être réduits au minimum; un document indiquant: i) l'existence d'une sûreté, ii) les parties à l'opération, iii) la (ou les) marque(s) grevée(s), identifiée(s) par le numéro de la demande et/ou de l'enregistrement, iv) une brève description de la nature de la sûreté, et v) la date de prise d'effet de la sûreté devrait suffire pour rendre une sûreté opposable;

i) Quelles qu'en soient les modalités, la réalisation d'une sûreté par saisie, après un jugement, une décision administrative ou un autre fait déclencheur, ne devrait pas être une procédure excessivement lourde;

j) Le bureau des marques compétent devrait enregistrer sans tarder tout jugement ou toute décision administrative ou autre défavorable et prendre les mesures administratives nécessaires; le dépôt d'une copie certifiée conforme du jugement ou de la décision devrait suffire;

k) Lorsque la réalisation est déclenchée par un fait autre qu'un jugement ou une décision administrative, la législation locale devrait prévoir un mécanisme simple permettant au détenteur de la sûreté de procéder à l'inscription, celle-ci devant pouvoir être consultée gratuitement par le public, de préférence par des moyens électroniques;

l) Lorsque le propriétaire de la marque fait faillite ou ne peut, pour d'autres raisons, maintenir la marque faisant l'objet d'une sûreté, le titulaire de la sûreté (ou l'administrateur ou l'exécuteur testamentaire selon le cas) devrait être autorisé, en l'absence de dispositions contractuelles sur la question, à maintenir la marque, à condition que rien ne confère au créancier garanti le droit d'utiliser celle-ci; et

m) Le bureau ou l'organisme public compétent devrait enregistrer sans tarder le dépôt de la documentation faisant état de la levée de la sûreté, le registre devant pouvoir être consulté gratuitement par le public, de préférence par des moyens électroniques.

VI. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 33 à 61, voir A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, par. 1 à 25, et A/CN.9/649, par. 41 à 56.*]

A. Le concept de priorité

33. Dans le Guide, le concept de priorité a trait à la question de savoir lequel des réclamants concurrents peut être désintéressé le premier sur le produit de la disposition d'un bien grevé en cas de défaillance du débiteur. Dans le droit de la propriété intellectuelle, en revanche, le concept de priorité peut être lié aux notions de propriété et d'efficacité. Dans de nombreux États, si la propriété intellectuelle est transférée une première fois par son titulaire, un deuxième transfert réalisé par cette même personne n'emporte pas transmission de droits au deuxième bénéficiaire. Aucun problème de priorité, au sens où ce terme est utilisé dans le Guide, ne se pose ici. En conséquence, le Guide ne s'appliquerait pas et s'en remettrait au droit de la propriété intellectuelle sur ce point. Dans le droit de la propriété intellectuelle, une partie non autorisée ne peut pas constituer de sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle. De la même manière, selon le Guide, une partie qui n'a pas de droits sur un bien, ou le pouvoir de le grever, ne peut constituer de sûreté sur ce bien (voir recommandation 13).

B. Identification des réclamants concurrents

34. La notion de "réclamant concurrent" dans le contexte du financement garanti désigne un créancier garanti (qui, selon le Guide, peut être le bénéficiaire d'un transfert réalisé à titre de garantie), le bénéficiaire du transfert d'un bien grevé, un créancier judiciaire ou un représentant de l'insolvabilité en cas d'insolvabilité du constituant. Dans le contexte de la propriété intellectuelle, on utilise à la place la notion de "bénéficiaires de transfert concurrents" pour désigner les bénéficiaires d'un transfert et les preneurs de licence qui se trouvent en concurrence entre eux ou avec des personnes portant atteinte à la propriété intellectuelle. Par conséquent, conformément au principe énoncé dans la recommandation 4, alinéa b), le Guide ne s'appliquerait pas à un conflit entre bénéficiaires de transfert ou preneurs de licence à moins que l'un des bénéficiaires n'ait acquis son droit par transfert de la propriété intellectuelle à titre de garantie en vertu de la loi sur les opérations garanties et qu'aucune règle de priorité en droit de la propriété intellectuelle ne s'applique à ce conflit. De la même manière, le Guide ne s'applique pas à un conflit entre le bénéficiaire du transfert d'un bien grevé qui a acquis ce bien auprès d'un créancier garanti après défaillance et réalisation et un autre créancier garanti qui a acquis ultérieurement un droit sur le même bien auprès du même constituant, car selon le Guide il ne s'agit pas d'un véritable conflit de priorité (ce conflit peut fort bien être traité par le droit de la propriété intellectuelle).

35. Par contre, le Guide s'applique aux conflits de priorité: a) entre une sûreté inscrite au registre général des sûretés et une sûreté inscrite au registre de la propriété intellectuelle approprié (à condition que le droit de la propriété intellectuelle prévoie que les sûretés peuvent être inscrites dans ce registre); b) entre deux sûretés inscrites au registre de la propriété intellectuelle approprié (à condition que le droit de la propriété intellectuelle prévoie que les sûretés peuvent être

inscrites dans ce registre); c) entre les droits du bénéficiaire d'un transfert ou d'un preneur de licence et une sûreté; et d) entre deux sûretés inscrites au registre général des sûretés.

C. Importance de la connaissance de transferts ou de sûretés antérieurs

36. Selon le Guide, la connaissance de la part d'un réclamant concurrent de l'existence d'une sûreté antérieure est sans importance pour déterminer la priorité (voir recommandation 93). Ainsi, la sûreté d'un créancier qui a connaissance d'une sûreté constituée antérieurement peut néanmoins avoir priorité sur cette dernière si elle a été enregistrée (ou a été rendue opposable d'une autre manière) avant la sûreté constituée antérieurement. En revanche, de nombreuses lois concernant la propriété intellectuelle prévoient qu'une sûreté ou un transfert postérieur concurrent ne peut l'emporter que s'il est inscrit en premier et si le créancier ou le bénéficiaire n'a pas eu connaissance d'un transfert antérieur concurrent. La primauté reconnue au droit de la propriété intellectuelle dans la recommandation 4, alinéa b), devrait préserver ces règles de priorité fondées sur le critère de "connaissance". Toutefois, les États adoptant le Guide souhaiteront peut-être réfléchir sur le point de savoir si les principes qui sous-tendent ces règles devraient être appliqués aux conflits de priorité entre une sûreté et le droit d'un réclamant concurrent (à savoir, un créancier garanti, le bénéficiaire d'un transfert ou un autre réclamant).

D. Priorité d'une sûreté réelle mobilière inscrite sur un registre de la propriété intellectuelle

37. Le Guide recommande que l'inscription d'une sûreté réelle mobilière sur un registre spécialisé (notamment un registre de la propriété intellectuelle, si le droit de la propriété intellectuelle prévoit qu'une sûreté peut être inscrite dans un tel registre) attribue à celle-ci un rang de priorité plus élevé qu'à une sûreté inscrite au registre général des sûretés, quel que soit leur ordre respectif d'inscription (voir recommandations 77 et 78). Cette recommandation s'applique également aux sûretés grevant la propriété intellectuelle.

38. Plus précisément, s'il y a conflit entre deux sûretés, dont l'une a été inscrite dans le registre général des sûretés et l'autre dans le registre de la propriété intellectuelle approprié, le Guide s'applique et donne la priorité à la sûreté qui a été inscrite dans le second (voir recommandation 77, alinéa a)). S'il y a conflit entre des sûretés inscrites dans le registre de la propriété intellectuelle approprié, la première inscrite prime l'autre, résultat que confirme le Guide (voir recommandation 77, alinéa b)).

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être réfléchir sur le point de savoir si le principe de primauté s'appliquerait à une règle de priorité différente en matière de propriété intellectuelle. Si, par exemple, une règle de priorité fondée sur le critère de "connaissance préalable" devait supplanter celle fondée sur l'inscription qui est recommandée par le Guide, la réalisation de l'objectif de ce dernier, qui est de garantir la transparence des sûretés, pourrait s'en trouver gravement compromise. Il semblerait qu'en l'absence d'inscription dans un registre de la propriété intellectuelle aucune question relevant spécifiquement de la propriété intellectuelle ne se poserait et donc que le Guide devrait s'appliquer.*]

39. Lorsqu'une sûreté peut être inscrite sur un registre de la propriété intellectuelle mais ne l'est pas, les recommandations du Guide concernant la priorité s'appliqueront à un conflit de priorité entre cette sûreté non inscrite et une sûreté inscrite au registre général des sûretés. Cependant, si le droit de la propriété intellectuelle prévoit que ces droits ne sont pas opposables aux bénéficiaires d'un transfert ou preneurs de licence ultérieurs qui ont inscrit leurs droits au registre de la propriété intellectuelle, la règle attribuant la priorité à l'inscription sur ce registre s'appliquera.

40. En cas de conflit de priorité entre les droits du bénéficiaire d'un transfert de la propriété intellectuelle et une sûreté qui, au moment du transfert, était inscrite au registre de la propriété intellectuelle approprié, le bénéficiaire prendrait cette propriété intellectuelle soumise à la sûreté. En revanche, si le créancier garanti n'avait pas inscrit sa sûreté au registre de la propriété intellectuelle approprié, le bénéficiaire prendrait la propriété intellectuelle libre de la sûreté (voir recommandations 78 et 79). Ainsi, si A constitue une sûreté sur un brevet en faveur de B qui l'inscrit au registre général des sûretés et qu'ensuite A transfère la propriété du brevet à C, qui l'inscrit au registre des brevets, selon le Guide, C prendra le brevet libre de la sûreté, car la sûreté n'a pas été inscrite au registre des brevets (voir recommandation 78). De la même manière, si A, au lieu de procéder à un transfert, constitue une deuxième sûreté en faveur de C et si seul C procède à une inscription au registre des brevets, selon le Guide, c'est C qui prime (voir recommandation 77, alinéa a)). Dans l'un et l'autre cas, comme l'inscription au registre des brevets confère des droits supérieurs, selon le Guide, les tiers effectuant des recherches pourraient se contenter de consulter ce registre et n'auraient pas besoin d'examiner le registre général des sûretés. Dans tous ces exemples, la qualité de bénéficiaire du transfert et les conditions auxquelles doit satisfaire un transfert sont déterminées par le droit de la propriété intellectuelle. Il convient de noter également que l'inscription au registre de la propriété intellectuelle ne viserait normalement qu'une sûreté grevant la propriété intellectuelle. Elle ne viserait pas une sûreté sur un bien meuble corporel pour lequel est utilisé un droit de propriété intellectuelle.

E. Priorité d'une sûreté réelle mobilière non inscriptible sur un registre de la propriété intellectuelle

41. Si une sûreté grevant la propriété intellectuelle n'est pas inscriptible sur un registre de la propriété intellectuelle, en principe, sa priorité sera déterminée en fonction de l'ordre d'inscription d'un avis la concernant dans le registre général des sûretés (voir recommandations 4, alinéa b), et 77). Toutefois, s'il existe une règle de priorité contraire qui s'applique strictement dans le cadre du droit de la propriété intellectuelle (et non une règle contraire actuellement applicable à la propriété intellectuelle, mais relevant généralement du droit des biens ou des obligations), cette règle contraire prévaut.

42. Le bénéficiaire d'un transfert ou le preneur de licence ultérieur prendrait en principe la propriété intellectuelle soumise à la sûreté (voir recommandation 79). Si la propriété intellectuelle a été transférée par le constituant avant la création de la sûreté, le créancier garanti sera dépourvu de toute sûreté en raison de la règle du "premier en date" (d'après le principe du droit des biens généralement acceptable *nemo dat*, sur l'application duquel le Guide n'a pas d'incidence).

F. Droits des personnes auxquelles est transférée la propriété intellectuelle grevée

43. Comme mentionné ci-dessus, dans le Guide, le bénéficiaire du transfert d'un bien grevé (y compris la propriété intellectuelle) prend normalement ce bien soumis à une sûreté qui était opposable au moment du transfert (voir recommandation 79). Cette règle admet deux exceptions: premièrement, lorsque le créancier garanti autorise la disposition du bien libre de la sûreté (voir recommandation 80, alinéa a)) et, deuxièmement, en cas de transfert dans le cours normal des affaires de l'auteur de transfert (voir recommandation 81, alinéa a)). Il est important de noter que, selon le Guide, la concession d'une licence de propriété intellectuelle ne constitue pas un transfert de la propriété intellectuelle. Par conséquent, les règles du Guide qui gouvernent les transferts de biens grevés ne s'appliqueraient pas lorsqu'une sûreté sur la propriété intellectuelle est constituée et qu'ensuite une licence est octroyée sur cette même propriété intellectuelle. En tout état de cause, compte tenu du principe de primauté du droit de la propriété intellectuelle énoncé à l'alinéa b) de la recommandation 4, le Guide n'a pas d'incidence sur la qualification d'une licence (en particulier d'une licence exclusive comme transfert) par le droit de la propriété intellectuelle.

G. Droits des preneurs de licence en général

44. La propriété intellectuelle est généralement mise sous licence et les droits que se réserve le donneur – par exemple propriété ou droit de recevoir des redevances – de même que l'autorisation du preneur d'utiliser la propriété intellectuelle conformément à l'accord de licence sont affectés en garantie d'un crédit.

45. Lorsque le titulaire de la propriété intellectuelle constitue une sûreté et la rend opposable puis octroie une licence, le preneur acquiert, en principe, la licence soumise à la sûreté constituée par le donneur (voir recommandation 79). Autrement dit, en cas de non-remboursement du prêt par le donneur et de réalisation par le prêteur de sa sûreté sur les redevances dues par le preneur de la licence, le prêteur pourrait recouvrer les redevances auprès du preneur (voir également recommandation 168) étant donné que celles-ci sont traitées comme n'importe quelle autre créance. En outre, sauf accord ou application de l'exception prévue pour certaines licences dans le cours normal des affaires, le créancier garanti du donneur de la licence serait généralement autorisé par le droit de la propriété intellectuelle à mettre fin à la licence ainsi concédée.

46. Si le preneur de la licence constitue également une sûreté, celle-ci porterait sur un bien différent (ses droits découlant de l'accord de licence) et serait de fait soumise à la sûreté constituée par le donneur de la licence puisque les droits qu'acquiert le preneur sont soumis à cette sûreté (voir recommandation 79) et qu'il ne peut donner à son créancier garanti plus de droits qu'il n'en a (conformément au principe *nemo dat*). Ainsi, si le prêteur du donneur de la licence réalisait sa sûreté, il pourrait disposer de la propriété intellectuelle libre de la licence. Il serait donc mis fin à cette dernière et la sûreté du prêteur du preneur de la licence ne grèverait plus aucun bien. De même, que le donneur ait accordé ou non une sûreté à l'un de ses créanciers, si le preneur n'exécute pas l'accord de licence, le donneur peut y mettre fin et le créancier garanti du preneur serait là encore dépourvu de sûreté.

47. La loi sur les opérations garanties serait sans incidence sur les droits du donneur et du preneur découlant de l'accord de licence et du droit de la propriété

intellectuelle applicable. Ainsi, si le preneur n'exécute pas l'accord de licence, le donneur peut y mettre fin et le créancier garanti du preneur serait là encore dépourvu de sûreté. De même, la loi sur les opérations garanties ne s'appliquerait pas à un accord entre le donneur et le preneur interdisant à ce dernier d'octroyer des sous-licences ou de céder les redevances que lui doivent les preneurs des sous-licences.

48. La règle qui veut que le preneur d'une licence de propriété intellectuelle grevée acquière la licence soumise à une sûreté antérieure admet deux exceptions: premièrement, lorsque le créancier garanti autorise la mise sous licence libre de la sûreté (voir recommandation 80, alinéa b)) et, deuxièmement, en cas de concession d'une licence non exclusive dans le cours normal des affaires du donneur (voir recommandation 81, alinéa c), et par. 49 à 55 ci-après).

H. Droits des preneurs de licences non exclusives dans le cours normal des affaires

49. Selon la recommandation 81, alinéa c), une personne qui s'est vu octroyer une licence non exclusive dans le cours normal des affaires du donneur sans savoir que cette licence violait une sûreté prendrait cette licence libre de toute sûreté consentie antérieurement par le donneur. Il s'ensuit que le créancier garanti du donneur, en cas de réalisation de la sûreté, pourrait percevoir les redevances mais non mettre fin à la licence tant que le preneur exécute l'accord de licence.

50. Cette règle s'appliquerait uniquement si le titulaire des droits n'a ni autorisé ni interdit la concession de licences par le donneur. Autrement dit, l'arrangement contractuel entre le créancier garanti et le donneur, qui n'autorise pas le propriétaire/donneur à octroyer une licence, ni ne le lui interdit, est sans effet à l'égard des tiers. Si le titulaire des droits autorisait l'octroi d'une licence, la recommandation 80, alinéa b), s'appliquerait. S'il l'interdisait, aucune disposition du Guide n'empêcherait l'application de cette interdiction et le créancier garanti pourrait mettre fin à la licence. Le droit de la propriété intellectuelle détermine si un créancier garanti bénéficiant d'une sûreté sur la propriété intellectuelle est un titulaire des droits à cette fin.

51. L'expression "libre de la sûreté" ne signifie pas que le preneur de la licence non exclusive acquiert une licence "libre". Il ne peut continuer à utiliser la licence, après réalisation de la sûreté par le créancier garanti à l'encontre du donneur, que s'il en respecte l'ensemble des conditions (comme le paiement des redevances à la personne qui a acquis le droit du donneur au moment de la vente en réalisation de la sûreté). Ainsi, toutes les obligations du preneur restent en l'état et le successeur du donneur peut mettre fin à l'accord de licence en cas de manquement de sa part.

52. Si le créancier garanti du donneur ne veut pas encourager les licences non exclusives, il peut, dans la convention constitutive de sûreté (ou ailleurs), exiger de l'emprunteur (le donneur) qu'il insère dans toutes les licences non exclusives qu'il octroie une clause stipulant qu'elles prendront fin si le créancier garanti réalise sa sûreté. De même, si le donneur ne veut pas que le preneur octroie des sous-licences, il peut prévoir dans l'accord de licence une clause stipulant qu'un tel octroi constitue un manquement à l'accord de licence qui lui donnerait le droit de mettre fin à la licence. Aucune disposition du Guide n'empêcherait l'application de ces clauses dans les relations entre le créancier garanti et son emprunteur (ou entre le donneur et le preneur). Normalement, bien sûr, le créancier garanti n'aura aucun intérêt à agir ainsi puisque l'activité du donneur (et des preneurs) est d'octroyer des

licences non exclusives et que le créancier garanti s'attend à ce que l'emprunteur se serve des redevances versées au titre de ces accords de licence pour payer l'obligation garantie.

53. L'exception prévue dans la recommandation 81, alinéa c), ne vaudra que si: a) le créancier garanti en tant que titulaire des droits n'autorise pas son emprunteur à octroyer une licence (dans ce cas, la recommandation 80, alinéa b), s'appliquera); et b) le créancier garanti en tant que titulaire des droits n'interdit pas à l'emprunteur d'octroyer une licence non exclusive (s'il le fait, la licence prendra fin lorsqu'il procédera à la réalisation). En tout état de cause, pour un preneur de licence, le droit de propriété intellectuelle resterait soumis à la sûreté du créancier garanti du donneur si le titulaire des droits (l'emprunteur ou son créancier garanti) n'avait pas autorisé l'octroi de la licence. Le fait que la recommandation 81, alinéa c), prévoit certains droits dans les circonstances limitées décrites ci-dessus ne justifie donc pas les licences non autorisées ou obligatoires.

54. Des résultats quelque peu comparables peuvent être obtenus dans le droit de la propriété intellectuelle. Il arrive souvent que, dans la convention constitutive de sûreté, le créancier garanti autorise le donneur à octroyer des licences. Si la convention constitutive ne dit rien sur ce point, mais que, dans le droit de la propriété intellectuelle, le donneur, et non le créancier garanti, demeure titulaire des droits de propriété intellectuelle grevés, alors ce titulaire est généralement aussi autorisé à octroyer des licences. Puisqu'il s'agit d'une pratique courante, les licences sont autorisées dans la plupart des cas. Ainsi, en vertu des règles de priorité habituelles du droit de la propriété intellectuelle, la sûreté du créancier garanti sur la propriété intellectuelle est soumise à ces licences autorisées. Toutefois, celui-ci devient parfois titulaire des droits au sens de la loi concernant la propriété intellectuelle. Dans un tel cas, si l'emprunteur octroie une licence (ou une sous-licence), la licence est non autorisée et constitue une atteinte si elle n'a pas été autorisée par le créancier garanti. Le Guide n'affecte pas ce résultat.

55. Pour refléter le commentaire ci-dessus, la recommandation 81, alinéa c), peut être complétée par une recommandation spéciale qui serait rédigée à peu près comme suit:

> "La loi devrait prévoir que la recommandation 81, alinéa c), ne s'applique dans le cas d'une sûreté grevant la propriété intellectuelle que si: a) le créancier garanti en tant que titulaire des droits au sens du droit de la propriété intellectuelle n'autorise pas son emprunteur à octroyer une licence (dans ce cas, la recommandation 80, alinéa b), s'appliquera); et b) le créancier garanti n'interdit pas à l'emprunteur d'octroyer une licence non exclusive (mais si le créancier garanti en tant que titulaire des droits le lui interdit, la licence prendra fin lorsqu'il procédera à la réalisation)."

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi examiner un autre libellé tel que le suivant*:

> "*La loi devrait prévoir que la recommandation 81, alinéa c), ne s'applique pas aux licences de propriété intellectuelle et que cette question relève de la convention constitutive de sûreté. Dans le silence de la convention constitutive de sûreté, le créancier garanti devrait être présumé avoir autorisé la licence, auquel cas la règle prévue dans la recommandation 80, alinéa b), s'applique.*"

On fait valoir que, dans de nombreux cas, la propriété intellectuelle est exploitée dans le cadre de licences non exclusives – par exemple licences

d'exploitation de films, licences de brevets, franchises et autres licences similaires –, étant généralement entendu qu'il peut exister des sûretés antérieures qui resteront en vigueur pendant la durée de la licence et conserveront leur rang de priorité. Souvent, ces licences prévoient le paiement régulier de redevances et le fait que le preneur soit solvable et s'acquitte de ses obligations est important tant pour le donneur que pour le créancier garanti de ce dernier. En pareils cas, un prêteur peut approuver la licence et se contenter d'en autoriser le maintien en cas de défaillance du donneur et de réalisation à son encontre, si bien que la recommandation 81, alinéa c), est superflue. Mais dans d'autres cas, le prêteur voudra peut-être mettre fin à la licence si le donneur est défaillant, à moins que le preneur ne négocie un autre accord, si bien que la recommandation 81, alinéa c), contrarie les attentes commerciales normales et peut entraver l'octroi de prêts garantis dans ce contexte.

Autrement dit, on estime que la notion de licence "dans le cours normal des affaires" n'a pas de précédent dans le droit de la propriété intellectuelle, au point qu'il est difficile de distinguer une licence "prise dans le cours normal des affaires" d'une licence "prise en dehors du cours normal des affaires". D'ailleurs, comme la plupart des droits de propriété intellectuelle acquièrent de la valeur lorsqu'ils sont mis sous licence, dans un sens toutes les licences peuvent être considérées comme octroyées "dans le cours normal des affaires". Par contre, comme de nombreuses licences font l'objet de négociations spéciales (licences d'exploitation de films, franchises), dans un autre sens, aucune licence n'est octroyée "dans le cours normal des affaires". En outre, de nombreuses licences peuvent être "mixtes" en ce sens qu'elles contiennent des éléments tant exclusifs que non exclusifs. Par exemple, pour les licences de brevets, il est courant d'octroyer une licence qui est exclusive pour certaines périodes ou certains critères d'exécution, et non exclusive pour le reste. Pour le droit d'auteur, il est courant d'autoriser l'exploitation de certains droits sous licence exclusive (par exemple droits de distribution) et d'autres droits sous licence non exclusive (par exemple droits de réalisation de matériels publicitaires). Par conséquent, on fait valoir que la notion de "licence dans le cours normal des affaires" n'offre pas de sécurité commerciale lorsqu'elle est appliquée à la propriété intellectuelle et que son utilisation pourrait entraver les mesures visant à encourager l'octroi de prêts garantis dans ce domaine.

On estime que le droit de la propriété intellectuelle en vigueur traite déjà de manière appropriée cette question en laissant aux parties le soin d'en décider dans la convention constitutive de sûreté. Dans certains cas, le créancier garanti peut souhaiter que le constituant octroie des licences et peut autoriser que toutes les licences ou celles qui remplissent certains critères soient "libres de la sûreté". Selon une autre possibilité, le créancier garanti peut exiger l'approbation préalable des licences. Dans l'un ou l'autre cas, on attendrait normalement d'un preneur de licence qu'il fasse preuve de la diligence voulue pour déterminer si sa licence est "libre" d'une sûreté antérieure (ce qui signifie que, en cas de réalisation de cette sûreté, la licence peut néanmoins être maintenue) ou "soumise" à une sûreté antérieure (ce qui signifie que, en cas de défaillance et de réalisation, la licence prendra fin à moins que d'autres arrangements ne soient conclus avec le créancier garanti).]

I. Priorité d'une sûreté réelle mobilière octroyée par un donneur de licence sur une sûreté réelle mobilière octroyée par un preneur de licence

56. Lorsqu'un donneur "finance" l'acquisition d'une licence par un preneur (en ce sens que le paiement prend la forme d'un versement échelonné de redevances futures), son droit à percevoir les redevances qui lui sont dues n'est pas affecté par une sûreté que le preneur consentirait sur toutes les redevances pouvant lui être dues au titre d'un accord de sous-licence. Ce type de sûreté peut néanmoins avoir une incidence sur la capacité du preneur à payer le donneur si le premier est défaillant vis-à-vis de ses créanciers garantis, dans la mesure où ceux-ci chercheront peut-être à percevoir eux-mêmes les redevances découlant de la sous-licence. Toutefois, le donneur dispose de nombreux moyens pour se protéger dans une telle situation.

57. Le donneur pourrait protéger ses droits: a) en interdisant au preneur de céder ou de grever son droit au paiement des redevances dues au titre des accords de sous-licence; ou b) en mettant fin à la licence si le preneur cédait ses droits au paiement desdites redevances. Le Guide n'affecte pas ces dispositions si elles s'appliquent en vertu du droit de la propriété intellectuelle et du droit des obligations.

58. En outre, le donneur pourrait obtenir une sûreté sur le droit du preneur de licence au paiement des redevances dues au titre des sous-licences. Toutefois, la priorité de cette sûreté dépendrait des règles générales de priorité. Ainsi, un créancier garanti de A détenant une sûreté sur tous les biens présents et futurs de A qui a enregistré un avis concernant sa sûreté au jour 1 aurait la priorité sur le créancier garanti de B, lorsque B est le donneur de la licence et A le preneur de la licence dans le cadre d'un accord de licence conclu au jour 2 et que le créancier garanti de B a enregistré un avis concernant sa sûreté au jour 3.

59. Lorsque le bien grevé est un bien meuble corporel pour lequel est utilisée la propriété intellectuelle, un créancier garanti peut obtenir une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition. Cependant, comme il a été mentionné (voir A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, par. 91 à 94), cette sûreté grève le bien meuble corporel et non la propriété intellectuelle. Le droit du créancier garanti finançant l'acquisition de disposer des biens grevés en l'état (donc en y incluant la propriété intellectuelle) est traité comme un problème de réalisation et, comme on le verra plus loin, est soumis soit à l'épuisement des droits du titulaire de la propriété intellectuelle utilisée dans les biens meubles corporels grevés en question, soit à l'autorisation donnée au créancier garanti par le titulaire des droits de disposer des biens grevés en l'état (voir, plus loin, par. 81 à 84).

J. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle sur le droit d'un créancier judiciaire

60. Selon le Guide, une sûreté qui a été rendue opposable avant qu'un créancier judiciaire ait obtenu des droits sur le bien grevé a priorité sur le droit découlant du jugement. Toutefois, si un créancier chirographaire a obtenu un jugement à l'encontre du constituant et a pris les mesures nécessaires en vertu de la loi régissant l'exécution des jugements pour acquérir des droits sur les biens grevés avant que la sûreté ait été rendue opposable, le droit du créancier judiciaire est prioritaire (voir recommandation 84). Cette recommandation s'applique également aux sûretés grevant la propriété intellectuelle. Dans ce cas, en droit de la propriété intellectuelle,

le créancier judiciaire devra obtenir un transfert de la propriété intellectuelle, qu'il faudra peut-être inscrire dans un registre de la propriété intellectuelle. Si ce transfert intervient avant qu'une sûreté ait été rendue opposable, conformément tant à la loi recommandée dans le Guide qu'au droit de la propriété intellectuelle, le bénéficiaire du transfert de la propriété intellectuelle grevée prendra ladite propriété libre de la sûreté (voir aussi recommandation 79).

K. Cession de rang

61. Le Guide reconnaît le principe de la cession de rang (voir recommandation 94). Ce principe s'applique également aux sûretés grevant la propriété intellectuelle. Il veut pour l'essentiel que les réclamants concurrents puissent modifier par convention l'ordre de priorité de leurs droits concurrents sur un bien grevé à condition que les droits des tiers ne soient pas affectés. Ceci est important pour la propriété intellectuelle compte tenu de la divisibilité des droits du titulaire, du donneur ou du preneur de licence.

VII. Droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté relative à la propriété intellectuelle

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 62 et 63, voir A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, par. 26 à 30, et A/CN.9/649, par. 57 à 59.*]

A. Application du principe de l'autonomie des parties

62. À quelques exceptions près, le Guide reconnaît généralement aux parties à la convention constitutive de sûreté la liberté d'adapter cette dernière à leurs besoins pratiques (voir recommandation 10). Le principe de l'autonomie des parties s'applique également aux sûretés grevant la propriété intellectuelle, sous réserve des limites particulières qui pourraient être prévues par le droit de la propriété intellectuelle. Par exemple, lorsque les droits d'un titulaire sont grevés, la faculté de poursuivre les auteurs d'atteintes ne fera pas partie intégrante du bien grevé si le droit de la propriété intellectuelle dispose que seul le titulaire peut exercer, transférer ou grever cette faculté.

B. Droit du créancier garanti de poursuivre les auteurs d'atteintes ou de renouveler les inscriptions

63. Selon la loi sur les opérations garanties, le créancier garanti devrait être en mesure de convenir avec le titulaire des droits qu'il sera autorisé à poursuivre les auteurs d'atteintes et à renouveler les inscriptions, sous réserve que le droit de la propriété intellectuelle l'y autorise. Autrement, le bien grevé pourrait perdre sa valeur, si le titulaire de la propriété intellectuelle grevée n'exerçait pas ses droits en temps voulu. Ce résultat pourrait avoir une incidence négative sur l'affectation de la propriété intellectuelle en garantie d'un crédit. Cette approche n'affecterait pas les droits du titulaire étant donné que son consentement serait nécessaire. De même, elle n'interférerait pas avec le droit de la propriété intellectuelle, si de telles conventions n'étaient pas autorisées. Naturellement, les États adoptant les recommandations du Guide souhaiteront peut-être examiner leur droit de la

propriété intellectuelle pour déterminer si de telles conventions devraient être autorisées, étant donné que cela pourrait faciliter l'utilisation de la propriété intellectuelle en garantie d'un crédit.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les recommandations spéciales suivantes relatives à la propriété intellectuelle:*

"La loi devrait prévoir que [, sauf si le droit de la propriété intellectuelle l'interdit,] le constituant et le créancier garanti peuvent décider par convention qui pourra poursuivre les auteurs d'atteintes à la propriété intellectuelle grevée ou procéder à de nouvelles inscriptions concernant la propriété intellectuelle grevée.

La loi devrait prévoir que [, sauf si le droit de la propriété intellectuelle l'interdit,] le créancier garanti devrait être autorisé à poursuivre les auteurs d'atteintes et à renouveler les inscriptions si le titulaire des droits n'exerce pas ceux-ci en temps voulu."

Le Groupe de travail voudra peut-être considérer que le texte entre crochets n'est pas nécessaire car: a) la recommandation 4, alinéa b), donne préséance au droit de la propriété intellectuelle pour toute question qui est traitée dans le Guide d'une manière incompatible avec ce droit; et b) la recommandation 18 donne déjà préséance à toute disposition légale limitant la possibilité de transférer certains types de bien.]

VIII. Droits et obligations des tiers débiteurs dans les opérations de financement garanties par la propriété intellectuelle

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour le paragraphe 64, voir A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, par. 32, et A/CN.9/649, par. 60.*]

64. Lorsqu'un donneur de licence cède son droit au paiement des redevances dues par le preneur au titre de l'accord de licence, ce dernier (en tant que débiteur du droit cédé) serait un tiers débiteur au sens du Guide et ses droits et obligations seraient les mêmes que ceux du débiteur d'une créance. De même, lorsqu'un preneur de licence cède son droit au paiement des redevances dues par le preneur d'une sous-licence en vertu d'un accord de sous-licence, ce dernier serait un tiers débiteur au sens du Guide.

IX. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 65 à 89, voir A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, par. 35 à 44, et A/CN.9/649, par. 61 à 73.*]

A. Recoupements entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle

65. Les États ne prévoient généralement pas, dans leur loi concernant la propriété intellectuelle, de moyens spécifiques de réalisation pour les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle. Ils partent du principe que leur droit

général des opérations garanties s'applique à la réalisation de ces sûretés. En outre, lorsque le droit de la propriété intellectuelle de certains États traite effectivement de la réalisation des sûretés grevant différents types de propriété intellectuelle, il ne fait que greffer les régimes de réalisation des sûretés existants sur le régime qui régit la propriété intellectuelle. En conséquence, les États qui adopteront les recommandations du Guide se contenteront normalement de remplacer le régime de réalisation antérieur découlant, par exemple, d'un code civil et d'un code de procédure civile, du droit commun des charges flottantes et fixes, d'une loi sur les hypothèques ou d'une autre loi générale relative à la réalisation, selon le cas, par le régime de réalisation que recommande le Guide.

66. Cette approche de la réalisation des sûretés s'applique non seulement à la propriété intellectuelle (brevet, droit d'auteur ou marque, par exemple), mais aussi aux autres droits qui naissent de ces types de propriété intellectuelle. Partant, conformément à la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, des biens tels que les redevances et droits de licence sont traités comme des créances et sont soumis au régime de recouvrement des créances recommandé dans le Guide. De même, les autres droits contractuels d'un donneur de licence ou de sous-licence à l'égard du preneur de licence ou de sous-licence seront également régis par le droit général des obligations d'un État, et les sûretés sur ces droits seront réalisées en vertu du droit général des opérations garanties de cet État. Ici encore, les droits d'exploitation d'un preneur de licence ou de sous-licence sont traités de la même manière que les droits d'un preneur à bail ou d'un acheteur, et sont régis par le droit général des obligations d'un État, sauf en ce qui concerne (lorsqu'elles sont spécifiquement mentionnées dans le droit de la propriété intellectuelle) les questions d'inscription.

67. Les États incorporeront parfois des règles de procédure spéciales sur la réalisation des sûretés grevant la propriété intellectuelle dans la législation générale relative aux brevets, aux marques et au droit d'auteur. En outre, les normes générales de procédure prévues par la loi sur les opérations garanties d'un État pourront se voir accorder une teneur spécifique dans le contexte de la réalisation de sûretés sur la propriété intellectuelle. Ainsi, par exemple, la détermination de ce qui est commercialement raisonnable lorsque le bien grevé est un droit de propriété intellectuelle pourra dépendre du droit et de la pratique en matière de propriété intellectuelle. La définition de ce critère peut fort bien varier d'un État à l'autre, ainsi que d'un régime de la propriété intellectuelle à l'autre. Le Guide reconnaît cette spécificité procédurale: lorsque des règles de procédure spécifiques au droit de la propriété intellectuelle imposent aux parties des obligations supérieures à celles énoncées dans le régime de réalisation prévu par le Guide, elles s'appliqueront, conformément au principe énoncé à l'alinéa b) de la recommandation 4, en lieu et place des recommandations générales du Guide. Bien entendu, si ces règles de procédure et définitions font partie intégrante du droit général, elles seront remplacées par les recommandations du Guide dans les États qui les adopteront.

68. Quant aux droits fondamentaux des créanciers garantis en matière de réalisation, il n'existe, une fois qu'un État adopte les recommandations du Guide, aucune raison d'élaborer des principes différents ou inhabituels pour régir la réalisation des sûretés grevant la propriété intellectuelle. Le Guide ne fait que recommander un régime plus efficace et plus transparent permettant à un créancier garanti de réaliser ses droits, sans aucunement limiter les prérogatives que le titulaire de la propriété intellectuelle peut exercer pour protéger ses droits contre toute atteinte ou recouvrer des redevances auprès d'un preneur de licence ou de sous-licence. Comme le souligne la section de la présente Annexe consacrée à la

constitution d'une sûreté réelle mobilière (voir A/CN.9/WG.VI/WP.35, par. 75), le créancier garanti ne peut jamais obtenir de sûreté sur plus de droits que ceux dont le constituant jouit au moment de la réalisation.

B. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant différents types de propriété intellectuelle

69. Le Guide expose en détail un régime pour la réalisation des sûretés grevant différents types de biens. Il part du principe que les voies de droit doivent être conçues de manière à garantir la réalisation la plus efficace tout en assurant une protection appropriée des droits du constituant et des tiers. Ce principe et cette approche devraient s'appliquer de la même façon à la réalisation des sûretés sur les diverses catégories de propriété intellectuelle. Actuellement, la loi de la plupart des États reconnaît une grande diversité de droits attachés à la propriété intellectuelle, notamment:

a) La propriété intellectuelle elle-même;

b) Les créances naissant d'un accord de licence;

c) Les autres droits contractuels acquis par le donneur en vertu d'un accord de licence;

d) Les droits acquis par le preneur de licence en vertu d'un accord de licence;

e) Les droits du titulaire de la propriété intellectuelle, du donneur de licence et du preneur de licence sur des biens meubles corporels auxquels se rattache la propriété intellectuelle utilisée.

70. Les éléments du régime de réalisation recommandé par le Guide, et applicable à chacun de ces différents droits sur la propriété intellectuelle, seront examinés séparément dans les sections ci-après.

C. Prise de "possession" de la propriété intellectuelle grevée

71. Le droit qu'a le créancier garanti de prendre possession du bien grevé conformément aux recommandations 146 et 147 du Guide ne vaut généralement pas si le bien grevé est un bien meuble incorporel tel que la propriété intellectuelle. Ces deux recommandations ne traitent que de la prise de possession de biens meubles corporels. Cependant, conformément au principe général de réalisation extrajudiciaire, le créancier garanti devrait être autorisé à prendre possession de tout document nécessaire à la réalisation de sa sûreté lorsque le bien grevé est une propriété intellectuelle. Un tel droit sera généralement prévu dans la convention constitutive de sûreté. Lorsque les documents sont accessoires à la propriété intellectuelle grevée, le créancier devrait pouvoir en prendre possession qu'ils soient ou non expressément désignés comme biens grevés dans la convention constitutive.

72. On pourrait penser que, lorsqu'il prend possession d'un bien meuble corporel qui est produit au moyen de la propriété intellectuelle ou dans lequel est incorporée une puce contenant un programme produit au moyen de la propriété intellectuelle, le créancier garanti prend également possession de la propriété intellectuelle grevée. Ce n'est pas le cas. Il importe de délimiter correctement l'assiette de la sûreté. Même si de nombreux biens meubles corporels, qu'il s'agisse de matériel ou de stocks, peuvent être produits par exploitation d'un droit de propriété intellectuelle

tel qu'un brevet, la sûreté du créancier repose sur le bien meuble corporel et ne grève pas, en l'absence de clause spécifique en ce sens dans la convention constitutive de sûreté, la propriété intellectuelle utilisée pour le produire. Ainsi, le créancier garanti pourra, conformément aux recommandations du Guide, prendre possession d'un bien meuble corporel tel qu'un disque compact ou un disque vidéo numérique et exercer son droit à réalisation sur ces disques. S'il souhaite également obtenir une sûreté sur la propriété intellectuelle elle-même (y compris, dans la mesure où le constituant a le droit de vendre celle-ci ou de la mettre sous licence, le droit de vente ou de concession de licences), il lui faudrait désigner expressément cette propriété intellectuelle comme bien grevé dans la convention constitutive de sûreté.

D. Disposition de la propriété intellectuelle grevée

73. Aux termes du Guide, le créancier garanti peut, en cas de défaillance du constituant, disposer de la propriété intellectuelle grevée ou en autoriser l'exploitation sous licence, mais toujours dans les limites des droits du constituant. Ainsi, si le constituant est le titulaire des droits, le créancier garanti devrait, en principe, pouvoir céder la propriété intellectuelle sur laquelle il a pris une sûreté ou la mettre sous licence. Si, cependant, le constituant avait précédemment accordé une licence exclusive à un tiers qui a priorité sur la sûreté, en cas de défaillance, le créancier garanti ne pourra pas accorder une autre licence, car le constituant ne possédait pas ce droit lorsque le créancier garanti a acquis sa sûreté (*nemo dat quod non habet*).

74. Dans le cas ci-dessus, selon le Guide, le créancier garanti n'acquiert pas la propriété intellectuelle sur laquelle il réalise sa sûreté. Il dispose en fait de la propriété intellectuelle grevée (en la cédant ou en concédant une licence ou une sous-licence) au nom du constituant. Tant que le cessionnaire ou le preneur de licence (selon le cas) qui acquiert les droits suite à la réalisation par disposition ne les inscrit pas sur le registre approprié (en supposant que ces droits puissent être inscrits), le constituant demeure, sur le registre, le titulaire de la propriété intellectuelle en question.

E. Droits acquis par disposition de la propriété intellectuelle grevée

75. Dans le Guide, les droits sur la propriété intellectuelle acquis par disposition judiciaire seraient régis par la loi applicable à l'exécution des décisions de justice. En cas de disposition extrajudiciaire conformément aux dispositions de la loi sur les opérations garanties, le premier point à noter est que le bénéficiaire du transfert ou le preneur de la licence obtient ses droits directement du constituant. Le créancier garanti qui choisit d'exercer ses droits de cette manière ne devient pas titulaire des droits du fait de cette réalisation.

76. Le deuxième point est que le bénéficiaire du transfert ou le preneur de la licence ne pourrait obtenir que les droits effectivement grevés par la sûreté du créancier procédant à la réalisation. Aux termes du Guide, le bénéficiaire ou le preneur obtiendrait la propriété intellectuelle libre de la sûreté du créancier procédant à la réalisation et de toute sûreté de rang inférieur, mais soumise à toute sûreté de rang supérieur. La même règle s'applique à une disposition extrajudiciaire qui n'est pas conforme aux dispositions de la loi sur les opérations garanties, à

condition que le bénéficiaire du transfert ou le preneur de la licence ait agi de bonne foi (voir les recommandations 161 à 163).

77. En vertu du principe général énoncé dans la loi sur les opérations garanties, le créancier garanti qui réalise sa sûreté prend le bien grevé dans l'état où il se trouve lors de la réalisation. Ainsi, une sûreté sur un bien meuble corporel s'étend aux biens qui y sont attachés et peut être réalisée sur ces biens (voir recommandations 21 et 166). Pour que la sûreté couvre également les biens produits ou fabriqués à partir des biens grevés, la convention constitutive de sûreté dispose généralement de manière expresse que la sûreté s'étend à ces biens manufacturés. Lorsque le bien grevé est une propriété intellectuelle, il importe de déterminer si le bien dont il est disposé au profit du bénéficiaire du transfert ou du preneur de la licence est simplement la propriété intellectuelle telle qu'elle existait au moment où la sûreté est devenue opposable ou cette propriété intellectuelle telle qu'elle a été améliorée par la suite (perfectionnement d'un brevet, par exemple). Généralement, les lois concernant la propriété intellectuelle traitent ces améliorations comme des biens distincts et non comme une partie intégrante de la propriété intellectuelle existante. Partant, le créancier garanti prudent qui souhaite que les améliorations soient grevées par la sûreté devrait, dans la convention constitutive de sûreté, décrire le bien grevé de façon que ces améliorations soient directement grevées.

F. Proposition du créancier garanti de se faire attribuer la propriété intellectuelle grevée

78. En vertu du régime de réalisation recommandé dans le Guide, le créancier garanti a également la faculté de proposer au constituant de se faire attribuer ses droits à titre d'exécution de l'obligation garantie. Si le constituant est titulaire de la propriété intellectuelle, le créancier garanti pourrait lui-même devenir le titulaire à condition que le constituant et ses créanciers ne s'y opposent pas (voir recommandations 156 à 159). Dans le cas où le titulaire des droits aurait donné l'autorisation d'exploiter sa propriété intellectuelle à un preneur de licence qui a priorité sur le créancier garanti réalisant sa sûreté, lorsque ce dernier accepte la propriété intellectuelle des mains du constituant, il acquiert celle-ci sous réserve de la licence de rang supérieur en vertu du principe *nemo dat*. Une fois qu'un créancier garanti devient le titulaire de la propriété intellectuelle, ses droits et obligations sont régis par le droit de la propriété intellectuelle applicable. Il serait tenu en particulier d'inscrire ses droits en tant que titulaire dans le registre de la propriété intellectuelle approprié (en supposant que ces droits puissent être inscrits). Enfin, le créancier garanti qui se fait attribuer la propriété intellectuelle grevée à titre d'exécution partielle ou totale de l'obligation garantie obtiendrait celle-ci libre de toute sûreté de rang inférieur, mais soumise à toute sûreté de rang supérieur (voir recommandation 161).

G. Recouvrement de redevances et droits de licence

79. Aux termes du Guide, lorsque le bien grevé est le droit de recevoir paiement de redevances ou d'autres droits en vertu d'un accord de licence, le créancier garanti devrait être autorisé à réaliser la sûreté en recouvrant simplement ceux-ci après défaillance et notification à la personne redevable (voir recommandation 168). Dans tous ces cas, les redevances sont, aux fins de la loi sur les opérations garanties, des créances et les droits et obligations des parties seront régis par les mêmes principes qui s'appliquent aux créances dans la Convention des Nations Unies sur la cession

et dans le Guide. Ici encore, le créancier garanti qui a pris une sûreté sur des redevances actuelles et futures ne pourra exercer que le droit à paiement dont jouissait le constituant (donneur de licence) au moment de la réalisation de la sûreté sur la créance.

H. Autres droits contractuels du donneur de licence

80. Outre le droit de percevoir des redevances, le donneur prévoira généralement d'autres droits contractuels dans son accord avec le preneur de licence. Il pourra s'agir, par exemple, du droit de limiter l'octroi de sous-licences, d'interdire la constitution de sûretés sur la licence ou de mettre fin à l'accord de licence dans certaines conditions. Le simple fait que le donneur puisse avoir constitué une sûreté sur le droit de percevoir des redevances et que ce droit soit devenu réalisable et soit réalisé par le créancier garanti n'a aucune incidence directe sur ces autres droits du donneur prévus dans l'accord de licence ou découlant du droit de la propriété intellectuelle généralement applicable. Le donneur de licence conserve ces droits, à moins qu'ils aient eux-mêmes été cédés à un tiers ou inclus dans la description du bien grevé sur lequel le créancier procédant à la réalisation a obtenu une sûreté du constituant.

I. Réalisation de sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels auxquels se rattache la propriété intellectuelle

81. En principe, sauf lorsque le "principe d'épuisement" s'applique, le titulaire des droits a la faculté de contrôler les modalités et le lieu de la vente des biens meubles corporels en rapport avec lesquels la propriété intellectuelle est utilisée (avec, bien entendu, son autorisation). Ainsi, lorsque la propriété intellectuelle concernée n'a pas été épuisée, le créancier garanti devrait pouvoir disposer des biens en cas de défaillance, s'il obtient l'autorisation du titulaire. Dans ces deux cas, on part du principe que la convention constitutive de sûreté ne grève pas la propriété intellectuelle elle-même.

82. Comme il n'existe aucune définition universelle du "principe d'épuisement" (souvent appelé "épuisement des droits" ou "principe de première vente"), l'Annexe le mentionne non pas en tant que concept universel, mais tel qu'il est compris dans chaque État adoptant. Néanmoins, lorsque ce principe s'applique en droit de la propriété intellectuelle, l'idée de base est qu'un titulaire des droits perdra ou "épuisera" certains d'entre eux après leur première utilisation. Par exemple, la possibilité pour le propriétaire d'une marque de contrôler les ventes en aval d'un produit portant sa marque est généralement "épuisée" après la première vente du produit. Cette règle a pour but d'exonérer un revendeur de responsabilité pour atteinte à la marque. Il importe néanmoins de noter que cette protection ne vaut que dans la mesure où les biens meubles corporels n'ont pas été modifiés au point d'être sensiblement différents de ceux provenant du propriétaire de la marque. Dans certains États, par exemple, le droit de la propriété intellectuelle interdit au revendeur de retirer ou de modifier la marque apposée sur les biens par son propriétaire.

83. Lorsque le bien meuble corporel est produit au moyen d'une propriété intellectuelle faisant l'objet d'une licence accordée au constituant, le donneur peut prévoir que le preneur de la licence ne peut constituer de sûretés sur ce bien ou qu'un créancier obtenant une sûreté ne peut la réaliser que d'une manière convenue

par le donneur. Dans ces deux cas, le donneur stipulera généralement dans l'accord de licence qu'il peut mettre fin à celle-ci si le constituant ou le créancier garanti viole cet accord. Pour réaliser efficacement sa sûreté sur le bien meuble corporel, il faudrait en conséquence, que le créancier garanti obtienne le consentement du titulaire des droits-donneur de licence conformément à l'accord de licence et au droit de la propriété intellectuelle applicable.

84. Si le créancier garanti souhaite également obtenir une sûreté sur la propriété intellectuelle elle-même (y compris, dans la mesure où le constituant a le droit de vendre celle-ci ou de la mettre sous licence, le droit de vente ou de concession de licences), il lui faudrait désigner expressément cette propriété intellectuelle comme bien grevé dans la convention constitutive de sûreté. Ici, le bien grevé n'est pas le bien meuble corporel produit au moyen de la propriété intellectuelle, mais la propriété intellectuelle elle-même (ou l'autorisation de fabriquer des biens meubles corporels au moyen de la propriété intellectuelle). Un créancier garanti prudent obtiendra généralement une sûreté sur cette propriété intellectuelle de façon à pouvoir poursuivre la production de biens meubles corporels partiellement achevés.

J. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur les droits d'un preneur de licence

85. Dans la discussion ci-dessus, on est parti du principe que le constituant de la sûreté était le titulaire de la propriété intellectuelle. Le bien grevé était la propriété intellectuelle elle-même, le droit du titulaire-donneur de licence de percevoir des redevances et d'autres droits, ou le droit du titulaire-donneur de licence d'exécuter d'autres clauses contractuelles relatives à la propriété intellectuelle. Ce n'est que dans l'examen des sûretés constituées sur des biens meubles corporels produits au moyen de la propriété intellectuelle (section I) que les droits du titulaire-donneur de licence et ceux du preneur de la licence ont été traités ensemble. Cependant, la plupart des questions traitées dans les sections C à H valent également dans les cas où le bien grevé n'est pas la propriété intellectuelle elle-même, mais les droits d'un preneur de licence (ou de sous-licence) naissant d'un accord de licence (ou de sous-licence). Dans le cas où le bien grevé n'est autre qu'une licence, le créancier garanti ne peut évidemment réaliser sa sûreté que sur les droits du preneur de la licence, et ne peut le faire qu'en respectant les clauses de l'accord de licence.

86. Lorsque le constituant est un preneur de licence, en cas de défaillance de sa part, le créancier garanti aura le droit de réaliser sa sûreté sur la licence et de disposer de la licence en la transférant, à condition que le donneur de licence y consente ou que la licence soit transférable, ce qui est rarement le cas. De même, le créancier qui réalise sa sûreté peut accorder une sous-licence, à condition que le donneur y consente ou que le constituant-preneur de licence ait, aux termes de l'accord de licence, le droit d'accorder des sous-licences. Lorsque le créancier garanti propose à un constituant-preneur de licence de se faire attribuer la licence à titre d'exécution partielle ou totale de l'obligation garantie et que ni le constituant, ni les autres parties intéressées (le donneur de licence, par exemple) s'y opposent, il devient titulaire de la licence conformément aux clauses de l'accord de licence conclu entre le preneur et le donneur. Comme dans le cas d'un bénéficiaire de transfert ou d'un preneur de licence qui acquiert la propriété intellectuelle après un acte de disposition d'un créancier garanti, le preneur de licence ou le créancier garanti qui accepte la licence à titre d'exécution partielle ou totale de l'obligation garantie sera tenu d'inscrire ses droits en tant que preneur de licence dans le registre de la propriété intellectuelle approprié, à condition que cela soit permis par le droit

de la propriété intellectuelle. Dans le cas contraire, le preneur de licence ou le créancier garanti devra inscrire ses droits dans le registre général des sûretés en vertu de la loi recommandée dans le Guide.

87. Lorsque le bien grevé est le droit du donneur de sous-licence de recevoir paiement des redevances en vertu d'un accord de sous-licence, le créancier garanti est autorisé à traiter ce bien comme une créance. Cela signifie qu'il peut recouvrer les redevances dans la mesure où celles-ci étaient dues au constituant-donneur de la sous-licence au moment de la réalisation de la sûreté sur la créance. Si la réalisation sur les redevances dues par un preneur de sous-licence constituait une violation de l'accord de licence, le créancier garanti ne pourrait réaliser sa sûreté sur aucune des créances qui naîtraient après cette violation.

88. Lorsque le bien grevé est un autre droit contractuel stipulé dans l'accord de sous-licence, le créancier garanti peut réaliser sa sûreté sur ce droit contractuel comme s'il s'agissait de tout autre bien grevé, et le fait que le donneur de licence puisse avoir mis fin à la licence pour l'avenir ou puisse avoir lui-même fait valoir un droit antérieur de percevoir les redevances dues au titre de la sous-licence n'a aucune incidence directe sur le droit qu'a le créancier garanti de réaliser sa sûreté sur ces autres droits contractuels énoncés dans l'accord de licence.

89. Les droits acquis par le bénéficiaire du transfert de la licence, par le preneur de la sous-licence en cas d'acte de disposition du créancier garanti ou par un créancier garanti qui se fait attribuer la licence à titre d'exécution totale ou partielle de l'obligation garantie pourront être fortement limités par les clauses de l'accord de licence. Un preneur de licence non exclusive, par exemple, ne pourra pas faire valoir la propriété intellectuelle à l'encontre d'un autre preneur de licence non exclusive ou d'une personne portant atteinte à la propriété intellectuelle. Seul le donneur de licence (ou le titulaire des droits) pourra le faire, bien que dans certains États, les preneurs de licence exclusive soient autorisés à se joindre au donneur de licence en tant que parties à l'action. En outre, en fonction des clauses de l'accord de licence et de la description du bien grevé dans la convention constitutive de sûreté, le bénéficiaire du transfert de la licence ne pourra pas avoir accès à des informations telles que le code source. Pour assurer l'efficacité de la licence transférée ou donnée en sous-licence, il faudra que la convention constitutive de sûreté inclue ces droits dans la description des biens grevés par le constituant-preneur de licence, dans la mesure où l'accord de licence l'autorise à grever ces droits également.

X. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 90 à 98, voir A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, par. 53 à 57, et A/CN.9/649, par. 77 à 80.*]

A. Loi applicable aux aspects réels

90. Les conventions internationales qui protègent la propriété intellectuelle adoptent généralement le principe de territorialité et, dans de nombreux États, la loi applicable aux questions de droit de propriété est celle du lieu où la propriété intellectuelle est protégée (*lex protectionis*). En conséquence, un bénéficiaire de

transfert ou un preneur de licence veillera à ce que le transfert ou la licence soient reconnus dans chaque État où il souhaite exercer ses droits.

91. Une sûreté étant un droit réel, la cohérence voudrait que l'on applique la même approche territoriale pour déterminer la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté grevant la propriété intellectuelle. De nombreux États renvoient donc, pour ces questions, à la *lex protectionis*. L'avantage d'un tel renvoi en ce qui concerne les sûretés sur la propriété intellectuelle est que la même loi s'applique à la fois à une sûreté et à un transfert de propriété portant sur ces mêmes biens. Par exemple, un conflit de priorité entre un créancier garanti et le bénéficiaire d'un transfert pur et simple effectué par le constituant se résoudrait plus facilement s'il était fait référence à une loi unique.

92. Les États n'adoptent pas tous, cependant, la *lex protectionis* comme loi applicable aux sûretés sur la propriété intellectuelle. Certains États, dans lesquels la règle de conflit de lois pour les biens meubles incorporels renvoie en général au lieu de situation du constituant, utilisent la même règle pour les sûretés qui grèvent la propriété intellectuelle, du moins en ce qui concerne l'opposabilité et la priorité. Dans cette approche, la règle générale de conflit de lois du Guide pour les biens meubles incorporels (c'est-à-dire la loi du lieu de situation du constituant) s'appliquerait également à la propriété intellectuelle. Lues ensemble, les recommandations 208 et 218 se traduisent effectivement, de manière générale, par l'application de la loi du lieu de situation du constituant à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté sur des biens meubles incorporels. La même règle de conflit de lois s'appliquerait alors à la propriété intellectuelle.

93. L'avantage d'une approche qui consiste à renvoyer à une loi unique pour toutes les questions est qu'un créancier garanti obtenant une sûreté sur tous les biens meubles incorporels (y compris la propriété intellectuelle) actuels et futurs d'un constituant pourrait déterminer l'étendue de ses droits en se référant à une loi unique, même si les biens ont des liens avec plusieurs États. Cela réduirait également le coût des opérations. Les inscriptions, par exemple, ne devraient s'effectuer que dans un seul État.

94. Cependant, comme les transferts purs et simples continueraient d'être régis par la *lex protectionis*, une telle approche ne se référerait pas à une loi unique pour résoudre un conflit de priorité entre les droits d'un créancier garanti et ceux d'un bénéficiaire de transfert pur et simple. Pour y parvenir, il faudrait déroger à l'approche consistant à renvoyer à la loi du lieu de situation du constituant pour permettre qu'un conflit de priorité avec les droits d'un bénéficiaire de transfert pur et simple soit régi par la *lex protectionis*. Une dérogation similaire (mais pas identique) est prévue par le Guide en cas de conflit entre les droits du titulaire d'une sûreté sur une créance née de la vente ou de la location d'immeubles et un réclamant concurrent qui a inscrit son droit dans le registre immobilier de l'État dans lequel l'immeuble est situé (voir recommandation 209).

95. Avec cette dérogation, un créancier garanti ne devrait également faire valoir son droit en vertu de la *lex protectionis* que lorsqu'il y aurait concurrence avec le bénéficiaire d'un transfert pur et simple. Dans le cas général où la principale préoccupation serait l'insolvabilité du constituant, il suffirait au créancier garanti de s'en remettre à la loi de l'État dans lequel le constituant est situé, comme pour d'autres types de biens meubles incorporels (créances, par exemple).

96. Une autre dérogation consisterait à ne renvoyer à la *lex protectionis* que lorsque cette loi dispose que la propriété intellectuelle concernée peut être inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle. Cette dérogation pourrait, cependant, être jugée insatisfaisante pour les bénéficiaires d'un transfert pur et simple de propriété intellectuelle non inscriptible en vertu de la *lex protectionis*. Il leur faudrait étudier la loi du lieu de situation du constituant pour vérifier que leur transfert n'est pas soumis à une sûreté antérieure.

97. Les approches ci-dessus peuvent se résumer par les variantes suivantes:

Variante A

La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée.

Variante B

La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel le constituant est situé. [Toutefois, la loi applicable à un conflit de priorité avec le droit d'un [réclamant concurrent] [bénéficiaire de transfert ou preneur de licence] est la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée [si, en vertu de cette loi, la propriété intellectuelle peut être inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle] [si, en vertu de cette loi, une sûreté peut être inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle.]

Variante C

La loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle soumise à inscription dans un registre de la propriété intellectuelle est la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter qu'à l'exception du texte entre crochets, la variante B est similaire à la recommandation 209 et la variante C similaire à la recommandation 205. Il pourra également se demander si le renvoi devrait être autorisé lorsque la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée autorise le renvoi ou, en vertu des principes du droit des contrats, s'en remet à la loi de l'État dans lequel le créancier garanti, le constituant ou un tiers est situé, en particulier lorsqu'une sûreté sur un type particulier de propriété intellectuelle ne peut pas être inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle (droit d'auteur ou secret d'affaires, par exemple).*]

B. Loi applicable aux questions contractuelles

98. Les droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti concernant la sûreté peuvent être déterminés librement par les parties. En l'absence de choix par ces dernières, la loi applicable à ces questions pourrait être celle qui régit la convention constitutive de sûreté (voir recommandation 216).

XI. Incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Pour l'examen de cette question, voir A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, par. 58 à 72, A/CN.9/649, par. 98 à 103 et A/63/17, par. 326. Le Groupe de travail souhaitera peut-être réexaminer la question une fois que le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) aura eu l'occasion de l'examiner.*]

C. Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa quinzième session (New York, 27 avril-1er mai 2009)

(A/CN.9/670) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction . . . 1-9

II. Organisation de la session . . . 10-15

III. Délibérations et décisions . . . 16

IV. Sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle . . . 17-27

A. Introduction (A/CN.9/WG.VI/WP.37) . . . 17

1. Historique . . . 17

2. Relation entre la loi sur les opérations garanties et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle . . . 18

3. Terminologie . . . 19-20

4. Exemples de pratiques de financement garanti par la propriété intellectuelle . . . 21-26

5. Principaux objectifs et principes fondamentaux . . . 27

B. Champ d'application et autonomie des parties (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.1) . . . 28-34

1. Champ d'application large . . . 28-32

2. Application du principe de l'autonomie des parties aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle . . . 33-34

C. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.1) . . . 35-55

1. Concepts de constitution et d'opposabilité . . . 35

2. Concept unitaire de sûreté réelle mobilière . . . 36

3. Conditions requises pour la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle . . . 37-42

4. Droits du constituant sur la propriété intellectuelle devant être grevée . . . 43

5. Distinction entre un créancier garanti et un propriétaire en ce qui concerne la propriété intellectuelle . . . 44

6. Types de biens grevés dans un contexte de propriété intellectuelle . . . 45-53

7. Sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle future . . . 54

8. Limitations légales ou contractuelles à la transférabilité de la propriété intellectuelle . . . 55

D. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.2) 56-61

1. Le concept d'opposabilité 56

2. Opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle qui sont inscriptibles sur un registre de la propriété intellectuelle 57-60

3. Opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle qui ne sont pas inscriptibles dans un registre de la propriété intellectuelle 61

E. Le système de registre (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.2) 62-72

1. Le registre général des sûretés 62

2. Registres pour différents types de propriété intellectuelle 63

3. Coordination des registres 64-67

4. Enregistrement d'avis concernant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle future 68

5. Double inscription ou double recherche 69

6. Moment où l'inscription prend effet 70

7. Incidence du transfert de la propriété intellectuelle grevée sur l'efficacité de l'inscription 71

8. Enregistrement des sûretés réelles mobilières grevant des marques 72

F. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.2 et 3) 73-95

1. Le concept de priorité 73

2. Identification des réclamants concurrents 74

3. Importance de la connaissance de transferts ou de sûretés antérieurs 75

4. Priorité d'une sûreté réelle mobilière inscrite sur un registre de la propriété intellectuelle 76-78

5. Priorité d'une sûreté réelle mobilière non inscriptible ou non inscrite sur un registre de la propriété intellectuelle 79

6. Droits des personnes auxquelles est transférée la propriété intellectuelle grevée 80

7. Droits des preneurs de licence en général 81-82

8. Droits de certains preneurs de licence 83-86

9. Priorité d'une sûreté réelle mobilière octroyée par un donneur de licence sur une sûreté réelle mobilière octroyée par un preneur de licence 87-93

10. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle sur le droit d'un créancier judiciaire 94

11. Cession de rang 95

G. Droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté relative à la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3) 96-103

1. Application du principe de l'autonomie des parties 96-98

2. Droit du créancier garanti de poursuivre les auteurs d'atteintes ou de renouveler les inscriptions 99-103

H. Droits et obligations des tiers débiteurs dans les opérations de financement garanties par la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3) 104

I. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3) 105-114

1. Recoupements entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle 105

2. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant différents types de propriété intellectuelle 106

3. Prise de "possession" de la propriété intellectuelle grevée 107

4. Disposition de la propriété intellectuelle grevée 108

5. Droits acquis par disposition de la propriété intellectuelle grevée 109

6. Proposition du créancier garanti de se faire attribuer la propriété intellectuelle grevée 110

7. Recouvrement de redevances et droits de licence 111

8. Autres droits contractuels du donneur de licence 112

9. Réalisation de sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels auxquels se rattache la propriété intellectuelle 113

10. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur les droits d'un preneur de licence 114

J. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4) 115

K. Incidence de l'insolvabilité du donneur ou preneur de licence de propriété intellectuelle sur une sûreté réelle mobilière grevant ses droits découlant d'un accord de licence (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4) 116-122

1. Généralités 116-119

2. Insolvabilité du donneur de licence 120

3. Insolvabilité du preneur de licence 121

4. Appendice 122

V. Travaux futurs 123-126

I. Introduction

1. À sa quinzième session, le Groupe de travail VI (Sûretés) a poursuivi l'élaboration d'une annexe au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (ci-après "le Guide")[1] spécialement consacrée aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle, conformément à une décision prise par la Commission à sa quarantième session, en 2007[2]. Cette décision avait été motivée par la nécessité de compléter les travaux sur le Guide en donnant des orientations précises aux États quant à la coordination appropriée entre le droit des opérations garanties et la loi sur la propriété intellectuelle[3].

2. À sa trente-neuvième session, en 2006, la Commission a envisagé ses travaux futurs dans le domaine de la loi sur le financement garanti. Il a été noté que les droits de propriété intellectuelle (par exemple droits d'auteur, brevets ou marques) devenaient une source de crédit extrêmement importante et ne devraient pas être exclus d'un droit des opérations garanties moderne. Il a également été noté que les recommandations du projet de guide s'appliquaient, en règle générale, aux sûretés sur la propriété intellectuelle dans la mesure où elles n'étaient pas incompatibles avec la loi sur la propriété intellectuelle. Il a été noté en outre que, les aspects spécifiques de la loi sur la propriété intellectuelle n'ayant pas été pris en compte pour l'élaboration des recommandations, les États adoptants devraient envisager d'apporter les modifications nécessaires aux recommandations pour traiter ces aspects[4].

3. Afin de donner davantage d'orientations aux États, il a été proposé que le secrétariat prépare, en collaboration avec les organisations internationales spécialisées dans la loi sur le financement garanti et la loi sur la propriété intellectuelle, et en particulier l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), une note, que la Commission examinerait à sa quarantième session en 2007, sur la portée éventuelle des travaux qu'elle pourrait entreprendre afin de compléter le projet de guide. Il a été proposé en outre que, pour recueillir les avis des spécialistes et les suggestions des secteurs concernés, le secrétariat organise des réunions de groupes d'experts et des colloques si nécessaire[5]. À l'issue du débat, la Commission a prié le secrétariat d'établir, en coopération avec les organisations concernées et en particulier l'OMPI, une note examinant le contenu des travaux qu'elle pourrait entreprendre dans l'avenir sur le financement garanti par la propriété intellectuelle. Elle a également prié le secrétariat d'organiser un colloque sur cette forme de financement en veillant dans toute la mesure possible à ce que les organisations internationales concernées et des experts des différentes régions du monde y participent[6].

---

[1] Actuellement disponible sur le site Internet de la CNUDCI (http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/security.html). À paraître comme publication des Nations Unies destinée à la vente.

[2] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 162.

[3] Ibid., par. 157.

[4] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 81 et 82.

[5] Ibid., par. 83.

[6] Ibid., par. 86.

4. Conformément à ces demandes, le Secrétariat a organisé, en coopération avec l'OMPI, un colloque sur les sûretés réelles mobilières grevant des droits de propriété intellectuelle (Vienne, 18 et 19 janvier 2007) auquel ont participé des experts du droit des sûretés et du droit de la propriété intellectuelle, ainsi que des représentants de gouvernements et d'organisations gouvernementales et non gouvernementales nationales et internationales. Plusieurs propositions ont été faites à ce colloque quant aux modifications qui devraient être apportées au projet de guide pour traiter des questions propres au financement garanti par la propriété intellectuelle[7].

5. À la première partie de sa quarantième session (Vienne, 25 juin-12 juillet 2007), la Commission a examiné une note du Secrétariat intitulée "Travaux futurs possibles sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle" (A/CN.9/632), qui tenait compte des conclusions du colloque sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle. Afin de donner des orientations suffisantes aux États sur les modifications qu'ils devraient éventuellement apporter à leurs lois pour éviter des incohérences entre la loi sur le financement garanti et la loi sur la propriété intellectuelle, elle a décidé de charger le Groupe de travail VI (Sûretés) d'établir une annexe au projet de guide consacrée aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle[8].

6. À la reprise de sa quarantième session (Vienne, 10-14 décembre 2007), la Commission a finalisé et adopté le Guide, étant entendu qu'une annexe consacrée spécialement aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle serait élaborée par la suite[9].

7. À sa treizième session (New York, 19-23 mai 2008), le Groupe de travail a examiné une note du Secrétariat intitulée "Sûretés réelles mobilières grevant des droits de propriété intellectuelle" (A/CN.9/WG.VI/WP.33 et Add.1). À cette session, il a prié le Secrétariat de préparer un projet d'annexe au Guide relative aux sûretés réelles mobilières grevant des droits de propriété intellectuelle (le "projet d'annexe") en tenant compte de ses délibérations et décisions (voir A/CN.9/649, par. 13). N'étant pas parvenu à un accord sur le point de savoir si certaines questions relatives à l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/649, par. 98 à 102) étaient suffisamment liées au droit des opérations garanties pour justifier leur traitement dans le projet d'annexe du Guide, il a décidé d'y revenir à une prochaine réunion et de recommander que le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) soit prié d'examiner ces questions (voir A/CN.9/649, par. 103).

8. À sa quarante et unième session (New York, 16 juin-3 juillet 2008), la Commission a noté avec satisfaction que le Groupe de travail avait bien avancé. Elle a noté également la décision du Groupe de travail concernant certaines questions relatives à l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle et a décidé que le Groupe de travail V soit informé et invité à faire part de son opinion préliminaire à sa prochaine session. Il a aussi été décidé que, dans l'éventualité où il resterait des questions à soumettre conjointement aux deux groupes de travail après cette session, le Secrétariat pourrait organiser une

---

[7] Voir http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/2secint.html.

[8] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 156, 157 et 162.

[9] Ibid., *soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part II, par. 99 et 100.

discussion conjointe sur l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant un bien intellectuel[10].

9. À sa quatorzième session (Vienne, 20-24 octobre 2008), le Groupe de travail a poursuivi ses travaux en se fondant sur une note du Secrétariat intitulée "Annexe au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties traitant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle" (A/CN.9/WG.VI/WP.35 et Add.1). À cette session, il a demandé au Secrétariat de préparer une version révisée du projet d'annexe qui tienne compte de ses délibérations et décisions (voir A/CN.9/667, par. 15). Il a également soumis au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) certaines questions ayant trait à l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/667, par. 129 à 140). De l'avis général, tout devait être fait à cet égard pour conclure le plus tôt possible les discussions sur ces questions afin que leurs résultats puissent être inclus dans le projet d'annexe d'ici à l'automne 2009, ou au début du printemps 2010, et que le projet d'annexe puisse être soumis à la Commission pour approbation et adoption définitives à sa quarante-troisième session en 2010 (voir A/CN.9/667, par. 143).

II. Organisation de la session

10. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quinzième session à New York du 27 avril au 1er mai 2009. Ont assisté à cette session des représentants des États membres ci-après: Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Australie, Bénin, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Colombie, Égypte, El Salvador, Équateur, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Gabon, Grèce, Guatemala, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Madagascar, Maroc, Mexique, Nigéria, Norvège, Ouganda, Pakistan, Paraguay, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Suisse, Thaïlande et Venezuela (République bolivarienne du).

11. Ont également participé à la session des observateurs des États suivants: Bangladesh, Belgique, Ghana, Indonésie, Jamahiriya arabe libyenne, Kirghizistan, Koweït, Mauritanie, Pays-Bas, Philippines, Qatar, Roumanie et Slovénie.

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

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale et Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI);

b) *Organisations intergouvernementales*: Agence spatiale européenne (ESA) et Union européenne (UE);

c) *Organisations internationales non gouvernementales invitées par la Commission*: American Bar Association (ABA), Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association internationale des marques (AIM), Association of the Bar of the City of New York, Center for International Legal Studies (CILS), Commercial Finance Association (CFA), Independant Film and Television Alliance (IFTA) et Union Internationale des Avocats (UIA).

---

[10] Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 326.

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

Présidente: Mme Kathryn SABO (Canada)

Rapporteuse: Mme Carolina SEPULVEDA V. (Chili)

14. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après: A/CN.9/WG.VI/WP.36 (Ordre du jour provisoire annoté) et A/CN.9/WG.VI/WP.37 et Add.1 à 4 (Projet d'annexe au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties traitant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle).

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

1. Ouverture et déroulement de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

16. Le Groupe de travail a examiné une note du Secrétariat intitulée: "Projet d'annexe au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties traitant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle" (A/CN.9/WG.VI/WP.37 et Add.1 à 4). Il a également pris note d'une note du Secrétariat intitulée "Traitement de la propriété intellectuelle dans le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité" (A/CN.9/WG.V/WP.87). Il est rendu compte de ses délibérations et décisions aux chapitres IV et V ci-après. Le Secrétariat a été prié de préparer un projet révisé d'annexe en tenant compte de ces délibérations et décisions.

IV. Sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle

A. Introduction (A/CN.9/WG.VI/WP.37)

1. Historique

17. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section A de l'introduction, qui retrace l'historique du projet, étant entendu que celle-ci serait complétée pour mentionner toute nouvelle étape de l'élaboration du projet d'annexe.

2. Relation entre la loi sur les opérations garanties et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle

18. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section B de l'introduction qui traite de la relation entre la loi sur les opérations garanties et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

3. Terminologie

19. Il a été généralement convenu que la section C de l'introduction, qui aborde les questions de terminologie, fournissait des précisions utiles sur la signification des termes employés dans le Guide dans le contexte de la propriété intellectuelle. Plusieurs commentaires et suggestions ont néanmoins été formulés afin d'améliorer la présentation de cette section comme suit:

a) En ce qui concerne le paragraphe 15, il a été proposé, dans un souci de clarté et à des fins de cohérence avec la terminologie employée dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, de parler non pas de "titulaire de droits moins étendus", mais directement de "donneur de licence" ou de "preneur de licence";

b) S'agissant du paragraphe 16, il a été suggéré de placer la première phrase et les deux phrases suivantes dans deux paragraphes distincts, étant donné qu'elles traitaient de deux points différents, à savoir le fait, d'une part, qu'un droit de propriété intellectuelle se distinguait des revenus qu'il générait et, d'autre part, qu'une licence ne constituait pas une sûreté réelle mobilière;

c) Il a également été proposé de développer le paragraphe 16 afin de préciser que, si la faculté pour le propriétaire de la propriété intellectuelle d'octroyer une licence dépendait du droit de la propriété intellectuelle, la question de savoir si les parties à une convention constitutive de sûreté pouvaient en convenir autrement devrait être traitée dans le Guide;

d) Il a par ailleurs été proposé que les références, dans l'ensemble du projet d'annexe, à la recommandation 4, alinéa b), soient alignées sur le contenu même de la recommandation;

e) En ce qui concerne le paragraphe 17, il a été suggéré que référence soit faite non seulement aux brevets, marques et droits d'auteur, mais aussi aux "variétés de plantes";

f) Pour ce qui est des paragraphes 19 à 21, il a été suggéré de clarifier la distinction entre une "licence" en tant que droit et un "accord de licence" en tant que convention donnant naissance à ce droit, en se référant également aux licences légales (ou obligatoires) et aux licences implicites, qui ne découlaient pas d'un accord;

g) Il a également été proposé d'indiquer, aux paragraphes 19 à 21, que dans certains États, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle pouvait considérer une licence (par exemple une licence exclusive) comme un droit réel et non comme un droit personnel;

h) En ce qui concerne le paragraphe 22, il a été proposé de supprimer l'intégralité du texte faisant suite aux deux premières phrases car il contenait des références qui étaient inutiles ou qui n'étaient pas totalement exactes (par exemple référence aux droits moraux plutôt qu'aux droits d'auteur);

i) S'agissant du paragraphe 24, il a été suggéré, afin de l'aligner sur la version révisée du paragraphe 15, de le modifier à peu près comme suit, en remplaçant le texte venant après la première phrase: "Dans le droit de la propriété intellectuelle, les prérogatives d'un propriétaire comprennent généralement le droit d'empêcher l'utilisation non autorisée de sa propriété intellectuelle et le droit de réaliser un transfert et de conclure des contrats de licence concernant sa propriété

intellectuelle. Par exemple, dans le cas des brevets, le propriétaire d'un brevet a le droit exclusif d'empêcher certains actes, comme la fabrication, l'utilisation ou la vente, accomplis sans son autorisation en rapport avec l'objet du brevet. Dans ce sens, le propriétaire de la propriété intellectuelle est considéré comme un titulaire de droits. En revanche, dans le contexte d'une loi sur les opérations garanties, le terme "titulaire de droits" désigne également un titulaire de droits moins étendus, par exemple un preneur de licence autorisé à utiliser la propriété intellectuelle vis-à-vis des tiers. Il est toutefois entendu que le titulaire de droits moins étendus ne jouira pas nécessairement de droits exclusifs au sens du droit de la propriété intellectuelle";

j) Concernant le paragraphe 24 toujours, il a été proposé d'employer, en lieu et place du terme "titulaire de droits", le terme "titulaire de droits de propriété intellectuelle", jugé plus clair;

k) S'agissant du paragraphe 25, il a été proposé de bien préciser que les droits du donneur et du preneur de licence dépendaient des conditions du contrat de licence (sauf dans le cas des licences obligatoires ou des licences implicites, pour lesquelles il n'y avait pas d'accord) et que le droit de percevoir des redevances et de mettre fin au contrat faisait généralement partie intégrante de l'accord; et

l) En ce qui concerne le paragraphe 27, il a été suggéré que le terme "transfert" soit examiné afin d'assurer qu'il soit utilisé de manière cohérente dans l'ensemble du projet d'annexe.

20. En ce qui concerne la proposition faite au paragraphe 19 i) ci-dessus, il a été déclaré que la nature des droits de propriété intellectuelle pouvait être expliquée de façon positive. Les propositions mentionnées au paragraphe 19 ont néanmoins été appuyées. S'agissant de la proposition avancée au paragraphe 19 c), le Groupe de travail est convenu de ne pas prendre de décision avant d'avoir eu la possibilité d'examiner les droits et obligations des parties (voir par. 96 ci-dessous). Sous réserve des autres modifications mentionnées au paragraphe 19 ci-dessus, il a approuvé quant au fond la section C de l'introduction consacrée à la terminologie.

4. Exemples de pratiques de financement garanti par la propriété intellectuelle

21. La section D de l'introduction, qui donne des exemples de pratiques de financement garanti par la propriété intellectuelle, a été généralement appuyée. Un certain nombre de propositions ont néanmoins été formulées.

22. Il a été proposé de supprimer les exemples 5 et 6 au motif qu'ils traitaient de financement sur stocks et non de financement garanti par la propriété intellectuelle. On a aussi fait valoir que l'appréciation des stocks due à la propriété intellectuelle qui s'y rattachait était un aspect pratique ou économique mais non juridique. La proposition a suscité des objections. Il a été déclaré que les biens meubles corporels et la propriété intellectuelle s'y rattachant étaient certes deux types différents de biens, mais que des sûretés réelles mobilières pouvaient être constituées sur les deux à la fois. On a ajouté que les sûretés réelles mobilières sur des stocks ou du matériel auxquels se rattachait une propriété intellectuelle étaient suffisamment importantes pour mériter de figurer parmi les exemples cités dans cette section du projet d'annexe.

23. Une autre proposition était de placer les exemples 5 et 6 dans une section séparée qui comporterait un intitulé et une introduction différents ou de modifier

l'intitulé et l'introduction de la section afin de préciser que ces exemples concernaient des pratiques de financement quelque peu différentes. Cette proposition a recueilli un appui suffisant. Le soin a été laissé au Secrétariat de déterminer comment celle-ci serait concrètement mise en œuvre.

24. Une autre proposition encore était de compléter les exemples en mentionnant des cas de pratiques de financement d'acquisitions. Le Groupe de travail a décidé de n'examiner cette suggestion qu'après avoir eu la possibilité de reconsidérer sa décision selon laquelle les principes du financement d'acquisitions ne s'appliquaient pas à la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/649, par. 74 à 76; voir également par. 91 à 93 ci-dessous).

25. Il a en outre été proposé de mentionner, dans l'exemple 1, la vérification préalable du registre des brevets par la banque. Si cette proposition n'a suscité aucune objection sur le principe, il valait mieux, de l'avis général, examiner ce point dans le chapitre sur l'inscription plutôt que dans la section de l'introduction consacrée aux exemples.

26. Sous réserve des modifications mentionnées au paragraphe 23 ci-dessus, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section D de l'introduction donnant des exemples de pratiques de financement garanti par la propriété intellectuelle.

5. Principaux objectifs et principes fondamentaux

27. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section E de l'introduction traitant des principaux objectifs et des principes fondamentaux du projet d'annexe.

B. Champ d'application et autonomie des parties (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.1)

1. Champ d'application large

28. Un important soutien s'est exprimé en faveur d'un champ d'application large du projet d'annexe. Certaines suggestions ont toutefois été émises quant à la formulation du texte qui traite de ce champ d'application, à savoir:

a) La deuxième phrase du paragraphe 2 devrait mentionner la possibilité de constituer une sûreté réelle mobilière sur un brevet, une marque et les droits patrimoniaux d'un auteur "ou un autre droit de la propriété intellectuelle tel que défini dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle" de façon à ne pas limiter la portée des droits de propriété intellectuelle visés;

b) Les paragraphes 7 et 19 devraient préciser qu'ils visaient les véritables transferts purs et simples et non les opérations garanties déguisées, reflétant l'approche du Guide selon laquelle le fond devrait prévaloir sur la forme;

c) La liste relative aux brevets figurant dans la section A.4 consacrée à la limitation du champ d'application devrait être révisée pour mentionner le propriétaire ou copropriétaire du brevet, l'enregistrement ou la demande d'enregistrement d'un brevet, et la protection accordée au premier inventeur du brevet ou au premier déposant;

d) Une nouvelle section devrait être ajoutée pour traiter des droits voisins (apparentés ou connexes) dans la section A.4 consacrée à la limitation du champ d'application;

e) Les exemples des paragraphes 14 à 21 devraient être révisés pour préciser qu'ils indiquaient la portée et les conséquences de la préséance accordée au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, illustrant les problèmes qui pourraient survenir en l'absence d'approche uniforme du financement garanti par la propriété intellectuelle dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, et non ce que devrait être l'approche du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle;

f) Dans les paragraphes 16 à 20, les références à l'inscription d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle sur un registre de la propriété intellectuelle devraient être révisées afin de ne pas contenir d'incohérences malencontreuses; et

g) Dans le paragraphe 17, les références aux acquéreurs de bonne foi d'une propriété intellectuelle grevée devraient être supprimées et le paragraphe être révisé pour ne pas donner à penser que le droit de tous les États était tel que décrit dans ce paragraphe.

29. En ce qui concerne les exemples des paragraphes 14 à 21, plusieurs suggestions supplémentaires ont été faites.

30. L'une d'elles était que ces exemples devraient être supprimés. Il a été dit qu'ils étaient inutiles, car ils ne précisaient pas les conséquences qu'aurait l'application de la recommandation 4, alinéa b), ni les problèmes existant du fait de l'absence d'harmonisation ou de l'obsolescence des approches du financement garanti par la propriété intellectuelle dans les différents droits contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Cette proposition a suscité des objections. Il a été largement estimé que, si les exemples des paragraphes 14 à 21 pouvaient être améliorés grâce aux clarifications mentionnées au paragraphe 28, alinéa e) ci-dessus, ils permettaient malgré tout de préciser la portée et les conséquences de l'application de la recommandation 4, alinéa b) et devaient par conséquent être conservés. Il a également été dit que ces exemples servaient à préciser les limites de l'harmonisation ou de la modernisation du droit des opérations garanties et, en particulier, la nécessité d'harmoniser ou de moderniser le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (ce qui, a-t-on dit, excédait le mandat du Groupe de travail) afin d'obtenir des résultats optimaux en matière de financement garanti par la propriété intellectuelle.

31. Il a également été suggéré de placer, dans le projet d'annexe, les exemples dans le contexte approprié (de l'opposabilité, de l'inscription, de la priorité ou de la réalisation, par exemple). Cette suggestion n'a pas reçu un soutien suffisant. Il a largement été estimé que les exemples étaient correctement placés pour expliquer la limitation du champ d'application et qu'ils complétaient utilement la discussion générale sur la relation entre la loi sur les opérations garanties et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle figurant dans la section B de l'introduction (voir A/CN.9/WG.VI/WP.37, par. 9 à 14).

32. Sous réserve des changements mentionnés au paragraphe 28 ci-dessus, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section B.1 du projet d'annexe relative au champ d'application large.

2. Application du principe de l'autonomie des parties aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle

33. Le principe de l'autonomie des parties a été appuyé au sein du Groupe de travail. Un certain nombre de suggestions ont néanmoins été faites, dont les suivantes:

a) Le paragraphe 23 devrait être révisé pour se référer à un exemple de l'application du principe de l'autonomie des parties dans le contexte d'un financement garanti par la propriété intellectuelle, en tant qu'introduction générale aux questions examinées dans le chapitre VII sur les droits et obligations des parties (voir A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3, par. 19 à 22);

b) Le paragraphe 24 devrait être révisé pour aborder la question de savoir si les parties pourraient convenir que les dommages-intérêts perçus en cas d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle, ainsi qu'en cas de manque à gagner et de dépréciation de la propriété intellectuelle grevée, faisaient partie de la propriété intellectuelle initialement grevée ou devaient être considérés comme un produit aux termes du Guide, dans la mesure où cela n'était pas incompatible avec le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

34. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section B sur l'application du principe de l'autonomie des parties aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle.

C. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.1)

1. Concepts de constitution et d'opposabilité

35. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section A qui traite des concepts de constitution et d'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle.

2. Concept unitaire de sûreté réelle mobilière

36. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section B qui traite du concept unitaire de sûreté réelle mobilière.

3. Conditions requises pour la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle

37. Les avis ont divergé sur le degré de précision de la description de la propriété intellectuelle grevée dans la convention constitutive de sûreté.

38. Selon un avis, la propriété intellectuelle était différente des biens meubles corporels. Les droits d'auteur, par exemple, comprenaient un ensemble de droits qu'il fallait décrire avec précision dans la convention constitutive de sûreté. On a estimé que, de cette manière, non seulement la sécurité juridique serait assurée mais le titulaire des droits d'auteur pourrait également utiliser les fractions non grevées de son ensemble de droits pour obtenir des crédits auprès d'autres sources. On a souligné que cette faculté était essentielle pour permettre au titulaire des droits d'auteur d'obtenir un crédit.

39. Selon une autre opinion, compte tenu de la divisibilité des droits de propriété intellectuelle, les parties pouvaient toujours diviser leurs droits de propriété intellectuelle et les utiliser pour obtenir des crédits auprès de différentes sources, tout en disposant d'une certaine marge d'appréciation pour choisir la manière de décrire les biens grevés dans la convention constitutive de sûreté. On a fait observer que la description générale des biens grevés facilitait leur affectation en garantie d'un crédit et constituait une exigence minimale, qui laissait toujours aux parties la liberté de les décrire de manière précise, si elles le souhaitaient. On a également fait remarquer que, sauf dans le cas où il fallait protéger certaines parties (telles que le débiteur ou des tiers), il n'était pas nécessaire que la loi entrave l'autonomie des parties à la convention constitutive de sûreté.

40. Selon un autre point de vue encore, en vertu de l'alinéa d) de la recommandation 14, les biens grevés devaient être décrits dans la convention constitutive de sûreté "de façon à ce qu'ils soient suffisamment identifiables". De l'avis général, cette exigence (qui valait également pour la description des biens grevés dans l'avis inscrit en vertu de la recommandation 63) était assez souple pour permettre une description plus ou moins générale des biens grevés, en fonction de ce que l'on entendait par "identification suffisante" dans le droit et la pratique en vigueur. On a également fait observer que l'alinéa b) de la recommandation 4 suffirait à préserver toute règle contraire prévue dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

41. Au cours du débat, il a été proposé d'harmoniser les références, dans le projet d'annexe, aux règles de droit préservées en vertu de l'alinéa b) de la recommandation 4. En réponse, il a été noté que le terme "droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle" était employé à cette fin. La proposition et la réponse ont recueilli un large soutien. Il a été convenu cependant que le passage traitant la question dans la section consacrée à la terminologie devrait être revu de sorte que ce point soit suffisamment clarifié et que le terme soit utilisé de manière uniforme dans l'ensemble du projet d'annexe.

42. À l'issue du débat, il a été largement estimé qu'il fallait se référer au concept de l'"identification suffisante" des biens grevés dans la convention constitutive de sûreté (voir alinéa d) de la recommandation 14) qui pouvait varier en fonction de ce que l'on entendait par "suffisant" dans le droit ou la pratique en vigueur. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section C sur les conditions requises pour la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle.

4. Droits du constituant sur la propriété intellectuelle devant être grevée

43. En ce qui concerne le paragraphe 33, le Groupe de travail a rappelé qu'il fallait remplacer toutes les occurrences du terme "titulaire de droits moins étendus" dans le projet d'annexe, pour parler directement de "donneur de licence" ou de "preneur de licence" (voir par. 19 a) plus haut). Sous réserve de cette modification, il a approuvé quant au fond la section D sur les droits du constituant sur la propriété intellectuelle devant être grevée.

5. Distinction entre un créancier garanti et un propriétaire en ce qui concerne la propriété intellectuelle

44. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section E qui traite de la distinction entre un créancier garanti et un propriétaire en ce qui concerne la propriété intellectuelle.

6. Types de biens grevés dans un contexte de propriété intellectuelle

a) Droits du propriétaire

45. Un certain nombre de suggestions ont été faites, dont les suivantes:

a) Le texte entre parenthèses à la fin du paragraphe 37 devrait être aligné sur la version révisée de la section C (voir par. 42 plus haut);

b) Les mots “en échange de redevances” à la fin du paragraphe 39 devraient être supprimés;

c) Le paragraphe 41 devrait être révisé pour préciser que: i) la question de savoir si le droit de poursuivre les auteurs d’atteintes (de demander le prononcé d’une injonction et réparation) était un bien meuble relevait d’une autre loi que la loi sur les opérations garanties et ii) si ce droit était un bien meuble, la question de savoir si ce bien pourrait être grevé d’une sûreté réelle mobilière relevait de la loi sur les opérations garanties en vertu de l’alinéa b) de la recommandation 4;

d) Le paragraphe 42 devrait être révisé pour préciser que le droit du créancier garanti de poursuivre les auteurs d’atteintes (au nom du constituant) avant défaillance du constituant découlait du droit de protéger les biens grevés, question examinée dans le chapitre VII du projet d’annexe sur les droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté (voir A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3, par. 19 à 22); et

e) Le paragraphe 43 devrait être révisé pour parler du créancier garanti traitant avec les autorités nationales pendant les diverses phases du processus d’inscription plutôt que de faire référence à l’“enregistrement” d’un droit de propriété intellectuelle déjà enregistré.

46. Il a également été suggéré de supprimer les paragraphes 41 et 42 ou de les placer ailleurs dans le projet de guide. Il a été dit que le droit de poursuivre les auteurs d’atteintes et d’éventuellement obtenir réparation était de valeur incertaine et ne pourrait pas être utilisé pour garantir un crédit. On a également fait observer qu’en règle générale, le créancier garanti ne pourrait exercer ce droit qu’après la défaillance du constituant dans le cadre de la réalisation de sa sûreté. Cette suggestion n’a pas reçu un soutien suffisant. Il a été dit que la valeur d’un bien grevé et les risques encourus étaient des questions pratiques que les parties étaient mieux à même de trancher. On a en outre fait observer qu’un créancier garanti pourrait également exercer le droit de poursuivre les auteurs d’infractions si ce droit lui était octroyé par le constituant ou si ce dernier n’exerçait pas ce droit.

47. Sous réserve des changements mentionnés ci-dessus (voir par. 45), le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section F.1 relative aux droits du propriétaire en tant que bien grevé.

b) Droits du donneur de licence

48. Il a été fait un certain nombre de propositions rédactionnelles, notamment les suivantes:

a) Les deux premières phrases des paragraphes 45 et 47 devraient être révisées pour préciser que lorsque le constituant était le donneur de licence, le droit de recevoir paiement de redevances, auquel ces paragraphes faisaient référence, constituait le bien initialement grevé et non le produit;

b) Le fait que le droit de recevoir paiement de redevances pourrait être le produit de la propriété intellectuelle initialement grevée devrait être abordé dans la section relative aux droits du propriétaire en tant que bien grevé;

c) La référence aux normes comptables internationales, dans le paragraphe 47, devrait être complétée par des informations expliquant sa pertinence pour la propriété intellectuelle, ou supprimée;

d) Dans l'anglais, les références faites au "right to royalties" dans plusieurs paragraphes, notamment aux paragraphes 47 et 48, devraient être remplacées par une formulation du type "right to payment of royalties"; et

e) Les deux dernières phrases du paragraphe 51 devraient être révisées pour éviter les incohérences et les références aux questions de droit de l'insolvabilité en indiquant qu'un donneur de licence pouvait ne pas pouvoir déterminer par convention bilatérale l'utilisation des redevances versées, mais qu'il avait droit au paiement des redevances.

49. Sous réserve de ces changements, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section F.2 relative aux droits d'un donneur de licence en tant que bien grevé.

c) Droits du preneur de licence

50. Il a été fait un certain nombre de suggestions de nature rédactionnelle, notamment les suivantes:

a) Les paragraphes 53 et 54 devraient être révisés pour traiter des droits du preneur de licence sans aborder les questions qui se posent lorsque le preneur était un donneur de sous-licence, celles-ci ayant leur place dans la section relative aux droits du donneur de licence; et

b) Les deuxième et troisième phrases du paragraphe 54 devraient être révisées de la manière suivante: "En effet, il importe que le donneur de la licence garde le contrôle de la propriété intellectuelle mise sous licence et détermine qui pourra l'utiliser. Si ce contrôle ne peut être exercé, la valeur de la propriété intellectuelle mise sous licence risque de diminuer fortement ou de disparaître entièrement. Si les droits du preneur de licence découlant d'un accord de licence sont transférables et que le preneur les grève, le créancier garanti prendra ces droits sous réserve des conditions de l'accord de licence."

51. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section F.3 relative aux droits du preneur de licence en tant que bien grevé.

d) Droits sur la propriété intellectuelle utilisée en rapport avec un bien meuble corporel

52. Il a été fait un certain nombre de propositions rédactionnelles, notamment les suivantes:

a) Le titre de la section devrait être révisé de la façon suivante: “Droits sur des biens meubles corporels pour lesquels est utilisée la propriété intellectuelle”;

b) Les paragraphes 56 et 57 devraient être révisés pour distinguer les situations dans lesquelles le fabricant des biens meubles corporels grevés était propriétaire de la propriété intellectuelle (auquel cas le bien grevé était la propriété intellectuelle), de celles dans lesquelles le fabricant était le preneur de licence (auquel cas le bien grevé était constitué par les droits du preneur de licence);

c) Le paragraphe 58 devrait faire référence à la “doctrine” ou au “principe” d’épuisement et contenir un renvoi au chapitre relatif à la réalisation; et

d) La recommandation du paragraphe 59 devrait être révisée de la manière suivante: “La loi devrait prévoir que dans le cas d’un bien meuble corporel pour lequel est utilisée la propriété intellectuelle, ...”.

53. Sous réserve de ces changements, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section F.4 relative aux droits sur des biens meubles corporels pour lesquels est utilisée la propriété intellectuelle (titre corrigé).

7. Sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle future

54. Il a été suggéré de réviser l’avant-dernière phrase du paragraphe 63 pour clarifier le concept de “perfectionnements” en précisant que, dans certains États, le droit relatif au droit d’auteur prévoit qu’une sûreté grevant une ancienne version d’un logiciel peut s’étendre à une nouvelle version de ce logiciel. Il a été répondu qu’il fallait faire preuve de prudence compte tenu du fait que la réponse apportée à cette question différait d’un État à l’autre. On a aussi fait observer que la discussion de la section G était appropriée, car elle montrait bien que le fait qu’une sûreté s’étende à la propriété intellectuelle future dépendait de la description du bien grevé, mentionnait les interdictions légales émanant du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle et expliquait que le Guide était sans incidence sur ces interdictions. Sous réserve de la clarification du concept de “perfectionnements” selon le droit de la propriété intellectuelle, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section G relative aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle future.

8. Limitations légales ou contractuelles à la transférabilité de la propriété intellectuelle

55. Il a été estimé que les mots “du moins pas avant que celui-ci ait effectivement reçu paiement”, dans la troisième phrase du paragraphe 65, étaient inutiles et devraient être supprimés. Sous réserve de ce changement, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section H relative aux limitations légales ou contractuelles à la transférabilité de la propriété intellectuelle.

D. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.2)

1. Le concept d'opposabilité

56. Il a été proposé, par souci de cohérence, que la première phrase du paragraphe 2 commence par "dans certains États" et que la deuxième phrase fasse référence à la loi "dans d'autres États". On a également estimé que la dernière phrase du paragraphe 3 était inutile et devrait être supprimée. Sous réserve de ces changements, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section A relative au concept d'opposabilité.

2. Opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle qui sont inscriptibles sur un registre de la propriété intellectuelle

57. S'agissant du paragraphe 4, il a été proposé de le modifier pour préciser que seuls les registres conférant l'opposabilité des sûretés réelles mobilières étaient considérés comme des registres spécialisés aux termes du Guide. Le principe sous-tendant cette proposition a été appuyé. Toutefois, il a été largement estimé qu'il ne devait pas être formulé dans des termes techniques propres à l'opposabilité, mais plutôt traduire des notions plus vastes d'accès du public aux informations enregistrées pour ne pas nuire, par exemple, à des registres spécialisés relatifs aux navires, aux aéronefs ou à la propriété intellectuelle, qui conféraient l'opposabilité en général, et pour que des registres destinés uniquement à des fins administratives ne soient pas considérés comme des registres spécialisés aux termes du Guide. Il a également été proposé de réorganiser les sections B et C afin de refléter plus clairement les trois possibilités, à savoir des registres spécialisés conférant l'opposabilité, des registres spécialisés ne conférant pas l'opposabilité, et des registres spécialisés conférant l'opposabilité, mais où le créancier garanti ne procède pas à l'inscription.

58. S'agissant des paragraphes 5 et 6, il a été proposé de les modifier pour indiquer que l'inscription sur un registre spécialisé produisait des résultats différents d'un État à l'autre et que souvent les résultats de cette inscription n'étaient pas clairs.

59. S'agissant du paragraphe 7, il a été proposé de supprimer les phrases qui renvoyaient à ce que le Guide n'était pas censé faire ou de les expliquer. Si la proposition tendant à expliquer les fondements de l'approche suivie dans le Guide a été largement appuyée, celle tendant à supprimer ces phrases n'a pas été suffisamment appuyée. Il a également été proposé de compléter la dernière phrase par une autre phrase énonçant que les États souhaiteraient peut-être aussi envisager de prévoir que les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle seraient inscrites exclusivement sur le registre général des sûretés. Cette proposition n'a pas été suffisamment appuyée, car elle revenait à recommander une approche qui serait contraire aux possibilités prévues dans la recommandation 38. En revanche, la proposition, tendant à faire dépendre la dernière phrase du paragraphe 7 de l'existence d'un registre spécialisé de la propriété intellectuelle et de la décision que prendrait un État adoptant la loi recommandée dans le Guide d'utiliser les possibilités prévues dans la recommandation 38, a été largement appuyée.

60. Sous réserve des modifications mentionnées ci-dessus qui ont été suffisamment appuyées, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section B

concernant l'opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle qui sont inscriptibles sur un registre de la propriété intellectuelle.

3. Opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle qui ne sont pas inscriptibles dans un registre de la propriété intellectuelle

61. S'agissant du paragraphe 8, il a été proposé de placer la troisième phrase à la fin, car elle s'appliquait à l'ensemble du paragraphe. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section C concernant l'opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle qui ne sont pas inscriptibles dans un registre de la propriété intellectuelle.

E. Le système de registre (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.2)

1. Le registre général des sûretés

62. S'agissant des paragraphes 10 et 11, il a été estimé qu'il devrait être possible d'inscrire au registre général des sûretés un avis contenant une description générale ou spécifique de la propriété intellectuelle grevée. Il a été dit que le registre devrait également comprendre un index des biens pour permettre à une personne effectuant des recherches d'identifier un portefeuille de droits de propriété intellectuelle grevés ou des droits particuliers. Il a également été fait observer qu'il faudrait modifier en conséquence les chapitres relatifs à l'opposabilité et à la priorité. Des avis divergents ont été exprimés quant à cette proposition. Étant donné, toutefois, qu'elle pourrait avoir d'importantes incidences sur les approches recommandées dans plusieurs chapitres du Guide, le Groupe de travail en a différé l'examen en attendant d'avoir l'occasion d'examiner une proposition complète sous forme écrite. Sous réserve d'une décision future relative à cette proposition, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section A concernant le registre général des sûretés.

2. Registres pour différents types de propriété intellectuelle

63. S'agissant du paragraphe 13, il a été proposé que, pour s'aligner sur la décision qui avait été prise dans le contexte du débat relatif à la limitation du champ d'application du projet d'annexe (voir par. 28 c) ci-dessus), référence soit faite aux "copropriétaires" plutôt qu'aux "coïnventeurs". Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section B concernant les registres pour différents types de propriété intellectuelle.

3. Coordination des registres

64. S'agissant du paragraphe 15, il a été proposé qu'il fasse la distinction entre les registres considérés comme des registres spécialisés aux termes du Guide et les registres qui ne remplissaient pas les conditions requises (voir par. 57 ci-dessus).

65. S'agissant du paragraphe 18, il a été proposé que la dernière phrase mentionne le maintien de règles de priorité différentes du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (par exemple, une règle prévoyant qu'un acquéreur de propriété intellectuelle conscient de l'existence d'une sûreté antérieure n'acquière pas la propriété intellectuelle libre de cette sûreté).

66. S'agissant du paragraphe 19, il a été proposé de le modifier pour éviter de donner à tort l'impression que le projet d'annexe recommandait l'utilisation de registres multiples.

67. Sous réserve de ces propositions, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section C sur la coordination des registres.

4. Enregistrement d'avis concernant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle future

68. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section D concernant l'enregistrement d'avis concernant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle future.

5. Double inscription ou double recherche

69. En ce qui concerne le paragraphe 23, on a suggéré qu'il fasse référence aux registres spécialisés produisant les effets convenus par le Groupe de travail dans le cadre de sa discussion sur la section B du chapitre consacrée à l'opposabilité (voir par. 57 ci-dessus). On a aussi suggéré de procéder à une analyse des coûts d'inscription sur un registre de la propriété intellectuelle et sur un registre général des sûretés, ce qui permettrait d'évaluer l'incidence d'une inscription et d'une recherche dans l'un ou l'autre registre, ou dans les deux. Il a été convenu que le Groupe de travail pourrait examiner ces informations à une prochaine réunion. Sous réserve de ces changements, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section E sur la double inscription ou double recherche.

6. Moment où l'inscription prend effet

70. En ce qui concerne le paragraphe 28, il a été convenu d'ajouter le passage "dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle" au début de la première phrase avant "les règles concernant le moment où l'inscription" pour bien préciser que les règles mentionnées dans ce paragraphe étaient celles du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, auquel la loi recommandée dans le Guide donnerait préséance, conformément à la recommandation 4, alinéa b).

7. Incidence du transfert de la propriété intellectuelle grevée sur l'efficacité de l'inscription

71. En ce qui concerne le paragraphe 32, on a suggéré que la troisième solution s'applique à la propriété intellectuelle afin que le transfert de la propriété intellectuelle grevée soit sans incidence sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière grevant cette propriété intellectuelle. Cette suggestion a recueilli des avis favorables et défavorables. En sa faveur, on a dit que, sans une telle règle, un créancier octroyant un crédit garanti par l'intégralité du droit d'auteur sur un film devrait procéder à des inscriptions systématiques à l'égard de tous les preneurs de licence et de sous-licence (si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle considérait une licence comme un transfert). On a aussi fait observer qu'en pareil cas, une obligation de surveillance particulièrement lourde serait imposée aux parties octroyant un financement garanti par la propriété intellectuelle et pourrait décourager l'octroi de crédits garantis par ce type de biens. À l'encontre de la suggestion, on a fait valoir qu'il n'y avait aucune raison de suivre

une approche différente de celle adoptée dans le Guide s'agissant des biens autres que la propriété intellectuelle. On a également fait remarquer que, dans une telle approche, les parties octroyant un prêt à un bénéficiaire de transfert ou à un preneur de licence dans une chaîne ne pourraient pas découvrir l'existence d'une sûreté constituée par une personne au sein de cette chaîne, si ce n'est d'une sûreté consentie par leur constituant. Sous réserve de l'ajout entre crochets d'une recommandation allant dans le sens proposé pour examen à une session future, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section G sur l'incidence du transfert de la propriété intellectuelle grevée sur l'efficacité de l'inscription.

8. Enregistrement des sûretés réelles mobilières grevant des marques

72. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section H sur l'enregistrement des sûretés réelles mobilières grevant des marques.

F. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.2 et 3)

1. Le concept de priorité

73. En ce qui concerne le paragraphe 43, on a suggéré qu'il soit révisé pour aligner les références au sens du terme "priorité" sur les explications données dans la section du Guide sur la terminologie et pour clarifier qu'un conflit entre deux parties, dont aucune n'était un créancier garanti, n'entrait pas dans le champ du Guide, indépendamment de la règle *nemo dat* (nul ne peut donner des droits qu'il n'a pas lui-même). Sous réserve de ces changements, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section A sur le concept de priorité d'une sûreté grevant la propriété intellectuelle.

2. Identification des réclamants concurrents

74. En ce qui concerne le paragraphe 45, on a suggéré qu'il soit révisé, d'une part, pour clarifier qu'en s'appliquant aux transferts de propriété intellectuelle à titre de garantie le Guide ne faisait pas une exception, car il traitait ces transferts comme des opérations garanties et non comme de véritables transferts et, d'autre part, pour aligner la référence à la recommandation 4, alinéa b), sur le contenu de cette dernière. Sous réserve de ces changements, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section B sur l'identification des réclamants concurrents.

3. Importance de la connaissance de transferts ou de sûretés antérieurs

75. En ce qui concerne le paragraphe 46, on a suggéré que la référence à la recommandation 81, alinéa a), suive de plus près le libellé de cette dernière ("vendu dans le cours normal des affaires du vendeur ... viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté") et que la première et la deuxième phrase soient interverties pour mieux s'articuler. Sous réserve de ces changements, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section C sur l'importance de la connaissance de transferts ou de sûretés antérieurs.

4. Priorité d'une sûreté réelle mobilière inscrite sur un registre de la propriété intellectuelle

76. En ce qui concerne le paragraphe 49, on a suggéré de supprimer les mots "ou autre droit" au début de la phrase puisque les recommandations 77 et 78 portaient uniquement sur les sûretés inscrites dans le registre spécialisé ou non. On a aussi suggéré de subordonner la règle de priorité à l'inscription d'une sûreté dans un registre spécialisé qui réponde aux conditions posées par le Guide pour être considéré comme tel.

77. En ce qui concerne les dernières phrases des paragraphes 50 et 51, on a suggéré de les réviser pour éviter toute incohérence.

78. Sous réserve de ces changements, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section D sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière inscrite sur un registre de la propriété intellectuelle.

5. Priorité d'une sûreté réelle mobilière non inscriptible ou non inscrite sur un registre de la propriété intellectuelle

79. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section E sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière non inscriptible ou non inscrite sur un registre de la propriété intellectuelle.

6. Droits des personnes auxquelles est transférée la propriété intellectuelle grevée

80. Il a été noté que, lorsque le Groupe de travail aurait pris une décision concernant la recommandation 81, alinéa c), les références à cette recommandation figurant dans le paragraphe 55 devraient être modifiées. Sous réserve de ce changement, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section F sur les droits des personnes auxquelles est transférée la propriété intellectuelle grevée.

7. Droits des preneurs de licence en général

81. En ce qui concerne le paragraphe 3, il a été suggéré de le réviser pour préciser que:

a) Le créancier garanti ne pourrait pas recouvrer des créances grevées avant la défaillance du constituant, à moins qu'ils n'en soient convenus autrement;

b) Le créancier garanti du donneur de licence qui réalisait sa sûreté pourrait vendre la licence ou octroyer une autre licence libre de la licence préexistante, non comme donneur de licence mais au nom du donneur de licence.

82. Sous réserve de ces changements, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section G sur les droits des preneurs de licence en général.

8. Droits de certains preneurs de licence

83. Le Groupe de travail a examiné deux variantes d'une recommandation traitant la question de savoir si un preneur de licence non exclusive devrait, dans certaines circonstances, prendre sa licence libre d'une sûreté constituée par le donneur de licence et si, par conséquent, en cas de défaillance du propriétaire, le preneur devrait être autorisé à percevoir les redevances, mais non à mettre fin à l'accord de licence (voir A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3, par. 10, note au Groupe de travail).

84. La variante A a largement été appuyée quant au fond. Il a été indiqué que la recommandation devait traiter la question spécifique mentionnée ci-dessus dans la relation entre le créancier garanti en tant que tel (et non en tant que propriétaire ou personne autorisée à exercer les droits du propriétaire) et le preneur de licence en vertu de la loi sur les opérations garanties, et ne pas avoir d'incidences sur la relation entre le propriétaire et le preneur, ni sur les droits et les voies de droit du propriétaire ou du créancier garanti en vertu du droit de la propriété intellectuelle. Pour ce qui est de la formulation même de la variante, on s'est dit largement favorable à une portée limitée, de manière à couvrir des opérations telles que l'achat légitime direct dans le commerce de copies de logiciels protégés par le droit d'auteur ou les communautés de brevets utilisées en rapport avec du matériel. Il a été généralement estimé que ces opérations impliquaient la mise sous licence à grande échelle de la propriété intellectuelle sur le marché et non sa vente sur le marché à grande échelle. Il a également été souligné qu'il fallait s'abstenir de mentionner le concept de cours normal des affaires car il n'était pas couramment utilisé en droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

85. La variante B a également reçu un certain appui. Il a été estimé que, dans la mesure où elle exigeait que le créancier garanti autorise le propriétaire à octroyer des licences libres de la sûreté, elle était plus appropriée. Il a également été fait observer que la question de la protection des acheteurs dans des opérations réalisées dans le commerce pourrait être laissée au droit sur la protection des consommateurs. Toutefois, de l'avis général, il était inutile de préciser que le preneur prenait sa licence libre de la sûreté du créancier garanti du propriétaire uniquement si le créancier avait autorisé le propriétaire à octroyer des licences libres de la sûreté, car cette précision figurait déjà à l'alinéa b) de la recommandation 80. Il a également été fait observer que, si le reste de la variante B créait une présomption simple selon laquelle le créancier garanti avait autorisé le propriétaire à octroyer des licences libres de la sûreté, les droits du créancier risquaient d'être lésés, conséquence qui pourrait compromettre la faculté du propriétaire d'utiliser sa propriété intellectuelle pour obtenir des crédits. Il a également été souligné que, s'il était certain que la variante A couvrait les opérations de consommateurs, d'autres opérations seraient également couvertes et que, dans tous les cas, la question était généralement traitée dans la loi sur les opérations garanties plutôt que dans le droit sur la protection des consommateurs.

86. Au terme des débats, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat d'établir une version révisée de la variante A avec des commentaires adéquats, en tenant compte des éléments sur lesquels le Groupe de travail s'était entendu (voir par. 84).

9. Priorité d'une sûreté réelle mobilière octroyée par un donneur de licence sur une sûreté réelle mobilière octroyée par un preneur de licence

87. Il a été noté qu'en cas de conflit de priorité entre une sûreté réelle mobilière octroyée par un donneur de licence et une sûreté réelle mobilière octroyée par un preneur de licence, la seconde l'emporterait sur la première, sauf si le créancier garanti du preneur inscrivait un avis concernant sa sûreté au registre général des sûretés et si le créancier garanti du donneur inscrivait un document ou un avis concernant la sienne dans le registre de la propriété intellectuelle approprié. Il a également été noté que, lorsque les droits sur la propriété intellectuelle grevée n'étaient pas inscriptibles sur un registre de la propriété intellectuelle considéré par le Guide comme un registre spécialisé, la priorité serait déterminée en fonction de

l'ordre d'inscription des avis au registre général des sûretés (voir recommandations 76 à 78).

88. Il a été noté en outre que le donneur de licence pouvait protéger ses droits, par exemple: a) en interdisant au preneur de céder son droit au paiement des redevances dues au titre des accords de sous-licence, ou de constituer une sûreté sur ce droit; b) en mettant fin à la licence si le preneur cédait ses droits au paiement desdites redevances en violation d'une telle interdiction; c) en convenant que tout sous-preneur lui verserait directement ses redevances; d) en demandant au créancier garanti du preneur de conclure un accord de cession de rang avec son propre créancier garanti; ou e) en obtenant une sûreté sur le droit du preneur au paiement des redevances dues au titre des sous-licences.

89. On a déclaré qu'aucun des moyens précités n'offrait cependant une protection suffisante, car: a) les interdictions ou les résiliations de contrats allaient à l'encontre de l'intérêt économique des parties et étaient insuffisantes lorsqu'il y avait eu violation de l'accord de licence et que cette violation avait porté atteinte à la propriété intellectuelle concernée; b) les arrangements "lock-box" pour le paiement direct des redevances n'étaient pas un moyen efficace de régler le problème et n'étaient pas non plus faciles à conclure entre parties; c) de même, il n'était pas aisé d'obtenir un accord de cession de rang; et d) le rang de priorité de la sûreté du donneur par rapport à une autre sûreté octroyée par le preneur sur ce droit au paiement des redevances serait soumis aux règles générales du premier inscrit.

90. On a ajouté que, lorsque le bien grevé était un bien meuble corporel, une sûreté pourrait être considérée comme une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition, si bien que le vendeur, le crédit-bailleur ou le prêteur pourrait avoir priorité sur le créancier garanti de l'acheteur, du crédit-preneur ou de l'emprunteur, même s'il s'inscrivait en second.

91. À cet égard, il a été proposé que les opérations de financement d'acquisitions portant sur la propriété intellectuelle soient traitées de la même manière que les opérations de financement d'acquisitions portant sur des biens meubles corporels. Plusieurs opérations devant être visées ont été mentionnées, à savoir: a) les opérations dans lesquelles une personne finançait la recherche pour la mise au point d'un médicament en prenant une sûreté sur les créances nées des ventes futures du médicament breveté; b) les opérations dans lesquelles une personne finançait l'acquisition d'une propriété intellectuelle en prenant une sûreté sur la propriété intellectuelle et sur les redevances qui seraient versées dans le futur au titre d'accords de licence; et c) les opérations dans lesquelles une personne finançait l'acquisition d'une licence de propriété intellectuelle en prenant une sûreté sur les redevances futures dues au titre de sous-licences (cette personne pourrait être un tiers ou le donneur de licence lui-même).

92. Dans toutes ces opérations, a-t-on estimé, le créancier garanti du propriétaire ou du donneur de licence devrait jouir de la priorité spéciale accordée à une personne finançant une acquisition, à condition qu'il inscrive un avis concernant sa sûreté au registre général des sûretés dans un bref délai après la "remise" de la propriété intellectuelle à l'acheteur ou l'octroi de la licence au preneur. On a fait valoir, à l'appui de la proposition, que le créancier garanti du propriétaire ou du donneur méritait ce traitement, car sans ce financement de départ, aucun bien ni aucune valeur sur lesquels d'autres fournisseurs de financement puissent prendre une sûreté ne pourraient être créés.

93. La proposition a suscité un certain intérêt. De l'avis général, toutefois, l'analogie avec le financement de l'acquisition de biens meubles corporels n'était pas totale; les pratiques de financement garanti par la propriété intellectuelle, comme les ventes avec réserve de propriété ou le crédit-bail de biens meubles corporels, n'étaient pas non plus très répandues. Il a aussi été estimé dans l'ensemble que, en tout état de cause, toute analogie entre la propriété intellectuelle et les biens meubles corporels conduirait à reconnaître une priorité spéciale à la sûreté portant sur la propriété intellectuelle initialement grevée et non sur son produit en espèces, car telle était la règle pour les sûretés grevant des stocks en garantie du paiement de leur acquisition. À l'issue de son débat, le Groupe de travail est convenu d'examiner le bien-fondé de la proposition à une session future à partir d'une proposition écrite qu'établirait un État (voir par. 24 ci-dessus).

10. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle sur le droit d'un créancier judiciaire

94. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section J sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle sur le droit d'un créancier judiciaire.

11. Cession de rang

95. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section K sur la cession de rang.

G. Droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté relative à la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3)

1. Application du principe de l'autonomie des parties

96. Le principe de l'autonomie des parties, sous réserve des limitations spécifiques introduites par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, a été largement soutenu. S'agissant plus particulièrement de la formulation du commentaire correspondant, un certain nombre de suggestions ont été faites. Il a aussi été proposé de donner davantage d'exemples de l'application du principe de l'autonomie des parties dans le contexte d'un financement garanti par la propriété intellectuelle. Ont été mentionnés comme exemples: le droit du créancier garanti à limiter le droit du propriétaire d'octroyer des licences (en particulier des licences exclusives) sans son consentement (voir par. 20 ci-dessus); et le droit du créancier garanti du propriétaire à recevoir les redevances dues au donneur de licence avant même la défaillance du propriétaire. Cette suggestion a reçu un appui suffisant.

97. On a suggéré également d'introduire des règles traitant de ces questions qui soient applicables en l'absence d'accord contraire des parties. Cette suggestion a suscité des objections. Il a été estimé, d'une manière générale, qu'il serait difficile d'élaborer des règles de ce genre convenant aux différents types d'opérations de financement garanties par la propriété intellectuelle et que, en tout état de cause, il valait mieux laisser les parties trancher ces questions.

98. Sous réserve des changements ci-dessus qui ont recueilli un soutien suffisant (voir par. 96), le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section A sur l'application du principe de l'autonomie des parties.

2. Droit du créancier garanti de poursuivre les auteurs d'atteintes ou de renouveler les inscriptions

99. Un large soutien a été exprimé en faveur du droit du constituant et du créancier garanti de convenir que ce dernier pourrait poursuivre les auteurs d'atteintes et renouveler les inscriptions, à moins que le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle l'interdise, et en faveur de l'inclusion d'un commentaire et d'une recommandation sur cette question dans le projet d'annexe. Des vues divergentes ont été exprimées quant à la formulation spécifique de cette recommandation. Selon un point de vue, la recommandation devait être formulée en termes généraux pour permettre aux parties de décider qui pourrait engager des poursuites et renouveler des inscriptions, et dans quels cas le créancier garanti pourrait le faire. Selon un autre avis, la recommandation devait être formulée en termes plus restrictifs pour prévoir que la loi n'empêchait pas les parties de convenir que le créancier garanti pourrait engager des poursuites et renouveler des inscriptions, et dans quels cas il pourrait le faire.

100. Il a été suggéré par ailleurs de traiter dans le commentaire l'annulation et la limitation d'un brevet ainsi que l'approche adoptée dans de nombreux systèmes juridiques, selon laquelle le propriétaire d'un brevet n'est pas autorisé à annuler ou limiter le brevet grevé sans le consentement du créancier garanti. Cette suggestion a bénéficié d'un appui suffisant.

101. Le Groupe de travail a en outre examiné le commentaire et la recommandation concernant la question de savoir si un créancier garanti pouvait poursuivre les auteurs d'atteintes lorsque le propriétaire de la propriété intellectuelle ne le faisait pas dans un délai raisonnable après la demande dudit créancier. Il n'y a eu aucun appui pour une recommandation dans ce sens, qui, a-t-on généralement estimé, pourrait interférer avec le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. On a également fait valoir qu'une telle recommandation serait peu claire et sèmerait la confusion dans la mesure où il serait difficile de déterminer ce qu'était un délai "raisonnable" en l'absence d'accord entre les parties.

102. En revanche, il y a eu un appui suffisant pour un examen de cette question dans le commentaire, à condition qu'il soit fait référence à une demande du créancier garanti au constituant. Il a été déclaré que: a) si le constituant faisait droit à la demande, le créancier garanti pourrait faire valoir les droits de ce dernier avec son consentement explicite; b) si le constituant ne répondait pas, le créancier garanti pourrait exercer les droits de ce dernier avec son consentement implicite; et c) si le constituant rejetait la demande, le créancier garanti ne serait pas en droit d'exercer les droits de ce dernier. Il a aussi été suggéré de traiter, dans le commentaire, la possibilité pour le créancier garanti de considérer le fait que le constituant n'exerce pas son droit à poursuivre des auteurs d'atteintes ou de renouveler une inscription comme un cas de défaillance et donc d'exercer les voies de droit pour réaliser sa sûreté sur la propriété intellectuelle grevée plutôt que de poursuivre les auteurs d'atteintes.

103. Sous réserve des changements ci-dessus, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section B sur le droit du créancier garanti de poursuivre les auteurs d'atteintes ou de renouveler les inscriptions.

H. Droits et obligations des tiers débiteurs dans les opérations de financement garanties par la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3)

104. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le chapitre VIII sur les droits et obligations des tiers débiteurs dans les opérations de financement garanties par la propriété intellectuelle.

I. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3)

1. Recoupements entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle

105. En ce qui concerne le paragraphe 27, il a été convenu que pour aligner la dernière phrase avec la recommandation 13 du Guide il conviendrait de faire référence au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté et non au moment de la réalisation de la sûreté. Sous réserve de ce changement, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section A sur les recoupements entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle.

2. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant différents types de propriété intellectuelle

106. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section B sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant différents types de propriété intellectuelle.

3. Prise de "possession" de la propriété intellectuelle grevée

107. Il a été convenu que le titre de la section devrait être remplacé par une formulation du type: "Prise de possession des documents nécessaires à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle". Il a aussi été convenu que, dans le paragraphe 30, il conviendrait de faire référence aux documents "nécessaires à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle" et non aux documents qui sont "accessoires à la propriété intellectuelle grevée". Sous réserve de ces changements, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section C sur la prise de "possession" de la propriété intellectuelle grevée.

4. Disposition de la propriété intellectuelle grevée

108. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section D sur la disposition de la propriété intellectuelle grevée.

5. Droits acquis par disposition de la propriété intellectuelle grevée

109. Le Groupe de travail est convenu que la première phrase du paragraphe 36 était inutile et qu'en mentionnant l'"état" du bien grevé elle prêtait à confusion et

devrait donc être supprimée. Sous réserve de ce changement, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section E sur les droits acquis par disposition de la propriété intellectuelle grevée.

6. Proposition du créancier garanti de se faire attribuer la propriété intellectuelle grevée

110. Il a été convenu que, conformément à la terminologie utilisée dans le Guide, il conviendrait d'indiquer que le créancier garanti a le droit d'"acquérir", et non d'"accepter", le bien grevé à titre d'exécution de l'obligation garantie. Il a aussi été convenu qu'une nouvelle phrase devrait être insérée à la suite de la deuxième phrase du paragraphe 37 pour préciser que, comme en cas d'acquisition de la propriété ou de droits autres que les sûretés sur les biens visés dans le Guide, question qui relève d'un autre droit que celui sur les opérations garanties, l'acquisition de droits autres que des sûretés grevant la propriété intellectuelle relevait du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Il a aussi été convenu que le libellé entre parenthèses dans l'avant-dernière phrase du paragraphe 37 devrait être révisée de la manière suivante: "en supposant que cette inscription soit exigée pour les rendre effectifs". Sous réserve de ces changements, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section F sur la proposition du créancier garanti de se faire attribuer la propriété intellectuelle grevée.

7. Recouvrement de redevances et droits de licence

111. Conformément au changement apporté au paragraphe 27 de la section A du chapitre sur la réalisation (voir par. 105 ci-dessus), le Groupe de travail est convenu qu'il soit également fait référence dans le paragraphe 38 au moment de la conclusion de la convention constitutive et non au moment où une sûreté grevant une créance est réalisée. Sous réserve de ce changement, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section G sur le recouvrement de redevances et droits de licence.

8. Autres droits contractuels du donneur de licence

112. Par souci de clarté, il a été convenu que, dans la version anglaise, la première phrase du paragraphe 39 fasse référence aux "royalties" et non aux "receivables". Il a aussi été convenu que les deux dernières phrases du paragraphe soient remplacées par une formulation du type: "Le donneur de licence conserve ces droits si la sûreté grève les seules redevances. Toutefois, si le créancier garanti souhaite également obtenir une sûreté sur ces autres droits du donneur, ces derniers devront être inclus dans la description du bien grevé dans la convention constitutive de la sûreté." Sous réserve de ces changements, le Groupe de travail a approuvé la section H sur les autres droits contractuels du donneur de licence.

9. Réalisation de sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels auxquels se rattache la propriété intellectuelle

113. Il a été convenu, afin de ne pas donner par inadvertance l'impression que le "principe d'épuisement" était partout compris de la même manière, mais aussi pour clarifier la deuxième phrase du paragraphe 41, d'insérer les mots "lorsque des conditions spécifiques sont remplies, comme la première vente ou mise sur le marché du produit incorporant la propriété intellectuelle" à la suite de "certains d'entre eux". Il a aussi été convenu que la dernière phrase du paragraphe 41 n'était

pas correcte et devrait être supprimée, le propriétaire de la marque demandant généralement le retrait de la marque avant que les produits grevés qui la portent ne soient revendus. Il a aussi été convenu que la dernière phrase du paragraphe 42 soit révisée de la façon suivante: “Pour réaliser efficacement sa sûreté sur le produit, il faudrait en conséquence, en l’absence d’accord préalable entre le donneur de licence et le créancier garanti, que ce dernier obtienne le consentement du propriétaire/donneur de licence ou s’en remette au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle pertinent et à l’application du principe d’épuisement.” Sous réserve de ces changements, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section I sur la réalisation de sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels auxquels se rattache la propriété intellectuelle.

10. Réalisation d’une sûreté réelle mobilière sur les droits d’un preneur de licence

114. Il a été convenu que l’avant-dernière phrase du paragraphe 45, en ce qu’elle suggérait que l’inscription des licences était une pratique universelle, était inutile et prêtait à confusion, et devrait donc être supprimée. Il a aussi été convenu que la première phrase du paragraphe 46 devrait préciser plus clairement que, dans le Guide, les droits au paiement de redevances étaient des créances. Sous réserve de ces changements, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section J sur la réalisation d’une sûreté réelle mobilière sur les droits d’un preneur de licence.

J. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4)

115. Il a été convenu qu’une variation de la variante A serait élaborée et placée entre crochets pour que le Groupe de travail l’examine. Il a été dit que cette variation devrait prévoir que la constitution d’une sûreté sur la propriété intellectuelle serait soumise à une loi unique, à savoir la loi du lieu de situation du constituant ou la loi choisie par les parties (cette dernière possibilité devrait être placée entre crochets séparés puisqu’elle s’écartait de l’approche générale recommandée dans le Guide). Il a aussi été convenu que le commentaire expose les avantages et les inconvénients de toutes ces variantes et qu’il soit expliqué, en plus, que la variante C était la seule où la loi applicable à l’opposabilité d’une sûreté grevant la propriété intellectuelle à l’égard d’un représentant de l’insolvabilité serait unique, à savoir la loi du lieu de situation du constituant. Il a également été convenu que le chapitre insiste sur l’importance des règles de conflit de lois et contienne des exemples et des renvois au chapitre sur les conflits de lois du Guide. Sous réserve de ces changements, le Groupe de travail a approuvé quant au fond le chapitre X sur la loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle.

K. Incidence de l’insolvabilité du donneur ou preneur de licence de propriété intellectuelle sur une sûreté réelle mobilière grevant ses droits découlant d’un accord de licence (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4)

1. Généralités

116. Le Groupe de travail a pris note avec satisfaction de la note du Secrétariat intitulée “Traitement de la propriété intellectuelle dans le Guide législatif sur le

droit de l'insolvabilité" (A/CN.9/WG.V/WP.87) consacrée à la mention de la propriété intellectuelle dans les débats du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), aux conséquences du rejet d'un contrat et aux dispositions du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (ci-après le "Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité") concernant la décision de poursuivre un contrat et la protection de la valeur de l'actif grevé.

117. Il a été convenu que la note figurant dans le chapitre sur l'insolvabilité du projet d'annexe, qui décrivait les travaux accomplis par les groupes de travail V et VI sur l'articulation entre le droit de l'insolvabilité, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle et le droit des opérations garanties, devrait être actualisée et placée dans l'introduction du projet d'annexe. Il a aussi été convenu que les références au droit du représentant de l'insolvabilité de rejeter un accord de licence uniquement s'il n'a pas été pleinement exécuté par le débiteur et son cocontractant étaient extrêmement importantes et devraient être conservées.

118. En réponse à une question posée quant au traitement des contrats de services personnels en cas d'insolvabilité, il a été indiqué que le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité abordait cette question au paragraphe 143 de la deuxième partie du chapitre II, qui prévoyait que: "Il peut aussi être indiqué de prévoir des exceptions au pouvoir de rejeter des contrats dans le cas des contrats de travail, des accords dans lesquels le débiteur est bailleur ou franchiseur ou octroie une licence de propriété intellectuelle et dont la résiliation mettrait fin ou nuirait gravement aux activités du cocontractant, en particulier si les avantages en découlant pour le débiteur sont relativement minimes, et des contrats avec l'État, tels que les accords de licence et les marchés publics."

119. Il a été convenu que le projet d'annexe devrait contenir une formulation inspirée de ce texte. D'une manière générale, on a estimé que cette formulation donnerait également des orientations sur le traitement possible des accords de licence en cas d'insolvabilité du donneur de licence. Il a aussi été convenu: a) d'ajouter les mots "la licence des" avant "preneurs et donneurs de sous-licences", et les mots "la licence de" avant "ceux", à la fin du paragraphe 23; et b) dans la version anglaise, de supprimer le mot "a" précédant "one" dans la deuxième phrase du paragraphe 26. Sous réserve de ces changements, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section A du chapitre sur l'insolvabilité du projet d'annexe et l'a renvoyée au Groupe de travail V.

2. Insolvabilité du donneur de licence

120. De l'avis général, le paragraphe 29 décrivait de manière adéquate l'impact de l'insolvabilité du donneur de licence sur la sûreté de son créancier garanti ou du créancier garanti d'un preneur de licence ou de sous-licence, en expliquant que, si le représentant de l'insolvabilité du donneur de licence décidait de rejeter l'accord de licence, les créanciers garantis du donneur et du preneur de licence seraient pratiquement privés de leur sûreté et qu'ils ne leur resterait qu'une créance de dommages-intérêts en tant que créanciers chirographaires. Aussi le Groupe de travail est-il convenu que les paragraphes 30 à 35, qui examinaient comment protéger un créancier garanti en pareil cas, étaient utiles et devaient être conservés. Il est également convenu que le paragraphe 36 devait être conservé, sans les crochets, en tant que modeste proposition que les États pourraient examiner. Par ailleurs, il a été convenu que, dans la mesure où les paragraphes 30 à 35 se

référaient non seulement aux approches suivies dans le droit, mais aussi à des pratiques commerciales, il faudrait insérer, à la fin du paragraphe 36, un texte qui pourrait être rédigé comme suit: “Les États voudront peut-être aussi examiner dans quelle mesure les pratiques commerciales décrites aux paragraphes 30 et 31 pourraient fournir des solutions pratiques adéquates.” Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section B du chapitre du projet d’annexe consacré à l’insolvabilité, et l’a renvoyée au Groupe de travail V.

3. Insolvabilité du preneur de licence

121. Il a été convenu d’ajouter les mots “que le donneur” avant les mots “soit qu’il ait le droit de mettre fin à l’accord de licence” dans la première phrase du paragraphe 40. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section C du chapitre du projet d’annexe consacré à l’insolvabilité, et l’a renvoyée au Groupe de travail V.

4. Appendice

122. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond l’appendice au chapitre du projet d’annexe consacré à l’insolvabilité, et l’a renvoyé au Groupe de travail V.

V. Travaux futurs

123. Le Groupe de travail a noté que ses seizième et dix-septième sessions étaient prévues, respectivement, du 2 au 6 novembre 2009 et du 8 au 12 février 2010, ces dates étant soumises à l’approbation de la Commission à sa quarante-deuxième session (Vienne, 29 juin-17 juillet 2009).

124. À la fin de la session en cours, le Groupe de travail a examiné quel serait son programme de travail futur une fois le projet d’annexe achevé. Plusieurs suggestions ont été faites, y compris la possibilité d’élaborer:

a) Un supplément au Guide sur les sûretés portant sur des valeurs mobilières qui ne sont pas couvertes par le projet de convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés préparé actuellement par l’Institut international pour l’unification du droit privé (“Unidroit”), et la Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d’un intermédiaire de la Conférence de La Haye de droit international privé;

b) Un guide législatif sur l’inscription des sûretés réelles mobilières;

c) Un guide contractuel sur les accords de financement garanti;

d) Un guide contractuel sur l’octroi de licences de propriété intellectuelle;

e) Une loi type sur les opérations garanties incorporant les recommandations du Guide; et

f) Un texte sur le franchisage.

125. S’agissant des sûretés portant sur des valeurs mobilières, le Groupe de travail a noté que la Commission avait décidé que des travaux devraient être entrepris en vue d’établir une annexe au projet de guide sur certains types de valeurs mobilières,

en tenant compte des travaux d'autres organisations, et en particulier d'Unidroit[11]. Il a été dit que ces travaux dépendraient de la portée du projet de convention d'Unidroit et du point de savoir si ce dernier serait disposé à couvrir des valeurs mobilières non traitées dans cette convention. Pour ce qui était d'un guide législatif sur les registres généraux des sûretés, on a fait observer que cela complèterait de façon appropriée les travaux menés par la Commission sur le Guide et que des travaux préparatoires pourraient être entrepris par le biais d'un colloque ou d'une discussion à la seizième session du Groupe de travail début 2010, à condition que ce dernier ait achevé ses travaux sur le projet d'annexe. S'agissant d'une loi type sur les opérations garanties incorporant les recommandations du Guide, on a indiqué qu'un tel texte serait extrêmement utile et compléterait les travaux de la Commission sur le Guide.

126. Quant à un guide contractuel sur les accords de financement garanti, on a dit que pour aider utilement les parties à ces opérations, il devrait traiter des questions devant être abordées dans ces accords et fournir un ensemble de règles applicables en l'absence d'accord contraire des parties. S'agissant d'un guide contractuel sur l'octroi de licences de propriété intellectuelle, on a fait observer que ce serait un projet extrêmement important qui traiterait de questions essentielles du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle et que l'initiative d'un tel projet devrait donc être laissée à l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) et aux autres organisations compétentes. À cet égard, le Groupe de travail a noté que l'OMPI avait établi un certain nombre de guides sur l'octroi de licences de propriété intellectuelle et entreprenait des travaux complémentaires dans ce sens. Il a aussi été noté que l'OMPI invitait les États Membres à suggérer des travaux supplémentaires dans ce domaine du droit et qu'à cet égard elle était également disposée à coopérer avec la CNUDCI. En ce qui concerne le texte sur le franchisage, on a indiqué que ce serait un projet utile qui traiterait de pratiques importantes, notamment pour les marques. Il a aussi été signalé qu'il faudrait tenir compte des travaux d'autres organisations, notamment de la Loi type sur la divulgation des informations en matière de franchise d'Unidroit.

---

[11] Ibid., *soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), par. 147 et 160.

D. Note du Secrétariat concernant le projet d'annexe au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties traitant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa quinzième session

(A/CN.9/WG.VI/WP.37 et Add.1 à 4) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-53

A. Historique 1-8

B. Relation entre la loi sur les opérations garanties et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle 9-14

C. Terminologie 15-32

D. Exemples de pratiques de financement garanti par la propriété intellectuelle . . . 33-46

E. Principaux objectifs et principes fondamentaux 47-53

I. Introduction

A. Historique

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 1 à 8, voir A/CN.9/WG.VI/WP.35, par. 1 à 7, A/CN.9/667, par. 16, A/CN.9/WG.VI/WP.36, par. 12, A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 1 à 5, A/CN.9/WG.VI/WP.34, par. 10 et 11, et A/63/17, par. 326.*]

1. À sa trente-neuvième session, en 2006, la Commission a examiné les travaux qu'elle pourrait entreprendre dans le domaine du droit du financement garanti. Il a été noté que les droits de propriété intellectuelle (par exemple, les droits d'auteur, les brevets et les marques) devenaient une source de crédit extrêmement importante et ne devaient pas être exclus d'un droit des opérations garanties moderne. Il a également été noté que les recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties (le "projet de guide") s'appliquaient, en règle générale, aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle dans la mesure où elles n'étaient pas incompatibles avec le droit de la propriété intellectuelle. Il a été noté en outre que, les aspects spécifiques du droit de la propriété intellectuelle n'ayant pas été pris en compte pour l'élaboration des recommandations, le projet de guide suggérait que les États adoptants envisagent d'apporter les modifications nécessaires aux recommandations pour traiter ces aspects[1].

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 81 et 82.

2. Afin de donner davantage d'orientations aux États, il a été proposé que le Secrétariat prépare, en collaboration avec les organisations internationales spécialisées dans le droit du financement garanti et le droit de la propriété intellectuelle, en particulier l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), une note que la Commission examinerait à sa quarantième session, en 2007, sur la portée éventuelle des travaux qu'elle pourrait entreprendre pour compléter le projet de guide. Il a été proposé en outre que, pour recueillir les avis des spécialistes et les suggestions des secteurs concernés, le Secrétariat organise des réunions de groupes d'experts et des colloques si nécessaire[2]. À l'issue du débat, la Commission a prié le Secrétariat d'établir, en coopération avec les organisations concernées et en particulier l'OMPI, une note examinant le contenu des travaux qu'elle pourrait entreprendre sur le financement garanti par la propriété intellectuelle. Elle l'a également prié d'organiser un colloque sur cette forme de financement en veillant dans toute la mesure possible à ce que les organisations internationales concernées et des experts des différentes régions du monde y participent[3].

3. Conformément à la décision de la Commission, le Secrétariat a organisé, en coopération avec l'OMPI, un colloque sur les sûretés réelles mobilières grevant des droits de propriété intellectuelle (Vienne, 18 et 19 janvier 2007), auquel ont participé des experts du droit du financement garanti et du droit de la propriété intellectuelle, ainsi que des représentants de gouvernements et d'organisations gouvernementales et non gouvernementales nationales et internationales. Plusieurs propositions ont été faites à ce colloque quant aux modifications qu'il serait nécessaire d'apporter au projet de guide pour traiter des questions propres au financement garanti par la propriété intellectuelle[4].

4. À la première partie de sa quarantième session (Vienne, 25 juin-12 juillet 2007), la Commission a examiné une note du Secrétariat intitulée "Travaux futurs possibles sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle" (A/CN.9/632), qui tenait compte des conclusions du colloque. Afin de donner aux États des orientations suffisantes sur les modifications qu'il leur faudrait peut-être apporter à leurs lois pour éviter les incompatibilités entre le droit du financement garanti et le droit de la propriété intellectuelle, elle a décidé de charger le Groupe de travail VI (Sûretés) d'établir une annexe au projet de guide qui serait spécialement consacrée aux sûretés réelles mobilières grevant des droits de propriété intellectuelle[5].

5. À la reprise de sa quarantième session (Vienne, 10-14 décembre 2007), la Commission a finalisé et adopté le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (le "*Guide*"), étant entendu qu'une annexe traitant spécialement des sûretés réelles mobilières sur des droits de propriété intellectuelle serait élaborée par la suite[6].

6. À sa treizième session (New York, 19-23 mai 2008), le Groupe de travail VI a examiné une note du Secrétariat intitulée "Sûretés réelles mobilières grevant des

---

[2] Ibid., par. 83.
[3] Ibid., par. 86.
[4] Voir http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/2secint.html.
[5] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 156, 157 et 162.
[6] Ibid., *soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part II, par. 99 et 100.

droits de propriété intellectuelle" (A/CN.9/WG.VI/WP.33 et Add.1). À cette session, il a prié le Secrétariat de préparer un projet d'annexe au *Guide* qui traiterait des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle (l'"Annexe") en tenant compte de ses délibérations et décisions (voir A/CN.9/649, par. 13). Il a également estimé que la primauté du droit de la propriété intellectuelle devait être dûment reconnue et que le *Guide*, et non le droit national des opérations garanties, devait servir de cadre de référence pour l'Annexe (voir A/CN.9/649, par. 14). N'étant pas parvenu à déterminer d'un commun accord si certaines questions relatives à l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/649, par. 98 à 102) présentaient un lien suffisant avec la loi sur les opérations garanties pour justifier leur traitement dans l'Annexe, le Groupe de travail a décidé d'y revenir à une prochaine réunion et de recommander que le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) soit prié d'examiner ces questions (voir A/CN.9/649, par. 103).

7. À sa quarante et unième session (New York, 16 juin-3 juillet 2008), la Commission a noté avec satisfaction que le Groupe de travail avait bien avancé. Elle a également noté la discussion et la décision ci-dessus du Groupe de travail VI concernant certaines questions liées à l'insolvabilité et décidé qu'il faudrait en informer le Groupe de travail V et l'inviter à exprimer un premier avis à sa prochaine session. Il a aussi été décidé que, dans l'éventualité où des questions en suspens devraient être examinées par les deux groupes de travail à la fois après cette session, le Secrétariat pourrait organiser, après consultation des présidents des deux groupes, une discussion conjointe à propos de l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle lorsque les deux groupes se réuniraient successivement au printemps de 2009[7].

8. À sa quatorzième session (Vienne, 20-24 octobre 2008), le Groupe de travail a poursuivi ses travaux en se fondant sur une note du Secrétariat intitulée "Annexe au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties traitant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle" (A/CN.9/WG.VI/WP.35 et Add.1). À cette session, il a demandé au Secrétariat de préparer une version révisée du projet d'annexe qui tienne compte de ses délibérations et décisions (voir A/CN.9/667, par. 15). Il a également soumis au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) certaines questions ayant trait à l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/667, par. 129 à 140). De l'avis général, tout devait être fait à cet égard pour conclure le plus tôt possible les discussions sur ces questions afin que leurs résultats puissent être inclus dans le projet d'annexe d'ici à l'automne 2009, ou au début du printemps 2010, et que le projet d'annexe puisse être soumis à la Commission pour approbation et adoption définitives à sa quarante-troisième session en 2010 (voir A/CN.9/667, par. 143).

---

[7] Ibid., *soixante-troisième session*, *Supplément n° 17* (A/63/17), par. 326.

B. Relation entre la loi sur les opérations garanties et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 9 à 14, voir A/CN.9/WG.VI/WP.35, par. 8 à 11, A/CN.9/667, par. 17 à 19, et A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 76 à 82.*]

9. Sauf exceptions limitées, les recommandations du *Guide* s'appliquent aux sûretés réelles mobilières grevant tous les types de biens meubles, y compris la propriété intellectuelle (voir recommandations 2 et 4 à 7). La loi recommandée dans le *Guide* ne s'applique toutefois pas à cette dernière dans la mesure où ses dispositions sont incompatibles avec le droit national contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle ou avec des accords internationaux concernant la propriété intellectuelle auxquels l'État adoptant est partie (voir recommandation 4 b)).

10. La recommandation 4 b) pose le principe fondamental qui régit la relation entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle. Le terme "propriété intellectuelle" est défini de telle sorte que le *Guide* soit conforme au droit et aux traités relatifs à la propriété intellectuelle (voir par. 15 ci-dessous). Le terme "droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle" englobe à la fois les règles d'origine législative et la jurisprudence. Cette notion est plus large que celle de "droit de la propriété intellectuelle" mais plus étroite que celle de droit commun des contrats ou des biens. En conséquence, la recommandation 4 b) aura une portée plus large ou plus étroite selon la façon dont un État définit le champ de la propriété intellectuelle, étant entendu qu'il le fera conformément aux obligations internationales qui lui incombent en vertu des traités sur le droit de la propriété intellectuelle (par exemple, l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, généralement appelé "Accord sur les ADPIC"), comme le prévoient ces traités.

11. La recommandation 4 b) vise à éviter qu'un État adoptant les recommandations du *Guide* ne modifie involontairement les règles fondamentales du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Le *Guide* ne s'intéressant pas aux questions qui touchent à l'existence, à la validité et au contenu des droits de propriété intellectuelle du constituant (voir A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.1, section II.A.4), les risques de conflit entre régimes sur ces questions sont limités. Pour ce qui est des questions de constitution, d'opposabilité, de priorité et de réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle, il est possible en revanche que, dans certains États, les deux régimes prévoient des règles différentes. Dans ce cas, la recommandation 4 b) préserve la primauté de la règle portant spécifiquement sur la propriété intellectuelle.

12. Il convient de noter toutefois que, dans certains États, les règles du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle portent uniquement sur des formes d'opérations garanties qui ne sont pas spécifiques de la propriété intellectuelle et qui ne pourront plus être utilisées une fois que ces États auront adopté les recommandations du *Guide* (par exemple, nantissements, hypothèques et transferts ou fiducies à des fins de garantie dont peut faire l'objet la propriété intellectuelle). C'est pourquoi les États qui adopteront le *Guide* souhaiteront peut-être aussi revoir leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété

intellectuelle afin de le coordonner avec la loi sur les opérations garanties recommandée dans le *Guide*. À cet égard, les États adoptants devront veiller à suivre, en particulier, l'approche intégrée et fonctionnelle recommandée dans le *Guide*, sans modifier les principes et les objectifs fondamentaux de leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

13. L'Annexe vise à fournir aux États des orientations pour assurer cette coordination entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle. S'appuyant sur le commentaire et les recommandations du *Guide*, elle examine comment les principes de ce dernier s'appliquent lorsque la propriété intellectuelle est grevée et, si nécessaire, formule des commentaires et recommandations supplémentaires. Tout comme les commentaires et recommandations portant sur d'autres biens particuliers, ceux qui concernent spécifiquement la propriété intellectuelle modifient ou complètent les recommandations et commentaires généraux du *Guide*. En conséquence, sauf si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle en dispose autrement et sous réserve des commentaires et recommandations particuliers formulés dans l'Annexe, une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle peut être constituée, rendue opposable, prioritaire et réalisée conformément aux recommandations générales du *Guide*.

14. Si l'Annexe n'a pas vocation à formuler des recommandations visant à amener les États à modifier leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, comme cela est indiqué plus haut, elle n'en risque pas moins d'avoir un impact sur ce droit. Elle examine cet impact et avance parfois des propositions modestes que les États adoptants pourraient examiner (en employant l'expression "les États pourraient" ou "les États souhaiteront peut-être envisager", et non "les États devraient"). Ces propositions partent du principe qu'en adoptant une loi sur les opérations garanties du type recommandé par le *Guide*, les États ont fait le choix de moderniser leur droit des opérations garanties. Elles ont donc pour but d'indiquer dans quels cas cette modernisation pourrait conduire les États à examiner la meilleure manière de coordonner leur loi sur les opérations garanties avec leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

C. Terminologie

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 15 à 32, voir A/CN.9/WG.VI/WP.35, par. 12 à 21, A/CN.9/667, par. 20 à 22, A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 39 à 60, et A/CN.9/649, par. 104 à 107.*]

a) Propriété intellectuelle

15. Ainsi qu'il a déjà été indiqué, le *Guide* emploie le terme "propriété intellectuelle" pour parler des "droits de propriété intellectuelle", tels que les droits d'auteur, les marques et les brevets, et donc pour désigner par exemple les droits d'un auteur ou d'un inventeur ("propriétaire") ou ceux d'un titulaire de droits moins étendus, comme un donneur de licence qui n'est pas propriétaire ou un preneur de licence. Le commentaire explique que la définition du terme "propriété intellectuelle" est conçue dans le *Guide* de telle sorte que ce dernier soit conforme au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle tout en respectant la faculté d'un État adoptant d'aligner cette définition sur son propre

droit (droit national et traités). En d'autres termes, ainsi qu'il a été dit, le *Guide* considère comme "propriété intellectuelle" aux fins de ses propres dispositions tout ce qu'un État adoptant considère comme étant de la propriété intellectuelle conformément à ses obligations internationales.

16. Aux fins de la loi sur les opérations garanties, le droit de propriété intellectuelle lui-même se distingue des revenus qui en découlent, par exemple des revenus tirés de l'exercice de droits de radiodiffusion. De plus, un accord de licence n'est pas une opération garantie et n'emporte pas constitution d'une sûreté réelle mobilière. La loi sur les opérations garanties n'a donc aucune incidence sur les droits et obligations d'un donneur ou d'un preneur découlant d'un accord de licence. Par exemple, la faculté du propriétaire ou du titulaire de droits moins étendus de limiter la transférabilité de ses droits de propriété intellectuelle reste intacte.

b) "Droit" et "droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle"

17. De même, ainsi qu'il a été mentionné, le commentaire explique que le terme "droit" employé dans le *Guide* désigne aussi bien les règles d'origine législative que les règles d'origine non législative. Dans le *Guide*, l'expression "droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle" (voir recommandation 4 b)) a une portée plus vaste que le terme "droit de la propriété intellectuelle" (qui traite par exemple des brevets, des marques ou des droits d'auteur) mais plus étroite que la notion de droit commun des contrats ou des biens. En particulier, elle désigne les règles qui régissent spécifiquement les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle, et non celles qui s'appliquent d'une manière générale aux sûretés sur divers types de biens et qui pourraient être amenées à s'appliquer à des sûretés sur la propriété intellectuelle. Un exemple de "droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle" serait le droit de la propriété intellectuelle qui s'applique spécifiquement aux nantissements de droits sur des logiciels.

c) Sûreté réelle mobilière

18. Le *Guide* parle de "sûreté réelle mobilière" pour désigner tous les types de droits réels constitués sur un bien meuble par une convention en garantie du paiement ou d'une autre forme d'exécution d'une obligation, quelle que soit leur dénomination. En conséquence, le terme "sûreté réelle mobilière" désignerait aussi le droit d'une personne bénéficiant d'un nantissement ou d'une hypothèque sur la propriété intellectuelle, de même que le droit d'une personne bénéficiant d'un transfert effectué à titre de garantie. Les États adoptants souhaiteront peut-être revoir leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle et coordonner la terminologie employée dans celui-ci avec celle utilisée dans la loi que recommande le *Guide*.

d) Licence

19. Le *Guide* emploie aussi le terme "licence" et, dans le contexte de la propriété intellectuelle, établit une distinction, d'une part, entre l'accord de licence et la licence (à savoir l'autorisation d'utiliser la propriété intellectuelle mise sous licence) et, d'autre part, entre la licence exclusive et la licence non exclusive. En outre, dans le *Guide*, un accord de licence n'emporte pas constitution d'une sûreté

réelle mobilière et le droit de mettre fin à un accord de licence n'est pas une sûreté réelle mobilière.

20. Le soin de définir précisément ces termes est toutefois laissé au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, ainsi qu'au droit des contrats et à tout autre droit applicable (par exemple, la Recommandation commune concernant les licences de marques adoptée par l'Assemblée de l'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle et l'Assemblée générale de l'OMPI (2000)[8] et le Traité de Singapour sur le droit des marques (2006)[9]). Le *Guide* n'a aucune incidence en particulier sur les limites ou les clauses d'un accord de licence faisant référence à la description de la propriété intellectuelle concernée, aux utilisations autorisées ou restreintes, à la région géographique d'utilisation et à la durée de cette utilisation. Par exemple, une licence exclusive pour exploiter les "droits de projection publique" du film A dans le pays X pour une durée de "dix ans à partir du 1er janvier 2008" diffère d'une licence exclusive autorisant l'exploitation des "droits vidéo" sur le film A dans le pays Y pour une période de "dix ans à partir du 1er janvier 2008".

21. Le *Guide* n'a aucune influence non plus sur la manière dont le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle qualifie les droits découlant d'un accord de licence. Par exemple, il est sans incidence sur la nature des droits créés par un accord de licence exclusive en tant que droits réels, ou sur la nature d'une licence exclusive en tant que transfert, comme c'est le cas dans certains droits contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Le *Guide* n'a aucune incidence non plus sur les limites à la transférabilité des droits mis sous licence fixées par l'accord de licence.

e) Bien grevé

22. Le *Guide* emploie le terme "bien grevé" pour désigner un bien sur lequel porte une sûreté réelle mobilière. Lorsque le *Guide* parle par convention d'une "sûreté réelle mobilière sur un bien grevé", il faut entendre par là une "sûreté sur un droit quelconque que le constituant a sur un bien grevé". Ce point est clair lorsqu'un preneur à bail grève les droits limités qu'il détient sur un bien meuble ou immeuble, mais il est moins clair lorsque le bien grevé est un droit de propriété intellectuelle. En ce qui concerne les biens meubles incorporels comme les droits de propriété intellectuelle, la situation se complique encore du fait que ceux-ci peuvent exister sans support matériel. Par exemple, un droit d'auteur sur une œuvre musicale peut exister sans que l'œuvre ne soit enregistrée ou représentée, voire transcrite sur une partition. Le droit d'auteur naît en tant que droit moral dès la création de l'œuvre, même si un support matériel peut être nécessaire à des fins de preuve ou d'enregistrement (lorsque le droit relatif au droit d'auteur prévoit un tel enregistrement).

23. En outre, le *Guide* emploie divers termes pour désigner le type particulier de propriété intellectuelle susceptible d'être grevé sans affecter la nature, le contenu ou les conséquences juridiques de ces termes aux fins du droit de la propriété intellectuelle, du droit des contrats ou du droit des biens. Peuvent être affectés en garantie d'un crédit les droits d'un auteur ou d'un inventeur ("propriétaire"), ceux

---

[8] http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/fr/development_iplaw/pdf/pub835.pdf.

[9] http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/singapore/singapore_treaty.html.

d'un titulaire de droits moins étendus qui n'est pas propriétaire, par exemple un donneur ou un preneur de licence dans le cadre d'un accord de licence, de même que les droits sur la propriété intellectuelle utilisée en rapport avec un bien meuble corporel. Le propriétaire ou le titulaire de droits moins étendus peut transférer tous ses droits à une personne qui deviendra alors propriétaire ou titulaire de ces droits. Il peut aussi ne transférer qu'une partie de ses droits à un preneur de licence et ce dernier devient alors un titulaire de droits.

24. Le terme "propriétaire" désigne la personne autorisée à exercer les droits exclusifs découlant de la propriété intellectuelle ou la personne à laquelle ces droits ont été transférés (à savoir le créateur, l'auteur ou l' inventeur et son successeur). Le terme "titulaire de droits" désigne la personne qui détient certains droits (par exemple un preneur de licence a généralement le droit d'utiliser la propriété intellectuelle mise sous licence). Un créancier garanti (ou, dans certains États, le preneur d'une licence exclusive) peut être propriétaire ou titulaire de droits si telle est la volonté des parties et pour autant que le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle le permette.

25. Un donneur de licence a notamment droit au paiement de redevances. Un preneur de licence, quant à lui, a le droit notamment d'utiliser la propriété intellectuelle mise sous licence conformément aux conditions de l'accord de licence et éventuellement le droit de conclure des accords de sous-licence et d'obtenir paiement de redevances au titre de ces accords. Les droits du constituant d'une sûreté sur un bien meuble corporel en rapport avec lequel est utilisée la propriété intellectuelle sont décrits dans la convention conclue entre le créancier garanti et le constituant (propriétaire de la propriété intellectuelle concernée ou titulaire de droits moins étendus sur cette propriété intellectuelle) conformément à la loi sur les opérations garanties et au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

f) Créance et cession

26. Le terme "créance" désigne, dans le *Guide* et dans la Convention des Nations Unies sur la cession, un droit au paiement d'une obligation monétaire et, aux fins du *Guide*, englobe par conséquent le droit d'un donneur de licence (qui peut être propriétaire ou titulaire de droits moins étendus) d'obtenir paiement des redevances dues au titre de la licence (sans avoir d'incidence sur les clauses de l'accord de licence relatives aux paiements des redevances prévoyant, par exemple, que les paiements doivent être échelonnés ou peuvent prendre la forme d'un pourcentage en fonction des conditions du marché et du chiffre d'affaires).

27. Le *Guide* emploie le terme "cession", s'agissant des créances, pour désigner non seulement les transferts purs et simples, mais aussi les transferts à titre de garantie (qu'il considère comme des sûretés) et les opérations constitutives d'une sûreté réelle mobilière sur une créance. Afin de ne pas donner l'impression que les recommandations du *Guide* relatives aux cessions de créances s'appliquent également aux "cessions" de propriété intellectuelle, le terme "transfert" (et non "cession") est employé dans l'Annexe pour désigner le transfert des droits d'un propriétaire de propriété intellectuelle. Alors que le terme "cession" employé pour les créances englobe les "cessions pures et simples de créances", le terme "transfert" employé pour les droits de propriété intellectuelle ne désigne pas le transfert pur et simple desdits droits. Le terme "transfert" ne désigne pas non plus,

dans le *Guide*, un accord de licence. Le point de savoir si un tel accord est considéré comme un transfert par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle est une autre question.

g) Constituant

28. Comme il a déjà été indiqué, dans une opération garantie portant sur la propriété intellectuelle, plusieurs types de biens peuvent être grevés: les droits du propriétaire ou ceux d'un titulaire de droits moins étendus, comme les droits d'un donneur de licence ou l'autorisation d'un preneur de licence d'utiliser la propriété intellectuelle mise sous licence et éventuellement son droit d'octroyer des sous-licences et de percevoir des redevances. Ainsi, selon le type de bien grevé, le terme "constituant" désignera un propriétaire ou un titulaire de droits moins étendus, comme un donneur ou un preneur de licence. Enfin, comme dans toute opération garantie portant sur d'autres types de biens meubles, le terme "constituant" peut désigner un tiers qui consent une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle afin de garantir l'obligation due par un débiteur à un créancier garanti.

h) Réclamant concurrent

29. Dans la loi sur les opérations garanties, le concept de "réclamant concurrent" est employé pour désigner les parties, autres que le créancier garanti dans une convention constitutive de sûreté donnée, qui peuvent revendiquer un droit sur les biens grevés ou sur le produit de leur disposition. Ainsi, le *Guide* emploie le terme "réclamant concurrent" au sens de réclamant qui entre en concurrence avec un créancier garanti (à savoir, un autre créancier garanti détenant une sûreté réelle mobilière sur le même bien, un autre créancier du constituant ayant un droit sur le même bien, le représentant de l'insolvabilité du constituant, un acheteur du bien ou une autre personne à laquelle le bien est transféré, un preneur du bien à bail ou un preneur du bien sous licence). Le terme "réclamant concurrent" est essentiel pour l'application, en particulier, des règles de priorité recommandées dans le *Guide*, par exemple la règle de la recommandation 76, selon laquelle un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur des créances qui s'est inscrit au registre général des sûretés a priorité sur un autre créancier garanti qui a obtenu du même constituant une sûreté sur les mêmes créances avant l'autre créancier mais qui ne l'a pas inscrite.

30. Dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, en revanche, la notion de "réclamant concurrent" n'existe pas et les conflits de priorité renvoient généralement à des conflits entre bénéficiaires de transferts et preneurs de licences, même s'il n'y a pas de conflit avec un créancier garanti (les auteurs d'atteintes à la propriété intellectuelle ne sont pas des réclamants concurrents et, s'ils sont seulement des auteurs présumés ayant prouvé qu'ils détenaient un droit légitime, il s'agit alors de bénéficiaires de transferts ou de preneurs de licences mais non d'auteurs d'atteintes). La loi sur les opérations garanties n'intervient pas dans le règlement de ces conflits qui n'impliquent pas de créancier garanti, sauf bien entendu en cas de transfert à titre de garantie, qui est considéré comme une opération garantie. Il s'ensuit qu'un conflit entre deux personnes bénéficiant d'un transfert pur et simple ne serait pas régi par le *Guide*. En revanche, un conflit entre le bénéficiaire d'un transfert pur et simple de droits de propriété intellectuelle et le bénéficiaire d'un transfert de ces droits à titre de

garantie effectué par le même constituant serait régi par le *Guide* (sous réserve des limites prévues dans la recommandation 4 b)).

i) Créancier garanti

31. Le *Guide* reconnaît qu'une convention constitutive de sûreté crée une sûreté réelle mobilière, qui se définit comme un droit réel limité, et non comme un droit de propriété, sur un bien grevé à condition, bien entendu, que le constituant ait le droit de créer une telle sûreté sur le bien en question. De ce fait, le terme "créancier garanti" (qui comprend le bénéficiaire d'un transfert à titre de garantie) ne désigne pas, dans le *Guide*, le bénéficiaire d'un transfert ou le propriétaire. Autrement dit, un créancier garanti qui acquiert une sûreté réelle mobilière conformément aux dispositions du *Guide* n'est pas présumé acquérir ce faisant la propriété. En effet, l'objectif est essentiellement de protéger le constituant/propriétaire qui conserve la propriété et souvent la possession ou le contrôle du bien grevé, tout en préservant suffisamment les intérêts du créancier garanti si le constituant ou autre débiteur ne paie pas l'obligation garantie. En tout état de cause, les créanciers garantis ne souhaitent normalement pas assumer les obligations et les coûts liés à la propriété et le *Guide* ne les y oblige pas. Il en découle, par exemple, que même après la constitution d'une sûreté réelle mobilière, le propriétaire du bien grevé peut exercer tous ses droits en qualité de propriétaire (sous réserve, bien entendu, des limites qu'il ait pu convenir avec le créancier garanti). Ainsi, lorsque le créancier garanti dispose du bien grevé en réalisation de sa sûreté après la défaillance, il ne devient pas nécessairement propriétaire. Il ne fait en l'occurrence que réaliser sa sûreté. En cas de défaillance, ce n'est qu'après avoir proposé d'acquérir les droits de propriété du constituant sur le bien grevé à titre d'exécution totale ou partielle de l'obligation garantie (en l'absence d'objection de la part du débiteur et des autres créanciers du débiteur) ou qu'après avoir acquis les droits de propriété du constituant en achetant le bien dans une vente publique, que le créancier garanti peut devenir propriétaire.

32. Aux fins de la loi sur les opérations garanties, cette qualification de la convention constitutive de sûreté et des droits du créancier garanti vaut lorsque le bien grevé est une propriété intellectuelle. Le *Guide* n'a cependant aucune incidence sur les différentes qualifications prévues par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle pour les questions relevant spécifiquement de la propriété intellectuelle. Dans ce droit, il se peut qu'une convention constitutive de sûreté soit qualifiée de transfert des droits de propriété intellectuelle d'un propriétaire et que le créancier garanti jouisse des droits d'un propriétaire (ou d'un titulaire de droits moins étendus), par exemple du droit de traiter avec les autorités publiques, d'octroyer des licences ou de poursuivre les auteurs d'atteintes. Aucune disposition de la loi sur les opérations garanties n'empêche donc, par exemple, un créancier garanti de convenir avec le constituant/propriétaire (ou titulaire de droits moins étendus) qu'il assumera la qualité de propriétaire de la propriété intellectuelle grevée (ou la qualité de titulaire de droits moins étendus sur cette propriété). Si la convention garantit ou vise à garantir l'exécution d'une obligation et si le droit de la propriété intellectuelle autorise un créancier garanti à devenir propriétaire (ou titulaire de droits moins étendus), le terme "créancier garanti" peut désigner un propriétaire (ou titulaire de droits moins étendus) dans la mesure permise par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Dans ce cas, la loi sur les opérations garanties s'appliquera pour les questions qu'elle régit normalement, telles que la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation

d'une sûreté réelle mobilière, et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle s'appliquera pour les questions qu'il régit normalement, comme le fait de pouvoir traiter avec les autorités publiques, octroyer des licences ou poursuivre les auteurs d'atteintes.

D. Exemples de pratiques de financement garanti par la propriété intellectuelle

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 33 à 46, voir A/CN.9/WG.VI/WP.35, par. 22 à 41, A/CN.9/667, par. 23 et 24, A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 8 à 21, et A/CN.9/649, par. 108.*]

33. Afin de mettre en contexte l'analyse réalisée dans l'Annexe, la présente section décrit un certain nombre d'exemples fictifs d'opérations garanties dans lesquelles sont grevés des droits de propriété intellectuelle.

34. On peut diviser les opérations garanties portant sur des droits de propriété intellectuelle en trois grandes catégories. La première comprend les opérations dans lesquelles les droits de propriété intellectuelle eux-mêmes sont affectés en garantie d'un crédit (à savoir les droits d'un propriétaire, d'un donneur de licence ou d'un preneur de licence). Dans ce type d'opérations, le fournisseur du crédit se voit consentir une sûreté réelle mobilière sur des brevets, des marques, des droits d'auteur ou d'autres droits de propriété intellectuelle de l'emprunteur. Les exemples 1 à 4 ci-après illustrent cette catégorie d'opérations. Ainsi, dans les exemples 1 et 2 sont grevés les droits d'un propriétaire, dans l'exemple 3, les droits d'un donneur de licence et, dans l'exemple 4, les droits d'un preneur de licence.

35. La deuxième catégorie d'opérations concerne les cas où des biens autres que des droits de propriété intellectuelle, tels que des stocks ou du matériel, sont affectés en garantie d'un crédit, mais où la valeur de ces biens est dans une certaine mesure fondée sur les droits de propriété intellectuelle qui s'y rattachent. Les exemples 5 et 6 illustrent ce type d'opérations.

36. La troisième catégorie concerne les opérations de financement qui combinent des éléments des deux premières catégories. L'exemple 7 en est une illustration. Il s'agit d'un crédit octroyé à un fabricant, garanti par une sûreté réelle mobilière portant sur presque tous ses biens, y compris ses droits de propriété intellectuelle.

37. Chacun des exemples illustre comment les propriétaires, les donneurs de licences et les preneurs de licences de droits de propriété intellectuelle, ou encore les propriétaires de biens dont la valeur dépend de la propriété intellectuelle, peuvent utiliser ces biens pour garantir un crédit. Dans chaque cas, un prêteur potentiel prudent s'attachera avec une diligence raisonnable à déterminer la nature et l'étendue des droits des propriétaires et des preneurs de licences de la propriété intellectuelle concernée et à évaluer dans quelle mesure le financement proposé risque ou non d'affecter ces droits. La possibilité pour le prêteur de traiter ces questions de manière satisfaisante, en obtenant, au besoin, le consentement et d'autres accords des propriétaires de la propriété intellectuelle, influera sur sa volonté d'accorder le crédit demandé et sur le coût de ce crédit. Chacune de ces catégories d'opérations non seulement utilise différents types (ou différentes

combinaisons) de biens grevés mais pose également différents problèmes juridiques à un prêteur potentiel ou autre fournisseur de crédit[10].

38. Une question pratique qui se pose pour tous les exemples est de savoir comment l'emprunteur peut obtenir une évaluation exacte de sa propriété intellectuelle. L'évaluation des biens à grever est une question que tout créancier garanti prudent devra régler indépendamment du type de bien visé. L'évaluation de la propriété intellectuelle est cependant plus difficile car se pose la question de savoir si la propriété intellectuelle peut faire l'objet d'une exploitation économique pour générer des revenus. Par exemple, une fois un brevet créé, la question est de savoir si celui-ci est susceptible d'une quelconque application commerciale et, dans l'affirmative, quel serait le montant des recettes pouvant être tirées de la vente de produits brevetés.

39. La loi sur les opérations garanties ne peut répondre à cette question. Cependant, dans la mesure où elle a une incidence sur l'affectation de la propriété intellectuelle en garantie d'un crédit, certaines difficultés liées à l'évaluation de la propriété intellectuelle doivent être comprises et traitées. Par exemple, bien que l'évaluation doive tenir compte de la valeur de la propriété intellectuelle elle-même et des flux de trésorerie escomptés, il n'existe aucune formule universellement acceptée à cette fin. Du fait de l'importance grandissante de la propriété intellectuelle en tant que garantie de crédits, prêteurs et emprunteurs peuvent généralement, dans certains États, demander conseil à des experts indépendants en évaluation de la propriété intellectuelle. Les autorités nationales mettent au point des méthodes d'évaluation. De plus, des organisations internationales, comme l'OMPI, offrent des formations sur l'évaluation de la propriété intellectuelle en général ou pour les accords de licence en particulier. D'autres organisations internationales, comme l'Organisation de coopération et de développement économiques, ont élaboré des règles pour l'évaluation de la propriété intellectuelle en tant que bien susceptible d'être affecté en garantie d'un crédit.

Exemple 1 (droits d'un propriétaire sur un portefeuille de brevets et de demandes de brevet)

40. La Société A, entreprise pharmaceutique qui développe constamment de nouveaux médicaments, souhaite obtenir de la Banque A une ligne de crédit permanent garantie en partie par son portefeuille de brevets et de demandes de brevet actuels et futurs de médicaments. Elle donne à la Banque A une liste de tous ses brevets et demandes de brevet existants, en indiquant leurs propriétaires successifs. La Banque A détermine quels brevets et demandes de brevet entreront dans "la base d'emprunt" (autrement dit, les brevets et les demandes de brevet auxquels la Banque acceptera d'attribuer une valeur pour l'emprunt) et pour quelle valeur. Parallèlement, elle demande à un expert indépendant en propriété intellectuelle d'évaluer les brevets et les demandes de brevet. Elle obtient ensuite une sûreté réelle mobilière sur le portefeuille de brevets et de demandes de brevet et inscrit un avis concernant sa sûreté dans les registres de brevets nationaux

[10] Il se peut que certaines de ces questions soient traitées dans la législation régissant des droits de propriété intellectuelle particuliers. L'article 19, par exemple, du Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil sur la marque communautaire dispose que la marque communautaire peut être donnée en gage ou faire l'objet d'un autre droit réel et que, sur requête d'une des parties, ces droits peuvent être inscrits au registre des marques communautaires.

appropriés (à supposer que le droit applicable prévoie l'inscription des sûretés réelles mobilières sur le registre des brevets). Lorsque la Société A obtient un nouveau brevet, elle en indique les propriétaires successifs et en fournit une évaluation à la Banque A, qui inclura ce brevet dans la base d'emprunt. La Banque évalue les informations, détermine le montant du crédit supplémentaire qu'elle va octroyer sur la base de ce nouveau brevet, et modifie la base d'emprunt en conséquence. Elle procède alors auprès des offices des brevets aux inscriptions appropriées concernant sa sûreté sur le nouveau brevet.

Exemple 2 (droits d'un donneur de licence sur les redevances découlant de la licence d'utilisation des personnages d'une bande dessinée)

41. La Société B, éditeur de bandes dessinées, accorde sous licence le droit d'utiliser ses personnages, protégés par le droit d'auteur, à un grand nombre de fabricants de vêtements, de jouets, de logiciels interactifs et d'accessoires. Aux termes de l'accord de licence standard, les preneurs de licence sont tenus de rendre compte de leur chiffre d'affaires et de payer des redevances sur ce chiffre tous les trimestres. La Société B souhaite emprunter à la Banque B une somme garantie par le flux prévu de redevances dues au titre de ces accords de licence. Elle communique à la Banque B une liste des licences, avec indication du profil de solvabilité des preneurs et de la situation de chaque accord de licence. La Banque B demande alors à la Société B d'obtenir un "certificat d'estoppel" de chaque preneur attestant l'existence de la licence, l'absence de défaillance et le montant dû et confirmant l'engagement du preneur de payer les redevances futures à la Banque B jusqu'à nouvel ordre.

Exemple 3 (droits d'un donneur de licence sur les redevances découlant d'une licence d'exploitation d'un film)

42. La Société C, entreprise cinématographique, souhaite produire un film. Elle crée une société distincte chargée de la production et du recrutement des scénaristes, producteurs, réalisateurs et acteurs. La société de production obtient de la Banque C un prêt garanti par le droit d'auteur, les contrats de services et toutes les recettes qui proviendront de l'exploitation du film. Elle conclut ensuite des accords de licence avec des distributeurs de multiples pays qui acceptent de payer une "avance" sur les redevances une fois le film achevé et livré. Pour chaque licence, la Société de production C, la Banque C et le distributeur/preneur de licence concluent un accord "de reconnaissance et de cession", dans lequel le preneur reconnaît la sûreté préexistante de la Banque C et la cession à cette dernière des redevances qu'il paie, tandis que la Banque s'engage, si elle doit réaliser sa sûreté sur les droits du donneur de la licence, à ne pas mettre fin à cette dernière aussi longtemps que le preneur paie et se conforme à tous autres égards à l'accord de licence.

Exemple 4 (autorisation pour un preneur de licence d'utiliser un logiciel sous licence)

43. La Société D conçoit des logiciels complexes utilisés dans plusieurs applications architecturales. Certains composants des logiciels sont créés par ses propres ingénieurs (composants dont la société concède à ses clients l'utilisation sous licence). La Société incorpore également dans ses produits des composants de logiciels qu'elle utilise sous licence obtenue auprès de tiers (et pour lesquels elle octroie ensuite des sous-licences à ses clients). Elle souhaite obtenir de la Banque D

un prêt garanti par une sûreté réelle mobilière grevant ses droits en tant que preneur de licence de propriété intellectuelle, à savoir son droit d'utiliser et d'incorporer dans ses logiciels certains composants dont elle se sert sous licence obtenue auprès de tiers. À titre de preuve, le concepteur de logiciels peut fournir à la Banque D une copie des licences qu'il a obtenues sur les composants.

Exemple 5 (Droits d'un fabricant de stocks de marque)

44. La Société E, fabricant de jeans et d'autres vêtements haute couture, souhaite emprunter à la Banque E un certain montant garanti en partie par ses stocks de produits finis. Nombre des articles qu'elle fabrique portent des marques célèbres qu'elle exploite en vertu d'accords de licence conclus avec des tiers qui l'autorisent à fabriquer et à vendre les articles en question. La Société E fournit à la Banque E les accords de licence attestant son droit d'utiliser les marques. La Banque lui octroie un crédit sur la valeur des stocks.

Exemple 6 (droits d'un distributeur de stocks de marque)

45. La Société F, qui est l'un des distributeurs de la Société E, souhaite emprunter à la Banque F une somme garantie en partie par ses stocks de jeans et autres vêtements haute couture qu'elle achète à la Société E et dont une bonne partie porte des marques célèbres que la Société F exploite sous licence obtenue auprès de tiers. La Société F fournit à la Banque F les factures émises par la Société E prouvant qu'elle a acquis les jeans dans le cadre d'une vente autorisée, ou bien copie des accords conclus avec la Société E attestant que les jeans distribués par la Société F sont authentiques. La Banque F octroie un crédit à la Société F sur la valeur des stocks.

Exemple 7 (sûreté réelle mobilière grevant tous les biens d'une entreprise)

46. La société G, fabricant et distributeur de cosmétiques, souhaite obtenir un crédit de 200 millions d'euros afin de disposer d'un fonds de roulement continu pour ses activités. La Banque G envisage d'octroyer ce crédit, à condition qu'il soit garanti par un "nantissement global d'entreprise", autrement dit une sûreté réelle mobilière sur la quasi-totalité des biens présents et futurs de la Société, y compris tous les droits de propriété intellectuelle présents et futurs dont elle est propriétaire ou qu'elle exploite sous licence obtenue auprès de tiers.

E. Principaux objectifs et principes fondamentaux

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 47 à 53, voir A/CN.9/WG.VI/WP.35, par. 42 à 45, A/CN.9/667, par. 25 à 28, A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 61 à 75, et A/CN.9/649, par. 88 à 97.*]

47. Le *Guide* a pour objectif général de promouvoir le crédit garanti. Il examine plusieurs objectifs supplémentaires, comme la prévisibilité et la transparence (voir Introduction, section B, du *Guide*), qui concourent à la réalisation de cet objectif général. Il énonce également plusieurs principes fondamentaux sur lesquels il s'appuie. Ces principes sont notamment les suivants: le champ d'application large des lois sur les opérations garanties, l'approche intégrée et fonctionnelle des opérations garanties (approche dans laquelle toutes les opérations remplissant une fonction de sûreté, quelle que soit leur dénomination, sont considérées comme des

mécanismes de sûreté) et la possibilité de constituer une sûreté réelle mobilière sur des biens futurs (voir Introduction, section D, 3, du *Guide*).

48. Ces objectifs principaux et ces principes fondamentaux sont tout aussi valables pour les opérations garanties utilisant la propriété intellectuelle. Ainsi, le *Guide* a pour objectif général, en ce qui concerne la propriété intellectuelle, de promouvoir le crédit garanti en faveur des entreprises propriétaires de propriété intellectuelle ou autorisées à exploiter une propriété intellectuelle, en leur permettant d'utiliser les droits s'y rattachant comme biens grevés, sans nuire aux droits légitimes des propriétaires, des donneurs de licences et des preneurs de licences découlant du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, du droit des contrats ou du droit général des biens. De même, tous les objectifs et principes mentionnés ci-dessus s'appliquent aux opérations garanties dans lesquelles le bien grevé est un droit de propriété intellectuelle ou comprend un droit de propriété intellectuelle. Par exemple, le *Guide* vise à:

a) Autoriser les personnes ayant des droits sur la propriété intellectuelle à utiliser cette dernière pour garantir un crédit (voir Principal objectif 1, al. a));

b) Autoriser les personnes ayant des droits sur la propriété intellectuelle à utiliser la valeur totale de leurs biens pour obtenir des crédits (voir Principal objectif 1, al. b));

c) Permettre aux personnes ayant des droits sur la propriété intellectuelle de constituer une sûreté réelle mobilière sur ces droits de manière simple et efficace (voir Principal objectif 1, al. c));

d) Laisser aux parties à des opérations garanties concernant la propriété intellectuelle le maximum de latitude pour négocier les conditions de leur convention constitutive de sûreté (voir Principal objectif 1, al. i));

e) Permettre aux parties intéressées de déterminer l'existence de sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle de manière claire et prévisible (voir Principal objectif 1, al. f));

f) Permettre aux créanciers garantis de déterminer la priorité de leur sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle de manière claire et prévisible (voir Principal objectif 1, al. g)); et

g) Faciliter la réalisation efficace des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle (voir Principal objectif 1, al. h)).

49. Le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle a pour but général d'encourager la création et la diffusion d'idées nouvelles ou de découvertes. À cette fin, il accorde certaines prérogatives exclusives aux propriétaires de propriété intellectuelle et aux titulaires de droits moins étendus, tels que les donneurs ou les preneurs de licences. Afin d'assurer la réalisation des principaux objectifs de la loi sur les opérations garanties sans compromettre les objectifs du droit de la propriété intellectuelle et de fournir ainsi des mécanismes pour financer l'activité créative et la diffusion des fruits de cette activité, le *Guide* énonce un principe général qui régit la relation entre la loi sur les opérations garanties et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Ce principe figure dans la recommandation 4 b) (voir A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.1, section II, A, 4).

50. Il suffit ici de noter que le régime exposé dans le *Guide* ne vise en aucune façon à définir le contenu des droits de propriété intellectuelle, à décrire l'étendue des droits que peut exercer un propriétaire ou un titulaire de droits moins étendus, comme un donneur ou un preneur de licence, ni à leur interdire de protéger la valeur de leurs droits de propriété intellectuelle en empêchant leur utilisation non autorisée. À cet égard, il faut souligner que l'objectif principal, à savoir promouvoir le crédit garanti en ce qui concerne la propriété intellectuelle, devrait être atteint de façon à ne pas compromettre les objectifs fixés par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, qui sont d'empêcher une utilisation non autorisée de la propriété intellectuelle ou de protéger la valeur de cette dernière et donc d'encourager l'innovation et la créativité.

51. De même, cet objectif principal de promotion du crédit garanti, qui ne compromet pas les objectifs du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, signifie que ni l'existence du régime de crédit garanti ni la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle ne devraient diminuer la valeur de la propriété intellectuelle. Aussi est-il, par exemple, important de noter que la constitution d'une sûreté sur la propriété intellectuelle ne devrait pas être interprétée à tort comme constituant un abandon involontaire de la propriété intellectuelle (ainsi, le défaut d'exploitation sérieuse d'une marque, le fait de ne pas l'utiliser sur tous les biens meubles corporels ou services, ou l'absence de contrôle de la qualité adéquat peut se traduire par une perte de la valeur voire un abandon de la propriété intellectuelle) par le propriétaire ou le créancier garanti.

52. De plus, dans le cas de biens meubles corporels ou de services associés à des marques, la loi sur les opérations garanties devrait éviter toute confusion chez les consommateurs quant à l'origine des biens ou des services (par exemple, lorsqu'un créancier garanti remplace le nom et l'adresse du fabricant sur les biens pour y indiquer son nom et son adresse ou lorsqu'il conserve la marque et vend les biens dans un pays où la marque appartient à une autre personne).

53. Enfin, la loi sur les opérations garanties ne devrait pas prévoir que la constitution supposée d'une sûreté sur les droits d'un preneur de licence qui, en vertu du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, ne sont pas transférables sans le consentement du donneur de licence emporte transfert desdits droits sans l'accord du propriétaire.

A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.1 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant le projet d'annexe au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties traitant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa quinzième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
II.	Champ d'application et autonomie des parties	1-24
	A. Champ d'application large	1-21
	B. Application du principe de l'autonomie des parties aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle	22-24
III.	Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle	25-66
	A. Concepts de constitution et d'opposabilité	26-28
	B. Concept unitaire de sûreté réelle mobilière	29
	C. Conditions requises pour la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle	30-32
	D. Droits du constituant sur la propriété intellectuelle devant être grevée	33
	E. Distinction entre un créancier garanti et un propriétaire en ce qui concerne la propriété intellectuelle	34-36
	F. Types de biens grevés dans un contexte de propriété intellectuelle	37-59
	G. Sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle future	60-64
	H. Limitations légales ou contractuelles à la transférabilité de la propriété intellectuelle	65-66

II. Champ d'application et autonomie des parties

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 1 à 24, voir A/CN.9/WG.VI/WP.35, par. 46 à 67, A/CN.9/667, par. 29 à 31, A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 82 à 108, et A/CN.9/649, par. 81 à 87*.]

A. Champ d'application large

1. Le *Guide* s'applique aux sûretés réelles mobilières constituées ou acquises par une personne morale ou physique sur tous les types de biens meubles, y compris la propriété intellectuelle, afin de garantir tous types d'obligations, ainsi qu'à toutes

les opérations remplissant une fonction de sûreté, quelle que soit la manière dont elles sont dénommées par les parties ou qualifiées par la loi antérieure (voir recommandations 2 et 8). L'Annexe a un champ d'application tout aussi large en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle.

1. Biens grevés visés

2. C'est au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle qu'il revient de caractériser les types de propriété intellectuelle et de déterminer si chacun de ces types est susceptible d'être transféré et donc d'être grevé. Le *Guide* et l'Annexe partent cependant du principe général qu'une sûreté réelle mobilière peut grever un brevet, une marque ainsi que les droits patrimoniaux d'un auteur (mais non ses droits moraux, si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle ne le permet pas). Ils partent également du principe qu'une sûreté peut grever divers droits exclusifs d'un propriétaire, les droits d'un donneur de licence, les droits d'un preneur de licence ou les droits sur la propriété intellectuelle utilisée en rapport avec un bien meuble corporel.

3. Un tempérament important est cependant apporté au champ d'application du *Guide* et de l'Annexe qui vient d'être décrit. En vertu des règles générales du droit des biens, il faut que le droit devant être grevé puisse être transféré conformément au droit commun des biens et au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Il convient de noter qu'à l'exception des dispositions légales limitant la cessibilité des créances futures et les cessions globales de créances, la loi recommandée dans le *Guide* ne prévaut pas sur d'autres règles de droit (y compris le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle) si celles-ci limitent la constitution ou la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur des types de biens particuliers, dont la propriété intellectuelle, ou la transférabilité de tels biens (voir recommandation 18).

2. Opérations visées

4. Comme il a été indiqué, le *Guide* s'applique à toutes les opérations ayant fonction de sûreté, indépendamment de la façon dont elles sont désignées par les parties ou par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. En d'autres termes, que ce dernier qualifie de transfert conditionnel voire de transfert "pur et simple" le fait de transférer un droit de propriété intellectuelle à un créancier à des fins de garantie, le *Guide* considère que cette opération donne naissance à une sûreté réelle mobilière et il s'y applique en conséquence.

3. Transferts purs et simples de propriété intellectuelle

5. Le *Guide* s'applique au transfert pur et simple (en d'autres termes au transfert de la propriété) de créances (voir recommandation 3). Du fait qu'il considère les redevances dues par le preneur d'une licence de propriété intellectuelle comme des créances, il s'applique au transfert pur et simple du droit de percevoir ces redevances. Si les transferts purs et simples de créances sont inclus dans le champ d'application du *Guide*, c'est parce qu'ils sont habituellement considérés comme des opérations de financement et qu'il est souvent difficile, dans la pratique, de les distinguer des prêts adossés à ces créances.

6. Le *Guide* s'applique également aux transferts de tous biens meubles à titre de garantie, qu'il considère comme des sûretés (voir recommandation 2 d)). C'est pourquoi, si un État adopte ses recommandations, un transfert de droits de propriété intellectuelle (qu'il s'agisse de la pleine propriété ou de droits dont le contenu, la durée ou la portée territoriale sont limités) effectué à titre de garantie serait traité comme une opération garantie. Par conséquent, les parties pourront simplement constituer une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle en appliquant les méthodes prévues par la loi recommandée dans le *Guide* sans devoir effectuer d'autres formalités liées à un "transfert". Les pratiques relatives aux licences ne s'en trouveront cependant pas modifiées étant donné que, selon le *Guide*, un accord de licence n'emporte pas constitution d'une sûreté et le droit de mettre fin à un accord de licence n'est pas une sûreté.

7. Le *Guide* ne s'applique en revanche pas au transfert pur et simple d'autres biens meubles, y compris la propriété intellectuelle, sauf en cas de conflit de priorité entre la personne à qui le bien est purement et simplement transféré et un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur ce même bien. Cette exclusion s'explique par le fait que ce type de transfert est suffisamment régi par d'autres règles de droit, y compris le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, et que, pour certains types de propriété intellectuelle, il est soumis à inscription sur un registre spécialisé.

4. Limitation du champ d'application

8. Le *Guide* part du principe que, pour faciliter l'accès à un financement adossé à la propriété intellectuelle, les États adoptant ses recommandations prévoiront des règles sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle dans leur régime moderne des opérations garanties. Ces États souhaiteront peut-être par conséquent revoir leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle afin de remplacer tous les mécanismes permettant de constituer une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle (y compris les cessions fictives) par une sûreté réelle mobilière générale. Le *Guide* reconnaît aussi toutefois qu'il faut, ce faisant, respecter les principes et l'infrastructure du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle de chaque État adoptant (voir recommandation 4 b)).

9. Les différents chapitres de la présente Annexe traitent en détail des points de recoupement potentiels entre la loi sur les opérations garanties et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Aux fins de cet examen plus détaillé des conséquences de la recommandation 4 b), il est utile à ce stade de distinguer: a) les questions qui relèvent manifestement du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle et dans lesquelles le *Guide* n'intervient aucunement; et b) les questions sur lesquelles les règles énoncées dans le *Guide* peuvent être supplantées ou complétées par une règle du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle qui régit la même question mais d'une manière différente.

a) Distinction entre les droits de propriété intellectuelle et les sûretés réelles mobilières grevant des droits de propriété intellectuelle

10. Le *Guide* traite uniquement des questions juridiques qui relèvent exclusivement de la loi sur les opérations garanties, et non des questions relatives à

la nature et aux attributs juridiques du bien objet de la sûreté réelle mobilière. Ces dernières questions sont l'apanage des règles du droit des biens applicables en l'espèce (les créances constituant la seule exception partielle dans la mesure où le *Guide* s'applique aussi aux transferts purs et simples de créances).

11. Dans le cadre d'un financement garanti par la propriété intellectuelle, il en découle que le *Guide* ne traite pas, ni n'entend traiter, les questions concernant l'existence, la validité, l'opposabilité et le contenu des droits de propriété intellectuelle du constituant. Ces questions sont tranchées exclusivement par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Il va de soi que le créancier garanti devra prêter attention à ces règles afin d'évaluer l'existence et la qualité des biens devant être grevés, chose qui vaudrait cependant pour tout autre bien. On trouvera ci-après une liste indicative et non exhaustive des questions qui peuvent être traitées dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle pour cette évaluation. Ce droit peut bien entendu aborder des questions qui ne figurent pas sur la liste.

Droit d'auteur:

a) Détermination de la personne ayant qualité d'auteur ou de coauteur;

b) Durée de la protection du droit d'auteur;

c) Droits patrimoniaux conférés par le droit ainsi que limites et exceptions à la protection;

d) Nature de l'objet protégé (expression matérialisée par l'œuvre, et non idée sous-jacente, et distinction entre les deux);

e) Possibilité en droit de transférer les droits patrimoniaux;

f) Possibilité de mettre fin à un transfert et à une licence et autres dispositions régissant les transferts ou licences de droits;

g) Portée et non-transférabilité des droits moraux;

h) Présomptions concernant l'exercice et le transfert des droits et limites concernant la personne autorisée à exercer ces droits;

i) Attribution de la propriété originelle en cas d'œuvre sur commande et d'œuvre créée par un salarié dans le cadre de son emploi.

Brevets:

a) Détermination de la personne ayant qualité d'inventeur ou de coïnventeur;

b) Validité d'un brevet et pays dans lequel la demande de brevet doit être déposée et le brevet enregistré;

c) Limites et exceptions à la protection;

d) Portée et durée de la protection;

e) Motifs de contestation de la validité (évidence ou absence de nouveauté);

f) Question de savoir si une publication antérieure entraîne la non-brevetabilité;

g) Question de savoir si la protection est accordée au premier utilisateur du brevet ou au premier déposant.

Marques de produits et de services

a) Détermination du premier utilisateur ou du propriétaire de la marque;

b) Question de savoir si la protection est octroyée au premier utilisateur de la marque ou au premier déposant;

c) Question de savoir si l'utilisation antérieure est une condition préalable à l'inscription sur un registre des marques ou si le droit est obtenu par l'inscription initiale puis maintenu du fait de l'utilisation ultérieure;

d) Fondement de la protection du droit (caractère distinctif);

e) Motifs de déchéance de la protection (le titulaire du droit ne fait pas en sorte que la marque reste associée aux biens meubles corporels du propriétaire mis sur le marché), par exemple lorsque:

i) Une licence est concédée sans que le donneur contrôle directement ou indirectement la qualité ou la nature des biens ou services désignés par la marque ("licence nue"); et

ii) La marque est modifiée au point que son apparence ne correspond plus à la marque enregistrée;

f) Question de savoir si la marque peut être transférée avec ou sans le fonds commercial.

b) Domaines de recoupement potentiel entre la loi sur les opérations garanties et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle

12. Les questions qui viennent d'être abordées n'exigent pas qu'il soit donné préséance au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle car le *Guide* n'a aucunement vocation à les traiter. En d'autres termes, il ne s'agit pas de questions pour lesquelles le principe posé à la recommandation 4 b) s'applique. Le problème de la préséance se pose lorsque le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle de l'État adoptant prévoit une règle spécifique à la propriété intellectuelle sur une question qui entre dans le champ d'application du *Guide*, à savoir une question qui a trait à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité ou à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle ou à la loi applicable à cette sûreté.

13. Il est impossible d'indiquer dans l'abstrait la portée et les conséquences précises d'une telle préséance, étant donné que la mesure dans laquelle des règles spécifiques sur la propriété intellectuelle ont été établies varie considérablement d'un État à l'autre, voire au sein d'un même État, selon la catégorie de propriété intellectuelle envisagée. Les exemples ci-après illustrent cependant certaines situations types.

Exemple 1

14. Certains États, où la constitution d'une sûreté réelle mobilière se fait par transfert de la propriété du bien grevé, n'admettent pas la création d'une sûreté sur une marque, par crainte que le transfert de la propriété au créancier garanti ne

compromette le contrôle de la qualité exigé de la part du titulaire de la marque. Si les États en question adoptaient les recommandations du *Guide*, les transferts deviendraient inutiles et cette interdiction n'aurait plus raison d'être, car, selon la conception que le *Guide* se fait de la sûreté réelle mobilière, le constituant reste propriétaire des biens grevés (la question de savoir si le créancier garanti est substitué dans les droits du propriétaire ou du titulaire de droits moins étendus aux fins du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle constitue une question à part). Toutefois, l'adoption des recommandations du *Guide* ne supprimerait pas automatiquement l'interdiction. L'exigence de préséance signifie qu'il serait nécessaire de modifier la législation sur la propriété intellectuelle concernée.

Exemple 2

15. Dans quelques États, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle exige qu'un transfert ou une sûreté portant sur la propriété intellectuelle soient inscrits sur un registre spécialisé de la propriété intellectuelle pour la constitution ou l'opposabilité soit d'un transfert pur et simple uniquement, soit à la fois d'un transfert pur et simple et d'une sûreté réelle mobilière portant sur la catégorie de propriété intellectuelle soumise à inscription sur ce registre. Compte tenu du principe de préséance accordée au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle dans la recommandation 4 b), l'adoption des recommandations du *Guide* n'aurait aucune incidence sur l'application de cette règle et l'inscription au registre spécialisé continuera d'être exigée. Toutefois, cette préséance ne suffira pas à régler la question de la coordination entre le registre général des sûretés et les registres de la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.2, par. 15 à 19), ni la question de savoir si une sûreté peut être constituée sur un droit futur de propriété intellectuelle et un avis y faire référence (voir par. 60 à 63 ci-dessous et A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.2, par. 20 à 22).

Exemple 3

16. Dans certains États, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle prévoit l'inscription aux registres de la propriété intellectuelle aussi bien pour les transferts purs et simples que pour les sûretés réelles mobilières, mais cette inscription n'est pas impérative au sens de "condition préalable absolue" à la constitution ou à l'opposabilité. L'inscription a toutefois des conséquences en matière de priorité, car une opération non inscrite peut se voir primée par une opération inscrite. Dans ces États, la recommandation 4 b) permettrait de préserver cette règle du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Il est donc probable qu'un créancier garanti désireux d'obtenir une protection optimale doive enregistrer d'une part un avis concernant sa sûreté dans le registre général des sûretés et d'autre part la convention constitutive de sûreté ou un avis la concernant dans le registre de la propriété intellectuelle (toutefois, si le registre de la propriété intellectuelle autorise l'inscription des sûretés réelles mobilières, celle-ci serait suffisante dans tous les cas). En effet: a) la loi sur les opérations garanties exige l'inscription au registre général des sûretés pour assurer l'opposabilité; et b) l'inscription au registre de la propriété intellectuelle sera nécessaire pour protéger le créancier garanti contre le risque de voir sa sûreté primée en raison de l'inscription d'un transfert pur et simple concurrent ou d'une

sûreté réelle mobilière concurrente au registre de la propriété intellectuelle conformément aux règles de la propriété intellectuelle régissant la priorité.

17. Dans certains États, l'inscription des transferts et des sûretés réelles mobilières au registre approprié de la propriété intellectuelle protège contre un transfert ou une sûreté antérieur non inscrit uniquement si la personne qui a inscrit son droit a acquis ce dernier sans avoir connaissance du droit non enregistré (par exemple s'il s'agit d'un acquéreur de bonne foi). Dans les États où il s'agit là d'une règle du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle à laquelle le *Guide* donne préséance conformément à la recommandation 4 b) (et non d'une règle générale de la loi sur les opérations garanties qui existe dans l'ensemble du système juridique de l'État), l'adoption des recommandations du *Guide* soulèvera une autre question, à savoir si l'inscription d'un avis concernant une sûreté grevant la propriété intellectuelle au registre général des sûretés est présumée informer un créancier garanti ultérieur qui inscrit sa sûreté au registre de la propriété intellectuelle. Si tel est le cas, dans les États dont le droit prévoit cette règle de l'acquéreur de bonne foi, un créancier garanti ayant inscrit un avis concernant sa sûreté au registre général des sûretés n'aurait pas à inscrire également un document ou un avis la concernant au registre de la propriété intellectuelle afin de l'emporter sur les créanciers garantis et les bénéficiaires de transferts ultérieurs. En revanche, si tel n'est pas le cas dans ces États, l'inscription d'un document ou d'un avis concernant la sûreté au registre de la propriété intellectuelle pourrait être requise pour avoir priorité sur des acquéreurs de bonne foi ultérieurs.

Exemple 4

18. Le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle de certains États prévoit l'inscription, au registre approprié de la propriété intellectuelle, d'un document ou d'un avis concernant un transfert de propriété intellectuelle, mais non d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle. Dans ces cas, l'inscription a des conséquences en termes de priorité uniquement entre les bénéficiaires de transferts mais non entre le bénéficiaire d'un transfert et un créancier garanti. Dans les États qui suivent cette approche, un créancier garanti devra s'assurer qu'un document ou un avis concernant tous les transferts de propriété intellectuelle en faveur de son constituant soit dûment inscrit au registre de la propriété intellectuelle afin d'éviter le risque que les droits de propriété de ce dernier soient primés par un transfert ultérieur inscrit. Autrement, toutefois, les droits du créancier garanti seront déterminés par le régime des opérations garanties. De même, le créancier garanti devra s'assurer qu'un document ou un avis concernant un transfert à titre de garantie réalisé en sa faveur par le constituant soit dûment inscrit au registre de la propriété intellectuelle afin d'éviter le risque qu'un transfert ultérieur du constituant ne l'emporte sur ce transfert à titre de garantie.

Exemple 5

19. Dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle de certains États, l'inscription d'un document ou d'un avis concernant un transfert ou une sûreté réelle mobilière au registre de la propriété intellectuelle est strictement facultative et ne vise qu'à faciliter l'identification de l'actuel propriétaire. Le défaut d'inscription n'invalide pas l'opération ni n'affecte sa priorité (mais pourrait créer des présomptions). Dans les États qui adoptent cette approche, la situation est pour l'essentiel la même que s'il n'existait aucun registre

spécialisé, ce qui est souvent le cas pour le droit d'auteur. Lorsque ces questions sont traitées dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, le *Guide* donne préséance à ce dernier. En revanche, lorsque ces questions relèvent du droit commun des biens, aucun problème de préséance ne se pose, puisque les règles antérieures au *Guide* ne découlent pas du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle mais du droit des biens en général. En conséquence, l'adoption du *Guide* permettra de remplacer les règles existantes notamment sur la constitution, l'opposabilité et la priorité pour les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle. Il est entendu que les règles antérieures sur ces questions continueront de s'appliquer aux transferts purs et simples de propriété intellectuelle, puisque le *Guide* ne régit que les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle. Le créancier garanti devra par conséquent vérifier la qualité de tout transfert pur et simple de propriété intellectuelle réalisé en faveur de son constituant. Cette gestion du risque n'est cependant en rien différente de celle qui s'impose pour tout autre type de bien grevé pour lequel n'existe aucun registre spécialisé.

Exemple 6

20. La question de savoir qui est le propriétaire de la propriété intellectuelle dans une succession de transferts relève du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. En revanche, la question de savoir si un transfert doit être qualifié de transfert pur et simple ou de transfert à titre de garantie est régie par le droit général des biens et des opérations garanties. Enfin, la nature juridique d'une licence dans le cadre d'un accord de licence relève du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle et du droit des contrats.

Exemple 7

21. Si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle prévoit des règles spécialisées pour la réalisation d'une sûreté sur la propriété intellectuelle, celles-ci l'emportent sur les règles de réalisation prévues dans le *Guide*. En revanche, s'il n'existe pas de règle spécialisée sur la question et si la réalisation des sûretés sur la propriété intellectuelle est régie par les règles générales de procédure civile, c'est le régime prévu dans le *Guide* pour la réalisation des sûretés réelles mobilières qui s'appliquerait. De même, en l'absence de règles spécifiques sur la réalisation extrajudiciaire dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, le régime prévu dans le *Guide* pour la réalisation extrajudiciaire des sûretés réelles mobilières s'appliquerait (voir A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3, chapitre sur la réalisation).

B. Application du principe de l'autonomie des parties aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle

22. Le *Guide* consacre d'une manière générale le principe de l'autonomie des parties. Il prévoit cependant un certain nombre d'exceptions (voir recommandations 10, 111 et 112). Ce principe s'applique également aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle dans la mesure où le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle ne limite pas l'autonomie des parties (voir A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3, par. 23 à 25). Il est à

noter que les recommandations 111 à 113 s'appliquent uniquement aux biens meubles corporels du fait qu'elles font référence à la possession des biens grevés et que par définition il est impossible de "posséder" des biens meubles incorporels.

23. Une illustration particulière du principe de l'autonomie des parties dans une opération garantie portant sur la propriété intellectuelle serait la suivante: le constituant et le créancier garanti peuvent convenir que le second pourra acquérir certaines prérogatives d'un propriétaire ou d'un titulaire de droits moins étendus découlant du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle et donc devenir un propriétaire ou titulaire de droits moins étendus autorisé, par exemple, à procéder à des enregistrements, ou à renouveler des enregistrements, de même qu'à poursuivre les auteurs d'atteintes. Cette convention pourrait prendre la forme d'une clause spéciale dans la convention constitutive de sûreté ou d'un accord séparé entre le constituant et le créancier garanti, car, selon le *Guide*, la simple obtention d'une sûreté ne confère pas à ce dernier la qualité de propriétaire.

24. On notera également que les dommages-intérêts perçus en cas d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle entreraient dans la définition de "produit" ("tout ce qui est reçu en relation avec des biens grevés"), auquel s'étendrait la sûreté portant sur la propriété intellectuelle initialement grevée. Toutefois, le droit de poursuivre les auteurs d'atteintes (par opposition au droit de recevoir paiement des dommages-intérêts en réparation de ces atteintes) est une autre question. Il ne s'agirait pas d'un produit car il ne correspondrait pas à "tout ce qui est reçu en relation avec des biens grevés", formule qui apporte une précision à la liste indicative (non exhaustive) figurant dans la définition ("y compris ... et les créances nées d'un vice, de l'endommagement ou de la perte d'un bien grevé").

III. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 25 à 64, voir A/CN.9/WG.VI/WP.35, par. 68 à 102, A/CN.9/667, par. 32 à 54, A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 112 à 133, et A/CN.9/649, par. 16 à 28*.]

25. Les remarques et recommandations générales du *Guide* relatives à la constitution d'une sûreté réelle mobilière s'appliquent aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle (voir recommandations 13 à 19). Elles sont néanmoins complétées par les remarques spéciales qui suivent.

A. Concepts de constitution et d'opposabilité

26. Pour tous les types de bien grevé (y compris la propriété intellectuelle), le *Guide* établit une distinction entre la constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties) et son opposabilité (efficacité à l'égard des tiers), prévoyant pour chacune des règles différentes. Concrètement, cela signifie que les conditions exigées pour la constitution d'une sûreté peuvent être limitées au minimum, et que toute condition supplémentaire est destinée à régir les droits des tiers. Cette distinction vise surtout à remplir trois des principaux objectifs de la loi recommandée dans le *Guide*, à savoir constituer des sûretés de manière simple et

efficace, tout en renforçant la sécurité et la transparence et en établissant des règles de priorité claires (voir recommandation 1, alinéas c), f) et g)).

27. Le *Guide* prévoit qu'une sûreté peut être constituée par une convention conclue entre le constituant et le créancier garanti (voir recommandation 13). Afin qu'elle soit opposable, une formalité supplémentaire est nécessaire. Pour les biens meubles incorporels, il s'agit d'aviser les tiers de l'existence possible de la sûreté, ce qui établit un critère objectif pour déterminer la priorité entre un créancier garanti et un réclamant concurrent (voir recommandation 29). Ainsi, si une sûreté a été constituée conformément aux conditions prévues dans le *Guide*, elle a effet entre le constituant et le créancier garanti même si les formalités supplémentaires nécessaires pour la rendre opposable n'ont pas été effectuées (voir recommandation 30). Le créancier garanti peut par conséquent réaliser sa sûreté conformément aux règles prévues au chapitre IX du *Guide*, sous réserve bien entendu des droits des réclamants concurrents, conformément aux règles de priorité prévues au chapitre V.

28. Cette distinction s'applique également aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle. Ainsi, d'après le *Guide*, une sûreté sur la propriété intellectuelle peut avoir effet entre le constituant et le créancier garanti, même si elle n'est pas opposable. Dans certains États, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle établit cette distinction. Dans d'autres, il ne l'établit pas et exige les mêmes formalités pour la constitution d'une sûreté et pour son opposabilité. Dans ce cas, comme le prévoit l'alinéa b) de la recommandation 4, c'est ce droit et non le *Guide* qui s'applique. Les États qui adoptent les recommandations du *Guide* voudront peut-être envisager de revoir leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle afin d'assurer une meilleure coordination entre ce dernier et la loi sur les opérations garanties. Ce faisant, ils devraient pouvoir déterminer: a) si l'absence, dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, de distinction entre la constitution et l'opposabilité d'une sûreté sur la propriété intellectuelle répond à des objectifs spécifiques de ce droit (plutôt que d'autres branches de droit, comme le droit des biens, des contrats ou des opérations garanties) et devrait être conservée; ou b) si la distinction devrait être introduite dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, afin de l'aligner sur l'approche correspondante de la loi recommandée dans le *Guide*.

B. Concept unitaire de sûreté réelle mobilière

29. Le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle peut autoriser la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle, en se référant à différents concepts – transfert pur et simple ou conditionnel de la propriété intellectuelle, hypothèque, nantissement, fiducie – ou à des termes similaires. Le *Guide* emploie le terme "sûreté réelle mobilière" pour désigner toutes les opérations remplissant une fonction de sûreté. Il adopte ce que l'on appelle une "approche unitaire" des opérations garanties. Bien que le *Guide* envisage, à titre d'exception, la possibilité pour les États qui suivent l'approche non unitaire dans le contexte limité du financement d'acquisitions de conserver des opérations appelées "réserve de propriété" ou "crédit-bail", cette exception ne vaut que pour les biens meubles corporels et ne s'appliquerait donc pas à la propriété intellectuelle. Par conséquent, les États adoptant les recommandations du *Guide* souhaiteront peut-être

revoir leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle afin: a) de remplacer tous les termes employés pour désigner le droit d'un créancier garanti par "sûreté réelle mobilière"; ou b) de prévoir que, indépendamment du terme employé, les droits remplissant les fonctions d'une sûreté recevront le même traitement, qui ne sera pas incompatible avec celui prévu dans le *Guide* pour les sûretés réelles mobilières.

C. Conditions requises pour la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle

30. Le *Guide* exige une convention écrite pour la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble incorporel. Il exige aussi que le constituant ait des droits sur le bien devant être grevé ou ait le pouvoir de le grever. La convention doit exprimer la volonté des parties de constituer une sûreté réelle mobilière, identifier le créancier garanti et le constituant et décrire l'obligation garantie ainsi que les biens grevés (voir recommandations 13 à 15). Comme il a déjà été indiqué, aucune formalité supplémentaire n'est exigée pour constituer une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble incorporel. Les formalités supplémentaires (par exemple l'inscription d'un avis au registre général des sûretés) requises pour rendre la sûreté opposable ne sont pas nécessaires pour que la sûreté ait effet entre le constituant et le créancier garanti.

31. Toutefois, dans de nombreux États, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle soumet la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle à différentes conditions. Ainsi, l'inscription d'un document ou d'un avis concernant une sûreté grevant la propriété intellectuelle (par exemple un transfert à titre de garantie, une hypothèque ou un nantissement portant sur la propriété intellectuelle) au registre approprié de la propriété intellectuelle peut être exigée pour que la sûreté soit constituée. Le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle peut exiger en outre que la propriété intellectuelle devant être grevée soit décrite précisément dans la convention constitutive de sûreté. Ainsi, il se peut qu'une description jugée suffisante dans le *Guide* (par exemple une description du type "l'ensemble de la propriété intellectuelle") ne le soit pas au regard du droit de la propriété intellectuelle. Tout dépend des dispositions particulières du droit applicable contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. De même, étant donné que certains registres de la propriété intellectuelle indexent les opérations enregistrées en fonction de la propriété intellectuelle concernée, et non du nom ou d'un autre élément identifiant le constituant, l'enregistrement d'un document se limitant à mentionner "l'ensemble de la propriété intellectuelle du constituant" ne suffirait pas aux fins de la constitution d'une sûreté. Il serait en fait nécessaire de désigner chaque droit de propriété intellectuelle dans la convention constitutive de sûreté ou dans tout autre document devant être inscrit au registre de la propriété intellectuelle aux fins de la constitution de la sûreté.

32. Dans tous ces cas, conformément au principe énoncé dans la recommandation 4 b), la loi recommandée dans le *Guide* ne s'appliquerait que dans la mesure où elle n'est pas incompatible avec le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Les États adoptant le *Guide* souhaiteront peut-être, bien entendu, envisager de revoir leur droit contenant des dispositions

ayant trait à la propriété intellectuelle afin de déterminer si les différents concepts et règles relatifs à la constitution de sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle concourent à la réalisation d'objectifs particuliers de ce droit et s'ils devraient être conservés ou être harmonisés avec les concepts et les règles prévus dans la loi recommandée par le *Guide*.

D. Droits du constituant sur la propriété intellectuelle devant être grevée

33. Comme on l'a vu, le constituant doit avoir des droits sur le bien qu'il souhaite grever ou avoir le pouvoir de le grever (voir recommandation 13). Ce principe de la loi sur les opérations garanties s'applique également à la propriété intellectuelle. Un constituant peut grever l'intégralité de ses droits ou seulement des droits limités. Ainsi, un propriétaire de propriété intellectuelle ou un titulaire de droits moins étendus peut grever l'intégralité de ses droits ou des droits dont le contenu, la durée ou la portée territoriale sont limités. De plus, le droit commun des biens ne permet au constituant de grever ses biens que s'ils sont transférables conformément à ses dispositions. Ce principe s'applique aussi aux opérations garanties portant sur la propriété intellectuelle. En conséquence, un propriétaire ou un titulaire de droits moins étendus ne peut grever ses droits que s'ils sont transférables conformément au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

E. Distinction entre un créancier garanti et un propriétaire en ce qui concerne la propriété intellectuelle

34. Aux fins de la loi sur les opérations garanties recommandée dans le *Guide*, le propriétaire de la propriété intellectuelle grevée (ou titulaire de droits moins étendus) le reste malgré la constitution d'une sûreté réelle mobilière et le créancier garanti ne devient pas propriétaire (ou titulaire de droits moins étendus) au seul motif qu'il a acquis une sûreté sur la propriété intellectuelle.

35. Toutefois, dans le chapitre du *Guide* sur la réalisation, en cas de défaillance du constituant, le créancier garanti peut réaliser sa sûreté en disposant du bien grevé (à savoir le droit d'un propriétaire de propriété intellectuelle ou d'un titulaire de droits moins étendus) ou proposer de se le faire attribuer à titre d'exécution de l'obligation garantie (voir les recommandations 156 et 157). Dans certaines circonstances, le créancier garanti peut être par la suite l'acquéreur du bien grevé dont il dispose lui-même (voir les recommandations 141 et 148). C'est pourquoi, alors que dans le *Guide* la constitution d'une sûreté sur la propriété intellectuelle n'implique pas le changement du propriétaire de cette propriété intellectuelle (ou titulaire de droits moins étendus), le fait que le créancier garanti exerce ses droits en cas de défaillance du constituant entraîne souvent le transfert des droits que ce dernier détient sur la propriété intellectuelle (si bien que l'identité du propriétaire ou du titulaire de droits moins étendus, telle qu'elle est déterminée par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, pourrait changer). Lorsque la réalisation de la sûreté sur la propriété intellectuelle entraîne la disposition en faveur du créancier garanti ou l'attribution de la propriété intellectuelle à titre d'exécution de l'obligation garantie, le créancier garanti peut alors devenir le

propriétaire ou titulaire de droits moins étendus, en fonction des droits du constituant.

36. En tout état de cause, la question de savoir qui est le propriétaire de la propriété intellectuelle (ou titulaire de droits moins étendus) et si les parties peuvent le déterminer elles-mêmes relève du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Selon ce dernier, un créancier garanti peut être traité en tant que propriétaire (et peut, par exemple, renouveler des enregistrements ou poursuivre les auteurs d'atteintes) ou être autorisé à convenir avec le propriétaire qu'il deviendra lui-même propriétaire.

F. Types de biens grevés dans un contexte de propriété intellectuelle

37. Selon le *Guide*, une sûreté réelle mobilière peut être constituée non seulement sur les droits d'un propriétaire de propriété intellectuelle, mais aussi sur ceux d'un titulaire de droits moins étendus, par exemple un donneur ou un preneur de licence dans le cadre d'un accord de licence. Elle peut aussi être constituée sur un bien meuble corporel pour lequel est utilisée la propriété intellectuelle (par exemple montres de créateur ou vêtements de marque). Comme il a été mentionné plus haut, il est nécessaire que la propriété intellectuelle devant être grevée soit décrite dans la convention constitutive de sûreté (une description générale est suffisante; voir l'alinéa d) de la recommandation 14).

38. Il convient de noter que le *Guide* (à l'exception des dispositions légales limitant la cessibilité des créances futures en tant que telles ou les cessions globales de créances; voir la recommandation 23) ne prévaut pas sur les règles du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (ou d'un autre droit) qui limitent la constitution ou la réalisation d'une sûreté réelle mobilière ou la transférabilité d'un bien de propriété intellectuelle (ou autre) (voir recommandation 18). De même, le *Guide* n'a pas d'incidence sur les limitations contractuelles à la transférabilité des droits de propriété intellectuelle (mais il a des incidences sur les limitations contractuelles à la cessibilité des créances; voir recommandation 24). Par conséquent, si, en vertu du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, une sûreté ne peut pas être constituée ou réalisée sur un droit de propriété intellectuelle, ou si ce dernier n'est pas transférable, la loi recommandée dans le *Guide* ne prévaut pas sur ces limitations.

1. Droits du propriétaire

39. Le *Guide* s'applique aux opérations garanties dans lesquelles un propriétaire grève ses droits, qui sont souvent pour l'essentiel le droit de jouir de sa propriété intellectuelle, le droit d'en empêcher l'utilisation non autorisée et de poursuivre les auteurs d'atteintes, le droit d'enregistrer la propriété intellectuelle et le droit d'autoriser autrui à l'utiliser en échange de redevances.

40. Si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle autorise la constitution et la réalisation d'une sûreté sur ces droits ou permet leur transfert, le propriétaire peut les grever en tout ou en partie d'une sûreté en application de la loi recommandée dans le *Guide*, et c'est cette loi qui s'appliquera à la sûreté. Si ces droits ne peuvent pas être grevés ou transférés en vertu du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, ils ne peuvent pas

être grevés d'une sûreté en application de la loi recommandée dans le *Guide* puisque, comme il a déjà été mentionné, celui-ci n'a pas d'incidence sur les dispositions légales qui limitent la constitution ou la réalisation d'une sûreté réelle mobilière ou la transférabilité de biens, à l'exception des dispositions relatives à la cessibilité des créances futures et aux cessions globales de créances (voir la recommandation 18).

41. De même, la question de savoir si le droit de poursuivre les auteurs d'atteintes et d'obtenir réparation, qui découle des prérogatives du propriétaire, peut être grevé séparément des autres prérogatives du propriétaire relève du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. En particulier, ce sont les circonstances qui détermineraient si le droit de poursuivre les auteurs d'atteintes et d'obtenir réparation fait partie des droits initialement grevés du propriétaire, si la sûreté s'étend à toute réparation en tant que produit ou si le bénéficiaire du transfert du droit grevé peut poursuivre une action pendante et obtenir réparation.

42. Par conséquent si, au moment de la constitution d'une sûreté sur les droits d'un propriétaire, une atteinte a été commise, le propriétaire en a poursuivi les auteurs et ces derniers lui ont versé des dommages-intérêts, le montant versé avant la constitution de la sûreté ne ferait pas partie des droits grevés du propriétaire, et le créancier garanti ne pourrait y prétendre en cas de défaillance en tant que bien initialement grevé. En revanche, si les dommages-intérêts sont versés au propriétaire après la constitution de la sûreté (pour une atteinte survenue avant ou après cette constitution), le créancier garanti peut y prétendre, mais uniquement en tant que produit du bien initialement grevé. Si les dommages-intérêts n'ont pas été payés, la créance pourrait faire partie de la propriété intellectuelle initialement grevée, si elle est incluse dans la description des biens initialement grevés figurant dans la convention constitutive de sûreté. Autrement, en cas de défaillance, le créancier garanti pourrait prétendre à la créance en tant que produit des biens initialement grevés. Enfin, si l'action est toujours pendante au moment de la constitution de la sûreté, une personne qui a acquis la propriété intellectuelle lors d'une vente en réalisation devrait pouvoir poursuivre l'action et obtenir toute réparation qui serait octroyée (là encore, si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle l'autorise).

43. Les mêmes considérations valent pour ce qui est de savoir si le droit d'enregistrer la propriété intellectuelle ou de renouveler un enregistrement peut être grevé ou transféré et donc faire partie des droits grevés d'un propriétaire. C'est au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle qu'il revient de déterminer si le droit d'enregistrement ou de renouvellement des enregistrements peut être grevé ou s'il est une prérogative inaliénable du propriétaire. La description du bien grevé dans la convention constitutive de sûreté détermine quant à elle si ce droit fait partie des droits grevés du propriétaire.

2. Droits du donneur de licence

44. Le *Guide* permet la constitution d'une sûreté sur les droits d'un donneur de licence découlant d'un accord de licence. Si le donneur de licence est un propriétaire, il peut constituer une sûreté sur (tout ou partie de) ses droits comme mentionné ci-dessus. S'il n'est pas un propriétaire, mais un preneur de licence qui octroie une sous-licence, il peut généralement constituer une sûreté sur son droit de recevoir paiement des redevances dues au titre de l'accord de sous-licence (pour les

droits du preneur de licence, voir par. 53 et 54 ci-après). Un tel donneur de licence peut aussi constituer une sûreté sur d'autres droits contractuels de valeur qui pourraient découler de l'accord de licence et du droit applicable. Il pourrait s'agir par exemple du droit d'obliger le preneur à faire de la publicité pour la propriété intellectuelle mise sous licence ou le produit pour lequel la propriété intellectuelle est utilisée, ou du droit d'obliger le preneur à commercialiser la propriété intellectuelle mise sous licence uniquement d'une certaine manière, ainsi que du droit de mettre fin à l'accord de licence en cas de manquement de la part du preneur.

45. Le *Guide*, suivant en cela l'approche adoptée dans la plupart des systèmes juridiques et dans la Convention des Nations Unies sur la cession, considère le droit de recevoir paiement de redevances découlant du transfert ou de la mise sous licence de la propriété intellectuelle comme un produit de cette dernière prenant la forme de créances. C'est pourquoi la discussion et les recommandations générales sur les sûretés grevant le produit, telles que modifiées par la discussion et les recommandations spéciales sur les créances, s'appliquent au droit de recevoir paiement des redevances. Il s'ensuit que, dans le *Guide*, les interdictions légales dont font l'objet la cession de créances futures, les cessions globales de créances ou les cessions partielles sont sans effet (voir recommandation 23). D'autres interdictions ou limitations légales restent cependant applicables (voir recommandation 18). En outre, un preneur de licence pourrait opposer au cessionnaire des redevances toutes les exceptions et tous les droits à compensation qui découlent de l'accord de licence ou de tout autre accord faisant partie de la même opération (voir recommandation 120).

46. Dans ce contexte, il est important de noter que les interdictions légales privées d'effet s'appliquent aux créances futures uniquement en tant que telles. Les interdictions légales fondées sur la nature des créances, comme les salaires ou les redevances dont le droit prévoit qu'ils puissent être directement versés aux seuls auteurs ou sociétés de gestion collective, ne sont pas concernées. De nombreux pays disposent d'une législation "de protection des auteurs" ou législation similaire qui considère une partie des revenus tirés de l'exploitation des droits de propriété intellectuelle comme une "rémunération équitable" devant être versée aux auteurs, à d'autres ayants droit ou à leurs sociétés de gestion collective. En règle générale, ces législations qualifient expressément ces droits à paiement de non cessibles. Les recommandations du *Guide* concernant les limites à la cession de créances ne s'appliquent pas à ces limites ni à d'autres limites légales.

47. En outre, il importe de noter que le traitement dont le droit de recevoir paiement des redevances fait l'objet dans la loi sur les opérations garanties en tant que produit de la propriété intellectuelle prenant la forme de créances est sans effet sur le traitement différent dont il bénéficie dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Ces dispositions comprendraient, en particulier, les règles comptables internationales déterminant comment ou quand des redevances sont acquises (par exemple, Norme comptable internationale 38 (IAS 38) du Conseil international des normes comptables). Ainsi, les parties à un accord de licence et à une convention constitutive d'une sûreté réelle mobilière sur le droit du donneur de licence de recevoir ces redevances devraient tenir compte de ces règles.

48. Enfin, il est tout aussi important de noter que le traitement du droit de recevoir paiement des redevances de la même manière que toute autre créance est sans effet

sur les conditions de l'accord de licence relatives au paiement des redevances, telles que l'échelonnement des versements ou le paiement de pourcentages en fonction des conditions du marché ou du chiffre d'affaires.

49. Selon le *Guide*, si un accord de licence (ou de sous-licence), donnant lieu à paiement de redevances, contient une clause qui limite la possibilité pour le donneur de la licence (ou de la sous-licence) de céder les redevances à un tiers ("cessionnaire"), la cession des redevances par le donneur de la licence (ou de la sous-licence) produit néanmoins effet et le preneur de la licence (ou de la sous-licence) ne peut mettre fin à l'accord de licence (ou de sous-licence) du seul fait de la cession des redevances (voir recommandation 24). Le *Guide* prévoit cependant que, sauf disposition contraire de la loi sur les opérations garanties recommandée, la cession n'a pas d'incidences sur les droits du preneur de la licence (en tant que débiteur des créances cédées) (voir recommandation 117 a)). En particulier, le preneur peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions et tous les droits à compensation qui découlent de l'accord de licence ou de tout autre accord faisant partie de la même opération (voir recommandation 120 a)). Le *Guide* n'a pas d'incidences non plus sur la responsabilité qu'un autre droit peut imputer au donneur de la licence (ou de la sous-licence) pour violation de la convention d'incessibilité (voir recommandation 24).

50. Il importe de noter que la recommandation 24 s'applique uniquement aux créances et non aux droits de propriété intellectuelle. Elle ne s'applique donc pas à un accord conclu entre le donneur et le preneur de la licence interdisant à ce dernier d'octroyer des sous-licences.

51. Il importe également de noter que cette recommandation s'applique uniquement à une convention entre le créancier et le débiteur de la créance interdisant la cession de la créance. Elle ne s'applique pas à une convention entre le créancier et le débiteur de la créance interdisant à ce dernier de céder les créances qu'il pourrait avoir sur des tiers. Aussi la recommandation 24 ne s'applique-t-elle pas à un accord entre le donneur et le preneur de la licence aux termes duquel ce dernier ne cédera pas son droit de recevoir paiement des redevances dues au titre de sous-licences octroyées à des tiers. Un tel accord peut être conclu par exemple lorsque le donneur et le preneur de la licence conviennent que le second utilisera les redevances dues au titre des sous-licences pour continuer à développer la propriété intellectuelle mise sous licence. La recommandation 24 n'a par conséquent aucune incidence sur le droit du donneur de la licence de négocier l'accord de licence avec le preneur afin de déterminer, par convention, qui pourra utiliser la propriété intellectuelle ou les redevances versées par le preneur de la licence et les preneurs des sous-licences. Toutefois, le donneur de licence ne peut pas déterminer par convention l'utilisation des redevances versées lorsque le preneur, en sa qualité de donneur de sous-licences, constitue une sûreté sur son droit de recevoir paiement des redevances au titre des sous-licences (à moins, bien sûr, que le donneur n'interdise les sous-licences). En outre, si le preneur de la licence devient insolvable, le donneur serait traité comme un créancier chirographaire, à moins qu'il n'obtienne une sûreté sur le droit de recevoir paiement des redevances.

52. La recommandation 24 ne s'applique pas non plus à une convention entre le donneur et le preneur de la licence autorisant le premier à mettre fin à l'accord de licence si le preneur viole son engagement de ne pas céder les redevances que lui doivent les preneurs des sous-licences. À cet égard, il conviendrait de noter que le

droit conféré au donneur de la licence de mettre fin à l'accord de licence en cas de manquement de la part du preneur à son engagement incite fortement les preneurs des sous-licences à faire en sorte que le donneur soit payé. La recommandation ne porte pas atteinte au droit du donneur de la licence: a) de convenir avec le preneur qu'une partie des redevances dues à ce dernier (servant au paiement des redevances dues au donneur) par les preneurs des sous-licences seront versées sur un compte au nom du donneur; ou b) d'obtenir une sûreté réelle mobilière sur les redevances futures que les preneurs des sous-licences verseront au preneur de la licence, d'inscrire un avis la concernant au registre général des sûretés (ou au registre approprié de la propriété intellectuelle) et d'obtenir ainsi la priorité sur les autres créanciers du preneur de la licence (sous réserve des règles du *Guide* sur l'opposabilité et la priorité des sûretés réelles mobilières).

3. Droits du preneur de licence

53. Généralement, le preneur de licence est autorisé à utiliser la propriété intellectuelle mise sous licence conformément aux clauses de l'accord de licence. Il peut aussi avoir le droit d'octroyer des sous-licences et de recevoir, en tant que donneur de sous-licence, le paiement des redevances découlant d'un accord de sous-licence, à moins que l'accord de licence ou le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle n'en disposent autrement. La discussion ci-dessus relative aux droits d'un donneur de licence s'appliquerait également aux droits d'un preneur de licence en tant que donneur de sous-licence.

54. Dans certains États, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle n'autorise pas le preneur de licence à constituer une sûreté réelle mobilière sur son autorisation d'utiliser la propriété intellectuelle mise sous licence ni sur son droit à recevoir, en tant que donneur de sous-licences, paiement des redevances dues au titre des sous-licences sans l'accord du donneur de la licence (cette règle peut admettre une exception lorsque le preneur de la licence vend son entreprise à un repreneur en vue de la poursuite de l'activité). En effet, il importe que le donneur de la licence contrôle la propriété intellectuelle mise sous licence en déterminant qui pourra l'utiliser. Si tel n'était pas le cas, la confidentialité et la valeur des informations associées au droit de propriété intellectuelle pourraient être compromises. Si la licence peut être cédée et que le preneur la cède effectivement, le cessionnaire prendra la licence sous réserve des conditions de l'accord de licence. Le *Guide* n'a aucune incidence sur ces pratiques en matière de concession de licences.

4. Droits sur la propriété intellectuelle utilisée en rapport avec un bien meuble corporel

55. La propriété intellectuelle peut être utilisée en rapport avec un bien meuble corporel. Par exemple, un bien meuble corporel peut être fabriqué selon un procédé breveté ou grâce à l'exercice de droits protégés par un brevet; des jeans peuvent porter une marque ou des voitures peuvent contenir une puce qui renferme une copie d'un logiciel protégé par le droit d'auteur; ou encore un CD peut contenir un logiciel, ou une pompe à chaleur contenir un produit breveté.

56. Lorsque la propriété intellectuelle est utilisée en rapport avec un bien meuble corporel, on se trouve face à deux catégories de biens: d'une part, la propriété intellectuelle et, de l'autre, le bien meuble corporel. Il s'agit de deux biens distincts.

Le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle autorise un propriétaire à contrôler de nombreuses utilisations dont le bien meuble corporel fait l'objet mais pas toutes. Par exemple, le droit relatif au droit d'auteur permet à un auteur (ou à un autre titulaire de droits) d'empêcher toute reproduction non autorisée d'un livre mais non d'empêcher une librairie agréée ayant acheté le livre lors d'une vente autorisée de le revendre ou un acheteur final de prendre des notes dans la marge lors de la lecture. Ainsi, une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle ne s'étend pas au bien meuble corporel auquel se rattache cette propriété intellectuelle et une sûreté réelle mobilière grevant un bien meuble corporel ne s'étend pas à la propriété intellectuelle utilisée en rapport avec ce bien.

57. Il va de soi que les parties à la convention constitutive de sûreté peuvent convenir de constituer une sûreté à la fois sur un bien meuble corporel et sur la propriété intellectuelle utilisée en rapport avec ce bien. Ainsi, une sûreté peut être constituée sur des stocks de jeans de marque et sur la marque, ce qui donne au créancier garanti le droit, en cas de défaillance du constituant, de vendre à la fois les jeans de marque grevés et le droit de produire d'autres jeans portant la marque grevée. En d'autres termes, l'assiette de la sûreté réelle mobilière dépend de la description du bien grevé dans la convention constitutive. On peut se demander à cet égard si la description des biens meubles corporels grevés devrait être précise (par exemple "l'ensemble de mes stocks ainsi que tous les droits de propriété intellectuelle et autres droits qui s'y rattachent") ou si une description générale ("l'ensemble de mes stocks") suffirait. Il semblerait qu'une description générale soit conforme aux principes du *Guide* et aux attentes raisonnables des parties, sachant qu'il s'agit de biens séparés. Les principes fondamentaux que le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle pose à propos de la description de la propriété intellectuelle dans la convention constitutive devraient néanmoins être respectés.

58. Comme il a déjà été indiqué, une sûreté réelle mobilière grevant un bien meuble corporel ne s'étend pas à la propriété intellectuelle utilisée en rapport avec ce bien mais porte sur le bien lui-même, y compris les caractéristiques du bien qui utilisent la propriété intellectuelle (par exemple, la sûreté s'applique à un téléviseur en tant que téléviseur en état de fonctionnement). La sûreté sur ce bien ne donne donc pas au créancier garanti le droit de fabriquer d'autres biens utilisant la propriété intellectuelle. En cas de défaillance, cependant, le créancier garanti titulaire d'une sûreté sur les biens meubles corporels pourrait exercer les voies de droit qui sont reconnues par la loi sur les opérations garanties, à condition que cet exercice ne porte pas atteinte aux prérogatives reconnues par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Il se peut que, dans le droit applicable contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, le concept d'"épuisement" (ou des concepts analogues) s'applique à la réalisation de la sûreté réelle mobilière (pour un examen des questions de réalisation, voir A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3).

59. La recommandation suivante pourrait illustrer les remarques formulées ci-dessus:

> "La loi devrait prévoir que, dans le cas d'une sûreté sur un bien meuble corporel pour lequel est utilisée la propriété intellectuelle, sauf clause contraire dans la convention constitutive de sûreté, une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle ne s'étend pas aux biens meubles corporels

en rapport avec lesquels elle est utilisée, et une sûreté réelle mobilière grevant ce type de biens ne s'étend pas à la propriété intellectuelle. Rien dans la présente recommandation ne restreint toutefois les voies de droit qu'un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur cette propriété intellectuelle peut exercer à l'égard des biens meubles corporels dans les limites autorisées par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, ni ne restreint les moyens de réalisation qu'un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur les biens meubles corporels peut exercer à l'égard de ces biens dans les limites autorisées par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle."

G. Sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle future

60. Le *Guide* prévoit que les constituants peuvent consentir des sûretés réelles mobilières sur des biens futurs, à savoir des biens qu'ils créent ou qu'ils acquièrent après la constitution de la sûreté (voir recommandation 17). Cette recommandation s'applique à la propriété intellectuelle, sauf dans la mesure où elle est incompatible avec le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (voir al. b) de la recommandation 4). De ce fait, selon le *Guide*, une sûreté pourrait être constituée sur la propriété intellectuelle future (en ce qui concerne les limitations légales, voir recommandation 18 et par. 65 et 66 ci-dessous). En effet, il est utile du point de vue commercial de permettre qu'une sûreté réelle mobilière porte sur la propriété intellectuelle future.

61. De nombreux droits contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle suivent la même approche: ils autorisent les propriétaires à obtenir un financement utile à l'élaboration de créations nouvelles, à condition bien entendu que leur valeur puisse être raisonnablement estimée à l'avance. Par exemple, il est possible dans certains États de constituer une sûreté réelle mobilière sur une demande de brevet avant même l'octroi du brevet. De même, on finance fréquemment la production de films ou la conception de logiciels à venir.

62. Toutefois, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle peut parfois limiter la possibilité de transférer différents types de propriété intellectuelle future à des fins spécifiques. Par exemple, dans certains cas, le transfert de droits sur de nouveaux médias ou de nouvelles utilisations technologiques inconnus au moment du transfert sera sans effet compte tenu de la nécessité de protéger les auteurs. Dans d'autres, le transfert de droits futurs peut être soumis à un droit légal d'annulation après une certaine période. Dans d'autres encore, la notion de "propriété intellectuelle future" peut englober des droits enregistrables créés mais non encore enregistrés. Les interdictions légales peuvent également prendre la forme d'une obligation de décrire précisément la propriété intellectuelle. Enfin, comme pour des biens autres que la propriété intellectuelle, elles peuvent découler du principe *nemo dat*, conformément auquel un créancier prenant une sûreté réelle mobilière n'obtient pas des droits supérieurs à ceux du constituant. À cet égard, il convient de noter que, si le constituant était un preneur de licence, il ne pourrait donner que le droit que lui concède le donneur de licence.

63. D'autres limites à l'utilisation de la propriété intellectuelle future en tant que bien affecté en garantie d'un crédit peuvent découler de la signification qui est donnée aux concepts de "perfectionnement" ou d'"adaptation" par le droit contenant

des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Le créancier garanti devrait comprendre comment ces concepts sont interprétés dans ce droit et comment ils peuvent affecter le concept de "propriété", qui est essentiel dans la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle. Cet aspect est particulièrement important dans le cas des logiciels, par exemple. Ainsi, la sûreté d'un prêteur sur une version du logiciel qui existe au moment du financement ne peut s'étendre aux modifications apportées à cette version par la suite si, d'après le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, de telles modifications sont considérées comme des nouveautés (adaptations) pour lesquelles un nouveau transfert est requis. Il peut en être de même si le logiciel incorpore des brevets pouvant faire l'objet de "perfectionnements". Comme pour les autres interdictions légales, le *Guide* ne prévaut pas sur ces dispositions légales (voir recommandation 18).

64. Si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle limite la possibilité de transférer la propriété intellectuelle future, la loi recommandée dans le *Guide* ne s'applique pas à la question dans la mesure où elle est incompatible avec ce droit (voir al. b) de la recommandation 4). Autrement, le *Guide* s'applique et permet la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des biens futurs (voir recommandation 17). Lorsque le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle limite la transférabilité de la propriété intellectuelle future, il le fait généralement pour protéger le propriétaire. Là encore, les États adoptant le *Guide* souhaiteront peut-être revoir leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle afin de déterminer si les avantages découlant de telles limitations (par exemple la protection du propriétaire) l'emportent sur les avantages découlant de l'affectation de tels biens en garantie d'un crédit (par exemple le financement d'activités de recherche et développement).

H. Limitations légales ou contractuelles à la transférabilité de la propriété intellectuelle

65. Certaines règles du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle peuvent limiter la possibilité d'un propriétaire de propriété intellectuelle ou d'un titulaire de droits moins étendus de constituer une sûreté réelle mobilière efficace sur certains types de propriété intellectuelle. Dans de nombreux États, seuls peuvent être transférés les droits patrimoniaux de l'auteur; les droits moraux ne sont pas susceptibles de transfert. La législation de nombreux États prévoit aussi que le droit de l'auteur à une rémunération équitable n'est pas transférable, du moins pas avant que celui-ci ait effectivement reçu paiement. De nombreux États encore prévoient que les marques ne sont pas transférables si ce n'est avec le fonds commercial auxquelles elles se rattachent. Le *Guide* respecte toutes ces limites à la transférabilité de la propriété intellectuelle (voir recommandation 18).

66. Les seules limites à la transférabilité de certains biens sur lesquelles le *Guide* pourrait avoir une incidence sont les limites légales à la transférabilité des créances futures et à la cession globale de créances, de fractions de créances ou de droits indivis sur des créances, ainsi que les limites contractuelles à la cession de créances nées de la vente ou de la mise sous licence de droits de propriété intellectuelle (voir article 8 de la Convention des Nations Unies sur la cession et recommandations 23

à 25). Le *Guide* peut également avoir une incidence sur les limites contractuelles, mais uniquement lorsqu'il s'agit de créances (et non de propriété intellectuelle) et seulement dans un certain contexte, à savoir dans le cadre d'une convention conclue entre le créancier et le débiteur de la créance (voir par. 60 à 64 ci-dessus).

A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.2 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant le projet d'annexe au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties traitant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa quinzième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
IV.	Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle	1-9
	A. Le concept d'opposabilité	1-3
	B. Opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle qui sont inscriptibles sur un registre de la propriété intellectuelle	4-7
	C. Opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle qui ne sont pas inscriptibles dans un registre de la propriété intellectuelle	8-9
V.	Le système de registre	10-42
	A. Le registre général des sûretés	10-11
	B. Registres pour différents types de propriété intellectuelle	12-14
	C. Coordination des registres	15-19
	D. Enregistrement d'avis concernant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle future	20-22
	E. Double inscription ou double recherche	23-26
	F. Moment où l'inscription prend effet	27-29
	G. Incidence du transfert de la propriété intellectuelle grevée sur l'efficacité de l'inscription	30-36
	H. Enregistrement des sûretés réelles mobilières grevant des marques	37-42
VI.	Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle	43-55
	A. Le concept de priorité	43
	B. Identification des réclamants concurrents	44-45
	C. Importance de la connaissance de transferts ou de sûretés antérieurs	46-47
	D. Priorité d'une sûreté réelle mobilière inscrite sur un registre de la propriété intellectuelle	48-52
	E. Priorité d'une sûreté réelle mobilière non inscriptible ou non inscrite sur un registre de la propriété intellectuelle	53-54
	F. Droits des personnes auxquelles est transférée la propriété intellectuelle grevée	55

IV. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 1 à 9, voir les documents A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, par. 1 à 14, A/CN.9/667, par. 55 à 63, A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 137 à 145, et A/CN.9/649, par. 29 à 31*.]

A. Le concept d'opposabilité

1. Comme il a déjà été noté, le *Guide* distingue la constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties) de son opposabilité (efficacité à l'égard des tiers). Sous réserve de l'alinéa b) de la recommandation 4, cette distinction s'applique également aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.1, par. 26 à 28).

2. Dans de nombreux États, la constitution et l'opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle ne sont pas régies par des règles spécifiques, mais par les mêmes règles que celles qui s'appliquent aux sûretés grevant d'autres types de biens meubles incorporels. Il arrive toutefois très souvent que le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle prévoie des méthodes d'opposabilité particulières pour les sûretés grevant certains types de propriété intellectuelle. Les pratiques diffèrent pour les droits sur la propriété intellectuelle qui sont soumis à un système d'inscription ou d'enregistrement dans un registre spécialisé (comme les brevets, les marques et, dans certains pays, les droits d'auteur), et les droits sur la propriété intellectuelle qui ne sont pas soumis à une telle inscription (comme les secrets d'affaires, les dessins et modèles industriels et, dans certains pays, les droits d'auteur). Ces questions sont traitées dans les sections B et C ci-dessous.

3. Dans le *Guide*, le concept d'"opposabilité" désigne le fait, pour une sûreté réelle mobilière grevant un bien, de produire des effets à l'égard des tiers, en d'autres termes à l'égard de parties autres que le constituant et le créancier garanti qui ont (ou qui pourraient avoir dans le futur) une sûreté ou un autre droit sur ce bien grevé, comme les créanciers du constituant, mais aussi les bénéficiaires de transferts, les preneurs à bail et les preneurs de licence du bien grevé. Par contre, dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, le terme "opposabilité" désigne souvent l'efficacité du droit de propriété ou d'autres droits similaires sur la propriété intellectuelle elle-même et non l'efficacité d'une sûreté. Ces deux sortes de références ne devraient pas être confondues. Alors que l'efficacité d'une sûreté sur la propriété intellectuelle à l'égard des personnes titulaires d'un droit concurrent sur la propriété intellectuelle grevée relève de la loi sur les opérations garanties, l'efficacité des droits de propriété sur la propriété intellectuelle, ou de droits moindres comme ceux d'un donneur de licence, à l'égard des bénéficiaires de transferts ou des preneurs de licence relève uniquement du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Il convient de noter à cet égard que les auteurs d'atteintes à la propriété intellectuelle ne sont ni des réclamants concurrents ni des tiers légitimes. Le *Guide* ne s'applique donc pas à un "conflit" entre un créancier garanti et un auteur d'atteintes et si, par exemple, ce dernier fait valoir à l'encontre d'un créancier garanti que l'auteur d'atteintes est un bénéficiaire de transferts ou un preneur de licence de la propriété intellectuelle grevée, la question sera tranchée conformément au droit contenant des dispositions

ayant trait à la propriété intellectuelle. Il est bien évident que, si un auteur d'atteintes présumé est un bénéficiaire de transferts ou un preneur de licence légitime, le *Guide* s'appliquera à ce conflit.

B. Opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle qui sont inscriptibles sur un registre de la propriété intellectuelle

4. Selon le *Guide*, les sûretés réelles mobilières grevant des biens meubles incorporels peuvent être rendues opposables par inscription d'un avis dans le registre général des sûretés, ou par inscription d'un document ou avis dans un registre spécialisé si un tel registre existe pour le bien grevé en question et accepte les inscriptions de documents ou avis relatifs à des sûretés (voir recommandation 38).

5. Ainsi, selon le *Guide*, si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle prévoit qu'un document ou avis relatif à une sûreté est inscriptible sur un registre de la propriété intellectuelle qui confère à l'inscription des effets à l'égard des tiers, ou des effets similaires (par exemple, à l'égard de toutes les parties), une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle peut être rendue opposable par inscription d'un document ou avis sur un tel registre, ou par inscription d'un avis dans le registre général des sûretés (voir recommandation 38). En conséquence, si l'inscription d'un document ou avis relatif à une sûreté sur un registre de la propriété intellectuelle n'est pas possible ou ne confère pas d'effets à l'égard des tiers, ou des effets similaires, ce registre ne serait pas un registre spécialisé au sens du *Guide* et les recommandations de ce dernier relatives aux registres spécialisés ne s'appliqueraient pas (voir également par. 14 à 18 ci-dessous).

6. Selon le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle de certains États, une sûreté ne produit aucun effet à l'égard des tiers, voire entre les parties (et n'est donc pas constituée), tant qu'un document ou un avis relatif à cette sûreté n'est pas inscrit dans le registre de la propriété intellectuelle approprié. Dans d'autres États, ce droit prévoit qu'une sûreté est constituée et devient opposable dès que la convention constitutive de sûreté est conclue, même sans inscription. En pareil cas, l'inscription dans le registre de la propriété intellectuelle approprié permet à certains tiers, généralement les bénéficiaires de transferts de bonne foi n'ayant pas été informés, d'invoquer une règle de priorité pour primer une sûreté antérieure non inscrite, cette dernière demeurant toutefois opposable aux autres tiers. Dans d'autres États encore, une sûreté est constituée lorsque la convention constitutive est conclue, mais l'inscription dans le registre de la propriété intellectuelle approprié est nécessaire pour que la sûreté produise effet à l'égard de tous les tiers, par exemple en raison d'une règle de preuve interdisant que la preuve des sûretés non inscrites soit rapportée. Dans d'autres États toujours, le système d'inscription ne permet pas facilement l'inscription des documents ou avis relatifs à des sûretés, et l'opposabilité doit être assurée en dehors du système d'enregistrement de la propriété intellectuelle. Enfin, dans certains États, il est possible d'assurer l'opposabilité d'une sûreté en utilisant soit le registre de la propriété intellectuelle, soit un registre général des sûretés existant. Si l'une de ces méthodes est destinée à être la méthode d'opposabilité exclusive des sûretés, elle prime, conformément à l'alinéa b) de la recommandation 4, toute autre méthode prévue dans la loi recommandée dans le *Guide*.

7. Le *Guide* ne recommande pas aux États ne possédant pas actuellement de registre spécialisé pour certains types de propriété intellectuelle d'en créer un pour permettre l'inscription d'un avis relatif à une sûreté grevant la propriété intellectuelle. Il ne recommande pas non plus aux États qui n'autorisent pas à ce jour l'inscription d'un avis relatif à une sûreté dans un registre de la propriété intellectuelle de modifier leurs lois pour autoriser ces inscriptions. Enfin, il ne recommande pas une règle qui exige l'inscription d'un avis relatif à une sûreté à la fois dans le registre général des sûretés et dans le registre de la propriété intellectuelle approprié. Toutefois, les États adoptant les recommandations du *Guide* souhaiteront peut-être revoir leur loi concernant la propriété intellectuelle et envisager de permettre l'inscription d'avis relatifs à des sûretés dans les registres de la propriété intellectuelle existants.

C. Opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle qui ne sont pas inscriptibles dans un registre de la propriété intellectuelle

8. Comme il a déjà été mentionné, dans le *Guide*, une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle peut être rendue opposable par inscription d'un avis dans le registre général des sûretés (voir recommandation 32). Cette possibilité existe même si les droits de propriété intellectuelle grevés ne sont pas enregistrables dans un registre de la propriété intellectuelle (comme les droits d'auteur, les dessins et modèles industriels ou les secrets d'affaires). Par contre, elle n'existe pas si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle prévoit qu'une sûreté grevant la propriété intellectuelle pourra être rendue opposable uniquement par inscription dans un registre de la propriété intellectuelle. La même règle s'appliquerait si un document ou avis relatif à une sûreté grevant la propriété intellectuelle, bien qu'étant inscriptible dans un registre de la propriété intellectuelle, n'est en fait pas inscrit et si l'inscription dans un tel registre ne produit aucun effet à l'égard des tiers, ou des effets similaires. Dans toutes ces hypothèses, l'inscription d'un avis dans le registre général des sûretés suffit et a pour effet de rendre la sûreté opposable (voir recommandations 29, 32 et 33, et 38).

9. Le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle apporte différentes réponses à la question de l'inscription d'un document ou avis relatif à une sûreté grevant la propriété intellectuelle. Dans certains États, souvent ceux dont la loi sur les opérations garanties est fondée sur les concepts de gage sans dépossession, l'absence de système d'enregistrement général pour des types particuliers de propriété intellectuelle signifie qu'une sûreté ne peut pas être rendue opposable par inscription en vertu de la loi sur les opérations garanties actuelle, tout au moins s'il n'existe pas de système d'enregistrement ou si seuls les transferts sont enregistrables. Dans d'autres, souvent ceux dont la loi sur les opérations garanties utilise les concepts d'hypothèque, une sûreté est traitée comme un autre type de transfert de la "propriété" et, partant, est rendue opposable de la même manière que tout autre transfert de propriété inscriptible dans un registre de la propriété intellectuelle. Par conséquent, dans ces États, un document ou avis relatif à des sûretés fondées sur la propriété doit être inscrit dans un registre de la propriété intellectuelle pour être opposable, mais les sûretés qui ne sont pas fondées sur la propriété ne peuvent être inscrites. Enfin, quelques États posent des conditions supplémentaires, au nombre desquelles on trouve habituellement le paiement d'un droit de timbre ou autre taxe sur les opérations, ou une obligation de notification à

un organe administratif, comme une association nationale des auteurs ou une société de gestion collective. Les États adoptant les recommandations du *Guide* envisageront peut-être d'harmoniser leurs lois sur les opérations garanties avec leurs lois contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle en remplaçant tous les mécanismes de garantie existants par une notion intégrée de sûreté, ou tout au moins en soumettant les sûretés fondées sur la propriété aux mêmes règles que celles applicables aux sûretés réelles mobilières.

V. Le système de registre

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 10 à 42, voir les documents A/CN.9/WG.VI/WP.35, par. 15 à 31, A/CN.9/667, par. 64 à 85, A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 149 à 161, et A/CN.9/649, par. 32 à 40*.]

A. Le registre général des sûretés

10. Comme il a déjà été noté, le *Guide* recommande aux États d'établir un registre général des sûretés (voir recommandations 54 à 75). D'une manière générale, le système de registre qu'il prévoit a pour objet de fournir une méthode efficace par laquelle une sûreté sur des biens existants ou futurs peut être rendue opposable, un cadre de référence efficace pour les règles de priorité fondées sur la date d'inscription et une source objective d'information permettant aux tiers réalisant des opérations avec des biens du constituant de savoir si les biens sont grevés. Selon cette approche, l'inscription se fait par enregistrement d'un avis et non de la convention constitutive de sûreté ou d'un autre document (voir recommandation 54, al. b)). Il suffit que l'avis contienne certaines informations de base à propos de la sûreté (voir recommandation 57).

11. Le *Guide* énonce des règles précises pour identifier le constituant, que celui-ci soit une personne physique ou morale, car les avis sont indexés et peuvent être retrouvés par les utilisateurs à partir du nom du constituant ou de quelque autre élément fiable permettant d'identifier celui-ci (voir recommandation 54, al. h), et les recommandations 58 à 63). Il contient d'autres recommandations visant à simplifier le fonctionnement et l'utilisation du registre. Par exemple, il prévoit que, dans toute la mesure du possible, le registre devra être électronique et permettre une inscription et une recherche par voie électronique (voir recommandation 54, al. j)). Il prévoit également que les frais d'inscription et de recherche éventuels ne devraient pas être plus élevés que nécessaire pour permettre le recouvrement des coûts (voir recommandation 54, al. i)).

B. Registres pour différents types de propriété intellectuelle

12. Comme indiqué plus haut, de nombreux États tiennent des registres pour inscrire (ou enregistrer) des opérations (comme des transferts) relatives à la propriété intellectuelle. Dans certains d'entre eux, il est aussi possible de déposer et d'inscrire des sûretés (il est ainsi possible de faire une demande d'inscription). Par exemple, la plupart des États possèdent des registres pour les brevets et les marques, mais tous ne permettent pas l'inscription d'un document ou avis relatif à une sûreté. En outre, dans certains États, l'inscription d'un avis (que ce soit pour une sûreté ou un autre droit) ne produit pas d'effets à l'égard des tiers. De plus, un certain nombre

d'États possèdent des registres similaires pour le droit d'auteur mais cette pratique n'est pas universelle.

13. Alors que certains États possèdent des registres de la propriété intellectuelle permettant l'inscription d'avis, ils sont plus nombreux à utiliser des structures d'enregistrement d'actes ou des systèmes "d'enregistrement de documents", dans lesquels il est nécessaire d'inscrire l'intégralité de l'instrument de transfert ou, dans certains cas, un protocole décrivant les principales conditions du transfert. Une approche plus moderne est de simplifier le processus en inscrivant une quantité limitée d'informations (comme les noms des parties et une description générale des biens grevés). Par exemple, les conditions d'enregistrement pour les marques sont simplifiées par les articles 10 et 11 du Traité sur le droit des marques (1994), le Traité de Singapour sur le droit des marques, l'Arrangement de Madrid (1891), le Protocole de Madrid (1989), et par les formulaires d'inscription internationaux types annexés aux deux traités. Le Traité sur le droit des brevets (Genève, 2000) et le règlement (CE) n° 40/94 du Conseil en date du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire simplifient également les conditions d'enregistrement. L'inscription du document de l'opération ou d'un protocole énonçant les principales conditions de cette dernière est exigée dans un souci de transparence. Il est donc essentiel que l'instrument ou le protocole de transfert indique précisément le droit transféré pour que les utilisateurs du registre soient bien informés et pour que les biens soient utilisés efficacement. En outre, dans les registres de la propriété intellectuelle, les inscriptions sont parfois indexées par bien de propriété intellectuelle et non par l'élément identifiant le constituant/propriétaire, car l'élément central est le bien lui-même, qui peut avoir plusieurs coinventeurs ou coauteurs et peut changer plusieurs fois de propriétaire au fil des transferts.

14. Il existe, outre les registres nationaux, un certain nombre de registres internationaux de la propriété intellectuelle et l'enregistrement dans ces registres relève de traités relativement modernes ou d'autres textes législatifs internationaux qui visent à le simplifier, comme le règlement sur la marque communautaire, qui permet d'enregistrer des indications relatives à la propriété mais aussi aux sûretés produisant des effets à l'égard des tiers, ou le Traité sur l'enregistrement international des œuvres audiovisuelles ("Traité sur le registre des films") adopté à Genève le 18 avril 1989 sous les auspices de l'OMPI. Ce traité crée un registre international qui permet l'enregistrement d'indications concernant les œuvres audiovisuelles et les droits sur ces œuvres, y compris, en particulier, les droits relatifs à leur exploitation (les documents de la conférence diplomatique montrent que des indications concernant les sûretés étaient également envisagées), et instaure une présomption de validité des indications enregistrées. Le registre international permet deux types de demandes: une "demande en rapport avec une œuvre", qui identifie une œuvre existante ou future au moins par son (ou ses) titre(s), et une "demande en rapport avec une personne", qui identifie une ou plusieurs œuvres existantes ou futures par la personne physique ou morale qui a produit, ou est censée produire, ces œuvres ou qui en est le propriétaire ou est censée l'être. Ce registre contient une base de données électronique qui permet l'indexation croisée des différents types d'enregistrement. Il existe aussi une procédure pour demander la suppression des indications contradictoires.

C. Coordination des registres

15. Comme on l'a vu (voir par. 4 et 5 ci-dessus), le *Guide* ne recommande pas qu'un système d'enregistrement dans un registre spécialisé (pour la propriété intellectuelle ou pour d'autres biens) soit créé s'il n'en existe pas, et il n'a aucune incidence sur les systèmes existants. Toutefois, lorsque le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle prévoit qu'un document ou avis relatif à une sûreté grevant la propriété intellectuelle est inscriptible dans un registre de la propriété intellectuelle et que, dans le même temps, la loi recommandée dans le *Guide* dispose que cette sûreté est inscriptible dans le registre général des sûretés, il est nécessaire de régler la question de la coordination entre ces deux registres. Afin de ne pas interférer avec le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, l'approche adoptée dans le *Guide* consiste à considérer, d'une manière générale, que c'est ce droit (voir recommandation 4, al. b)) et les règles applicables en matière de priorité qui prévalent.

16. Le *Guide* ne traite, ni ne cherche à traiter, en aucune manière de la question de savoir si l'inscription d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle dans un registre de la propriété intellectuelle est possible, des conditions d'une telle inscription (inscription d'un document ou d'un avis) ou de ses effets (opposabilité ou présomption d'opposabilité à l'égard de toutes les parties ou uniquement des tiers). Même si un registre de la propriété intellectuelle ne permet pas l'inscription des sûretés, ou permet l'inscription d'un document mais non d'un avis relatif à la sûreté ou, ayant permis une telle inscription, ne lui confère pas d'effets à l'égard des tiers, le *Guide* ne formule pas de recommandation contraire et admet tout éventuel système d'inscription dans un registre spécialisé tel qu'il est.

17. Il contient toutefois des recommandations concernant l'inscription d'un avis relatif à une sûreté grevant la propriété intellectuelle dans le registre général des sûretés, ce qui explique qu'il renvoie au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (voir recommandation 4, al. b)) lorsque celui-ci traite des effets de l'inscription des sûretés sur un registre de la propriété intellectuelle d'une manière qui serait incompatible avec les effets à l'égard des tiers que le *Guide* confère à cette inscription (voir recommandation 38). À l'inverse, si ce droit ne traite pas de ces questions, l'absence de chevauchement ou de conflit avec ce droit fera que la question de la primauté de ce dernier ne se posera pas et le *Guide* s'appliquera en conférant à cette inscription dans un registre spécialisé des effets à l'égard des tiers.

18. En outre, le *Guide* traite de la question de la coordination entre un registre de la propriété intellectuelle (ou autre registre spécialisé) et le registre général des sûretés recommandé dans le *Guide* par des règles de priorité appropriées. Ainsi, afin de préserver la fiabilité des registres de la propriété intellectuelle (et des autres registres spécialisés), en particulier lorsque le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle n'édicte pas de règles pour déterminer la priorité, le *Guide* prévoit qu'une sûreté grevant la propriété intellectuelle pour laquelle un document ou avis a été inscrit dans le registre de la propriété intellectuelle approprié a priorité sur une sûreté grevant la même propriété intellectuelle pour laquelle un avis est inscrit dans le registre général des sûretés (voir recommandation 77, al. a)). Il dispose, pour cette même raison, que le bénéficiaire d'un transfert acquiert en principe la propriété intellectuelle libre d'une sûreté constituée précédemment sur cette propriété, à moins qu'un document ou avis relatif à cette sûreté ne soit inscrit dans le registre de la propriété intellectuelle (voir recommandations 78 et 79).

19. Les États adoptant la recommandation du *Guide* souhaiteront peut-être réfléchir à des moyens de coordonner leurs registres de la propriété intellectuelle existants avec le registre général des sûretés introduit par le *Guide*. Ils pourraient par exemple envisager de permettre l'inscription d'un avis relatif à une sûreté grevant la propriété intellectuelle dans un registre de la propriété intellectuelle conférant des effets à l'égard des tiers. Ils pourraient aussi examiner si les registres de la propriété intellectuelle portant sur des biens devraient également avoir un index des débiteurs (et inversement). Ils pourraient, en outre, envisager d'exiger la transmission d'un avis concernant l'inscription dans un registre de la propriété intellectuelle au registre général des sûretés (ou inversement). Il va de soi qu'il serait plus facile, plus simple, plus rapide et moins onéreux de coordonner les registres de cette manière dans un système d'inscription électronique que dans un système d'inscription sur support papier.

D. Enregistrement d'avis concernant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle future

20. Le registre général des sûretés recommandé par le *Guide* présente une caractéristique essentielle, à savoir qu'un avis relatif à une sûreté réelle mobilière peut porter sur les biens futurs du constituant. La sûreté réelle mobilière peut donc grever des biens qui seront produits ou acquis ultérieurement par ce dernier (voir recommandation 17). L'avis peut porter également sur des biens décrits de manière générique (voir recommandation 66). Ainsi, lorsque la sûreté porte sur "l'ensemble des stocks existants ou futurs", l'avis peut désigner ces stocks en utilisant cette même formule générale. La priorité étant déterminée en fonction de la date d'inscription, le prêteur pourra conserver son rang de priorité sur les stocks futurs. Les mécanismes de crédit permanent s'en trouvent facilités, car un prêteur octroyant de nouveaux crédits dans ce type de mécanisme sait qu'il restera prioritaire sur les nouveaux biens entrant dans l'assiette du financement.

21. De leur côté, dans bien des États, les registres de la propriété intellectuelle existants ne se prêtent pas aisément à l'inscription de droits sur des biens à venir. Comme les transferts ou les sûretés réelles mobilières portant sur la propriété intellectuelle s'y trouvent indexés par droit de propriété intellectuelle concerné, ils ne peuvent être effectivement inscrits qu'une fois la propriété intellectuelle elle-même d'abord enregistrée. De ce fait, l'inscription sur un registre de la propriété intellectuelle d'un avis général concernant une sûreté sur une propriété intellectuelle future serait sans effet; il faudrait procéder à une nouvelle inscription de la sûreté chaque fois qu'une nouvelle propriété intellectuelle est acquise.

22. Si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle interdit qu'une propriété intellectuelle soit acquise, transférée ou grevée avant d'avoir été effectivement enregistrée dans un registre de la propriété intellectuelle, le *Guide* ne remet pas en cause cette interdiction et ne permet pas de constituer une sûreté sur cette propriété intellectuelle future. En revanche, si ce droit n'interdit pas la création d'une sûreté sur une propriété intellectuelle future (comme c'est, par exemple, le cas pour un brevet ou une marque en attendant leur inscription dans le registre des brevets ou des marques), une telle sûreté pourra être constituée et devenir opposable conformément au *Guide*. Les États qui adopteront les recommandations du *Guide* souhaiteront peut-être envisager de revoir leur loi contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle pour déterminer si un avis concernant une sûreté peut porter sur une propriété intellectuelle future.

E. Double inscription ou double recherche

23. Comme il a déjà été indiqué, le *Guide* s'en remet au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle pour les modalités d'inscription d'un document ou avis relatif à une sûreté dans un registre de la propriété intellectuelle et prévoit expressément que la loi sur les opérations garanties accorde la priorité aux droits pour lesquels une inscription a été effectuée dans un tel registre. Comme il est également noté plus haut, le *Guide* rend ainsi souvent inutile la double inscription ou la double recherche. En particulier, une simple inscription au registre général des sûretés paraîtrait nécessaire et utile aux fins des opérations garanties: a) lorsque le bien grevé est un type de propriété intellectuelle dont l'enregistrement n'est pas requis par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (par exemple droit d'auteur ou secrets d'affaires dans de nombreux États); b) lorsqu'un document ou avis relatif à une sûreté sur la propriété intellectuelle n'est pas inscriptible dans un registre de la propriété intellectuelle; c) lorsqu'un avis relatif à une sûreté sur la propriété intellectuelle est inscriptible dans un registre de la propriété intellectuelle, mais que les effets de cette inscription sont incompatibles avec les effets à l'égard des tiers; et d) lorsque d'autres créanciers garantis inscrivent leurs droits uniquement au registre général des sûretés. En revanche, l'enregistrement au registre de la propriété intellectuelle approprié peut être préférable, par exemple: a) lorsque le bien grevé est un type de bien pour lequel existe un régime d'enregistrement qui produit des effets à l'égard des tiers, ou des effets similaires, et permet d'enregistrer des documents ou avis relatifs à des sûretés (par exemple brevets ou marques dans de nombreux États); ou b) lorsque le créancier garanti a besoin d'obtenir la priorité sur d'autres créanciers garantis ou bénéficiaires de transferts conformément au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle pertinent.

24. Avant de conclure une opération garantie, un créancier garanti faisant preuve de la diligence voulue procédera habituellement à une recherche pour déterminer s'il existe déjà des réclamants concurrents qui ont priorité sur la sûreté proposée. Dans un premier temps, le créancier garanti recherchera les titulaires successifs pour identifier les transferts antérieurs et déterminer si le constituant dispose effectivement de droits sur la propriété intellectuelle afin que la sûreté puisse d'emblée produire ses effets (cette obligation de diligence vaut pour tous les biens meubles). Contrairement aux registres de la propriété intellectuelle, le registre général des sûretés ne consigne pas les titulaires. Par conséquent, pour déterminer la chaîne des titulaires, il faudra faire une recherche dans le registre de la propriété intellectuelle approprié, à condition que la propriété intellectuelle considérée puisse être enregistrée. Ensuite, le créancier garanti effectuera une recherche pour déterminer si chaque titulaire antérieur dans la chaîne a accordé une sûreté qui pourrait avoir priorité sur la sûreté proposée. Enfin, il déterminera le rang de priorité revenant aux droits inscrits dans l'un ou l'autre des registres. Lorsque la priorité est déterminée uniquement en fonction de l'inscription au registre de la propriété intellectuelle approprié, comme le prévoit le *Guide*, une recherche dans ce seul registre peut suffire. Dans le cas contraire, un créancier garanti peut avoir à effectuer une recherche dans les deux registres.

25. Le *Guide* prévoit que le registre général des sûretés sera électronique et permettra d'inscrire des avis relatifs à des sûretés éventuelles en conférant des effets à l'égard des tiers et prélèvera, le cas échéant, des frais d'enregistrement et de recherche minimaux (pour permettre le recouvrement des coûts) (voir

recommandation 54). De cette manière, l'inscription et la recherche dans ce registre devraient être simples, rapides et économiques. Toutefois, selon le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, il se peut que les registres ne soient pas nécessairement entièrement électroniques et que les documents déposés doivent être vérifiés par le personnel du registre puisque l'inscription peut avoir comme conséquence juridique de créer une présomption irréfragable ou réfragable de l'existence d'un droit sur la propriété intellectuelle.

26. Ainsi, le coût d'enregistrement d'un document relatif à une sûreté réelle mobilière dans un registre de la propriété intellectuelle peut dépasser celui de l'inscription d'un avis relatif à une sûreté réelle mobilière dans le registre général des sûretés. Quant à l'investissement en temps et en argent nécessaire pour faire des recherches dans un registre de documents, il risque, là encore, de dépasser celui nécessaire pour un registre général des sûretés électronique reposant sur l'inscription d'avis. Ces différences seront bien évidemment atténuées si un registre de la propriété intellectuelle permet l'enregistrement d'un avis relatif à une sûreté conférant des effets à l'égard des tiers par des moyens électroniques et s'il est organisé de manière à permettre également des recherches rapides et peu coûteuses.

F. Moment où l'inscription prend effet

27. Selon le *Guide*, l'inscription d'un avis concernant une sûreté devient opposable dès que les informations y figurant sont saisies dans les fichiers du registre et deviennent accessibles aux personnes effectuant une recherche (voir recommandation 70). Lorsque le registre est électronique, l'inscription d'un avis produit effet dès l'enregistrement. En revanche, lorsque le registre est tenu sur support papier, l'inscription d'un avis produira effet un certain temps seulement après enregistrement.

28. Les règles concernant le moment où l'inscription d'une sûreté prend effet peuvent varier d'un système d'inscription dans un registre spécialisé à l'autre. Par exemple, le droit relatif aux brevets et aux marques de nombreux États prévoit que l'opposabilité d'une sûreté inscrite ou d'un autre droit grevant un brevet ou une marque rétroagit à la date du dépôt (soumission au registre d'une demande d'inscription), ce qui est utile lorsqu'il faut un certain temps au registre pour procéder effectivement à l'inscription de la sûreté grevant le brevet ou la marque.

29. Comme il a été mentionné, le *Guide* règle les questions de coordination en donnant la priorité à une sûreté pour laquelle un document ou avis est inscrit dans un registre spécialisé (ou qui fait l'objet d'une annotation sur un certificat de propriété) indépendamment de la date d'enregistrement (voir recommandations 77 et 78). Ainsi, cette différence d'approche quant à la date d'effet de l'inscription ne posera probablement aucun problème.

G. Incidence du transfert de la propriété intellectuelle grevée sur l'efficacité de l'inscription

30. Le *Guide* recommande que la loi sur les opérations garanties aborde la question de l'incidence du transfert d'un bien grevé sur l'efficacité de l'inscription d'un avis dans le registre général des sûretés (voir recommandation 62). Cette

recommandation s'applique également aux sûretés grevant la propriété intellectuelle rendues opposables par inscription d'un avis dans le registre général des sûretés.

31. On ne tiendra toutefois pas compte de la présente recommandation si:

a) Le bénéficiaire d'un transfert acquiert le bien grevé libre de la sûreté, par exemple lorsque ce transfert est autorisé par le créancier garanti (voir recommandation 80);

b) Un document ou avis relatif à la sûreté a été inscrit dans un registre de la propriété intellectuelle (ou autre registre spécialisé);

c) Le constituant a transféré l'ensemble de ses droits sur le bien grevé avant de constituer une sûreté sur ce bien (dans ce cas, aucune sûreté n'est créée selon le *Guide*; voir recommandation 13); et

d) Il n'existe pas de sûreté mais une licence sur la propriété intellectuelle, à moins qu'une licence soit traitée comme un transfert dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (dans le *Guide*, les licences ne sont pas des transferts).

32. Le commentaire examine trois solutions qui s'offrent à l'État adoptant pour traiter la question. Une première solution consiste à prévoir que, si le bénéficiaire du transfert du bien grevé n'acquiert pas ce dernier libre de la sûreté, le créancier garanti doit inscrire une modification désignant le bénéficiaire de ce transfert comme nouveau constituant dans un délai déterminé après le transfert. À défaut, l'opposabilité initiale est maintenue en principe, mais la sûreté est subordonnée aux créanciers garantis et aux bénéficiaires de transferts qui ont acquis leurs droits après le transfert et avant l'inscription de la modification. Une deuxième solution à laquelle les États adoptants peuvent choisir de recourir consiste à prévoir que le délai de grâce pour l'inscription d'une modification ne commence à courir qu'à partir du moment où le créancier garanti prend effectivement connaissance du transfert du bien grevé par le constituant. Une troisième solution serait de disposer que le transfert d'un bien grevé n'a pas d'incidence sur l'opposabilité d'une sûreté inscrite.

33. Si un État opte pour la troisième solution, le créancier garanti de l'auteur du transfert n'a pas besoin d'inscrire un nouvel avis concernant sa sûreté désignant le bénéficiaire. En pareil cas, la sûreté grevant le bien à présent détenu par le bénéficiaire du transfert resterait opposable. Cependant, en cas de transferts successifs, une recherche dans le registre général des sûretés ne permettra probablement pas aux bénéficiaires en aval de découvrir une sûreté accordée par une personne autre que l'auteur du transfert immédiatement en amont. Dans ce cas, il leur resterait encore à déterminer les titulaires successifs et le statut du bien grevé en dehors du registre général des sûretés. Par contre, si un État adoptant recourt à la première ou la deuxième solution examinées ci-dessus, un créancier garanti devra déposer un nouvel avis désignant le bénéficiaire du transfert comme nouveau constituant. Dans ce cas, il sera tenu de suivre le statut du bien grevé (à un degré différent, selon que la première ou la deuxième solution est suivie). Dans le même temps, en cas de transferts successifs, les bénéficiaires en aval seront cependant en mesure d'identifier une sûreté accordée par une personne autre que l'auteur du transfert immédiatement en amont.

34. Les États adoptant le *Guide* devront examiner les avantages et les inconvénients relatifs de ces différentes solutions et, en particulier, leurs

conséquences pour les droits sur la propriété intellectuelle. Par exemple, si la première solution évoquée ci-dessus est suivie, un créancier octroyant un crédit garanti par l'intégralité du droit d'auteur sur un film devra procéder à des inscriptions systématiques à l'égard de tous les preneurs de licence et de sous-licence (si le droit concernant le droit d'auteur applicable considère une licence comme un transfert pouvant être enregistré) pour conserver son rang de priorité sur eux ou sur leurs propres créanciers garantis. Cette obligation serait particulièrement lourde pour ce type de prêteur et pourrait décourager l'octroi de crédits garantis par ces biens. En revanche, cette solution permettra à une personne octroyant un prêt à un preneur de sous-licence de trouver plus aisément une sûreté créée par son constituant en effectuant une simple recherche uniquement à partir du nom de ce dernier. Il faut ici mettre en balance les coûts relatifs du suivi et des inscriptions multiples auxquels doit procéder le prêteur en "amont" et les coûts de la recherche de l'ensemble des titulaires successifs pour les sûretés créées en "aval". À cet égard, il est à noter qu'habituellement, dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, un transfert ou une sûreté antérieurs conservent leur rang de priorité sur les transferts ou les sûretés ultérieurs sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle inscription au nom du bénéficiaire du transfert d'un bien grevé.

35. Comme il a déjà été mentionné, si un État ne suit pas la troisième option, un créancier garanti devra enregistrer un avis de modification dans le registre général des sûretés à chaque fois que la propriété intellectuelle grevée fera l'objet d'un transfert non autorisé, d'une licence ou d'une sous-licence (si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle pertinent traite les licences comme des transferts), au risque de perdre sa priorité s'il n'avait pas été informé et n'avait pas agi rapidement.

36. Ce problème ne se poserait pas pour les licences et les sous-licences si le créancier garanti n'a pas autorisé une licence (c'est-à-dire si le preneur de licence n'a pas acquis le bien libre de la sûreté) et a réalisé sa sûreté. Dans ce cas, la réalisation mettrait fin à la licence et à toute sous-licence, de sorte que tous les "preneurs de licence" deviendraient des auteurs d'atteintes à la propriété intellectuelle. Dès lors, le créancier garanti pourrait demander l'annulation des sûretés constituées par les preneurs de licence non autorisés. En tout état de cause, l'opposabilité d'une sûreté grevant la propriété intellectuelle aux auteurs d'atteintes devrait relever du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. En outre, ce problème serait atténué si une sûreté se rattache à un type de propriété intellectuelle enregistrable dans un registre de la propriété intellectuelle pour autant, tout du moins, qu'un créancier garanti soit informé et puisse enregistrer un avis de modification, ce qui, en cas d'inscription dans le registre général des sûretés, pourrait se faire facilement, rapidement et à peu de frais.

H. Enregistrement des sûretés réelles mobilières grevant des marques

37. L'Association internationale des marques ("AIM") a publié une série de recommandations au sujet de l'enregistrement de sûretés sur des marques de produits et de services (regroupées sous le terme de "marques")[1]. Plus précisément, elle a entériné le principe d'uniformité ainsi qu'un certain nombre de meilleures pratiques en matière de mécanismes et de méthodes d'enregistrement des sûretés

[1] Voir http://www.inta.org/index.php?option=com_content&task=view&id=1517&Itemi.

constituées sur des marques, reconnaissant que les droits de propriété intellectuelle, notamment les marques de produits et de services, constituent un élément de plus en plus important dans les prêts commerciaux; que le manque de cohérence dans l'enregistrement des sûretés sur les marques alimente l'insécurité dans les relations commerciales et fait que le propriétaire d'une marque risque de perdre ou de compromettre d'une autre manière ses droits attachés à la marque; que les mécanismes d'enregistrement des sûretés sur les marques sont inexistants (ou insuffisants) dans de nombreux États; que beaucoup de pays appliquent des critères différents et contradictoires pour déterminer ce qui peut et sera enregistré; et que les travaux menés au niveau international au sujet des sûretés sur les droits de propriété intellectuelle par des organisations comme la CNUDCI auront de larges incidences sur la manière dont les lois relatives au financement garanti seront appliquées à l'enregistrement et d'autres aspects des sûretés sur les marques, surtout dans les pays en développement. Il convient de noter que les recommandations n'abordent pas les questions ayant trait à l'enregistrement de sûretés grevant des marques qui ne sont pas inscriptibles auprès du bureau des marques et laissent à la loi nationale sur les opérations garanties (notamment à la loi recommandée dans le *Guide*) le soin de régler ces questions. Elles traitent, en outre, des questions d'opposabilité mais renvoient, pour les règles de priorité, à la loi nationale sur les opérations garanties (notamment à la loi recommandée dans le *Guide*).

38. Les principales caractéristiques de ces meilleures pratiques sont les suivantes:

a) Une sûreté sur une marque pour laquelle une demande d'enregistrement a été déposée, ou qui est en attente d'enregistrement, devrait être inscriptible auprès du Bureau national des marques;

b) Aux fins de la notification de la constitution d'une sûreté, il est recommandé que celle-ci soit inscrite auprès du bureau national des marques compétent ou dans tout registre commercial approprié, les inscriptions devant pouvoir être consultées gratuitement par le public, de préférence par des moyens électroniques;

c) La constitution d'une sûreté sur une marque ne devrait pas opérer un transfert de la propriété de la marque grevée et ne devrait pas conférer au créancier garanti le droit de l'utiliser;

d) La convention constitutive de sûreté devrait comporter des dispositions claires, conformes à la législation locale, autorisant le renouvellement du dépôt de la marque par le créancier garanti, si cela est nécessaire pour en maintenir l'enregistrement;

e) Les marques devraient être évaluées, aux fins de la constitution d'une sûreté, selon n'importe quelle modalité appropriée et autorisée par la législation locale et aucun système ni aucune méthode d'évaluation ne sont privilégiés ou recommandés;

f) L'inscription des sûretés grevant des marques au bureau local des marques devrait suffire pour les rendre opposables; de même, l'inscription d'une sûreté auprès de tout autre registre autorisé par la législation locale, comme un registre commercial, devrait également suffire;

g) Si la législation locale exige qu'une sûreté soit enregistrée sur un registre autre que celui du bureau local des marques pour être opposable, par exemple sur un

registre commercial, le double enregistrement de la sûreté ne devrait pas être interdit;

h) Les formalités d'enregistrement d'une sûreté et le montant des droits perçus, le cas échéant, devraient être réduits au minimum; un document indiquant: i) l'existence d'une sûreté, ii) les parties à l'opération, iii) la (ou les) marque(s) grevée(s), identifiée(s) par le numéro de la demande et/ou de l'enregistrement, iv) une brève description de la nature de la sûreté, et v) la date de prise d'effet de la sûreté, devrait suffire pour rendre une sûreté opposable;

i) Quelles qu'en soient les modalités, la réalisation d'une sûreté par saisie, après un jugement, une décision administrative ou un autre fait déclencheur, ne devrait pas être une procédure excessivement lourde;

j) Le bureau des marques compétent devrait enregistrer sans tarder tout jugement ou toute décision administrative ou autre défavorable et prendre les mesures administratives nécessaires; le dépôt d'une copie certifiée conforme du jugement ou de la décision devrait suffire;

k) Lorsque la réalisation est déclenchée par un fait autre qu'un jugement ou une décision administrative, la législation locale devrait prévoir un mécanisme simple permettant au détenteur de la sûreté de procéder à l'inscription, celle-ci devant pouvoir être consultée gratuitement par le public, de préférence par des moyens électroniques;

l) Lorsque le propriétaire de la marque fait faillite ou ne peut, pour d'autres raisons, maintenir les marques faisant l'objet d'une sûreté, le titulaire de la sûreté (ou l'administrateur ou l'exécuteur testamentaire selon le cas) devrait être autorisé, en l'absence de dispositions contractuelles sur la question, à maintenir les marques, à condition que rien ne confère au créancier garanti le droit d'utiliser celles-ci; et

m) Le bureau ou l'organisme public compétent devrait enregistrer sans tarder le dépôt de la documentation faisant état de la levée de la sûreté, le registre devant pouvoir être consulté gratuitement par le public, de préférence par des moyens électroniques.

39. Les recommandations a), b), f) et g) portant sur l'opposabilité d'une sûreté grevant une marque sont compatibles avec le *Guide* étant donné qu'elles font la promotion des objectifs de transparence et d'enregistrement dans tout registre spécialisé existant, dans un registre général des sûretés ou dans un autre registre commercial (mais le *Guide* ne recommande pas la création de ces registres s'ils n'existent pas).

40. La recommandation c), qui prévoit que la constitution d'une sûreté sur une marque n'entraîne pas de transfert de cette dernière ni ne confère au créancier garanti le droit de l'utiliser, est également compatible avec le *Guide*. Ce dernier dispose toutefois que le créancier garanti a le droit, mais non l'obligation, de maintenir la marque, et le concept de "non-utilisation excusable" d'une marque pourrait permettre de préserver la marque si elle n'était pas utilisée en raison de l'insolvabilité du propriétaire.

41. La recommandation d) est aussi compatible avec le *Guide* car elle prévoit une règle supplétive pour les droits des parties dans les limites du droit applicable. La recommandation e), qui souligne l'importance d'évaluer les marques, sans suggérer de système d'évaluation particulier, et la recommandation h), qui recommande l'inscription d'un avis, même pour ce qui est des registres de marques, sont

également compatibles. Il convient de noter que la référence à la "date de prise d'effet de la sûreté" se rapporte à l'effet de la sûreté entre les parties et non à l'égard des tiers.

42. Les recommandations i), j) et k) sont également compatibles avec le *Guide* car elles prévoient des mécanismes de réalisation efficaces, ainsi que l'enregistrement des jugements ou des décisions administratives de réalisation. Enfin, la recommandation m), sous réserve de l'approbation des autorités publiques compétentes, est compatible avec les recommandations du *Guide* relatives aux procédures d'inscription efficaces.

VI. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 43 à 55 et les paragraphes 1 à 23 du document A.CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3, voir A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, par. 33 à 61, A/CN.9/667, par. 86 à 103, A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, par. 1 à 25, et A/CN.9/649, par. 41 à 56*.]

A. Le concept de priorité

43. Dans le *Guide*, le concept de priorité d'une sûreté à l'égard des réclamants concurrents a trait à la question de savoir qui, du créancier garanti et de chaque réclamant concurrent (voir par. 44 ci-dessous), peut être désintéressé le premier sur le produit de la disposition d'un bien grevé en cas de défaillance du débiteur. Dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, en revanche, le concept de priorité des droits de propriété intellectuelle peut être lié aux notions de propriété et d'efficacité. Dans de nombreux États, si la propriété intellectuelle est transférée une première fois par son titulaire, un deuxième transfert réalisé par cette même personne n'emporte normalement pas transmission de droits au deuxième bénéficiaire (sous réserve, pour les parties, de se conformer aux conditions d'enregistrement ou d'information prévues par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle). Aucun problème de priorité, au sens où ce terme est utilisé dans le *Guide*, ne se pose ici. En conséquence, le *Guide* ne s'appliquerait pas et s'en remettrait au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle sur ce point. De la même manière, selon le *Guide*, une partie qui n'a pas de droits sur un bien, ou le pouvoir de le grever, ne peut constituer de sûreté sur ce bien (voir recommandation 13).

B. Identification des réclamants concurrents

44. Dans le *Guide*, la notion de "réclamant concurrent" titulaire d'un droit sur un bien grevé désigne un autre créancier garanti ayant une sûreté sur le même bien (qui peut être le bénéficiaire d'un transfert réalisé à titre de garantie), le bénéficiaire d'un transfert, le preneur à bail ou le preneur de licence du bien grevé, un créancier judiciaire ayant un droit sur le bien grevé ou un représentant de l'insolvabilité en cas d'insolvabilité du constituant. Ainsi, le *Guide* s'applique aux conflits de priorité: a) entre une sûreté pour laquelle un avis est inscrit dans le registre général des sûretés et une sûreté pour laquelle un document ou un avis est inscrit dans le registre de la propriété intellectuelle approprié; b) entre deux sûretés pour lesquelles un

document ou un avis est inscrit dans le registre de la propriété intellectuelle approprié; c) entre les droits d'un bénéficiaire de transfert ou d'un preneur de licence de propriété intellectuelle et une sûreté grevant cette propriété intellectuelle; et d) entre deux sûretés sur la propriété intellectuelle pour lesquelles un avis est inscrit dans le registre général des sûretés (voir recommandations 76 à 78).

45. Dans le contexte de la propriété intellectuelle, on utilise à la place la notion de "bénéficiaires de transfert concurrents" pour désigner les bénéficiaires d'un transfert et les preneurs de licence qui se trouvent en concurrence entre eux. Comme il a été mentionné précédemment, le *Guide* ne s'applique normalement pas à un conflit opposant les droits des bénéficiaires de transferts à ceux des preneurs de licences, à moins qu'une sûreté soit en jeu. Toutefois, il s'applique dans un tel cas si l'un des bénéficiaires a acquis son droit par transfert de la propriété intellectuelle à titre de garantie en vertu de la loi sur les opérations garanties recommandée dans le *Guide* et si, selon le principe énoncé à l'alinéa b) de la recommandation 4, il n'existe pas, en droit, de règle de priorité relative à la propriété intellectuelle qui s'applique spécifiquement à ce conflit. De la même manière, le *Guide* ne s'applique pas à un conflit entre le bénéficiaire du transfert d'un bien grevé qui a acquis ce bien auprès d'un créancier garanti après défaillance du constituant et réalisation régulière de la sûreté par le créancier garanti et un autre créancier garanti qui a acquis ultérieurement un droit sur le même bien auprès du même constituant (qui n'était plus titulaire d'aucun droit sur le bien grevé), car selon le *Guide* il ne s'agit pas d'un véritable conflit de priorité (ce conflit peut fort bien être réglé par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle).

C. Importance de la connaissance de transferts ou de sûretés antérieurs

46. Selon le *Guide*, la connaissance de la part d'un réclamant concurrent de l'existence d'une sûreté antérieure n'entre généralement pas en ligne de compte pour déterminer la priorité (voir recommandation 93), mais le fait de savoir que le transfert d'un bien grevé viole une sûreté sur le bien peut avoir son importance (voir recommandation 81, al. a)). Ainsi, la sûreté d'un créancier garanti qui a connaissance d'une sûreté constituée antérieurement peut néanmoins avoir priorité sur cette dernière si un avis relatif à la sûreté constituée postérieurement a été enregistré (ou si cette dernière a été rendue opposable d'une autre manière) avant que la sûreté constituée antérieurement devienne opposable (voir recommandation 76, al. a)).

47. En revanche, de nombreuses lois contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle prévoient qu'une sûreté ou un transfert postérieur concurrent ne peut l'emporter que s'il est inscrit en premier et si le créancier ou le bénéficiaire n'a pas eu connaissance d'un transfert antérieur concurrent. La primauté reconnue au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle dans l'alinéa b) de la recommandation 4, devrait préserver ces règles de priorité fondées sur le critère de "connaissance" dans la mesure où elles s'appliquent de façon spécifique aux sûretés sur la propriété intellectuelle.

D. Priorité d'une sûreté réelle mobilière inscrite sur un registre de la propriété intellectuelle

48. Comme mentionné précédemment, si la loi contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle prévoit des règles de priorité traitant de la priorité des sûretés sur la propriété intellectuelle qui s'appliquent de façon spécifique à la propriété intellectuelle et que les règles de priorité de la loi recommandée dans le *Guide* contredisent ces règles, cette dernière ne s'applique pas (voir recommandation 4, al. b)). Par contre, si une loi contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle ne prévoit pas de telles règles ou que les règles de priorité de la loi recommandée dans le *Guide* sont compatibles avec ces règles, cette dernière s'applique.

49. Le *Guide* recommande qu'une sûreté ou autre droit pour lequel un document ou un avis a été inscrit dans un registre spécialisé devrait avoir priorité sur une sûreté pour laquelle un avis a été inscrit dans le registre général des sûretés, quel que soit l'ordre des ces inscriptions (voir recommandations 77 et 78).

50. Cette recommandation s'applique également aux sûretés grevant la propriété intellectuelle. Ainsi, en cas de conflit entre deux sûretés grevant la propriété intellectuelle, l'une faisant l'objet d'un avis inscrit dans le registre général des sûretés et l'autre faisant l'objet d'un document ou avis inscrit dans le registre de la propriété intellectuelle approprié, le *Guide* s'applique et donne priorité à la sûreté pour laquelle un avis a été inscrit dans le registre de la propriété intellectuelle approprié (voir recommandation 77, al. a)). En cas de conflit entre des sûretés pour lesquelles un document ou un avis a été inscrit dans le registre de la propriété intellectuelle approprié, celle qui fait l'objet du premier document ou avis à être inscrit a priorité, et le *Guide* confirme ce résultat (voir recommandation 77, al. b)).

51. En cas de conflit de priorité entre les droits du bénéficiaire d'un transfert de la propriété intellectuelle et une sûreté pour laquelle, au moment du transfert, un document ou avis était inscrit au registre de la propriété intellectuelle approprié, le bénéficiaire prendrait cette propriété intellectuelle soumise à la sûreté. En revanche, si le créancier garanti n'a pas inscrit de document ou d'avis relatif à sa sûreté au registre de la propriété intellectuelle approprié, le bénéficiaire prend la propriété intellectuelle libre de la sûreté (voir recommandations 78). Dans certains États, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle prévoit dans ce cas qu'un créancier garanti sera prioritaire si le bénéficiaire du transfert n'est pas un acquéreur de bonne foi. Le *Guide* renvoie à cette règle si elle s'applique de façon spécifique à la propriété intellectuelle.

52. Ainsi, si A constitue une sûreté sur un brevet en faveur de B qui inscrit un avis relatif à sa sûreté au registre général des sûretés et qu'ensuite A transfère la propriété du brevet à C, qui inscrit un document ou avis relatif au transfert au registre des brevets, selon le *Guide*, C prendra le brevet libre de la sûreté car aucun document ou avis relatif à la sûreté n'a été inscrit au registre des brevets (voir recommandation 78). De la même manière, si A, au lieu de procéder à un transfert, constitue une deuxième sûreté en faveur de C et si seul ce dernier procède à une inscription au registre des brevets, selon le *Guide*, c'est C qui prime (voir recommandation 77, al. a)). Dans l'un et l'autre cas, comme l'inscription au registre des brevets confère des droits supérieurs, selon le *Guide*, les tiers effectuant des recherches pourraient se contenter de consulter ce registre et n'auraient pas besoin d'examiner le registre général des sûretés. Dans tous ces exemples, la qualité de

bénéficiaire du transfert et les conditions auxquelles doit satisfaire un transfert sont déterminées par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Il convient de noter également que l'inscription au registre de la propriété intellectuelle ne viserait normalement qu'une sûreté grevant la propriété intellectuelle. Elle ne viserait pas une sûreté sur un bien meuble corporel pour lequel est utilisé un droit de propriété intellectuelle.

E. Priorité d'une sûreté réelle mobilière non inscriptible ou non inscrite sur un registre de la propriété intellectuelle

53. Selon le *Guide*, si un document ou avis relatif à une sûreté n'est pas inscriptible (ou inscrit) dans un registre spécialisé, mais qu'un tel avis est inscrit dans le registre général des sûretés, sa priorité sera déterminée par l'ordre d'inscription dans ce registre (voir recommandation 76, al. a)). En outre, le bénéficiaire d'un transfert, le preneur à bail ou le preneur de licence d'un bien grevé pour lequel un document ou avis relatif à une sûreté n'est pas inscriptible (ou inscrit) dans un registre spécialisé, prendra normalement le bien grevé d'une telle sûreté (voir recommandation 79).

54. Ces recommandations s'appliquent aussi aux sûretés grevant la propriété intellectuelle, sauf si, conformément à l'alinéa b) de la recommandation 4, il existe une règle de priorité contraire dans la loi contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle qui s'applique spécifiquement à la propriété intellectuelle. Ainsi, si un document ou avis relatif à une sûreté grevant la propriété intellectuelle n'est pas inscriptible (ou inscrit) dans un registre de la propriété intellectuelle, mais qu'un tel avis est inscrit dans le registre général des sûretés, sa priorité sera déterminée par l'ordre d'inscription. De même, le bénéficiaire d'un transfert ou le preneur de licence de propriété intellectuelle prendra la propriété intellectuelle soumise à la sûreté. Si la propriété intellectuelle a été transférée par le constituant avant la création de la sûreté, le créancier garanti sera dépourvu de toute sûreté en raison du principe du droit des biens généralement acceptable *nemo dat*, sur l'application duquel le *Guide* n'a pas d'incidence. Cette approche est exprimée dans la règle générale du *Guide* selon laquelle un constituant peut créer une sûreté uniquement sur un bien sur lequel il a des droits ou le pouvoir de créer une sûreté (voir recommandation 13).

F. Droits des personnes auxquelles est transférée la propriété intellectuelle grevée

55. Comme mentionné ci-dessus, dans le *Guide*, le bénéficiaire du transfert d'un bien grevé (y compris la propriété intellectuelle) prend normalement ce bien soumis à une sûreté qui était opposable au moment du transfert (voir recommandation 79). Cette règle admet deux exceptions: premièrement, lorsque le créancier garanti autorise la disposition du bien libre de la sûreté (voir recommandation 80, al. a) pour la vente de biens grevés, et al. b) pour la location ou la mise sous licence de ces biens) et, deuxièmement, en cas de transfert dans le cours normal des affaires de l'auteur de transfert, du bailleur ou du donneur de licence (voir recommandation 81). Il est important de noter que, selon le *Guide*, la concession d'une licence de propriété intellectuelle ne constitue pas un transfert de la propriété intellectuelle mise sous licence. Par conséquent, les règles du *Guide* qui gouvernent

les transferts de biens grevés ne s'appliqueraient pas lorsqu'une sûreté sur la propriété intellectuelle est constituée et qu'ensuite une licence est octroyée sur cette même propriété intellectuelle. En tout état de cause, compte tenu du principe de primauté du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle énoncé à l'alinéa b) de la recommandation 4, le *Guide* n'a pas d'incidence sur la qualification d'une licence (en particulier d'une licence exclusive comme un transfert) par ce droit.

A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant le projet d'annexe au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties traitant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa quinzième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
VI.	Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle (*suite*)	1-18
	G. Droits des preneurs de licence en général	1-6
	H. Droits de certains preneurs de licence	7-10
	I. Priorité d'une sûreté réelle mobilière octroyée par un donneur de licence sur une sûreté réelle mobilière octroyée par un preneur de licence	11-15
	J. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle sur le droit d'un créancier judiciaire	16-17
	K. Cession de rang	18
VII.	Droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté relative à la propriété intellectuelle	19-22
	A. Application du principe de l'autonomie des parties	19
	B. Droit du créancier garanti de poursuivre les auteurs d'atteintes ou de renouveler les inscriptions	20-22
VIII.	Droits et obligations des tiers débiteurs dans les opérations de financement garanties par la propriété intellectuelle	23
IX.	Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle	24-48
	A. Recoupements entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle	24-27
	B. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant différents types de propriété intellectuelle	28-29
	C. Prise de "possession" de la propriété intellectuelle grevée	30-31
	D. Disposition de la propriété intellectuelle grevée	32-33
	E. Droits acquis par disposition de la propriété intellectuelle grevée	34-36
	F. Proposition du créancier garanti de se faire attribuer la propriété intellectuelle grevée	37
	G. Recouvrement de redevances et droits de licence	38
	H. Autres droits contractuels du donneur de licence	39
	I. Réalisation de sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels auxquels se rattache la propriété intellectuelle	40-43

J. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur les droits d'un preneur de licence 44-48

VI. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle (*suite*)

G. Droits des preneurs de licence en général

1. La propriété intellectuelle est généralement mise sous licence. Dans ce cas, le donneur de licence peut utiliser les droits qu'il se réserve, comme le droit de propriété, les droits assimilés au droit de propriété et les droits découlant d'un accord de licence (comme le droit de recevoir des redevances), pour garantir un crédit. De même, le preneur de licence peut affecter en garantie d'un crédit son autorisation d'utiliser la propriété intellectuelle ou son droit d'octroyer des sous-licences et de recevoir des redevances (dans les deux cas en accord avec l'accord de licence).

2. Lorsque le propriétaire de la propriété intellectuelle a constitué une sûreté en faveur d'un créancier garanti et que la sûreté est rendue opposable, il peut quand même constituer une licence sur la propriété intellectuelle grevée tant qu'il reste propriétaire. Toutefois, selon les principes généraux du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, il ne peut octroyer de licence sur sa propriété intellectuelle grevée si: a) le créancier garanti acquiert la propriété; b) il est convenu avec le créancier garanti, dans les limites du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, que ce dernier sera propriétaire ou agira en tant que tel; c) il est convenu avec le créancier garanti que toute licence qu'il a octroyée prendrait fin lorsque le créancier garanti réaliserait sa sûreté. Dans les deux premiers cas, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle prévoit qu'une licence octroyée par le propriétaire initial serait une licence non autorisée, et un créancier garanti acquérant une sûreté sur cette licence n'obtiendrait rien, conformément au principe *nemo dat*.

3. Dans le dernier cas évoqué au paragraphe précédent le propriétaire peut théoriquement octroyer une licence, mais le résultat serait normalement le même que dans les deux premières situations puisque l'octroi d'une licence par le propriétaire en violation de son accord avec le créancier garanti serait un cas de défaillance. Par conséquent, le créancier garanti du donneur de licence pourrait réaliser sa sûreté en vendant la propriété intellectuelle mise sous licence ou en octroyant une autre licence libre de la licence préexistante (et de toute sûreté octroyée par le preneur de licence) puisque ce preneur de licence aurait normalement pris sa licence soumise à la sûreté du créancier garanti du donneur de licence (voir recommandations 79, et 161 à 163). Le créancier garanti du donneur de licence pourrait aussi demander à recevoir les redevances que le preneur de licence doit au donneur de licence (comme produit de la propriété intellectuelle grevée; voir recommandations 19, 39, 40, 100 et 168) puisque les redevances dues au titre de la licence sont traitées comme n'importe quelle autre créance. Si le preneur de licence a pris la propriété intellectuelle mise sous licence libre de la sûreté constituée par le propriétaire/donneur de licence sur la propriété intellectuelle (c'est-à-dire, si le

créancier garanti a autorisé l'octroi de la licence ou que celle-ci est une licence non exclusive octroyée par le donneur de licence dans le cours normal de ses affaires), il est bien évident que le preneur de licence pourrait conserver sa licence et que le créancier garanti pourrait uniquement demander à recevoir les redevances que le preneur de licence doit au donneur de licence (voir recommandations 80, alinéa b), et 81, alinéa c)).

4. Si le preneur de licence constitue également une sûreté sur ses droits découlant de l'accord de licence (principalement l'autorisation d'utiliser la propriété intellectuelle mise sous licence), cette sûreté grèverait un bien différent (et non les droits du donneur de licence à demander le paiement de redevances) et serait de fait soumise à la sûreté constituée par le donneur de la licence puisque le preneur aurait acquis ses droits soumis à cette sûreté (voir recommandation 79) et qu'il n'aurait pu donner à son créancier garanti plus de droits qu'il n'en a (conformément au principe *nemo dat*). Ainsi, si le créancier garanti du donneur de la licence réalisait sa sûreté, il pourrait disposer de la propriété intellectuelle libre de la licence. Cet acte de disposition mettrait donc fin à la licence et le bien grevé du preneur de licence cesserait d'exister. De même, que le donneur ait accordé ou non une sûreté à l'un de ses créanciers, si le preneur n'exécute pas l'accord de licence, le donneur peut y mettre fin, dans les limites du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, et le créancier garanti du preneur serait là encore dépourvu de sûreté.

5. La loi sur les opérations garanties serait sans incidence sur les droits du donneur et du preneur découlant de l'accord de licence et du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle applicable. Ainsi, si le preneur n'exécute pas l'accord de licence, le donneur peut y mettre fin et le créancier garanti du preneur serait là encore dépourvu de sûreté. De même, la loi sur les opérations garanties ne s'appliquerait pas à un accord entre le donneur et le preneur interdisant à ce dernier d'octroyer des sous-licences ou de céder les redevances que lui doivent les preneurs des sous-licences.

6. Comme mentionné précédemment, la règle qui veut que le preneur d'une licence de propriété intellectuelle grevée acquière la licence soumise à une sûreté antérieure admet deux exceptions: premièrement, lorsque le créancier garanti autorise la mise sous licence libre de la sûreté (voir recommandation 80, alinéa b)) et, deuxièmement, en cas de concession d'une licence non exclusive dans le cours normal des affaires du donneur (voir recommandation 81, alinéa c), et par. 7 à 10 ci-après).

H. Droits de certains preneurs de licence

7. Si la loi contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle traite de cette question et prévoit qu'un preneur de licence d'une propriété intellectuelle grevée prend la licence soumise à une sûreté constituée par le donneur de licence, à moins que le créancier garanti n'ait autorisé l'octroi de la licence libre de la sûreté, la loi recommandée dans le *Guide* (en l'espèce, la recommandation 81, alinéa c)) ne s'applique pas (voir recommandation 4, alinéa b)). En conséquence, à moins que le créancier garanti n'ait autorisé l'octroi de licences libres de la sûreté (ce qui se produit généralement lorsque le constituant/donneur se sert des redevances qu'il perçoit pour payer l'obligation garantie), le preneur de licence prendra la licence soumise à la sûreté. Ainsi, en cas de défaillance du constituant/donneur, le créancier

garanti du donneur serait en mesure de réaliser sa sûreté sur la propriété intellectuelle mise sous licence et de la vendre ou de la mettre sous licence libre de la licence octroyée par le constituant/donneur. En outre, la sûreté obtenue par une personne de la part du preneur de licence ne sera pas efficace puisque ce dernier aura reçu une licence non autorisée et n'aura aucun droit de constituer une sûreté.

8. Si la loi contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle n'aborde pas du tout cette question ou ne la traite pas d'une façon qui contredise l'alinéa c) de la recommandation 81, ce dernier s'appliquera (voir recommandation 4, alinéa b)). Selon cet alinéa, une personne qui s'est vu octroyer une licence non exclusive dans le cours normal des affaires du donneur sans savoir que cette licence violait une sûreté grevant la propriété intellectuelle mise sous licence, prend ses droits découlant de l'accord de licence libres d'une sûreté consentie antérieurement par le donneur. Il s'ensuit que si le créancier garanti du donneur réalise la sûreté grevant la propriété intellectuelle mise sous licence, il pourra percevoir les redevances que le preneur doit au donneur mais non vendre la propriété intellectuelle mise sous licence ni octroyer une autre licence sur cette propriété, avec pour effet de mettre fin aux droits du preneur existant, tant que ce dernier exécute l'accord de licence. Cette règle est destinée à protéger les opérations légitimes quotidiennes, comme l'achat dans le commerce d'exemplaires de logiciels protégés par le droit d'auteur avec des accords de licence d'utilisateur final. Dans le cadre de ces opérations, les acquéreurs ne devraient pas avoir à faire de recherche dans un registre ni acquérir le logiciel soumis aux sûretés constituées par son concepteur ou ses distributeurs.

9. L'alinéa c) de la recommandation 81 se fonde sur l'hypothèse que le constituant reste propriétaire de la propriété intellectuelle grevée et n'autorise pas l'octroi de licences par un constituant qui n'est plus le propriétaire ni le titulaire de ce droit. En outre, cela ne modifie en rien la relation entre le donneur et le preneur et ne signifie pas que ce dernier obtiendrait une licence libre des clauses et conditions de l'accord de licence et des dispositions du droit applicable en la matière (et n'a pas d'incidence non plus sur les restrictions imposées dans l'accord de licence quant à la possibilité pour le preneur de conclure des accords de sous-licence). En outre, ni cette recommandation ni le *Guide* ne font obstacle à l'application, dans les rapports entre le créancier garanti et le constituant/donneur (ou entre le donneur et son preneur), des dispositions exigeant du constituant/donneur qu'il insère dans toutes les licences non exclusives qu'il octroie dans le cours normal de ses affaires une clause stipulant qu'elles prendront fin si le créancier garanti du donneur réalise sa sûreté.

10. Le créancier garanti peut décider de ne pas accorder de crédit avant d'avoir pu examiner et approuver les conditions des sous-licences afin de s'assurer, par exemple, que les redevances attendues sont payées d'avance, qu'il est possible de mettre fin à la licence en cas de non-paiement des redevances et que la cession de sous-redevances est interdite. En outre, si le créancier garanti du donneur ne veut pas encourager les licences non exclusives, il peut, dans la convention constitutive de sûreté (ou ailleurs), exiger de l'emprunteur (le donneur) qu'il insère dans toutes les licences non exclusives qu'il octroie une clause stipulant qu'elles prendront fin si le créancier garanti réalise sa sûreté. De même, si le donneur ne veut pas que le preneur octroie des sous-licences, il peut prévoir dans l'accord de licence une clause stipulant qu'un tel octroi constitue un manquement à l'accord de licence qui lui donnerait le droit de mettre fin à la licence. Aucune disposition du *Guide* n'empêcherait l'application de ces clauses dans les relations entre le créancier

garanti et son emprunteur (ou entre le donneur et le preneur). Normalement, bien sûr, le créancier garanti n'aura aucun intérêt à agir ainsi puisque l'activité du donneur (et des preneurs) est d'octroyer des licences non exclusives et que le créancier garanti s'attend à ce que l'emprunteur se serve des redevances versées au titre de ces accords de licence pour payer l'obligation garantie.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: En ce qui concerne les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle, le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de modifier l'alinéa c) de la recommandation 81 de façon à ce qu'il s'applique à ces sûretés (mais pas aux autres biens meubles incorporels), en s'inspirant de l'une des recommandations sur des biens particuliers suivantes:*

Variante A

La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle octroyée par le donneur de licence est sans incidence sur les droits d'un preneur de licence de propriété intellectuelle à utiliser cette dernière aux conditions prévues dans l'accord de licence, à condition que:

a) La licence soit non exclusive;

b) L'activité du propriétaire de la propriété intellectuelle grevée soit généralement d'octroyer des licences non exclusives sur cette propriété intellectuelle à des conditions substantiellement équivalentes à celles de l'accord de licence conclu avec le preneur de licence sans adaptation de la propriété intellectuelle aux besoins du preneur; et

c) Au moment de la conclusion de l'accord de licence, le preneur ne sache pas que ce dernier viole les droits du créancier garanti.

Variante B

[La loi devrait prévoir qu'un preneur de licence de la propriété intellectuelle grevée prend sa licence soumise à une sûreté octroyée par le donneur, à moins que le créancier garanti agissant en tant que propriétaire n'ait autorisé l'octroi de la licence libre de la sûreté.] Si la convention constitutive de sûreté n'aborde pas la question, le créancier garanti agissant en tant que propriétaire est réputé avoir autorisé la mise sous licence libre de la sûreté.

Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que: les variantes A et B sont placées entre crochets car elles n'ont pas encore été approuvées par le Groupe de travail; et que la première phrase de la variante B est placée entre crochets supplémentaires puisqu'elle répète la règle énoncée à l'alinéa b) de la recommandation 80. Elles sont proposées par le Secrétariat afin d'aider le Groupe de travail à trouver un accord sur cette question (voir A/CN.9/667, par. 97 à 100). L'autre variante serait d'expliquer comment l'alinéa c) de la recommandation 81 s'appliquerait dans le contexte de la propriété intellectuelle en s'inspirant des paragraphes 7 à 10 ci-dessus (voir également le document A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, par. 49 à 55), et de s'en remettre en la matière au principe de primauté du droit de la propriété intellectuelle énoncé à l'alinéa b) de la recommandation 4. Par conséquent, l'alinéa c) de la recommandation 81 ne s'appliquerait pas dans la mesure où il serait incompatible avec le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Ainsi, on ne ferait pas obstacle à l'application de ce dernier.

*Le Groupe de travail souhaitera peut-être également noter que les variantes A et B partent de l'hypothèse que la sûreté est opposable (*selon le Guide, *la question de la priorité ne se pose que si une sûreté est opposable), et que: la variante A reformule le principe énoncé à l'alinéa c) de la recommandation 81, et que la variante B réitère et développe le principe énoncé à l'alinéa b) de la recommandation 80.*

L'exemple suivant pourra aider le Groupe de travail à examiner les effets de l'application des variantes A ou B.

Le distributeur de vidéos A obtient normalement des licences exclusives des producteurs de films pour la reproduction et la vente de vidéos, et son activité est d'octroyer des sous-licences non exclusives à des conditions substantiellement équivalentes sans individualisation. A octroie à ces conditions des sous-licences non exclusives à B, C et D pour la reproduction et la vente de ces vidéos. Il consent à verser aux producteurs une redevance de 25 % de son bénéfice net en redevances pour l'exploitation des droits vidéos. Il convient également avec ses sous-preneurs de licence non exclusive B, C et D qu'ils payeront des redevances équivalentes à 50 % des revenus qu'ils perçoivent de leurs redevances. Il obtient une ligne de crédit du créancier garanti E et constitue à son profit une sûreté sur ses droits découlant des licences vidéo et sur le montant des redevances qu'il prévoit de percevoir. Les sous-preneurs de licence non exclusive B, C et D exploitent des chaînes de magasins vidéo, vendant et louant des cassettes vidéos à des clients tout en leur octroyant dans les faits des sous-licences non exclusives à des conditions équivalentes sans individualisation. B, C et D obtiennent des lignes de crédit du créancier garanti F et constituent à son profit des sûretés sur leurs droits de licence et leurs redevances.

Même sans les variantes A ou B, une sûreté réelle mobilière détenue par un créancier garanti du preneur de licence serait sans incidence sur les droits d'un preneur de licence si ce créancier garanti a autorisé le donneur à octroyer la licence libre de la sûreté, voir l'alinéa b) de la recommandation 80.

Avec la variante A, la sûreté constituée par le distributeur de vidéos A (qui a pour activité d'octroyer, dans le cours ordinaire de ses affaires, des licences non exclusives à des conditions substantiellement équivalentes sans individualisation) en faveur du créancier garanti E est sans incidence sur les droits des preneurs de licence non exclusive B, C et D si, au moment où l'accord de licence a été conclu, B, C et D ne savaient pas que les licences violaient les droits du créancier garanti E (voir recommandation 81, alinéa c) et variante A). De même, une sûreté constituée par B, C et D serait sans incidence sur leurs clients achetant ou louant des cassettes vidéo si, comme cela se produit normalement, ils ne savaient pas que les licences qu'ils recevaient violaient les droits du créancier garanti F. En fait, dans les deux cas, le créancier garanti n'aurait pas intérêt à interrompre le flux des redevances que perçoit son emprunteur.

Avec la variante B, en l'absence de disposition de la convention constitutive de sûreté, la sûreté constituée par le distributeur de vidéos A en faveur du créancier garanti E serait sans incidence sur l'octroi des droits aux sous-preneurs de licence non exclusive B, C et D (si le créancier garanti E a autorisé le distributeur de vidéos A à octroyer des licences aux sous-preneurs B, C et D libres de la sûreté, la recommandation 80, alinéa b), s'applique). Il en irait de même pour les clients de B, C et D en l'absence de disposition sur la question dans les conventions constitutives de sûreté conclues avec le créancier garanti F.]

I. Priorité d'une sûreté réelle mobilière octroyée par un donneur de licence sur une sûreté réelle mobilière octroyée par un preneur de licence

11. Le droit du donneur de licence à percevoir les redevances qui lui sont dues par le preneur en vertu d'un accord de licence n'est pas affecté par une sûreté que le preneur consentirait sur toutes les redevances pouvant lui être dues au titre d'un accord de sous-licence. Ce type de sûreté peut néanmoins avoir une incidence sur la capacité du preneur à payer le donneur si le premier est défaillant vis-à-vis de son créancier garanti, dans la mesure où celui-ci cherchera peut-être à percevoir lui-même les redevances découlant de la sous-licence.

12. L'exemple suivant aidera peut-être à comprendre le problème. Le propriétaire de la propriété intellectuelle A octroie une licence au preneur B en vertu d'un accord de licence permettant à ce dernier d'octroyer des sous-licences. B octroie une sous-licence à C et constitue une sûreté sur ses sous-redevances en faveur du créancier garanti CG1, qui inscrit un avis relatif à sa sûreté dans le registre général des sûretés. A constitue ensuite une sûreté en faveur de CG2 sur ses droits de propriété intellectuelle et son droit à recevoir des redevances. CG2 inscrit ensuite un avis relatif à sa sûreté dans le registre général des sûretés. Le créancier garanti du preneur de licence (CG1) aura priorité sur le créancier garanti du propriétaire (CG2), sauf si CG1 a inscrit un avis relatif à sa sûreté dans le registre général des sûretés alors que CG2 a inscrit un document ou un avis relatif à sa sûreté dans le registre de la propriété intellectuelle approprié. Lorsque la propriété intellectuelle grevée n'est pas enregistrable dans un registre spécialisé, la priorité sera déterminée en fonction de l'ordre d'inscription d'un avis relatif à la sûreté dans le registre général des sûretés (voir recommandations 76 à 78).

13. Toutefois, le donneur dispose de nombreux moyens pour se protéger dans une telle situation. Il pourrait, par exemple, protéger ses droits: a) en interdisant au preneur de céder son droit au paiement des redevances dues au titre des accords de sous-licence, ou de constituer une sûreté sur ce droit; b) en mettant fin à la licence si le preneur cédait ses droits au paiement desdites redevances en violation d'une telle interdiction; c) en consentant à ce que tout sous-preneur lui verse directement ses redevances; ou d) en exigeant du créancier garanti du preneur qu'il conclue un accord de cession de rang avec son propre créancier garanti. Le *Guide* n'affecte pas ces dispositions si elles s'appliquent en vertu du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle et du droit des obligations.

14. En outre, le donneur pourrait exiger du preneur qu'il lui accorde une sûreté sur son droit au paiement des redevances dues au titre des sous-licences. Toutefois, la priorité de cette sûreté à l'égard d'une autre sûreté constituée par le preneur sur ces droits dépendrait des règles générales de priorité. Ainsi, la sûreté qui, la première, a été rendue opposable ou fait l'objet d'un avis inscrit dans le registre général des sûretés (ou, le cas échéant, d'un document ou avis inscrit dans un registre spécialisé), serait prioritaire.

15. Lorsque le bien grevé est un bien meuble corporel pour lequel est utilisée la propriété intellectuelle, il arrive, dans certaines circonstances, qu'une sûreté entre dans la catégorie des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions. Cela veut dire qu'un créancier garanti d'un propriétaire/bailleur peut obtenir priorité sur le créancier garanti d'un preneur à bail de biens meubles corporels, même s'il s'inscrit en second. Cependant, comme il a été examiné dans le

chapitre sur la réalisation, cette sûreté grève le bien meuble corporel et non la propriété intellectuelle. Le droit du créancier garanti finançant l'acquisition de disposer des biens grevés en l'état (donc en y incluant l'application de la propriété intellectuelle sur ce bien grevé spécifique) est traité comme un problème de réalisation et, comme on le verra plus loin, est soumis soit à l'épuisement des droits du propriétaire de la propriété intellectuelle utilisée dans les biens meubles corporels grevés en question, soit à l'autorisation donnée au créancier garanti par le propriétaire des droits de disposer des biens grevés en l'état (voir, ci-dessous, par. 40 à 43).

J. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle sur le droit d'un créancier judiciaire

16. Selon le *Guide*, une sûreté qui a été rendue opposable avant qu'un créancier judiciaire ait obtenu des droits sur le bien grevé a priorité sur le droit de ce créancier. Toutefois, si un créancier chirographaire a obtenu un jugement à l'encontre du constituant et a pris les mesures nécessaires en vertu de la loi régissant l'exécution des jugements pour acquérir des droits sur les biens grevés avant que la sûreté ait été rendue opposable, le droit du créancier judiciaire est prioritaire (voir recommandation 84).

17. Cette recommandation s'applique également aux sûretés grevant la propriété intellectuelle. Dans ce cas, il se peut que le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle prévoie que le créancier judiciaire ait à obtenir un transfert de la propriété intellectuelle et qu'un document ou avis relatif à cette dernière doive être inscrit dans un registre de la propriété intellectuelle pour que le créancier judiciaire obtienne priorité. Si ce transfert intervient avant qu'une sûreté ait été rendue opposable, conformément tant à la loi recommandée dans le *Guide* qu'au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, le bénéficiaire du transfert de la propriété intellectuelle grevée prendra ladite propriété libre de la sûreté (voir aussi recommandation 79).

K. Cession de rang

18. Le *Guide* reconnaît le principe de la cession de rang (voir recommandation 94). Ce principe s'applique également aux sûretés grevant la propriété intellectuelle. Il veut pour l'essentiel que les réclamants concurrents puissent modifier par convention l'ordre de priorité de leurs droits concurrents sur un bien grevé à condition que les droits des tiers ne soient pas affectés. Ceci est important pour la propriété intellectuelle compte tenu de la divisibilité des droits de propriété intellectuelle.

VII. Droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté relative à la propriété intellectuelle

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 19 à 22, voir les documents A/CN.9/WG.VI/.WP.35/Add.1, par. 62 et 63, A/CN.9/667, par. 104 à 108, A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, par. 26 à 30, et A/CN.9/649, par. 57 à 59.*]

A. Application du principe de l'autonomie des parties

19. À quelques exceptions près, le *Guide* reconnaît généralement aux parties à la convention constitutive de sûreté la liberté d'adapter cette dernière à leurs besoins pratiques (voir recommandation 10). Le principe de l'autonomie des parties s'applique également aux sûretés grevant la propriété intellectuelle, sous réserve des limites particulières qui pourraient être prévues par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Par exemple, lorsque les droits d'un propriétaire sont grevés, le droit de poursuivre les auteurs d'atteintes ne fera pas partie intégrante du bien grevé si la loi contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle dispose que seul le propriétaire peut exercer, transférer ou grever ce droit.

B. Droit du créancier garanti de poursuivre les auteurs d'atteintes ou de renouveler les inscriptions

20. Selon la loi sur les opérations garanties, le créancier garanti devrait être en mesure de convenir avec le propriétaire de la propriété intellectuelle qu'il sera autorisé à poursuivre les auteurs d'atteintes et à renouveler les inscriptions, sous réserve que le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle l'y autorise. Autrement, le bien grevé pourrait perdre sa valeur, si le propriétaire de la propriété intellectuelle grevée n'exerçait pas ses droits en temps voulu. Ce résultat pourrait avoir une incidence négative sur l'affectation de la propriété intellectuelle en garantie d'un crédit. Cette approche n'affecterait pas les droits du propriétaire étant donné que son consentement serait nécessaire. De même, elle n'interférerait pas avec le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle puisqu'une telle convention serait nulle et non avenue si elle était conclue en violation de la loi contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Naturellement, les États adoptant les recommandations du *Guide* souhaiteront peut-être examiner leur loi contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle pour déterminer si de telles conventions devraient être autorisées, étant donné que cela pourrait faciliter l'utilisation de la propriété intellectuelle en garantie d'un crédit.

21. De même, à moins que le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle ne l'interdise, le créancier garanti devrait pouvoir protéger la valeur de la propriété intellectuelle grevée, par exemple en renouvelant l'inscription et en poursuivant les auteurs d'atteintes si, après en avoir fait la demande au propriétaire, ce dernier n'agit pas dans un délai raisonnable. La propriété intellectuelle grevée pourrait sinon perdre de la valeur, ce qui pourrait avoir une incidence négative sur l'affectation de la propriété intellectuelle en garantie d'un crédit. Il convient de rappeler que ce résultat ne fera pas obstacle à l'application du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle puisque l'alinéa b) de la recommandation 4 renverrait à ce droit en cas de contradiction.

22. Les deux nouvelles recommandations sur des biens particuliers suivantes pourraient être ajoutées au *Guide*:

"La loi devrait prévoir que [, sauf si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle l'interdit,] le constituant et le créancier garanti peuvent décider par convention qui pourra poursuivre les auteurs d'atteintes à la

propriété intellectuelle grevée ou renouveler les inscriptions concernant la propriété intellectuelle grevée.

[La loi devrait prévoir que [, sauf si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle l'interdit,] le créancier garanti devrait être autorisé à poursuivre les auteurs d'atteintes et à renouveler les inscriptions si le propriétaire n'exerce pas ces droits dans un délai raisonnable.]"

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être considérer que le texte placé entre crochets dans les deux recommandations n'est pas nécessaire car: a) la recommandation 4, alinéa b), suffirait pour donner préséance au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle pour toute question qui est traitée dans le Guide d'une manière incompatible avec ce droit; et b) la recommandation 18 donne déjà préséance à toute disposition légale limitant la possibilité de transférer certains types de biens.*]

VIII. Droits et obligations des tiers débiteurs dans les opérations de financement garanties par la propriété intellectuelle

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour le paragraphe 23, voir les documents A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, par. 64, A/CN.9/667, par. 109, A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, par. 32, et A/CN.9/649, par. 60.*]

23. Lorsqu'un donneur de licence cède son droit au paiement des redevances dues par le preneur au titre de l'accord de licence, ce dernier (en tant que débiteur du droit cédé) serait un tiers débiteur au sens du *Guide* et ses droits et obligations seraient ceux d'un débiteur d'une créance. De même, lorsqu'un preneur de licence cède son droit au paiement des redevances dues par le preneur d'une sous-licence en vertu d'un accord de sous-licence, ce dernier serait un tiers débiteur au sens du *Guide*.

IX. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 24 à 48, voir les documents A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, par. 65 à 89, A/CN.9/667, par. 110 à 123, A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, par. 35 à 44, et A/CN.9/649, par. 61 à 73.*]

A. Recoupements entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle

24. Les États ne prévoient généralement pas, dans leur loi contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, de moyens spécifiques de réalisation pour les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle. Le droit général des opérations garanties s'applique normalement à la réalisation de ces sûretés. Lorsque la loi contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle de certains États traite effectivement de la réalisation des sûretés grevant différents types de propriété intellectuelle, elle ne fait que greffer les régimes de réalisation des sûretés existants sur le régime qui régit la propriété

intellectuelle. En conséquence, les États qui adopteront les recommandations du *Guide* se contenteront normalement de remplacer le régime de réalisation antérieur découlant, par exemple, d'un code civil et d'un code de procédure civile, du droit commun des charges flottantes et fixes, d'une loi sur les hypothèques ou d'une autre loi générale relative à la réalisation, selon le cas, par le régime de réalisation que recommande le *Guide*.

25. Cette approche de la réalisation des sûretés s'applique non seulement à la propriété intellectuelle (brevet, droit d'auteur ou marque, par exemple), mais aussi aux autres droits qui naissent de ces types de propriété intellectuelle. Partant, conformément à la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, des biens tels que les redevances et droits de licence sont traités comme des créances et sont soumis au régime de recouvrement des créances recommandé dans le *Guide* pour les cessions de créances (comme les transferts purs et simples, les transferts à titre de garantie et les sûretés). De même, les autres droits contractuels d'un donneur de licence ou de sous-licence à l'égard du preneur de licence ou de sous-licence seront également régis par le droit général des obligations d'un État, et les sûretés sur ces droits seront réalisées en vertu du droit général des opérations garanties de cet État. Ici encore, les droits d'exploitation d'un preneur de licence ou de sous-licence sont traités de la même manière que les droits d'un preneur à bail ou d'un acheteur, et sont régis par le droit général des obligations d'un État, sauf en ce qui concerne les questions d'inscription (lorsqu'elles sont spécifiquement mentionnées dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle).

26. Les États incorporent parfois des règles de procédure spéciales sur la réalisation des sûretés grevant la propriété intellectuelle dans la loi contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. En outre, les normes générales de procédure prévues par la loi sur les opérations garanties d'un État pourront se voir accorder une teneur spécifique dans le contexte de la réalisation de sûretés sur la propriété intellectuelle. Ainsi, par exemple, la détermination de ce qui est commercialement raisonnable lorsque le bien grevé est un droit de propriété intellectuelle pourra dépendre du droit et de la pratique en matière de propriété intellectuelle. La définition de ce critère peut fort bien varier d'un État à l'autre, ainsi que d'un régime de la propriété intellectuelle à l'autre. Le *Guide* reconnaît cette spécificité procédurale: lorsque des règles de procédure s'appliquent spécifiquement aux sûretés sur la propriété intellectuelle et imposent aux parties des obligations supérieures à celles énoncées dans le régime de réalisation prévu par le *Guide*, elles s'appliqueront, conformément au principe énoncé à l'alinéa b) de la recommandation 4, en lieu et place des recommandations générales du *Guide*. Bien entendu, si ces règles de procédure et définitions s'appliquent également aux sûretés sur des biens autres que la propriété intellectuelle, elles seront remplacées par les recommandations du *Guide* dans les États qui les adopteront.

27. Quant aux droits fondamentaux des créanciers garantis en matière de réalisation, il n'existe, une fois qu'un État adopte les recommandations du *Guide*, aucune raison d'élaborer des principes différents ou inhabituels pour régir la réalisation des sûretés grevant la propriété intellectuelle. Le *Guide* ne fait que recommander un régime plus efficace et plus transparent permettant à un créancier garanti de réaliser ses droits, sans aucunement limiter les prérogatives que le propriétaire de la propriété intellectuelle peut exercer pour protéger ses droits contre toute atteinte ou recouvrer des redevances auprès d'un preneur de licence ou de sous-licence. Comme le souligne la section de la présente annexe consacrée à la

constitution d'une sûreté réelle mobilière (voir A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.1, par. 30 et 33), le créancier garanti ne peut jamais obtenir de sûreté sur plus de droits que ceux dont le constituant jouit au moment de la réalisation.

B. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant différents types de propriété intellectuelle

28. Le *Guide* expose en détail un régime pour la réalisation des sûretés grevant différents types de biens. Il part du principe que les voies de droit doivent être conçues de manière à garantir la réalisation la plus efficace tout en assurant une protection appropriée des droits du constituant et des tiers. Ce principe et cette approche devraient s'appliquer de la même façon à la réalisation des sûretés sur les diverses catégories de propriété intellectuelle. Actuellement, la loi de la plupart des États reconnaît une grande diversité de droits attachés à la propriété intellectuelle, notamment:

a) La propriété intellectuelle elle-même;

b) Les créances naissant d'un accord de licence;

c) Les autres droits contractuels acquis par le donneur en vertu d'un accord de licence;

d) Les droits acquis par le preneur de licence en vertu d'un accord de licence;

e) Les droits du propriétaire de la propriété intellectuelle, du donneur de licence et du preneur de licence sur des biens meubles corporels auxquels se rattache la propriété intellectuelle utilisée.

29. Les éléments du régime de réalisation recommandé par le *Guide*, et applicable à chacun de ces différents droits sur la propriété intellectuelle, seront examinés séparément dans les sections ci-après.

C. Prise de "possession" de la propriété intellectuelle grevée

30. Le droit qu'a le créancier garanti de prendre possession du bien grevé conformément aux recommandations 146 et 147 du *Guide* ne vaut généralement pas si le bien grevé est un bien meuble incorporel tel que la propriété intellectuelle (car le terme "possession", tel qu'il est défini dans le *Guide*, désigne la possession effective). Ces deux recommandations ne traitent que de la prise de possession de biens meubles corporels. Cependant, conformément au principe général de réalisation extrajudiciaire, le créancier garanti devrait être autorisé à prendre possession de tout document nécessaire à la réalisation de sa sûreté lorsque le bien grevé est une propriété intellectuelle. Un tel droit sera généralement prévu dans la convention constitutive de sûreté. Lorsque les documents sont accessoires à la propriété intellectuelle grevée, le créancier devrait pouvoir en prendre possession qu'ils soient ou non expressément désignés comme biens grevés dans la convention constitutive.

31. On pourrait penser que, lorsqu'il prend possession d'un bien meuble corporel qui est produit au moyen de la propriété intellectuelle ou dans lequel est incorporée une puce contenant un programme produit au moyen de la propriété intellectuelle, le

créancier garanti prend également possession de la propriété intellectuelle grevée. Ce n'est pas le cas. Il importe de délimiter correctement l'assiette de la sûreté. Même si de nombreux biens meubles corporels, qu'il s'agisse de matériel ou de stocks, peuvent être produits par exploitation d'un droit de propriété intellectuelle tel qu'un brevet, la sûreté du créancier repose sur le bien meuble corporel et ne grève pas, en l'absence de clause spécifique en ce sens dans la convention constitutive de sûreté, la propriété intellectuelle utilisée pour le produire. Ainsi, le créancier garanti pourra, conformément aux recommandations du *Guide*, prendre possession d'un bien meuble corporel tel qu'un disque compact ou un disque vidéo numérique et exercer son droit à réalisation sur ces disques. S'il souhaite également obtenir une sûreté sur la propriété intellectuelle elle-même (y compris, dans la mesure où le constituant a le droit de vendre ou de mettre sous licence la propriété intellectuelle, ou d'en disposer d'une façon ou d'une autre, le droit de vente, de concession de licences ou de disposition), il lui faudrait désigner expressément cette propriété intellectuelle comme bien grevé dans la convention constitutive de sûreté conclue avec le propriétaire de la propriété intellectuelle.

D. Disposition de la propriété intellectuelle grevée

32. Aux termes du *Guide*, le créancier garanti peut, en cas de défaillance du constituant, disposer de la propriété intellectuelle grevée ou en autoriser l'exploitation sous licence, mais toujours dans les limites des droits du constituant. Ainsi, si le constituant est le propriétaire, le créancier garanti devrait, en principe, pouvoir vendre la propriété intellectuelle sur laquelle il a obtenu une sûreté, en disposer d'une manière ou d'une autre, ou la mettre sous licence. Si, cependant, le constituant avait précédemment accordé une licence exclusive à un tiers libre de la sûreté, en cas de défaillance, le créancier garanti ne pourra pas accorder une autre licence, car le constituant ne possédait pas ce droit lorsque le créancier garanti a acquis sa sûreté (*nemo dat quod non habet*).

33. Dans le cas ci-dessus, selon le *Guide*, le créancier garanti n'acquiert pas la propriété intellectuelle sur laquelle il réalise sa sûreté. Il dispose en fait de la propriété intellectuelle grevée (en la cédant ou en concédant une licence ou une sous-licence) au nom du constituant. Tant que le cessionnaire ou le preneur de licence (selon le cas) qui acquiert les droits suite à la réalisation par disposition n'inscrit pas d'avis (ou autre document) relatif à ses droits sur le registre approprié (en supposant que ces droits puissent être inscrits), le constituant demeure, sur le registre, le propriétaire de la propriété intellectuelle en question.

E. Droits acquis par disposition de la propriété intellectuelle grevée

34. Dans le *Guide*, les droits sur la propriété intellectuelle acquis par disposition judiciaire seraient régis par la loi applicable à l'exécution des décisions de justice. En cas de disposition extrajudiciaire conformément aux dispositions de la loi sur les opérations garanties, le premier point à noter est que le bénéficiaire du transfert ou le preneur de la licence obtient ses droits directement du constituant. Le créancier garanti qui choisit d'exercer ses droits de cette manière ne devient pas propriétaire des droits du fait de cette réalisation, à moins que le créancier garanti n'acquière la propriété intellectuelle grevée à titre d'exécution de l'obligation garantie ou lors d'une vente en réalisation (voir, par exemple, les recommandations 148 et 156).

35. Le deuxième point est que le bénéficiaire du transfert ou le preneur de la licence ne pourrait obtenir que les droits effectivement grevés par la sûreté du créancier procédant à la réalisation. Aux termes du *Guide*, le bénéficiaire ou le preneur obtiendrait la propriété intellectuelle libre de la sûreté du créancier procédant à la réalisation et de toute sûreté de rang inférieur, mais soumise à toute sûreté de rang supérieur. La même règle s'applique à une disposition extrajudiciaire qui n'est pas conforme aux dispositions de la loi sur les opérations garanties, à condition que le bénéficiaire du transfert ou le preneur de la licence ait agi de bonne foi (voir les recommandations 161 à 163).

36. En vertu du principe général énoncé dans la loi sur les opérations garanties, le créancier garanti qui réalise sa sûreté prend le bien grevé dans l'état où il se trouve lors de la réalisation. Ainsi, une sûreté sur un bien meuble corporel s'étend aux biens qui y sont attachés et peut être réalisée sur ces biens (voir recommandations 21 et 166). Pour que la sûreté couvre également les biens produits ou fabriqués à partir des biens grevés, la convention constitutive de sûreté dispose généralement de manière expresse que la sûreté s'étend à ces biens manufacturés. Lorsque le bien grevé est une propriété intellectuelle, il importe de déterminer si le bien dont il est disposé au profit du bénéficiaire du transfert ou du preneur de la licence est simplement la propriété intellectuelle telle qu'elle existait au moment où la sûreté est devenue opposable ou cette propriété intellectuelle telle qu'elle a été améliorée par la suite (perfectionnement d'un brevet, par exemple). Généralement, les lois contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle traitent ces améliorations comme des biens distincts et non comme une partie intégrante de la propriété intellectuelle existante. Partant, le créancier garanti prudent qui souhaite que les améliorations soient grevées par la sûreté devrait, dans la convention constitutive de sûreté, décrire le bien grevé de façon que ces améliorations soient directement grevées.

F. Proposition du créancier garanti de se faire attribuer la propriété intellectuelle grevée

37. En vertu du régime de réalisation recommandé dans le *Guide*, le créancier garanti a également la faculté de proposer au constituant de se faire attribuer ses droits à titre d'exécution de l'obligation garantie. Si le constituant est propriétaire de la propriété intellectuelle, le créancier garanti pourrait lui-même devenir le propriétaire à condition que le constituant et ses créanciers ne s'y opposent pas (voir recommandations 156 à 159). Dans le cas où le propriétaire aurait donné l'autorisation d'exploiter sa propriété intellectuelle à un preneur de licence qui a acquis ses droits découlant d'un accord de licence libres des droits du créancier garanti réalisant sa sûreté, lorsque ce dernier accepte la propriété intellectuelle des mains du constituant, il acquiert celle-ci sous réserve de la licence de rang supérieur en vertu du principe *nemo dat*. Une fois qu'un créancier garanti devient le propriétaire de la propriété intellectuelle, ses droits et obligations sont régis par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle applicable. Il devrait en particulier procéder à une inscription dans le registre de la propriété intellectuelle approprié (en supposant que ces droits puissent être inscrits) pour bénéficier des droits d'un propriétaire. Enfin, le créancier garanti qui se fait attribuer la propriété intellectuelle grevée à titre d'exécution partielle ou totale de l'obligation garantie obtiendrait celle-ci libre de toute sûreté de rang inférieur, mais soumise à toute sûreté de rang supérieur (voir recommandation 161).

G. Recouvrement de redevances et droits de licence

38. Aux termes du *Guide*, lorsque le bien grevé est le droit de recevoir paiement de redevances ou d'autres droits en vertu d'un accord de licence, le créancier garanti devrait être autorisé à réaliser la sûreté en recouvrant simplement ceux-ci après défaillance et notification à la personne redevable (voir recommandation 168). Dans tous ces cas, les redevances sont, aux fins de la loi sur les opérations garanties, des créances et les droits et obligations des parties seront régis par les principes qui s'appliquent aux créances dans la Convention des Nations Unies sur la cession et dans le *Guide*. Ici encore, le créancier garanti qui a pris une sûreté sur des redevances actuelles et futures ne pourra exercer que le droit à paiement dont jouissait le constituant (donneur de licence) au moment de la réalisation de la sûreté sur la créance. En outre, sous réserve d'une disposition contraire du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (voir recommandation 4, alinéa b)), les droits du créancier garanti à percevoir des redevances l'autorisent à recevoir paiement au titre d'une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement des redevances ou à réaliser cette sûreté personnelle ou réelle d'une autre manière (voir recommandation 169).

H. Autres droits contractuels du donneur de licence

39. Outre le droit de percevoir des redevances, le donneur prévoira généralement d'autres droits contractuels dans son accord avec le preneur de licence. Il pourra s'agir, par exemple, du droit de limiter le droit du preneur de licence d'octroyer des sous-licences, d'interdire la constitution de sûretés par le preneur sur ses droits découlant de l'accord, y compris le droit de mettre fin à l'accord de licence dans certaines conditions. Le simple fait que le donneur puisse avoir constitué une sûreté sur son droit de percevoir des redevances et que ce droit soit devenu réalisable et soit réalisé par le créancier garanti n'a aucune incidence directe sur ces autres droits du donneur prévus dans l'accord de licence ou découlant du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle généralement applicable. Le donneur de licence conserve ces droits, à moins qu'ils n'aient eux-mêmes été cédés à un tiers ou inclus dans la description du bien grevé sur lequel le créancier procédant à la réalisation a obtenu une sûreté du constituant.

I. Réalisation de sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels auxquels se rattache la propriété intellectuelle

40. En principe, sauf lorsque le "principe d'épuisement" s'applique, le propriétaire de la propriété intellectuelle a la faculté de contrôler les modalités et le lieu de la vente des biens meubles corporels en rapport avec lesquels la propriété intellectuelle est utilisée (avec, bien entendu, son autorisation). Ainsi, lorsque le droit de propriété intellectuelle concerné n'a pas été épuisé, le créancier garanti devrait pouvoir disposer des biens en cas de défaillance, s'il obtient l'autorisation du propriétaire. Dans ces deux cas, on part du principe que la convention constitutive de sûreté ne grève pas la propriété intellectuelle elle-même.

41. Comme il n'existe aucune définition universelle du "principe d'épuisement" (souvent appelé "épuisement des droits" ou "principe de première vente"), l'annexe le mentionne non pas en tant que concept universel, mais tel qu'il est compris dans

chaque État adoptant. Néanmoins, lorsque ce principe s'applique conformément au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, l'idée de base est qu'un propriétaire de propriété intellectuelle perdra ou "épuisera" certains d'entre eux après leur première vente ou mise sur le marché. Par exemple, la possibilité pour le propriétaire d'une marque de contrôler les ventes en aval d'un produit portant sa marque est généralement "épuisée" après la première vente du produit. Cette règle a pour but d'exonérer une personne revendant ce produit de la responsabilité pour atteinte à la marque. Il importe néanmoins de noter que cette protection ne vaut que dans la mesure où les produits n'ont pas été modifiés au point d'être sensiblement différents de ceux provenant du propriétaire de la marque. Dans certains États, par exemple, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle interdit au revendeur de retirer ou de modifier la marque apposée sur les produits par son propriétaire.

42. Lorsqu'un produit est fabriqué au moyen d'une propriété intellectuelle faisant l'objet d'une licence accordée au constituant, le donneur peut prévoir que le preneur de la licence ne peut constituer de sûretés sur ces produits ou qu'un créancier obtenant une sûreté ne peut la réaliser que d'une manière convenue par le donneur. Dans ces deux cas, le donneur stipulera généralement dans l'accord de licence qu'il peut mettre fin à celle-ci si le constituant ou le créancier garanti viole cet accord. Pour réaliser efficacement sa sûreté sur le produit, il faudrait en conséquence, que le créancier garanti obtienne le consentement du propriétaire/donneur de licence conformément à l'accord de licence et au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle et sous réserve, en particulier, de l'application du principe d'épuisement.

43. Si le créancier garanti souhaite également obtenir une sûreté sur la propriété intellectuelle elle-même (y compris, dans la mesure où le constituant a le droit de vendre celle-ci ou de la mettre sous licence, le droit de vente ou de concession de licences), il lui faudrait désigner expressément cette propriété intellectuelle comme bien grevé dans la convention constitutive de sûreté conclue avec le propriétaire de la propriété intellectuelle. Ici, le bien grevé n'est pas le produit fabriqué au moyen de la propriété intellectuelle, mais la propriété intellectuelle elle-même (ou l'autorisation de fabriquer des biens meubles corporels au moyen de la propriété intellectuelle). Un créancier garanti prudent obtiendra généralement une sûreté sur cette propriété intellectuelle de façon à pouvoir poursuivre la production de produits partiellement achevés.

J. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur les droits d'un preneur de licence

44. Dans la discussion ci-dessus, on est parti du principe que le constituant de la sûreté était le propriétaire de la propriété intellectuelle. Le bien grevé était la propriété intellectuelle elle-même, le droit du propriétaire/donneur de licence de percevoir des redevances et d'autres droits, ou le droit du propriétaire/donneur de licence d'exécuter d'autres clauses contractuelles relatives à la propriété intellectuelle. Ce n'est que dans l'examen des sûretés constituées sur des biens meubles corporels produits au moyen de la propriété intellectuelle (section I) que les droits du propriétaire/donneur de licence et ceux du preneur de la licence ont été traités ensemble. Cependant, la plupart des questions traitées dans les sections C à H valent également dans les cas où le bien grevé n'est pas la propriété intellectuelle elle-même, mais les droits d'un preneur de licence (ou de sous-licence) naissant

d'un accord de licence (ou de sous-licence). Dans le cas où le bien grevé n'est autre qu'une licence, le créancier garanti ne peut évidemment réaliser sa sûreté que sur les droits du preneur de la licence, et ne peut le faire qu'en respectant les clauses de l'accord de licence.

45. Lorsque le constituant est un preneur de licence, en cas de défaillance de sa part, le créancier garanti aura le droit de réaliser sa sûreté sur la licence et de disposer de la licence en la transférant, à condition que le donneur de licence y consente ou que la licence soit transférable, ce qui est rarement le cas. De même, le créancier qui réalise sa sûreté peut accorder une sous-licence, à condition que le donneur y consente ou que le constituant-preneur de licence ait, aux termes de l'accord de licence, le droit d'accorder des sous-licences. Lorsque le créancier garanti propose à un constituant/preneur de licence de se faire attribuer la licence à titre d'exécution partielle ou totale de l'obligation garantie et que ni le constituant, ni les autres parties intéressées (le donneur de licence, par exemple) ne s'y opposent (et que l'accord de licence n'interdit pas le transfert de la licence), il devient propriétaire de la licence conformément aux clauses de l'accord de licence conclu entre le preneur et le donneur. Comme dans le cas d'un bénéficiaire de transfert ou d'un preneur de licence qui acquiert la propriété intellectuelle après un acte de disposition d'un créancier garanti, le preneur de licence/créancier garanti qui accepte la licence à titre d'exécution partielle ou totale de l'obligation garantie devrait procéder à une inscription dans le registre de la propriété intellectuelle approprié pour jouir de ses droits en tant que preneur de licence. En admettant que le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle permette d'enregistrer des licences, cet enregistrement pourrait être une condition de l'efficacité des droits du preneur de licence, ou tout simplement servir à des fins d'information.

46. Lorsque le bien grevé est le droit du donneur de sous-licence de recevoir paiement des redevances en vertu d'un accord de sous-licence, le créancier garanti est autorisé à traiter ce bien comme une créance. Cela signifie qu'il peut recouvrer les redevances dans la mesure où celles-ci étaient dues au constituant/donneur de la sous-licence au moment de la réalisation de la sûreté sur la créance. Si la réalisation de la sûreté grevant le droit de recevoir paiement des redevances dues par un preneur de sous-licence constituait une violation de l'accord de licence, le créancier garanti ne pourrait réaliser sa sûreté sur aucune des créances qui naîtraient après cette violation.

47. Lorsque le bien grevé est un autre droit contractuel stipulé dans l'accord de sous-licence, le créancier garanti peut réaliser sa sûreté sur ce droit contractuel comme s'il s'agissait de tout autre bien grevé, et le fait que le donneur de licence puisse avoir mis fin à la licence pour l'avenir ou puisse avoir lui-même fait valoir un droit antérieur de percevoir les redevances dues au titre de la sous-licence n'a aucune incidence directe sur le droit qu'a le créancier garanti de réaliser sa sûreté sur ces autres droits contractuels énoncés dans l'accord de licence.

48. Les droits acquis par le bénéficiaire du transfert de la licence, par le preneur de la sous-licence en cas d'acte de disposition du créancier garanti ou par un créancier garanti qui se fait attribuer la licence à titre d'exécution totale ou partielle de l'obligation garantie pourront être fortement limités par les clauses de l'accord de licence. Un preneur de licence non exclusive, par exemple, ne pourra pas faire valoir la propriété intellectuelle à l'encontre d'un autre preneur de licence non exclusive ou d'une personne portant atteinte à la propriété intellectuelle. Seul le

donneur de licence (ou le propriétaire) pourra le faire, bien que dans certains États, les preneurs de licence exclusive soient autorisés à se joindre au donneur de licence en tant que parties à l'action. En outre, en fonction des clauses de l'accord de licence et de la description du bien grevé dans la convention constitutive de sûreté, le bénéficiaire du transfert de la licence ne pourra pas avoir accès à des informations telles que le code source. Pour assurer l'efficacité de la licence transférée ou donnée en sous-licence, il faudra que la convention constitutive de sûreté inclue ces droits dans la description des biens grevés par le constituant/preneur de licence, dans la mesure où l'accord de licence et la loi pertinente l'autorise à grever ces droits également.

A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant le projet d'annexe au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties traitant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa quinzième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

X. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle 1-21

A. Loi applicable aux aspects réels 1-20

B. Loi applicable aux questions contractuelles 21

XI. Incidence de l'insolvabilité du donneur ou preneur de licence de propriété intellectuelle sur une sûreté réelle mobilière grevant ses droits découlant d'un accord de licence 22-40

A. Remarques générales 22-27

B. Insolvabilité du donneur de licence 28-36

C. Insolvabilité du preneur de licence 37-40

Appendice . . . .

X. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 1 à 21, voir A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, par. 90 à 98, A/CN.9/667, par. 124 à 128, A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, par. 53 à 57, et A/CN.9/649, par. 77 à 80.*]

A. Loi applicable aux aspects réels

1. Dans de nombreux États, la règle de conflit de lois qui régit les sûretés réelles mobilières grevant des biens meubles incorporels s'applique aussi aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle. De même, les règles de conflit de lois recommandées dans le *Guide* pour les sûretés sur des biens meubles incorporels s'appliquent également aux sûretés sur la propriété intellectuelle.

2. Ainsi, si un État adopte les recommandations du *Guide* relatives au conflit de lois sans modifier quoi que ce soit en matière de propriété intellectuelle, la loi du lieu de situation du constituant s'appliquerait à la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle (voir recommandations 208 et 218, al. b)). Le lieu de situation du constituant est

défini comme étant le lieu où s'exerce son administration centrale, c'est-à-dire son siège réel par opposition à son siège statutaire (voir recommandation 219). Il est évident que l'alinéa b) de la recommandation 4 s'appliquerait également et donnerait préséance à toute règle sur la loi applicable régissant de façon spécifique la propriété intellectuelle dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

3. L'approche fondée sur la loi du lieu de situation du constituant a pour principal avantage de soumettre la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation d'une sûreté à une loi unique. Ainsi, par exemple, un créancier garanti qui prend une sûreté sur tous les biens meubles incorporels présents et futurs (y compris la propriété intellectuelle) d'un constituant pourrait obtenir cette sûreté, la rendre opposable, en assurer la priorité et la réaliser en se référant à la loi d'un seul État, même si les biens ont des liens avec plusieurs États. En particulier, les frais d'inscription et de recherche seraient réduits dans la plupart des cas, puisqu'un créancier garanti voulant procéder à une inscription et une personne souhaitant effectuer une recherche n'auraient à le faire que dans l'État où est situé le constituant. Le coût des opérations s'en trouverait diminué et la sécurité renforcée, résultat susceptible d'avoir un effet bénéfique sur l'offre et le coût du crédit.

4. Toutefois, les conventions internationales qui protègent la propriété intellectuelle adoptent généralement le principe de territorialité. Il s'ensuit que, dans de nombreux États, la loi applicable à la propriété des droits de propriété intellectuelle est celle de l'État où la protection est revendiquée (*lex protectionis*), alors que la loi applicable aux questions contractuelles est la loi du contrat elle-même (*lex contractus*). Par conséquent, la loi applicable aux questions de protection des droits de propriété intellectuelle dans chaque pays concerné (par exemple les droits d'un propriétaire de la propriété intellectuelle par rapport à ceux d'un preneur de licence dans un pays particulier) est la *lex protectionis*. Un exemple courant est celui d'une licence sur une œuvre protégée par le droit d'auteur qui est normalement transmise au-delà des frontières nationales par satellite.

5. Même si les précédents concernant l'application de la *lex protectionis* aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle sont très rares, une règle de conflit de lois régissant ces sûretés doit tenir compte de cette *lex protectionis* puisque ce type de sûreté ne pourrait être constituée, rendue opposable et réalisée dans un pays où le droit de propriété intellectuelle grevé n'existe pas. Cette prise en compte serait nécessaire en particulier dans la mesure où le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle peut traiter un créancier garanti comme un bénéficiaire de transfert. En tout état de cause, si une approche fondée sur la loi du lieu de situation du constituant était suivie, en cas de conflit de priorité entre les droits d'un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur la propriété intellectuelle et le droit de propriété d'un bénéficiaire de transfert pur et simple de la propriété intellectuelle grevée, cette approche ne renverrait pas à une loi unique pour résoudre un tel conflit, du fait que les transferts purs et simples resteraient régis par la *lex protectionis*.

6. Comme évoqué plus haut, afin qu'un créancier garanti puisse obtenir une sûreté efficace et réalisable sur un droit de propriété intellectuelle conformément à la loi d'un État, ce droit de propriété intellectuelle doit exister en vertu de la loi de cet État. Ainsi, le principal avantage de la *lex protectionis* est que, compte tenu du principe de territorialité adopté dans les conventions internationales sur la

protection de la propriété intellectuelle, la même loi s'appliquerait aux sûretés réelles mobilières et aux droits de propriété sur la propriété intellectuelle.

7. Toutefois, l'approche fondée sur la *lex protectionis* en tant que loi applicable pour les sûretés réelles mobilières présente aussi des inconvénients, en particulier dans les opérations où les biens grevés ne sont pas limités à la propriété intellectuelle utilisée et protégée conformément à la loi d'un seul État. Les avantages et les inconvénients des deux approches évoquées précédemment peuvent être illustrés par les exemples suivants traitant successivement de la constitution, de l'opposabilité, de la priorité et de la réalisation.

8. Le propriétaire de la propriété intellectuelle A situé dans l'État X constitue, par une convention unique, une sûreté sur son portefeuille de brevets, de marques et de droits d'auteur protégés par les lois des États X et Y au profit du créancier garanti 1 situé dans l'État Y. Selon l'approche fondée sur la loi du lieu de situation du constituant, le propriétaire A et le créancier garanti 1 doivent, pour constituer la sûreté (c'est-à-dire pour qu'elle devienne efficace entre eux), remplir les conditions fixées par l'État X. Selon l'approche fondée sur la *lex protectionis*, ils doivent satisfaire aux conditions de constitution prévues par l'État X pour les droits protégés par les lois de cet État et aux conditions imposées par l'État Y pour les droits protégés par les lois de cet État. À défaut, il se peut que la convention constitutive ne remplisse qu'une partie de ses objectifs, à savoir emporter constitution d'une sûreté conformément à la loi de l'État X, mais non constitution d'une sûreté conformément à la loi de l'État Y.

9. Lorsque les différences entre les lois des États X et Y en matière de constitution des sûretés concernent uniquement la forme (par exemple, lorsque l'État X, qui n'a pas adopté les recommandations du *Guide*, impose plus de formalités pour la convention constitutive que l'État Y, qui lui les a adoptées), cette difficulté peut être surmontée en établissant la convention de sorte qu'elle satisfasse aux conditions de l'État le plus exigeant, ce qui augmentera cependant le coût de l'opération. Lorsque les États X et Y ont des exigences contradictoires en matière de formalités, cette solution ne suffira toutefois pas. De même, si la convention prévoit la constitution de sûretés sur de multiples droits de propriété intellectuelle présents et futurs, les difficultés sont insurmontables lorsque certains États concernés ont adopté les recommandations du *Guide* (permettant la constitution de sûretés sur plusieurs biens présents et futurs par une convention unique) alors que d'autres n'autorisent pas la constitution d'une sûreté sur des biens qui n'existent pas encore ou dont le constituant n'est pas encore propriétaire ou ne permettent pas de grever de multiples biens par une seule et même convention. Étant donné que la notion de constitution d'une sûreté désigne son efficacité entre le constituant et le créancier garanti (et non à l'égard des tiers), il ne semble pas que le principe sur lequel repose la *lex protectionis* impose de soumettre la constitution d'une sûreté à cette loi.

10. Selon l'approche fondée sur la loi du lieu de situation du constituant, il suffirait au créancier garanti 1 de satisfaire aux conditions d'opposabilité imposées par l'État X pour rendre sa sûreté opposable. Tout créancier potentiel du propriétaire de la propriété intellectuelle A pourrait se contenter d'effectuer une recherche dans le registre approprié de l'État X. Par contre, selon l'approche fondée sur la *lex protectionis*, ce créancier garanti devrait remplir les conditions d'opposabilité des États X et Y pour rendre sa sûreté sur les droits de propriété intellectuelle opposable dans ces États. Pour ce faire, il lui faudrait probablement inscrire plusieurs avis relatifs à la sûreté dans les registres appropriés de ces États, et les créanciers

potentiels seraient tenus d'effectuer des recherches dans chacun d'entre eux. Cet inconvénient serait évidemment atténué s'il existait un registre international dans lequel il serait possible d'inscrire des avis relatifs aux sûretés dont l'opposabilité est régie par différents États. Cette situation pourrait se compliquer encore si certains de ces États prévoyaient l'inscription des avis dans le registre général des sûretés, si d'autres permettaient l'inscription dans un registre spécialisé et si d'autres encore utilisaient un registre de la propriété intellectuelle imposé conformément à l'alinéa b) de la recommandation 4. Toutefois, si le créancier garanti 1 doit inscrire un avis relatif à sa sûreté dans un registre des brevets, cette inscription n'est possible que dans le registre de l'État où le brevet est enregistré, et non dans le registre de l'État Z dans lequel le brevet n'est pas protégé.

11. Si le propriétaire A constitue une autre sûreté sur son brevet et ses marques protégés dans l'État Y au profit du créancier garanti 2, un conflit de priorité naîtra entre les sûretés du créancier garanti 1 et du créancier garanti 2 grevant les brevets et les marques protégés dans l'État Y. Selon l'approche fondée sur la loi du lieu de situation du constituant, ce conflit de priorité serait régi par la loi de l'État dans lequel est situé le constituant, c'est-à-dire l'État X. Selon l'approche fondée sur la *lex protectionis*, ce conflit serait en revanche régi par les lois de l'État Y. En particulier dans les situations où l'opposabilité est assurée par inscription dans un registre spécialisé, l'État dans lequel le droit de propriété intellectuelle est enregistré serait l'État dont la loi conviendrait le mieux pour résoudre les conflits de priorité.

12. Un autre exemple permettra de comprendre comment la loi du lieu de situation du constituant s'appliquera en cas de transferts successifs de la propriété lorsque l'auteur du transfert et chacun des bénéficiaires constituent des sûretés. A, qui est situé dans l'État X, est propriétaire d'un brevet dans cet État. Il constitue une sûreté sur le brevet au profit du créancier garanti 1, puis transfère le brevet à B, qui est situé dans l'État Y et qui constitue une sûreté au profit du créancier garanti 2. C'est la loi de l'État X, loi du lieu de situation du constituant, qui détermine si le bénéficiaire B obtient le brevet grevé de la sûreté du créancier garanti 1. Si B prend le brevet soumis à la sûreté, alors le créancier garanti 2 ne peut acquérir plus de droits que B n'en avait. Si ce dernier cède le brevet à C, qui est situé dans l'État Z et qui constitue une sûreté au profit du créancier garanti 3, le bénéficiaire C et le créancier garanti 3 ne peuvent acquérir plus de droits que B n'en avait.

13. Dans l'exemple mentionné au paragraphe précédent, si le constituant A est situé dans l'État X et si le brevet est protégé dans l'État Y, l'application de la loi du lieu de situation du constituant ne permettra pas au créancier garanti 1 d'obtenir une sûreté efficace ayant priorité sur les droits du bénéficiaire du transfert parce que le brevet n'existe pas dans l'État X. Seule l'application de la *lex protectionis* permettra à ce créancier d'obtenir sur le brevet une sûreté efficace ayant priorité sur les droits du bénéficiaire B du transfert.

14. Enfin, si le propriétaire de la propriété intellectuelle A fait affaire dans les États X, Y et Z et utilise une marque particulière conformément à la loi de chacun des États, il est fort probable que les droits attachés à la marque aient plus de valeur pris ensemble que séparément parce qu'ils forment un tout. Ainsi, si A consent une sûreté sur ces droits, le créancier garanti 1 préfèrera probablement disposer de ces derniers dans leur ensemble en cas de défaillance de A car il en retirerait sans doute un produit plus important (ce qui profiterait également à A). Mais ceci risque de s'avérer difficile, voire impossible, si les États X, Y et Z soumettent la disposition

des droits de propriété intellectuelle, en tant que biens grevés, à des règles différentes. Si l'État X autorise la disposition judiciaire alors que les États Y et Z autorisent la disposition non judiciaire par le créancier garanti, il risque d'être impossible de disposer des droits attachés à la marque par une opération unique. Cependant, même si tous les États concernés autorisent la disposition non judiciaire, les différences dans les procédures exigées peuvent rendre la disposition des droits dans une opération unique au mieux inefficace.

15. En outre, la réalisation d'une sûreté ne se fait pas en une seule fois; il s'agit au contraire d'une série d'actes. Ainsi, si A est défaillant, le créancier garanti 1, qui est situé dans l'État Y, peut aviser A, situé dans l'État X, que la sûreté grevant son droit attaché à la marque protégé par les lois de l'État Z est défaillante. Le créancier peut ensuite informer le public de la disposition de ce droit dans les États X, Y et Z ; il peut même le faire dans le monde entier à l'aide d'Internet. Il peut ensuite trouver un acheteur situé dans l'État Z, qui achète le bien grevé conformément à un contrat régi par les lois de l'État X. Selon l'approche fondée sur la *lex protectionis*, le créancier garanti 1 devrait réaliser sa sûreté sur la marque protégée dans l'État X en accord avec la loi de cet État, sa sûreté sur la marque protégée dans l'État Y en accord avec la loi de cet État et sa sûreté sur la marque protégée dans l'État Z en accord avec la loi de cet État. Selon l'approche fondée sur la loi du lieu de situation du constituant, la réalisation de la sûreté sur la marque serait régie par la loi de l'État dans lequel le constituant, à savoir A, exerce son administration centrale. Bien entendu, quelle que soit l'approche suivie, si le créancier garanti 1 vend la marque grevée, le bénéficiaire du transfert doit enregistrer ses droits dans le registre des marques de l'État où la marque est enregistrée et protégée, c'est-à-dire les États X, Y et Z.

16. Un autre exemple encore permettra d'illustrer l'importance de l'approche fondée sur la *lex protectionis*. Dans l'exemple précédent, il se peut que les brevets de A aient été délivrés uniquement dans l'État Y et non dans l'État X. Conformément à la loi de ce dernier (l'État où se situe le constituant), pour qu'une sûreté sur un brevet soit opposable, elle doit être inscrite dans le registre national des brevets. Si l'État Y prévoit une règle fondée sur la loi du lieu de situation du constituant (renvoyant à la loi de l'État X) pour déterminer l'opposabilité et la priorité d'une sûreté, alors A ne pourrait pas accorder à B de sûreté efficace et réalisable sur ses brevets dans l'État Y parce que, dans l'État X, le brevet n'est pas protégé et qu'il n'est pas possible d'inscrire une sûreté sur un brevet inexistant. S'il était situé dans l'État Y, le constituant A pourrait accorder une telle sûreté à B parce que, dans cet État, le brevet existe et qu'une sûreté peut être inscrite dans le registre des brevets. Cet exemple montre que la propriété intellectuelle n'existe pas "dans l'abstrait", mais qu'elle est un droit né *ex lege* s'inscrivant dans un système juridique national particulier, qui doit nécessairement assurer sa reconnaissance et son opposabilité à l'intérieur des frontières d'un pays.

17. Lorsque le constituant A, situé dans l'État X, consent une sûreté sur un brevet enregistré auprès de l'office national des brevets de l'État Y et que, par la suite, il devient insolvable, la loi applicable à la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation de la sûreté sera la loi de l'État X ou Y, selon que l'État du for a adopté l'approche fondée sur la loi du lieu de situation du constituant ou celle fondée sur la *lex protectionis*. Dans le *Guide*, l'application de ces lois est soumise à la *lex fori concursus* pour des questions telles que l'annulation, le traitement des créanciers garantis, le classement des créances ou la répartition du produit (voir recommandation 223). Lorsque la procédure d'insolvabilité est ouverte dans

l'État X où se situe le constituant, la *lex fori concursus* et la loi du lieu de situation du constituant seront la loi d'un seul et même État. Mais il n'en sera pas nécessairement ainsi lorsque la procédure d'insolvabilité est ouverte dans un autre État où, par exemple, le constituant a des biens.

18. Afin d'allier le respect de la loi applicable aux droits de propriété et l'avantage découlant de l'application d'une loi unique pour les questions relatives aux sûretés, on pourrait combiner la *lex protectionis* avec la loi du lieu de situation du constituant de sorte que la constitution et la réalisation d'une sûreté pourraient relever de la deuxième et l'opposabilité et la priorité de la première.

19. D'autres possibilités de combiner les deux approches existent. Par exemple, l'approche fondée sur la loi du lieu de situation du constituant pourrait faire l'objet d'une dérogation permettant à la *lex protectionis* de régir un conflit de priorité impliquant les droits d'un bénéficiaire de transfert pur et simple. Avec cette dérogation, un créancier garanti devrait également établir son droit en vertu de la *lex protectionis* uniquement lorsque la concurrence avec le bénéficiaire d'un transfert pur et simple pose problème. Dans le cas classique où l'insolvabilité du constituant est le principal problème, il suffirait au créancier garanti de s'en remettre à la loi de l'État dans lequel le constituant est situé, comme pour d'autres types de biens meubles incorporels (créances, par exemple). L'inconvénient de cette approche serait que les créanciers garantis devraient dans tous les cas établir leurs droits conformément à la *lex protectionis* pour rester prioritaires sur d'éventuels bénéficiaires de transferts purs et simples.

20. Une autre dérogation consisterait à ne renvoyer à la *lex protectionis* que lorsque cette loi dispose que la propriété intellectuelle concernée peut être inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle. Cette dérogation pourrait, cependant, être insatisfaisante pour les bénéficiaires d'un transfert pur et simple d'une propriété intellectuelle non enregistrable en vertu de la *lex protectionis*. Il leur faudrait étudier la loi du lieu de situation du constituant pour vérifier que leur transfert n'est pas soumis à une sûreté antérieure. Cette approche ne permettrait pas de déterminer la loi applicable de façon suffisamment sûre.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les variantes suivantes:*

Variante A

La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle est la loi de l'État [ou de la région] dans lequel [laquelle] la propriété intellectuelle est protégée.

Variante B

La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel le constituant est situé. En revanche, la loi applicable à l'opposabilité et à la priorité d'une telle sûreté est la loi de l'État [ou de la région] dans lequel [laquelle] la propriété intellectuelle est protégée.

Variante C

La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel le constituant est situé. Toutefois, la loi applicable à un conflit de priorité avec le droit d'un bénéficiaire de transfert ou d'un preneur de licence est la loi de l'État [ou de la région] dans lequel [laquelle] la propriété intellectuelle est protégée.

B. Loi applicable aux questions contractuelles

21. Les droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti concernant la sûreté peuvent être déterminés librement par les parties. En l'absence de choix par ces dernières, la loi applicable à ces questions pourrait être celle qui régit la convention constitutive de sûreté (voir recommandation 216).

XI. Incidence de l'insolvabilité du donneur ou preneur de licence de propriété intellectuelle sur une sûreté réelle mobilière grevant ses droits découlant d'un accord de licence

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) a élaboré le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité (ci-après le "Guide sur l'insolvabilité"), lequel a ensuite été adopté par la CNUDCI le 25 juin 2004 et entériné par l'Assemblée générale le 2 décembre 2004. Le Groupe de travail VI (Sûretés) a quant à lui élaboré le Guide législatif sur les opérations garanties (le "Guide sur les opérations garanties"), qui a été adopté par la Commission le 14 décembre 2007 et entériné par l'Assemblée générale le 11 décembre 2008.*

Tout au long de la préparation des deux Guides, les Groupes de travail V et VI ont œuvré en étroite coordination de sorte à assurer non seulement la compatibilité mais également la cohérence entre les deux produits finaux. Ils ont ainsi tenu deux sessions conjointes afin d'examiner et de régler des questions d'intérêt commun. Le Guide sur l'insolvabilité et le Guide sur les opérations garanties sont donc pleinement compatibles.

Les Groupes de travail V et VI ont également coordonné leurs activités lors de la préparation du projet d'annexe au Guide sur les opérations garanties traitant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle. L'objectif a été ce faisant de préserver l'intégrité des Guides existants et de fournir si nécessaire un texte explicatif en vue de l'élaboration du projet d'annexe. La présente note a été établie à la demande des deux Groupes.

Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si les paragraphes 1 à 4 ci-après (qui ont été dûment modifiés et complétés par des références à d'autres délibérations des Groupes de travail V et VI) devraient figurer dans la partie retraçant l'historique du projet d'annexe (voir A/CN.9/WG.VI/WP.37, par. 1 à 8). Il voudra peut-être noter que l'historique du Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties apparaît dans une préface (et non au chapitre XII consacré à l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière).

1. À sa treizième session (New York, 19-23 mai 2008), le Groupe de travail VI était saisi d'une note du Secrétariat intitulée "Sûretés réelles mobilières grevant des droits de propriété intellectuelle" (A/CN.9/WG.VI/WP.33 et Add.1). Cette note examinait brièvement des questions relatives à l'insolvabilité. À cette session, le Groupe de travail a décidé de revenir sur ces questions à une prochaine réunion et de recommander à la Commission que le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) soit prié de les étudier (voir A/CN.9/649, par. 103).

2. À sa quarante et unième session (New York, 16 juin-3 juillet 2008), la Commission, prenant note de la décision du Groupe de travail VI, est convenue qu'il faudrait informer le Groupe de travail V des questions touchant aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle dans lesquelles intervenait la loi sur l'insolvabilité et l'inviter à exprimer un avis préliminaire (voir A/63/17, par. 326).

3. À sa quatorzième session (Vienne, 20-24 octobre 2008), le Groupe de travail VI a soumis au Groupe de travail V certaines questions touchant à l'incidence de l'insolvabilité sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/667, par. 129 à 143).

4. À sa trente-cinquième session (Vienne, 17-21 novembre 2008), le Groupe de travail V a examiné les questions touchant à la loi sur l'insolvabilité que lui avait soumises le Groupe de travail VI pour insertion dans le projet d'annexe et a confirmé que les réponses fournies dans le tableau figurant à la fin du document A/CN.9/667 décrivaient de façon exacte l'effet du Guide sur l'insolvabilité. Il a été proposé à cet égard de faire figurer ces considérations dans un éventuel commentaire. Concernant le fait qu'un preneur de licence puisse, comme l'y autorisent certaines lois, continuer d'exercer ses droits découlant de l'accord de licence bien que ce dernier ait été rejeté par le représentant de l'insolvabilité du donneur de la licence, le Groupe de travail est convenu qu'il n'était pas à même d'examiner la question de façon satisfaisante sans une meilleure compréhension du contenu et de la portée des enjeux. Il a demandé au Secrétariat de préparer, pour qu'il l'examine à sa prochaine session, un document de travail présentant l'historique des débats sur le traitement des contrats qui avaient eu lieu lors de l'élaboration du Guide sur l'insolvabilité et les recommandations qui avaient été adoptées. Le Groupe de travail V est parvenu à la même conclusion sur la question de savoir si un créancier garanti pouvait demander au représentant de l'insolvabilité du donneur de licence ou au tribunal de l'insolvabilité de fixer un délai dans lequel le représentant devrait décider s'il poursuivait ou rejetait l'accord de licence et de programmer une audience spéciale devant le tribunal pour le règlement de tout litige (voir A/CN.9/666, 112 à 117).]

A. Remarques générales

22. Un donneur ou un preneur de licence de propriété intellectuelle dans le cadre d'un accord de licence peut constituer une sûreté réelle mobilière sur les droits dont il jouit en vertu de cet accord. Si le donneur est le constituant, son créancier garanti aura généralement une sûreté sur le droit de recevoir paiement des redevances dues par le preneur de même que sur le droit de faire respecter les clauses non monétaires de l'accord de licence et sur celui de mettre fin à l'accord en cas de manquement. Si le preneur est le constituant, son créancier garanti aura généralement une sûreté sur le droit d'utiliser la propriété intellectuelle mise sous licence dans le cadre de l'accord (sous réserve des conditions de cet accord), mais non sur la propriété

intellectuelle elle-même. Le créancier garanti peut ensuite accomplir les formalités nécessaires pour rendre la sûreté opposable (voir Guide sur les opérations garanties, recommandation 29).

23. La loi sur l'insolvabilité respectera généralement l'efficacité de cette sûreté sous réserve des actions en annulation (voir Guide sur l'insolvabilité, recommandation 88). Elle respectera aussi, sous réserve d'exceptions limitées au minimum et clairement énoncées, la priorité d'une sûreté qui est opposable (voir Guide sur les opérations garanties, recommandations 238 et 239). Cependant, si le donneur ou le preneur de la licence fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité, cette dernière peut avoir des effets sur les droits des parties à l'accord de licence, qui se répercuteront sur une sûreté réelle mobilière qu'il aura consentie. Dans une chaîne d'accords de licence et de sous-licence, l'insolvabilité de l'une des parties dans cette chaîne aura une incidence sur plusieurs autres parties de cette même chaîne et sur leurs créanciers garantis (par exemple l'insolvabilité d'une partie se trouvant au milieu de la chaîne aura un impact sur les preneurs et donneurs de sous-licences en aval mais non sur ceux qui se trouvent en amont).

24. En dehors de l'insolvabilité, des dispositions légales ou contractuelles peuvent limiter la possibilité pour le donneur et le preneur de licence de consentir et de réaliser une sûreté sur le droit de recevoir paiement des redevances (en d'autres termes une créance). La loi sur les opérations garanties n'aura généralement aucune incidence sur les limitations légales, sauf essentiellement si elles ont trait aux créances futures en tant que telles. Elle peut en revanche avoir une incidence sur les limitations contractuelles (voir Guide sur les opérations garanties, recommandations 18 et 23 à 25). Il revient à la loi sur l'insolvabilité de déterminer quel effet peut avoir, le cas échéant, une procédure d'insolvabilité sur ces limitations à la cession de créances indépendamment de la loi sur les opérations garanties (voir Guide sur l'insolvabilité, recommandations 83 à 85).

25. Le Guide sur l'insolvabilité contient des recommandations détaillées concernant l'incidence d'une procédure d'insolvabilité sur les contrats dans lesquels ni le débiteur ni son cocontractant n'ont pleinement exécuté leurs obligations contractuelles respectives (voir Guide sur l'insolvabilité, recommandations 69 à 86). Un accord de licence pourrait entrer dans cette catégorie de contrats s'il n'a pas été pleinement exécuté par les deux parties et s'il n'est pas venu à échéance (de sorte que le donneur est encore redevable d'obligations). Il n'entre en revanche pas dans cette catégorie s'il a été pleinement exécuté par le preneur moyennant paiement anticipé du montant total des redevances dues au donneur, ce qui peut être le cas pour un accord de licence exclusive, et en l'absence d'obligations continues de la part du donneur. Le débiteur insolvable pourrait être le donneur (qui doit au preneur le droit d'utiliser la propriété intellectuelle mise sous licence conformément à l'accord de licence) ou le preneur (tenu de payer les redevances et d'utiliser la propriété intellectuelle mise sous licence conformément à l'accord de licence).

26. Les recommandations du Guide sur l'insolvabilité prévoient que le représentant de l'insolvabilité peut décider de poursuivre ou de rejeter un accord de licence dans son intégralité s'il n'a pas été pleinement exécuté par les deux parties (voir Guide sur l'insolvabilité, recommandations 72 et 73). Dans le cas d'un accord de licence unique, sa poursuite ou son rejet par le représentant de l'insolvabilité de l'une des parties aura une incidence sur les droits de l'autre partie. Dans une chaîne d'accords de licence et de sous-licence, la poursuite ou le rejet aura un impact sur les droits de toutes les parties se trouvant en amont. Enfin, dans le cas d'accords de

licences réciproques (dans lesquels le donneur octroie une licence, le preneur développe ensuite le produit mis sous licence puis octroie au donneur une licence sur ce produit), la poursuite ou le rejet aura une incidence sur chaque partie, dans sa qualité aussi bien de donneur que de preneur de licence.

27. Si le représentant de l'insolvabilité décide de poursuivre un accord de licence qui n'a pas été pleinement exécuté par les deux parties et qui a été violé par le débiteur insolvable (donneur ou preneur de licence), le manquement doit être réparé, le cocontractant non défaillant retrouver pour l'essentiel la situation économique qui était la sienne avant le manquement et le représentant de l'insolvabilité être en mesure de s'acquitter de l'accord (voir Guide sur l'insolvabilité, recommandation 79). Dans ce cas, la procédure d'insolvabilité n'aura aucune incidence sur la situation juridique d'une sûreté réelle mobilière consentie par le donneur ou le preneur de licence. En revanche, si le représentant de l'insolvabilité décide de rejeter l'accord de licence, la sûreté octroyée par le donneur ou le preneur en subira des conséquences (pour bien comprendre le traitement des contrats en cas d'insolvabilité, le lecteur peut se reporter au texte du Guide sur l'insolvabilité).

B. Insolvabilité du donneur de licence

28. Si le représentant de l'insolvabilité du donneur de licence décide de poursuivre l'exécution d'un accord de licence, cette décision n'aura pas d'impact sur une sûreté réelle mobilière consentie par le donneur ou par le preneur. Si le donneur est le débiteur insolvable et a octroyé une sûreté sur ses droits découlant de l'accord de licence, et si son représentant de l'insolvabilité décide de poursuivre cet accord, celui-ci sera maintenu, le preneur restera tenu de verser des redevances au titre de l'accord et le créancier garanti du donneur restera titulaire d'une sûreté sur les versements de ces redevances. En cas d'insolvabilité du donneur de licence toujours, si le preneur a consenti une sûreté sur ses droits découlant de l'accord de licence, le donneur restera tenu de l'autoriser à utiliser sans restriction la propriété intellectuelle mise sous licence dans le cadre de l'accord et le créancier garanti du preneur restera titulaire d'une sûreté sur les droits du preneur découlant de l'accord.

29. Par contre, si le représentant de l'insolvabilité du donneur décide de rejeter l'accord de licence, cette décision aura une incidence sur une sûreté réelle mobilière consentie par le donneur ou le preneur. Si le donneur a constitué une sûreté sur ses droits découlant de l'accord de licence, ce dernier n'aura plus effet et le preneur ne sera plus tenu de payer de redevances au titre de l'accord, si bien que le créancier garanti du donneur ne pourra plus affecter de redevances à l'exécution de l'obligation garantie. En cas d'insolvabilité du donneur de licence toujours, si le preneur a constitué une sûreté sur ses droits découlant de l'accord de licence, il ne sera plus autorisé à utiliser la propriété intellectuelle mise sous licence et son créancier garanti perdra sa sûreté sur le bien grevé (à savoir le droit pour le preneur d'utiliser la propriété intellectuelle en question).

30. Dans la pratique, un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur les droits du donneur découlant d'un accord de licence peut se protéger des conséquences du rejet de l'accord par le représentant de l'insolvabilité du donneur, par exemple, en obtenant (et en rendant opposables) non seulement une sûreté sur les droits du donneur découlant de l'accord (principalement les redevances), mais également une sûreté sur la propriété intellectuelle elle-même. Ainsi, si le représentant de l'insolvabilité rejette l'accord de licence, le créancier garanti (sous réserve de l'arrêt

des poursuites et de toute autre limite imposée par la loi sur l'insolvabilité à la réalisation des sûretés réelles mobilières dans le cadre de la procédure d'insolvabilité) peut réaliser sa sûreté sur la propriété intellectuelle mise sous licence en disposant de celle-ci ou en concluant, avec un nouveau preneur, un nouvel accord de licence similaire à celui qui a été rejeté, et en rétablissant ainsi le flux de redevances (voir recommandation 149 du Guide sur les opérations garanties). Les montants tirés de la disposition de la propriété intellectuelle grevée ou les redevances reçues au titre de ce nouvel accord de licence seraient ensuite versés au créancier garanti conformément aux recommandations 152 à 155 du Guide sur les opérations garanties. Dans les faits, toutefois, ce type d'arrangement ne serait intéressant que pour des accords de licence importants.

31. De même, un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur les droits du preneur découlant d'un accord de licence peut essayer de se protéger des conséquences du rejet de cet accord par le représentant de l'insolvabilité du donneur, par exemple, en refusant d'octroyer le prêt garanti à moins que le preneur n'obtienne et ne rende opposable une sûreté sur la propriété intellectuelle mise sous licence pour garantir ses droits découlant de l'accord de licence. De cette façon, si le représentant de l'insolvabilité du donneur rejette l'accord de licence, le preneur (sous réserve de l'arrêt des poursuites et de toute autre limite imposée par la loi sur l'insolvabilité à la réalisation des sûretés réelles mobilières dans le cadre de la procédure d'insolvabilité) peut réaliser la sûreté sur la propriété intellectuelle mise sous licence en disposant de celle-ci ou en concluant un nouvel accord de licence avec un nouveau donneur, les droits ainsi obtenus constituant un produit sur lequel le créancier garanti détiendrait une sûreté. Dans les faits, ce type d'arrangement ne serait intéressant que pour des accords de licence importants.

32. Ainsi qu'il a déjà été mentionné, si l'une des parties au moins a pleinement exécuté ses obligations au titre d'un accord de licence, ce dernier n'est pas soumis aux recommandations du Guide sur l'insolvabilité relatives au traitement des contrats. Lorsque ni le donneur ni le preneur de licence ne se sont pleinement acquittés de leurs obligations respectives en vertu de l'accord de licence, en revanche, l'accord pourrait être rejeté conformément à ces recommandations. Afin de protéger les investissements réalisés sur le long terme par les preneurs de licence et compte tenu du fait qu'un preneur peut être tributaire de l'utilisation des droits découlant d'un accord de licence, certains États ont adopté des règles pour protéger davantage le preneur (et, en fait, son créancier garanti) lorsque l'accord de licence pourrait normalement être rejeté en cas d'insolvabilité du donneur. Cette protection est particulièrement importante dans une chaîne d'accords de licence et de sous-licence où plusieurs parties risquent d'être affectées par l'insolvabilité de l'une d'elles.

33. Par exemple, certains États autorisent le preneur à continuer d'utiliser la propriété intellectuelle mise sous licence, après rejet de l'accord de licence par le représentant de l'insolvabilité du donneur, à condition qu'il continue de verser les redevances à la masse, conformément à l'accord de licence, et de s'acquitter des autres obligations découlant de l'accord. La seule obligation que cette règle impose à la masse du donneur est celle de continuer à honorer la licence de propriété intellectuelle, ce qui ne représente pas une charge excessive pour les ressources de cette masse. Cette solution a pour effet de concilier l'intérêt qu'a le donneur insolvable de se soustraire à des obligations trop lourdes découlant de l'accord de licence et celui qu'a le preneur de protéger son investissement dans la propriété intellectuelle mise sous licence.

34. Dans d'autres États, la loi sur l'insolvabilité ne permet pas de rejeter les accords de licence car: a) une disposition qui exclut les baux immobiliers du champ d'application des règles de l'insolvabilité concernant le rejet des contrats en cas d'insolvabilité du bailleur s'applique par analogie aux accords de licence en cas d'insolvabilité du donneur de licence; b) les accords de licence exclusive donnent naissance à des droits réels qui ne peuvent être rejetés (mais qui sont susceptibles d'annulation); c) les accords de licence ne sont pas considérés comme des contrats qui n'ont pas été pleinement exécutés par les deux parties étant donné que le donneur de licence a déjà rempli ses obligations en octroyant la licence. Dans ces États, le preneur peut conserver la licence pour autant qu'il verse les redevances dues au titre de l'accord de licence.

35. Dans d'autres États encore, il est permis de rejeter un accord de licence, sous réserve de l'application du principe "d'abstraction". Selon ce principe, la licence ne dépend pas de l'efficacité de l'accord de licence sous-jacent. Aussi, le preneur peut-il conserver le droit d'utiliser la propriété intellectuelle mise sous licence, même si l'accord a été rejeté par le représentant de l'insolvabilité du donneur. Le représentant de l'insolvabilité peut néanmoins demander le retrait de la licence en invoquant l'enrichissement sans cause. Jusqu'au moment du retrait, le preneur est tenu, en vertu du principe de l'enrichissement sans cause, de verser, pour l'utilisation de la propriété intellectuelle mise sous licence, un montant égal à celui des redevances dues au titre de l'accord de licence qui a été rejeté.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le paragraphe 36 figure entre crochets car la question qu'il aborde n'a pas été examinée par le Groupe de travail V.*]

36. [Afin de protéger les investissements à long terme ainsi que les attentes des preneurs de licence et de leurs créanciers contre la possibilité pour le représentant de l'insolvabilité du donneur de renégocier les accords de licence existant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, les États souhaiteraient peut-être envisager d'adopter des règles semblables à celles qui sont décrites dans les paragraphes qui précèdent. Ces règles devraient prendre en compte les dispositions générales de la loi sur l'insolvabilité et l'effet global sur la masse de l'insolvabilité de même que le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.]

C. Insolvabilité du preneur de licence

37. Si le preneur de licence est le débiteur insolvable et a consenti une sûreté réelle mobilière sur ses droits découlant de l'accord de licence, et si son représentant de l'insolvabilité décide de poursuivre l'accord de licence, ce dernier sera maintenu, le preneur conservera le droit en vertu de l'accord de licence d'utiliser la propriété intellectuelle mise sous licence (dans la mesure stipulée par l'accord) et son créancier garanti restera titulaire d'une sûreté sur ce droit. Dans ce cas, si le donneur de licence a consenti une sûreté réelle mobilière sur son droit de percevoir les redevances au titre de l'accord de licence, son créancier garanti restera titulaire d'une sûreté sur le droit du donneur de recevoir paiement des redevances.

38. Lorsqu'en revanche le représentant de l'insolvabilité du preneur décide de rejeter l'accord de licence et que le preneur a consenti une sûreté sur ses droits découlant de cet accord, celui-ci ne produira plus effet, le preneur n'aura plus le droit d'utiliser la propriété intellectuelle mise sous licence et son créancier garanti

ne pourra pas utiliser la valeur des droits du preneur découlant de l'accord pour satisfaire l'obligation garantie. Dans ce cas également, si le donneur a consenti une sûreté sur son droit de recevoir paiement des redevances au titre de l'accord de licence, il perdra ses redevances et son créancier garanti perdra son bien grevé.

39. Un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur les droits d'un donneur ou preneur découlant d'un accord de licence peut essayer de se protéger contre les conséquences du rejet de l'accord par le représentant de l'insolvabilité du preneur en adoptant des mesures comparables à celles qui sont décrites plus haut (voir par. 9 et 10).

40. Lorsque le preneur est insolvable, il importe de faire en sorte soit que le donneur perçoive les redevances et le preneur s'acquitte des autres obligations découlant de l'accord de licence, soit qu'il ait le droit de mettre fin à l'accord de licence. Les règles de la loi sur l'insolvabilité, notamment celles qui ont trait à la réparation d'un manquement à l'accord de licence en cas de poursuite de ce dernier (voir par. 6 ci-dessus), sont essentielles. Il est probable en outre, lorsque le preneur insolvable a constitué une sûreté sur son droit de recevoir paiement de redevances au titre d'accords de sous-licence, que celles-ci constituent une source de financement pour payer les redevances qu'il doit lui-même au donneur de licence. Si le créancier garanti du preneur revendique toutes les redevances et si le preneur n'a pas d'autre source pour payer les redevances qu'il doit au donneur, il est essentiel que ce dernier soit autorisé à mettre fin à la licence pour protéger ses droits.

Appendice

	Le donneur de licence est insolvable	*Le preneur de licence est insolvable*
Le donneur constitue une sûreté sur ses droits découlant d'un accord de licence (essentiellement le droit de percevoir des redevances)	Question: Qu'advient-il si le donneur ou son représentant de l'insolvabilité décide de poursuivre l'exécution de l'accord de licence conformément à la loi sur l'insolvabilité? (voir recommandations 69 à 86 du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*)[a]?	Question: Qu'advient-il si le preneur ou son représentant de l'insolvabilité décide de poursuivre l'exécution de l'accord de licence conformément à la loi sur l'insolvabilité? (voir recommandations 69 à 86 du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*)?
	Réponse: Le preneur reste tenu de payer les redevances dues au titre de l'accord de licence et le créancier garanti du donneur reste titulaire d'une sûreté à la fois sur le droit du donneur de percevoir des redevances au titre de l'accord et sur le produit de ce droit, autrement dit, toute redevance versée.	Réponse: Le donneur continue d'avoir le droit de percevoir des redevances au titre de l'accord de licence et, partant, son créancier garanti reste titulaire d'une sûreté à la fois sur son droit de percevoir des redevances au titre de l'accord et sur le produit de ce droit, autrement dit, toute redevance versée.
	Question: Qu'advient-il si le donneur ou son représentant de l'insolvabilité décide de rejeter l'accord de licence en vertu de la loi sur l'insolvabilité? (voir recommandations 69 à 86 du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*)?	Question: Qu'advient-il si le preneur ou son représentant de l'insolvabilité décide de rejeter l'accord de licence en vertu de la loi sur l'insolvabilité? (voir recommandations 69 à 86 du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*)?
	Réponse: Le preneur n'est pas tenu de payer de redevances pour la période postérieure au rejet de l'accord, mais reste tenu de régler les redevances impayées pour la période antérieure au rejet; le créancier garanti du donneur a donc une sûreté sur le droit de recouvrer les redevances dues avant le rejet et sur les redevances payées avant le rejet mais n'a pas de sûreté sur les droits aux redevances futures car aucune redevance ne sera due à l'avenir au titre de l'accord rejeté.	Réponse: Le preneur n'est plus tenu de payer de redevances pour la période postérieure au rejet du contrat, mais reste tenu de régler les redevances impayées pour la période antérieure au rejet; le créancier garanti du donneur a donc une sûreté sur le droit de recouvrer les redevances dues avant le rejet et sur les redevances payées avant le rejet mais n'a pas de sûreté sur les droits aux redevances futures car aucune redevance ne sera due à l'avenir au titre de l'accord rejeté.
Le preneur constitue une sûreté sur ses droits découlant d'un accord de licence (essentiellement le droit d'utiliser la propriété intellectuelle)	Question: Qu'advient-il si le donneur décide de poursuivre l'exécution de l'accord de licence conformément à la loi sur l'insolvabilité? (voir recommandations 69 à 86 du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*)?	Question: Qu'advient-il si le preneur décide de poursuivre l'exécution de l'accord de licence conformément à la loi sur l'insolvabilité? (voir recommandations 69 à 86 du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*)?
	Réponse: Le preneur conserve les droits que lui confère l'accord de licence et son créancier garanti conserve une sûreté sur ces droits.	Réponse: Le preneur conserve les droits que lui confère l'accord de licence et son créancier garanti conserve une sûreté sur ces droits.
	Question: Qu'advient-il si le donneur ou son représentant de l'insolvabilité décide de rejeter l'accord de licence conformément à la loi sur l'insolvabilité? (voir recommandations 69 à 86 du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*)?	Question: Qu'advient-il si le preneur ou son représentant de l'insolvabilité décide de rejeter l'accord de licence conformément à la loi sur l'insolvabilité? (voir recommandations 69 à 86 du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*)?

	Le donneur de licence est insolvable	*Le preneur de licence est insolvable*
	Réponse: Le preneur n'a pas de droits au titre de l'accord pour la période postérieure au rejet, mais conserve les droits qu'il pourrait encore avoir pour la période antérieure au rejet; son créancier garanti conserve une sûreté sur les droits qu'a le preneur pour la période antérieure au rejet.	Réponse: Le preneur n'a pas de droits au titre de l'accord pour la période postérieure au rejet, mais conserve les droits qu'il pourrait encore avoir pour la période antérieure au rejet; son créancier garanti conserve une sûreté sur les droits qu'a le preneur pour la période antérieure au rejet.

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

V. TRAVAUX FUTURS POSSIBLES

A. Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique

(A/CN.9/678) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-5

II. Utilisation de guichets uniques dans le commerce international: considérations d'ordre pratique et aspects juridiques 6-12

III. Document de référence général sur les questions juridiques relatives au commerce électronique 13-16

I. Introduction

1. En 2004, ayant achevé ses travaux relatifs à la Convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, le Groupe de travail IV (Commerce électronique) de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a prié le Secrétariat de continuer à suivre diverses questions liées au commerce électronique, notamment les questions liées à la reconnaissance transfrontière des signatures électroniques, 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 (voir A/CN.9/571, par. 12).

2. À sa trente-huitième session en 2005, la Commission a pris note des travaux entrepris par d'autres organisations dans divers domaines liés au commerce électronique et prié le Secrétariat de réaliser une étude plus détaillée, qui devrait contenir des propositions sur la forme et la nature d'un document de référence général examinant les divers éléments requis pour créer un cadre juridique favorable au commerce électronique, que la Commission pourrait envisager d'élaborer dans l'avenir afin d'aider les législateurs et les responsables politiques du monde entier[1].

3. À sa trente-neuvième session en 2006, la Commission a examiné une note établie par le Secrétariat conformément à cette demande (A/CN.9/604). Cette note identifiait plusieurs domaines comme éléments possibles d'un document de référence général. À cette session, la Commission avait demandé au Secrétariat de préparer un spécimen de chapitre du document de référence général traitant spécifiquement de questions liées à l'authentification et à la reconnaissance internationale des signatures électroniques[2].

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 214.

[2] Ibid., *soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 206.

4. Le spécimen de chapitre qui avait été établi pour donner suite à cette demande (A/CN.9/630 et Add.1 à 5) a été présenté à la Commission à sa quarantième session en 2007. Celle-ci a félicité le Secrétariat d'avoir rédigé ce spécimen de chapitre et lui a demandé de le publier sous forme de publication indépendante[3]. Elle n'a toutefois pas été d'avis de demander au Secrétariat d'entreprendre des travaux similaires dans d'autres domaines en vue d'élaborer un document de référence général[4].

5. À sa quarante et unième session en 2008, la Commission avait prié le Secrétariat de continuer de suivre de près les développements juridiques dans les domaines pertinents en vue de faire des suggestions appropriées en temps utile[5]. En conséquence, le Secrétariat a continué de suivre les développements technologiques et les nouveaux modèles commerciaux dans le domaine du commerce électronique qui pourraient avoir une incidence sur les échanges internationaux.

II. Utilisation de guichets uniques dans le commerce international: considérations d'ordre pratique et aspects juridiques

6. Une question que le Secrétariat a examinée de près concernait les aspects juridiques de l'utilisation des guichets uniques dans le commerce international. Cet examen faisait suite à la demande exprimée par la Commission, à sa quarante et unième session, de voir le Secrétariat participer activement, en coopération avec l'Organisation mondiale des douanes (OMD) et le Centre des Nations Unies pour la facilitation du commerce et les transactions électroniques (CEFACT-ONU), et avec le concours d'experts, à l'étude des aspects juridiques de la mise en place d'un guichet unique transfrontalier afin de formuler un document de référence général, de portée internationale, sur les aspects juridiques de la création et de la gestion de guichets uniques, et lui rendre compte, à sa prochaine session, des progrès accomplis[6].

7. Le Secrétariat a poursuivi la mise en place de l'équipe juridique spéciale conjointe OMD-CNUDCI sur la gestion coordonnée des frontières, y compris des guichets uniques internationaux (l'"équipe juridique spéciale conjointe"). L'équipe juridique spéciale conjointe s'est réunie pour la première fois du 17 au 21 novembre 2008 dans les locaux de l'OMD à Bruxelles. Plusieurs gouvernements, une organisation d'intégration économique régionale et des représentants de l'industrie ont participé à la réunion, qui leur a offert une première occasion d'échanger des informations et d'explorer la voie à suivre. Il a été fait référence aux mandats et aux méthodes de travail de la CNUDCI et de l'OMD, ainsi qu'aux principaux instruments juridiques pertinents, notamment les textes de la CNUDCI et de l'OMD,

---

[3] CNUDCI, *Promouvoir la confiance dans le commerce électronique: questions juridiques relatives à l'utilisation internationale des méthodes d'authentification et de signature électroniques* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.4, février 2009).

[4] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), par. 195.

[5] Ibid.

[6] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 338.

la recommandation n° 33[7] du CEFACT-ONU et les travaux préparatoires sur son projet de recommandation n° 35[8].

8. À cette réunion, on a souligné qu'il était important, d'une part, de faire en sorte que les principes énoncés dans les textes de la CNUDCI sur le commerce électronique soient pleinement pris en considération lors de l'élaboration de tout texte juridique futur, d'autre part, d'encourager l'adoption des textes de la CNUDCI qui complètent la législation commerciale sortant du cadre de son mandat. On a souligné également qu'il était souhaitable d'inclure tous les États dans le processus de consultation, indépendamment de leur niveau de développement économique et technologique, afin de leur donner une occasion de faire connaître leurs besoins et leurs vues.

9. La réunion est parvenue à un consensus sur l'opportunité d'harmoniser autant que possible le cadre juridique des guichets uniques avec celui qui est applicable aux opérations interentreprises. Il a été noté que le mandat de l'OMD et de ses membres relatif à la facilitation du commerce poursuivait cet objectif. Un certain nombre de questions ont été identifiées au cours des discussions préliminaires[9]. Toutefois, on a estimé que, étant donné que les guichets uniques pourraient poser des problèmes juridiques différents selon leur architecture, une clarification préliminaire sur les diverses options disponibles était nécessaire. Il a été proposé que l'OMD pilote cette analyse à la lumière de son expertise et de son expérience de la gestion des guichets uniques. Il a été proposé également que l'étude des aspects juridiques de la mise en place de guichets uniques transfrontaliers prenne en compte les aspects juridiques des guichets uniques nationaux.

10. Les guichets uniques transfrontaliers font également l'objet de travaux menés par des organisations intergouvernementales régionales comme l'Association de coopération économique Asie-Pacifique (APEC) et l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN). En outre, le Secrétariat de la CNUDCI a été invité à apporter sa contribution au Colloque de haut niveau Commission économique et sociale pour l'Asie et le Pacifique (CESAP)/Commission économique des Nations Unies pour l'Europe (CENUE) sur le renforcement des capacités régionales pour le commerce sans papier, tenu à Bangkok les 24 et 25 mars 2009. L'un des résultats majeurs du Colloque a été le lancement du Réseau d'experts des Nations Unies pour le commerce sans papier en Asie-Pacifique, qui a été chargé, entre autres, d'entreprendre des travaux sur le cadre réglementaire des guichets uniques. Le Secrétariat de la CNUDCI pourrait être prié d'apporter davantage son concours à cet exercice dans l'avenir.

11. Le nombre d'initiatives en cours sur les guichets uniques montre l'importance capitale que les responsables politiques accordent à cet outil dans la facilitation du commerce international. Une analyse de la pratique commerciale montre en outre

---

[7] CEFACT-ONU, *Recommandation et lignes directrices en vue de la mise en place d'un guichet unique – Recommandation n° 33*, septembre 2004 (publication des Nations Unies, numéro de vente: 05.II.F.9, 2005; disponible à l'adresse: http://www.unece.org/cefact/recommendations/rec33/rec33_trd352f.pdf).

[8] CEFACT-ONU, *Création d'un cadre juridique en vue de la mise en place d'un guichet unique pour le commerce international – Projet de recommandation n° 35*, février 2009 (Public Review Draft); disponible à l'adresse http://www.unece.org/cefact/recommendations/rec35/Rec35-PublicReviewDraftv9-Feb09.doc).

[9] Équipe juridique spéciale conjointe OMD-CNUDCI, *Programme de recherche juridique possible pour l'Équipe juridique spéciale conjointe – Note du Secrétariat* (JLTF107E a)), par. 8 (en anglais).

l'intérêt que présente, dans un environnement favorable unique, la fusion, d'une part, des opérations interentreprises, d'autre part, des opérations entreprises-État et État-État. En l'état actuel, un tel environnement pourrait se fonder, au moins dans une certaine mesure, sur les guichets uniques existants ou futurs. Dans ce cadre, l'utilisation fréquente des instruments de la CNUDCI relatifs au commerce électronique, notamment la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (2005)[10] et les dispositions applicables de la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (2008)[11] pourrait être particulièrement pertinente pour répondre aux besoins des entreprises, par exemple en facilitant le transfert électronique de droits et de documents en cours de route ou d'entrepôt et en phase terminale.

12. Compte tenu de ce qui précède, la Commission voudra peut-être confirmer le mandat donné au Secrétariat de participer aux travaux de l'OMD, avec le concours d'experts, et de lui rendre compte des progrès accomplis à sa quarante-troisième session. Elle voudra peut-être aussi envisager de convoquer une session du Groupe de travail IV (Commerce électronique) au premier semestre 2010 pour examiner les travaux menés sur les guichets électroniques par l'Équipe juridique spéciale conjointe et par d'autres organisations, et pour échanger des vues et formuler des recommandations sur les travaux juridiques possibles dans ce domaine et, en particulier, sur le transfert électronique de droits et de documents.

III. Document de référence général sur les questions juridiques relatives au commerce électronique

13. Selon un avis exprimé à la trente-neuvième session de la Commission et qui avait été appuyé, la tâche des législateurs et des responsables politiques, en particulier dans les pays en développement, se trouverait considérablement facilitée si la Commission élaborait un document de référence général traitant des questions mises en évidence par le Secrétariat[12]. Toutefois, l'élaboration d'un tel document rédigé dans le sens du spécimen du chapitre qui lui avait été soumis pour examen n'avait pas été demandée à ce moment[13].

14. L'avis selon lequel un document de référence sur le commerce électronique aiderait considérablement les pays, en particulier les pays en développement, à élaborer des textes législatifs a été réaffirmé, notamment dans le contexte des activités d'assistance technique que mène le Secrétariat. Un tel document aurait pour objet de présenter les principes législatifs du commerce électronique dans un cadre général et d'en examiner l'application dans d'autres domaines du droit commercial international, y compris les domaines d'activité de la CNUDCI. À cet égard, le document porterait sur certaines demandes spécifiques, comme celle concernant un texte de référence sur l'articulation entre l'arbitrage et le commerce électronique. Il a été proposé que ce document de référence général aborde aussi des sujets non encore traités dans le programme de travail de la CNUDCI, comme par

---

[10] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.2.

[11] A/RES/63/122, annexe.

[12] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 205.

[13] Ibid., *soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), par. 195.

exemple la vie privée et la protection des données dans le commerce électronique, et la cybercriminalité.

15. Les travaux sur un document de référence général pourraient être menés séparément de ceux découlant des guichets uniques ou d'autres travaux législatifs demandés par la Commission dans le domaine du commerce électronique, dans le cadre d'une large coopération avec d'autres Groupes de travail de la CNUDCI, d'autres organisations intergouvernementales participant à l'élaboration de normes législatives et des experts, afin de donner une vue d'ensemble approfondie des questions actuelles que soulève l'utilisation de moyens électroniques dans le commerce international.

16. En examinant s'il y a lieu d'entreprendre de tels travaux, la Commission voudra peut-être évaluer l'impact potentiel du document proposé sur les défis que pose le fossé numérique aux pays en développement. Il faut rappeler à cet égard que l'Objectif 8 du Millénaire pour le développement, et en particulier sa Cible 8.F, vise à faire en sorte que les nouvelles technologies soient à la portée de tous.

B. Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique – Recommandations concernant les travaux futurs du Groupe de travail IV (Commerce électronique) soumises par les États-Unis d'Amérique

(A/CN.9/681 et Add.1 et 2) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1

II. Recommandations concernant les travaux futurs du Groupe de travail IV (Commerce électronique) 2-7

I. Introduction

1. Dans la perspective de la quarante-deuxième session de la CNUDCI, le Gouvernement des États-Unis d'Amérique a soumis au Secrétariat des recommandations concernant les travaux futurs possibles sur le commerce électronique, ainsi qu'une proposition sur les documents transférables électroniques et une proposition sur le règlement des conflits en ligne. Ces textes sont reproduits tels qu'ils ont été reçus par le Secrétariat dans les documents A/CN.9/681, A/CN.9/681/Add.1 et A/CN.9/681/Add.2 respectivement.

II. Recommandations concernant les travaux futurs du Groupe de travail IV (Commerce électronique)

2. Nous accueillons favorablement la note du Secrétariat sur les "Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique" (A/CN.9/678) et avons formulé nos recommandations en deux parties, 1) la première recommandant que le Secrétariat étudie plus avant la question afin de renforcer les travaux déjà autorisés, comme il est indiqué au point II du document A/CN.9/678, concernant les "guichets uniques dans le commerce international", et 2) la deuxième, recommandant aussi une nouvelle étude sur la faisabilité des travaux relatifs au règlement des conflits en ligne. En outre, 3) nous sommes disposés à soutenir des travaux plus approfondis sur le "document de référence général" en nous appuyant sur de plus amples informations quant aux sujets à examiner et un aperçu des questions sur les sujets recommandés pour pouvoir faire un choix approprié pour ces travaux.

3. Pour ce qui est du point II, nous notons que la Commission a précédemment autorisé les travaux à entreprendre en liaison avec le développement d'une messagerie électronique structurée à l'appui du commerce des biens d'importation et d'exportation, concernant des questions telles que les procédures douanières électroniques, la gestion du flux des envois, l'assurance, le financement et la remise des marchandises et les questions connexes dans le cadre des systèmes proposés de "guichet unique". Dans la proposition dont était saisie la Commission figurait la proposition connexe des États-Unis visant à faire avancer l'élaboration d'une

infrastructure juridique pour la transférabilité des biens en transit par voie électronique. Ces sujets ont été présentés dans le contexte des travaux en cours de plusieurs organismes internationaux, principalement le projet récent de "guichet unique" de l'Organisation mondiale des douanes (OMD), ainsi que les travaux connexes d'organisations telles que la Commission économique pour l'Europe (CEE) des Nations Unies, la Commission économique et sociale pour l'Asie et le Pacifique (CESAP), l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) et d'autres. La note du Secrétariat pour la quarante et unième session tenue en juillet 2008 (A/CN.9/655) reste une étude très utile des questions soulevées par les projets de guichet unique.

4. Il était alors prévu que le Groupe de travail IV commence ses travaux suite aux progrès accomplis en matière de guichet unique à l'OMD. Ces travaux en sont encore au stade préliminaire et le calendrier n'est pas encore définitivement arrêté. C'est pourquoi, sur la base de consultations, nous recommandons que le Secrétariat soit autorisé:

1) À continuer de suivre les progrès réalisés par l'OMD pour évaluer si le projet-cadre de l'OMD pourra être examiné en détail à une réunion du Groupe de travail au printemps de 2010;

2) À évaluer les questions de commerce électronique générales liées aux développements en matière de "guichet unique" dont pourraient tirer parti les autres organismes ou pays cherchant à appliquer de tels systèmes;

3) À évaluer s'il est possible d'élaborer des normes juridiques sur la transférabilité électronique des droits sur des biens en transit, dans un système de guichet unique ou en dehors, notamment évaluer les questions juridiques inhérentes aux systèmes de transférabilité comme le système européen Bolero et d'autres initiatives du même genre; et

4) À évaluer s'il est possible d'élaborer des normes juridiques sur les documents électroniques pour les connaissements, les lettres de crédit, l'assurance et autres échanges et transport de marchandises.

5. Pour les besoins de ces évaluations, il faudrait se référer à la proposition précédente des États-Unis distribuée à la quarante et unième session de la Commission comme document se rapportant au projet de guichet unique de l'OMD sur la transférabilité des droits par voie électronique (A/CN.9/XLI/CRP.4, 19 juin 2008). Cette proposition est présentée de nouveau pour référence à la quarante-deuxième session (A/CN.9/681/Add.1). Outre les documents de l'OMD, il faudrait consulter la documentation et les projets conclus ou en cours d'organismes tels que le Centre des Nations Unies pour la facilitation du commerce et les transactions électroniques (CEFACT-ONU), la CESAP, l'ASEAN, la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) et d'autres. Les projets régionaux sur le commerce électronique tels que les travaux de la septième Conférence spécialisée interaméricaine sur le droit international privé (CIDIP-VII) de l'Organisation des États américains sur les registres électroniques seraient également utiles. Compte tenu des dispositions relatives aux documents électroniques contenues dans la récente Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer, appelées les "Règles de Rotterdam", des experts du Groupe de travail III (Droit des transports) devraient participer à l'évaluation.

6. En outre, les États-Unis appuient les suggestions faites par le Secrétariat au point III du document A/CN.9/678 concernant le “document de référence général sur les questions juridiques relatives au commerce électronique”. Les sujets à traiter devraient être choisis par la Commission et pourraient être correctement ciblés par le Secrétariat dans de brefs exposés des thèmes et questions à aborder, en commençant éventuellement par les sujets sélectionnés dans le document A/CN.9/604 présenté à la session plénière de la Commission.

7. Les États-Unis recommandent d’autoriser le Secrétariat à préparer ces études et ces informations générales sous réserve que des ressources en personnel soient disponibles. La troisième recommandation des États-Unis concernant la faisabilité des travaux relatifs au règlement des conflits en ligne est présentée dans un autre document.

A/CN.9/681/Add.1 (Original: anglais)

Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique – Proposition des États-Unis d'Amérique sur les documents transférables électroniques

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
1.	Application sectorielle	6-9
2.	Objet – Documents transférables électroniques	10-13
3.	Les problèmes posés par les documents transférables électroniques	14-16
4.	Substitution de la notion de "contrôle" à la notion de "possession"	17-22
	a) Mise en place du contrôle	19-20
	b) Comment un système peut-il établir de façon fiable l'identité d'une personne exerçant le contrôle?	21-22
5.	Utilisation de la "désignation" pour répondre au critère d'"unicité"	23-24
6.	Travaux menés à ce jour	25-28
7.	Recommandations concernant les futurs travaux de la Commission	29

---

1. L'environnement commercial international actuel ouvre aux entreprises d'immenses possibilités d'améliorer sensiblement leur efficacité et leur productivité en optant pour l'utilisation de documents transférables électroniques, à savoir d'instruments transférables électroniques (négociables ou non négociables) et de titres représentatifs électroniques. À mesure que les entreprises s'adapteront aux capacités que leur offrent les nouvelles technologies, il sera de plus en plus nécessaire de faire appel à des documents transférables qui soient compatibles avec ces méthodes commerciales.

2. Ce domaine du droit reste cependant indécis. Il n'y a tout simplement aucun consensus large au niveau international sur la manière d'établir des systèmes qui permettent l'utilisation de documents transférables électroniques juridiquement fiables, pas plus qu'il n'y a d'accord général sur les méthodes pour mettre en place ces documents ou sur les questions juridiques et les risques qui en découleraient. Par exemple, aucun accord n'a vu le jour encore sur le traitement à accorder aux droits des tiers. Une des actions les plus importantes qui puissent être entreprises pour promouvoir le commerce électronique serait, pour la CNUDCI, de faire progresser ce domaine.

3 En décembre 2000, le Secrétariat a soumis au Groupe de travail IV une note intitulée "**Travaux futurs envisageables sur le commerce électronique: Transfert**

de droits sur les biens corporels et autres droits" (A/CN.9/WG.IV/WP.90)[1] qu'il avait établie en vue de l'achèvement de ses travaux relatifs à la **Loi type sur les signatures électroniques** en 2001[2] et où il recensait et expliquait de nombreuses questions se posant à ce sujet. La Commission a décidé de confier d'abord au Groupe de travail IV les questions fondamentales liées aux contrats électroniques et s'est attelée à l'élaboration de la **Convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux**[3], qu'elle a achevée en 2005.

4. La mise en place d'applications spécifiques pour les documents transférables électroniques a quelque peu progressé. La Commission a élaboré la **Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer**[4], qui traite certains aspects des documents transférables électroniques dans cet environnement. Nous mentionnons aussi dans notre proposition d'autres exemples de travaux réalisés au niveau international sur ces documents. Nous citons également quelques exemples nationaux tirés de la pratique aux États-Unis, uniquement de manière à pouvoir engager la discussion. Si la Commission autorise le Secrétariat à étendre ces travaux, des exemples et données d'expérience d'autres États et régions seraient pris en compte.

5. Compte tenu du succès avec lequel la CNUDCI a établi une base et une terminologie juridiques générales pour les questions fondamentales liées aux signatures et aux contrats électroniques, nous pensons qu'il est temps à présent qu'elle mette ses compétences étendues au service d'un plus grand nombre d'applications du commerce électronique et qu'elle traite ainsi des questions qui se posent également à propos du cadre juridique général des documents transférables électroniques.

1. Application sectorielle

6. Le présent document expose brièvement certains principes et aspects fondamentaux de la transférabilité électronique que la Commission voudra peut-être aborder dans un futur projet. Ces principes serviront de base à bon nombre d'applications. La CNUDCI souhaitera peut-être aussi aider certains secteurs à comprendre quel serait le meilleur moyen d'élaborer des solutions concernant les documents transférables électroniques qui répondent à leurs besoins.

7. Il importe de garder à l'esprit que les utilisations des documents transférables électroniques varient d'un secteur à l'autre, et parfois dans un même secteur et une même application commerciale, car chaque utilisation implique un ensemble différent de parties, de secteurs d'activités, de technologies, d'architectures de système et, partant, de risques inhérents. Cela s'est toujours vérifié pour les systèmes qui ont fait la preuve de leur efficacité. Ainsi, pour les chèques sur papier traditionnel, on associe un "support" (l'instrument négociable) et des "registres" (par exemple, le compte bancaire). Ces termes sont décrits plus en détail ci-après.

---

[1] Voir http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups/4Electronic_Commerce.html.

[2] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8, voir http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html.

[3] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.2, voir http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html.

[4] Résolution 63/122 de l'Assemblée générale, annexe, voir http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/transport_goods/2008rotterdam_rules.html.

8. Il se peut par exemple que, suivant l'utilisation des documents transférables électroniques, différentes considérations entrent en jeu concernant les aspects suivants: authentification, sécurité, accès par des tiers, conversion au format électronique ou au format papier, contraintes liées au coût des systèmes, montant, volume et évolutivité des opérations, mobilité, négociabilité, capacités des parties, traitement automatisé des opérations, respect des délais et caractère définitif des opérations, utilisation d'un registre unique par opposition à des registres multiples (ainsi que l'interopérabilité et les transferts entre systèmes), risques de fraude, régime de la preuve et réglementation. Pour traiter ces différents aspects, de nombreux secteurs s'appuient dans une large mesure sur des règles privées, une législation connexe réglant quant à elle des questions telles que les droits réels des tiers.

9. Ces différentes considérations mettent en exergue la nécessité de clarifier les aspects fondamentaux dans ce domaine et de rationaliser les solutions à certains problèmes particuliers. Nous pensons donc que le Groupe de travail devrait se concentrer essentiellement sur les problèmes et solutions communs pour établir un système viable de documents transférables électroniques. Il devrait élaborer des principes de base communs à tous les systèmes qui mettront en place ces documents, tout en permettant une prise en compte adéquate des besoins de chaque système. Il pourra ensuite, au besoin, préciser ces principes pour des secteurs particuliers.

2. Objet – Documents transférables électroniques

10. Aux fins du présent document et comme le font certaines lois pour éviter les différentes significations associées aux termes employés dans la pratique antérieure, on parlera ici de **document transférable électronique**, qui peut être défini comme l'équivalent électronique d'un instrument transférable (négociable ou non négociable) ou d'un document transférable.

- Les **instruments transférables** sont des instruments financiers susceptibles d'être transférés à des personnes qui ne sont pas parties à l'opération sous-jacente. Ils peuvent contenir un engagement inconditionnel de payer une somme déterminée au porteur de l'instrument ou ordonner à un tiers de payer le porteur. Il s'agit par exemple de billets à ordre, de traites, de chèques et de certificats de dépôt. Il peut s'agir aussi d'actes mobiliers (chattel paper) (par exemple, un contrat de vente à tempérament, un billet à ordre garanti par une sûreté sur des biens meubles et un crédit-bail mobilier).

- Les **documents transférables**, également appelés titres représentatifs, comprennent les documents de transport, les connaissements, les récépissés de quai, les récépissés d'entrepôt ou les bons de livraison mais également tout autre document qui, dans le cours normal des affaires ou d'un financement, est considéré comme prouvant dûment que la personne en sa possession est autorisée à recevoir, à détenir et à disposer du document et des biens meubles corporels qu'il représente (sous réserve des exceptions pouvant être opposées à la personne faisant valoir le document).

- Les **instruments et documents négociables** sont un sous-ensemble des instruments et documents transférables, pour lesquels le bénéficiaire du transfert peut, dans certains cas, obtenir un "titre meilleur" que celui qu'avait l'auteur du transfert. Ces instruments ou documents peuvent ainsi être transférés dans le commerce indépendamment de l'obligation sous-jacente,

sur laquelle il sera parfois impossible d'obtenir des informations en raison du caractère éloigné de l'opération sous-jacente.

11. De nos jours, instruments et documents transférables coexistent généralement sous forme papier (on parlera de "documents papier transférables"). Chacun d'eux constate l'obligation dont l'émetteur est redevable envers la personne désignée sur le document papier. Ainsi, un billet à ordre constate une obligation de paiement d'une dette. Un récépissé d'entrepôt négociable représente l'obligation de l'exploitant d'entrepôt de remettre les marchandises conservées dans l'entrepôt au propriétaire du récépissé.

12. Les documents papier transférables opèrent une "réification" des obligations qu'ils représentent: la remise physique du document papier, accompagnée d'une déclaration signée (qu'elle soit écrite sur le document ou qu'elle y soit jointe) de l'auteur du transfert attestant la volonté de ce dernier de transférer le document, peut prouver que le bénéficiaire du transfert a le droit de demander l'exécution de l'obligation sous-jacente. Autrement dit, la propriété du document papier transférable (et les droits qu'il incorpore) est transmise par endossement et remise du document papier original, la personne bénéficiant du transfert pouvant de bonne foi et moyennant contrepartie acquérir la propriété *erga omnes*, sous réserve des exceptions applicables.

13. Les documents papier transférables présentent donc trois caractéristiques importantes: 1) l'**unicité** – à savoir qu'il ne doit y avoir qu'un seul document (ou support) qui représente une valeur intrinsèque et qui puisse être transféré à un cessionnaire; 2) la **possession** – le fait de posséder le document (ou support) unique sert à déterminer qui a droit à la valeur représentée par le document (ou support); et 3) la **propriété** – le porteur a un titre de propriété valable sur le document, ce qui est généralement attesté par une signature ou un endossement.

3. Les problèmes posés par les documents transférables électroniques

14. Lorsque l'on entreprend d'actualiser ou d'adapter les régimes juridiques régissant les documents transférables sur papier pour tenir compte des besoins liés aux documents transférables électroniques, l'un des problèmes les plus importants qui se posent est de pouvoir préserver l'unicité du document (ou support) qui représente la valeur/l'obligation, et d'identifier la personne qui est censée posséder ce document et donc être le détenteur de la valeur qu'il représente. L'évolution actuelle de la situation peut donner à entendre qu'il faut envisager des solutions différentes de celles qui ont été privilégiées dans les premières phases du commerce électronique.

15. Un document électronique – même s'il est signé électroniquement – peut en général être copié, en plusieurs parties, d'une manière propre à créer un document identique au premier dont on ne pourra le différencier. Ainsi, en l'absence de mesures particulières ou de l'application généralisée de technologies encore peu utilisées de nos jours, a-t-on peu de certitudes qu'un document électronique soit unique. En outre, nombre des méthodes actuellement employées pour créer et mettre en mémoire des documents électroniques font que le concept d'"original" unique est soit sans objet, soit de nature à induire en erreur. Par exemple, les documents électroniques sont souvent mis en mémoire sous forme de fichiers dynamiques, ce qui signifie que le document auquel on accède et que l'on consulte se compose en fait d'un ensemble de données spécifique à l'opération et d'un modèle de document qui peut être reproduit avec les données provenant de l'ensemble de données et

utilisé pour des milliers d'opérations. Le document "complet" n'existe pas sous forme de fichier unique tant que l'on n'y accède pas et les divers éléments constitutifs ne sont assemblés que pour le consulter ou l'imprimer. Une fois ces opérations terminées, le document "complet" cesse d'exister.

16. Par le passé, ces préoccupations ont posé un problème majeur pour la création d'un cadre juridique à l'appui des documents transférables électroniques, mais de récentes approches (registres, dispositions régissant les indemnisations, etc.) ont ouvert la voie à de possibles solutions. Par exemple, pour lever les difficultés liées à la nécessité de garantir l'unicité des documents, il faut non seulement résoudre des problèmes d'ordre technologique, mais aussi faire en sorte que certains secteurs aient largement recours également à l'application des technologies pertinentes et ce, à un coût commercialement acceptable. Les récents progrès enregistrés dans le stockage et la récupération des données à un coût inférieur à celui autrefois pratiqué font des registres électroniques des outils plus accessibles qui pourraient dispenser d'avoir à assurer l'unicité à faible coût.

4. Substitution de la notion de "contrôle" à la notion de "possession"

17. Dans certains modèles juridiques de documents transférables, la notion de "contrôle" d'un document électronique est utilisée à la place de la notion de "possession". Plus particulièrement, le contrôle se substitue à la délivrance, l'endossement et la possession d'un billet à ordre ou d'un document formant titre transférable.

18. Dans un environnement papier, la possession d'un document transférable est généralement exigée pour que le titulaire soit autorisé à se prévaloir du document. L'objectif de cette exigence est de protéger le souscripteur ou le tireur contre une responsabilité multiple pour le même instrument. La possession est importante, non seulement parce que les supports papier tangibles ont en soi de la valeur, mais aussi parce qu'une seule personne peut être en possession d'un objet tangible à un moment donné. Si un outil informatique peut être élaboré pour empêcher que plusieurs personnes, à un moment donné, n'engagent une action pétitoire visant un document transférable électronique, alors l'exigence de possession de l'instrument ne sera peut-être pas nécessaire.

a) Mise en place du contrôle

19. Les systèmes juridiques qui appliquent le principe du "contrôle" à la place de celui de "possession" considèrent souvent que l'exigence de contrôle peut être satisfaite en recourant à un système de registre tenu par un tiers de confiance. Aux États-Unis, il a été noté qu'"un système recourant à un registre tenu par un tiers était probablement la *manière la plus efficace* de satisfaire aux conditions de contrôle, étant entendu que le document transférable restait unique, identifiable et inaltérable et que l'on disposait des moyens voulus pour faire en sorte que le bénéficiaire soit clairement signalé et identifié"[5]. Mais il est peut-être également possible de parvenir au même objectif en appliquant des outils technologiques.

20. Étant donné qu'elle est considérée comme un substitut à l'exigence de possession dans l'environnement papier, la notion de "contrôle" est en général définie d'une manière qui met l'accent sur l'identité de la personne habilitée à se

---

[5] Uniform Electronic Transactions Act (UETA) (loi uniforme sur les opérations électroniques), art. 16, commentaire officiel n° 3 (non en italique dans le texte).

prévaloir du document transférable. Par exemple, en vertu de la loi des États-Unis, "une personne est réputée exercer le contrôle d'un document transférable si un système utilisé pour attester le transfert de droits sur un document transférable établit de façon fiable que cette personne est celle en faveur de laquelle le document transférable a été émis ou transféré"[6]. L'essentiel est de démontrer que le système établit de façon fiable l'identité de la personne habilitée à recevoir le paiement ou la livraison de marchandises, que ce soit à l'aide d'un registre tenu par un tiers ou de moyens de protection technologiques[7].

b) Comment un système peut-il établir de façon fiable l'identité d'une personne exerçant le contrôle?

21. En général, deux approches fondamentales ont été proposées pour établir l'identité de la personne en faveur de laquelle le document transférable a été émis ou transféré.

i) Personne identifiée dans le document transférable électronique proprement dit (modèle du support)

Selon la première approche (modèle du support), l'identité du titulaire du document transférable électronique figure dans le document électronique proprement dit, et les changements de propriété (par exemple, cessions) sont directement consignés dans le document transférable électronique. Conformément à cette approche, il faut, pour établir de façon fiable l'identité du titulaire du document transférable électronique, que le système exerce un contrôle minutieux du document électronique proprement dit, ainsi que du processus de transfert du contrôle. En d'autres termes, tout comme pour les documents transférables sur support papier, il peut être nécessaire de mettre en place des garanties d'ordre technologique ou sécuritaire pour faire en sorte qu'il n'existe qu'"un seul exemplaire faisant foi", qui ne peut être ni copié ni modifié[8] et auquel on peut se référer pour déterminer l'identité du titulaire (ainsi que les termes de la note proprement dite). Pour atteindre cet objectif, il faut peut-être aussi parvenir à recenser tous les autres exemplaires du document transférable électronique qui "ne font pas foi" afin d'avoir l'assurance qu'ils ne pourront être utilisés à des fins frauduleuses ou abusives (notamment, transfert d'exemplaires à plusieurs acquéreurs non avertis qui agissent de bonne foi). Autrement, même des exemplaires exacts du document transférable électronique pourraient présenter des risques. Ainsi, dans ce type de système, la notion de contrôle privilégie-t-elle souvent la sécurité d'un exemplaire unique du document transférable électronique.

ii) Personne identifiée dans un registre distinct (modèle du registre)

Selon la deuxième approche (modèle du registre), l'identité du titulaire du document transférable électronique est consignée dans un registre distinct tenu par un tiers indépendant. Dans ce cas, il faut pour "établir de façon fiable" l'identité du titulaire du document transférable électronique exercer un contrôle minutieux du registre, l'unicité de l'exemplaire du document transférable électronique proprement dit devenant alors moins importante. Le document transférable électronique fait

---

[6] UETA, par. 16 b); 15 U.S.C. par. 7021 b).

[7] UETA, art. 16, commentaire officiel n° 3.

[8] Cela peut se faire au moyen de la technologie utilisée pour créer le document (qui n'existe peut être pas encore) ou en conservant le document dans des conditions de sécurité très strictes, de sorte que personne ne puisse y accéder pour le copier ou le modifier.

simplement mention du registre où l'on peut trouver l'identité du titulaire, laquelle ne change pas au fil du temps.

22. Selon cette approche, la question de la multiplicité des exemplaires exacts du document transférable électronique ne se pose pas nécessairement, dans la mesure où la propriété n'est pas déterminée par la possession de l'exemplaire proprement dit et que le transfert n'implique ni modification ni endossement desdits exemplaires[9]. S'agissant des exemplaires du document transférable électronique, la principale préoccupation est de pouvoir disposer d'un mécanisme permettant de déterminer si un exemplaire donné est exact (à savoir si son intégrité est intacte), de sorte que toute personne consultant l'exemplaire puisse savoir où le titulaire est identifié, et de sorte également que le véritable titulaire identifié dans le registre puisse se prévaloir dudit exemplaire. Ainsi, dans ce type de système, la notion de contrôle associée à des préoccupations de sécurité privilégie-t-elle essentiellement le registre de préférence au document transférable électronique proprement dit.

5. Utilisation de la "désignation" pour répondre au critère d'"unicité"

23. Les documents électroniques signés ne possèdent pas intrinsèquement de caractéristique d'unicité lorsqu'ils sont utilisés avec la plupart des technologies actuelles. Pour résoudre ce problème, certains systèmes juridiques considèrent que, dans l'environnement électronique, il n'est pas nécessaire que le document électronique possède une caractéristique intrinsèque qui le rende réellement "unique" en ceci qu'il ne peut exister de copies identiques. Au lieu de cela, ils recherchent une caractéristique qui distingue une copie électronique d'autres copies. Cette caractéristique peut sans doute être intrinsèque au document lui-même (lorsque la technologie existe), mais elle peut aussi être conférée par la désignation.

24. L'une des méthodes consiste à reconnaître que les caractéristiques liées à l'unicité peuvent également être conférées par la désignation (au sein d'un système informatique, par exemple), plutôt que par quelque chose d'intrinsèque au document électronique transférable lui-même. À cette fin, certains systèmes juridiques autorisent l'utilisation de systèmes d'information qui ont été conçus pour conserver la trace du document en utilisant, par exemple, un registre et qui restreignent l'accès au document ou n'accordent un droit de modification qu'à des personnes autorisées. D'autres systèmes utilisent la technologie, la procédure ou l'agrément. Par exemple, une copie faisant foi stockée dans un système à accès contrôlé peut se voir attribuer un numéro de contrôle unique ou être conservée dans un serveur spécifique ou dans un autre endroit qui la distingue des autres copies.

6. Travaux menés à ce jour

25. Ces dernières années, plusieurs initiatives ont été prises, sur les plans juridique et commercial, pour définir l'utilisation de différents documents électroniques.

26. Les **initiatives juridiques** incluent les travaux de la CNUDCI, de la Conférence de La Haye de droit international privé et de l'Organisation des États américains (OEA), ainsi que les activités de droit interne menées par plusieurs États.

---

[9] Dans certains systèmes, le registre contient également l'exemplaire faisant foi et mentionne l'identité de la personne qui en exerce le contrôle. Dans d'autres systèmes, il contient simplement la signature numérique de l'exemplaire faisant foi, qui est ainsi accessible pour vérifier l'intégrité de tout exemplaire dont la personne exerçant le contrôle voudra à terme se prévaloir.

- La **Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)**[10] traite, aux articles 16 et 17, du transport de marchandises et des documents de transport, y compris les droits transférables. L'article 17-3, en particulier, autorise à transmettre un droit ou une obligation par un message de données à condition qu'une méthode fiable soit utilisée pour rendre ce message unique. L'article 17-5 permet de convertir des messages de données électroniques en documents papier à condition que l'utilisation de messages de données ait été abandonnée et que le document papier contienne la notification de ce remplacement.

- Adoptée en 2006 à la Conférence de La Haye de droit international privé, la **Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire** traite des titres incorporels détenus par un intermédiaire[11].

- L'Organisation des États américains (OEA) a pris, ces dernières années, en matière de transfert de droits sur des biens meubles corporels, plusieurs initiatives qui prennent en compte l'utilisation éventuelle de communications électroniques. En 2002, elle a adopté le **Connaissement uniforme direct négociable interaméricain concernant le transport international de marchandises par route**[12], qui prévoit la possibilité de signatures électroniques ainsi que d'autres types de signature si la loi applicable l'autorise. En 2002, elle a également adopté une **loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières**[13], y compris un **appendice sur les documents et les signatures électroniques**[14], qui permet le recours aux communications électroniques à la fois pour le Connaissement uniforme direct négociable interaméricain concernant le transport international de marchandises par route et pour la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières.

- Aux États-Unis, plusieurs lois actuelles encouragent l'utilisation d'instruments transférables et de titres représentatifs électroniques. L'**article 7 du Code commercial uniforme (UCC)**, qui traite des **titres représentatifs** (récépissés d'entrepôt, connaissements et autres titres représentatifs), reconnaît les titres représentatifs électroniques; l'**article 8, qui traite des valeurs mobilières**, dresse des parallèles avec la Convention de La Haye de 2006, citée plus haut; l'**article 9**, qui traite des **opérations garanties**, reconnaît les actes mobiliers électroniques; enfin, la **loi uniforme sur les transactions électroniques** et la

---

[10] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4, voir www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html.

[11] Conférence de La Haye de droit international privé, Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=72. Les questions juridiques liées aux documents transférables sont également examinées par le CEFACT-ONU, www.unece.org/cefact.

[12] Connaissement uniforme direct négociable interaméricain concernant le transport international de marchandises par route, voir http://www.oas.org/DIL/CIDIP-VI-billoflanding-Eng.htm.

[13] Voir www.oas.org/DIL/CIDIP-VI-securedtransactions_Eng.htm. La loi type a été approuvée en réunion plénière le 8 février 2002 en tant que résolution CIDIP-VI/RES.5/02, qui peut être consultée à l'adresse suivante: www.oas.org/main/main.asp?sLang=E&sLink=http://www.oas.org/dil/. On peut la consulter (en espagnol et en anglais) à l'adresse www.oas.org/dil/Annex_cidipviRES.%205-02.pdf.

[14] Voir www.oas.org/main/main.asp?sLang=E&sLink=http://www.oas.org/dil/.

loi sur les signatures électroniques dans le commerce national et international reconnaissent les documents transférables électroniques.

- Enfin, la **Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles** ("Convention du Cap")[15] d'Unidroit crée un système de registre électronique qui permet d'inscrire des sûretés internationales portant sur des matériels qui n'ont pas d'emplacement fixe afin d'informer des tiers de leur existence et de permettre au créancier de conserver sa priorité à l'égard des sûretés enregistrées ultérieurement, de celles non enregistrées et de l'administrateur de l'insolvabilité du débiteur.

27. Les **initiatives commerciales** englobent divers projets:

- L'Association of National Numbering Agencies (ANNA) a publié, sous la norme ISO 6166, des directives concernant son système international d'identification des valeurs mobilières (ISIN)[16]. Chaque code ISIN comprend 12 caractères qui identifient de manière unique une valeur. La dernière version en date de ces directives commente plus en détail, en les comparant, les utilisations commerciales des certificats physiques et d'un environnement sans papier.

- Le Comité maritime international[17] a élaboré des règles relatives aux connaissements électroniques[18].

- Bolero[19] a mis au point une plate-forme neutre qui permet les échanges électroniques entre acheteurs, vendeurs, leur service logistique et leurs partenaires bancaires.

- Aux États-Unis, la Mortgage Industry Standards Maintenance Organization a accompli, en ce qui concerne les billets à ordre et les hypothèques électroniques[20], un important travail et a créé, pour les premiers, un système de registre électronique.

- L'industrie américaine de financement de la vente de véhicules à moteur a élaboré, en ce qui concerne les actes mobiliers électroniques, des normes applicables aux contrats électroniques de vente et de location de véhicules à moteur[21].

---

[15] Voir www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/main.htm.

[16] Directives ISIN (Version 7, juin 2004), www.anna-web.com/neu/ISO_6166/ISIN_Guidelines_Version_7_%20June_2004.pdf. Règles d'affectation des codes ISIN pour les instruments de créance (règles 144A et S), www.anna-web.com/neu/ISO_6166/ISIN_Guidelines_AnnexA_RegS_144A.pdf.

[17] Comité maritime international, organisation internationale non gouvernementale à but non lucratif créée à Anvers en 1897, qui a pour objet de contribuer par tous les moyens appropriés à l'unification du droit maritime dans tous ses aspects. À cette fin, elle promeut la création d'associations nationales de droit maritime et coopère avec d'autres organisations internationales. Voir www.comitemaritime.org.

[18] Voir www.comitemaritime.org/cmidocs/rulesebla.html.

[19] Voir www.bolero.net/.

[20] Voir www.mismo.org.

[21] Voir, par exemple, www.spers.org/EFSCconference/TomBuitewegElectronicChattelPaper.htm. En outre, l'industrie américaine du coton a commencé à utiliser des récépissés d'entrepôt électroniques suite à un amendement apporté à la loi américaine sur les entrepôts (7 U.S.C. 259 c)) et à une réglementation du Ministère américain de l'agriculture rendant les récépissés d'entrepôt électroniques équivalents à des récépissés papier. Voir, par exemple, http://southwestfarmpress.com/mag/farming_electronic_warehouse_receipts/.

28. Ces initiatives montrent bien la contribution que la CNUDCI peut apporter dans ce domaine pour ce qui est: i) de définir et d'harmoniser les principes sous-jacents; ii) de mieux faire comprendre les documents transférables électroniques aux utilisateurs et à la communauté internationale; iii) de tirer profit de l'expérience d'autres entités; et iv) de réduire les inutiles chevauchements d'activités.

7. Recommandations concernant les futurs travaux de la Commission

29. Il faudrait que la CNUDCI recense, dans le cadre d'un projet, les principaux problèmes qui se posent, définisse les principes fondamentaux qu'il faudrait appliquer pour élaborer, en ce qui concerne les documents transférables électroniques, des systèmes juridiques internationaux viables et aide les États à élaborer des systèmes nationaux qui facilitent le commerce international. Les aspects des documents transférables électroniques qui n'ont pas été traités en profondeur dans le présent document le seront sans doute au fil des besoins. Ces travaux porteront probablement, dans une certaine mesure, sur l'utilisation de registres électroniques, mais devront tenir compte du fait que les solutions dépendront des besoins des secteurs et des applications. Le projet comprendrait un ensemble clairement défini de principes supérieurs que l'on pourrait incorporer à tout système international applicable aux documents transférables. On pourrait également aider les États, les organisations internationales et les industries à évaluer les risques juridiques ainsi que les solutions qui s'offrent à eux, et les aider à concevoir les méthodes de transfert les mieux adaptées à leurs besoins et à ceux du commerce mondial. Après cette phase, au besoin, on pourrait examiner la nécessité et la possibilité d'élaborer des instruments supplémentaires qui pourraient promouvoir le commerce en améliorant l'efficacité des documents électroniques.

A/CN.9/681/Add.2 (Original: anglais)

Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique – Proposition des États-Unis d'Amérique sur le règlement des conflits en ligne

ADDITIF

1. Les États-Unis recommandent de demander au Secrétariat de réaliser, sous réserve de ressources en personnel suffisantes, une étude sur les travaux futurs possibles que la CNUDCI pourrait entreprendre sur le sujet du règlement des conflits en ligne dans les opérations de commerce électronique internationales. Ils suggèrent, pour ce faire, que le Secrétariat consulte les États membres et observateurs et les informe des progrès accomplis dans l'élaboration des recommandations concernant les travaux futurs et qu'il envisage d'organiser un colloque d'experts sur la question.

2. Depuis un certain nombre d'années, la CNUDCI observe les systèmes de règlement des conflits en ligne expérimentés actuellement dans le domaine du commerce électronique en vue de pouvoir, à un moment donné, proposer à la Commission une voie à suivre en la matière[1]. En 2003, le Secrétariat a conclu que:

> le mieux … est d'observer et d'examiner les nouvelles pratiques en matière de règlement des conflits en ligne, d'analyser les diverses expériences menées dans la pratique, de recueillir des informations et de réaliser des études sur les difficultés juridiques, techniques et commerciales supposées, ou objectivement identifiées, que pose le règlement des conflits en ligne afin d'éclairer les débats à venir quant à la meilleure manière de traiter ces questions dans un cadre général. Sous réserve des conclusions de ces analyses et études, notre opinion est qu'il est encore trop tôt pour que l'ONU entreprenne l'élaboration d'un instrument normatif quel qu'il soit[2].

3. Depuis lors, à chacune de ses sessions plénières, la Commission a constamment maintenu le règlement des conflits en ligne au programme des travaux futurs possibles du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) ou du Groupe de travail IV (Commerce électronique)[3]. Elle n'a toutefois pas demandé spécifiquement au Secrétariat de réaliser par la suite des études sur les difficultés juridiques, techniques et commerciales posées par le règlement des conflits en ligne ni sur les travaux futurs possibles à mener sur la question. Certaines études montrant que le commerce électronique international ne s'est pas développé à la vitesse à

---

[1] Travaux actuellement menés par la CNUDCI dans le domaine du commerce électronique (TRADE/CEFACT/2002/20), 18 avril 2002, page 4, accessible à l'adresse http://www.unece.org/cefact/cf_plenary/plenary02/docs/02cf20.pdf.

[2] Lettre du Secrétaire de la CNUDCI, Jernej Sekolec, datée du 17 janvier 2003, adressée au Directeur de la Division du commerce de la CENUE concernant un projet de recommandation sur les modes alternatifs de règlement des conflits en ligne, page 6, accessible à l'adresse http://markmail.org/download.xqy?id=iupo4oag7aijppnj&number=1.

[3] Rapport de la Commission sur ses sessions de 2008 (A/63/17, par. 316), 2007 (A/62/17, par. 176), 2006 (A/61/17, par. 187), 2005 (A/60/17, par. 178 et 215) et 2004 (A/59/17, par. 60). Voir aussi l'intervention de José María Abascal Zamora sur la réduction des délais et des coûts dans l'arbitrage international au Congrès organisé pendant la quarantième session annuelle de la CNUDCI (Vienne, 9-12 juillet 2007), accessible à l'adresse http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Abascal-rev.pdf.

laquelle on pouvait s'attendre, en raison notamment des incertitudes liées aux recours ouverts aux parties en cas de litige, les États-Unis estiment qu'il est temps que le Secrétariat réexamine ces questions.

4. Une étude du Secrétariat pourrait examiner certaines des questions suivantes:

i. Types de conflits que les systèmes de règlement de conflits en ligne pourraient résoudre

Le Secrétariat souhaitera peut-être examiner les types d'opérations commerciales électroniques pour lesquels le règlement des conflits en ligne peut être le plus efficace[4].

L'étude pourrait également examiner la question de savoir si les travaux futurs possibles sur les mécanismes de règlement des conflits en ligne devraient porter sur les litiges relatifs aux opérations commerciales électroniques entre des sociétés, mais aussi entre des sociétés et des consommateurs.

ii. Accréditation des prestataires de services de règlement des conflits en ligne

Le Secrétariat pourrait aussi examiner s'il serait possible ou souhaitable de maintenir une base de données unique de prestataires de services de règlement des conflits en ligne certifiés pour les opérations commerciales électroniques[5].

---

[4] Le premier organisme international actif dans ce domaine a été le Centre d'arbitrage et de médiation de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, qui a été créé pour fournir sur Internet un système de règlement des conflits en ligne qui permette de résoudre des litiges de façon neutre, rapide et économique, y compris selon les Principes directeurs régissant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine (Principes UDRP). Voir: Nombre record d'affaires de cybersquattage en 2008: l'OMPI propose une procédure UDRP entièrement électronique du 16 mars 2009 (PR/2009/585), accessible à l'adresse http://www.wipo.int/pressroom/fr/articles/2009/article_0005.html. Il semble que le succès des Principes UDRP tienne, au moins pour partie, au fait que le processus est obligatoire pour tous les détenteurs d'un nom de domaine et que les sanctions peuvent facilement être mises à exécution. Voir aussi "Redress & Alternative Dispute Resolution in Cross-Border E-commerce Transactions", note d'information du Parlement européen de janvier 2007, ii), page 7, accessible à l'adresse http://www.europarl.europa.eu/comparl/imco/studies/0701_crossborder_ecom_en.pdf (où il est recommandé que, à court terme, il est nécessaire de procéder à de plus amples recherches empiriques pour identifier d'autres domaines spécifiques, analogues à la situation des noms de domaine avec les Principes UDRP, où le règlement de litige en ligne "dur" peut être utilisé avec succès). On pourrait à présent envisager d'élaborer des moyens d'incitation pratiques au respect des sentences en ligne par l'octroi de labels de qualité aux entités qui se conforment aux sentences et aux accords. Id., p. 8.

[5] La Federal Trade Commission des États-Unis et les organismes de protection des consommateurs de 23 autres pays ont créé un répertoire international des prestataires de services de règlement alternatif des litiges contenant les coordonnées de prestataires pouvant aider les consommateurs à résoudre les problèmes qu'ils rencontrent avec des vendeurs internationaux. Le répertoire peut être consulté à l'adresse http://www.econsumer.gov/francais/contentfiles/intl-adrproviders-french.html. Dans le même sens, la Commission européenne et ses États membres maintiennent actuellement une base de données centralisée des organismes de règlement alternatif des litiges qui sont considérés comme respectant les recommandations de la Commission sur le règlement des litiges. Les données sont maintenues sur le site Web de la Direction générale de la santé et des consommateurs. Voir http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_en.htm.

iii. Règles de procédure

Le Secrétariat pourrait aussi examiner s'il est souhaitable de rédiger des règles de procédure pour le règlement des conflits en ligne concernant les opérations commerciales internationales électroniques mettant en place des procédures accélérées qui respectent les exigences d'une procédure régulière[6].

iv. Exécution des sentences en ligne

L'applicabilité des conventions internationales pertinentes sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales aux sentences rendues à l'issue du processus de règlement des conflits en ligne pourrait être examinée[7]. Toutefois, compte tenu de la faible importance de nombre des actions intentées en matière de commerce électronique, l'application de ces traités ne se justifiera pas nécessairement d'un point de vue économique dans une affaire ordinaire. C'est pourquoi, il pourrait être utile d'examiner la manière d'établir des moyens pratiques d'encourager le respect de ces sentences en ligne.

---

[6] À la 7e Conférence spécialisée interaméricaine sur le droit international privé de l'Organisation des États américains, les États-Unis ont proposé un projet de règles types pour l'arbitrage électronique des litiges de faible importance pour les consommateurs. Ces règles sont destinées à instaurer des procédures pratiques qui soient simples, économiques, efficaces, rapides et équitables pour résoudre certains types courants de litiges de faible importance pour les consommateurs.

[7] Pour les instruments pertinents, voir la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958), la Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international (Panama, 1975) et la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève, 1961).

C. Proposition de la délégation espagnole concernant les travaux futurs du Groupe de travail IV (Commerce électronique) (A/CN.9/682) [Original: anglais]

1. Pendant la quarante et unième session de la Commission, plusieurs propositions ont été présentées d'axer les travaux futurs possibles du Groupe de travail IV (Commerce électronique) sur la création et la réglementation de "guichets uniques" dans le commerce international. Les objectifs qui pourraient être atteints en définissant les principes juridiques et opérationnels applicables aux guichets uniques sont notamment la promotion de la certitude et la sécurité juridique de l'échange de documents électroniques dans le cadre des opérations internationales et la simplification des procédures reposant sur l'échange d'informations, tant pour les opérateurs commerciaux que pour les administrations publiques. Il a en outre été indiqué, en relation étroite avec ce thème, qu'un autre domaine d'activité possible avait trait aux documents négociables électroniques et, plus généralement, au transfert de droits au moyen de communications électroniques.

2. La délégation espagnole a appuyé les propositions allant dans ce sens et continue de trouver intéressantes les approches sur lesquelles elles se fondent. Comme elle l'avait indiqué à l'époque, parmi tous les thèmes proposés, le régime de création et de transfert de documents négociables électroniques et de la négociation de droits par voie électronique est celui qui a suscité le plus grand intérêt. L'élaboration et la diffusion d'un régime uniforme, ou du moins d'un certain nombre de principes harmonisés dans ce domaine, pourraient apporter de nombreux avantages, car cela permettrait d'élaborer des règles pour toutes les procédures juridiques reposant sur l'utilisation des moyens électroniques et sur l'échange d'informations à des fins plus spécifiques. Les mécanismes de transfert ou de négociation des droits, y compris ceux qui se fondent sur les flux de documents écrits, montrent une structure très similaire, quel que soit le domaine économique dans lequel ils opèrent et la nature et le contenu des droits en question. Ces similarités augmenteront probablement avec la diffusion et l'application des moyens électroniques dans ce domaine.

3. Les systèmes existants de transfert de droits ou de documents reposant sur des structures d'information internes ou externes au réseau de communications électroniques sont basés sur la création de registres. Les systèmes qui sont progressivement apparus dans l'environnement électronique ces 20 dernières années ont une structure de registre créée selon les besoins ou utilisent les registres qui existent déjà. Dans le domaine du droit du commerce électronique, aux niveaux national et international (dans ce dernier cas comme suite aux travaux de la CNUDCI), les documents négociables ou transférables électroniques jouissent déjà dans certains domaines de la même reconnaissance juridique que les documents papier. Cette reconnaissance repose sur l'idée qu'un document électronique (intangible) peut être utilisé de la même manière qu'un document papier. La notion la plus importante lorsqu'il s'agit de reconnaître la propriété d'un document et les droits qui en découlent est la notion de contrôle du document. Cette notion a été conçue pour englober, entre autres, les systèmes de registres, qui sont précisément les seuls qui existent pour le moment.

4. Il est absolument indispensable de disposer d'une réglementation quelque peu harmonisée pour le transfert ou la négociation électronique de droits ou de documents, capable de favoriser la migration des procédures et opérations

internationales dans l'environnement électronique. Une telle réglementation pourrait être axée sur le transfert de droits par le régime de la cession par voie électronique, mais elle devrait également prévoir d'autres modes spécifiques de transfert reposant sur l'émission et l'utilisation de certains documents ou sûretés (valeurs mobilières, valeurs en espèces, titres ou sûretés portant sur des biens ou droits réels sur certains biens, etc.). Les tiers de confiance, dont le rôle et la pertinence doivent également être pris en compte dans tout cadre juridique futur, sont un élément clef pour la viabilité et le succès de ce type de procédures.

5. Les tiers de confiance, tels que les entités ou autorités de certification, jouent un rôle très important dans certains cas reconnus par la loi, notamment dans des domaines comme les signatures électroniques. Malgré tout, leur présence dans l'environnement électronique gagne et continuera sans aucun doute de gagner de l'importance et d'exercer un impact beaucoup plus grand sur le degré de certitude et de sécurité des relations dans l'environnement électronique. En effet, il est crucial pour les opérateurs, dans le cadre de ces relations, de jouir d'un degré minimum de confiance concernant l'identité des parties concernées, l'authenticité et le contenu des informations, la cohérence et le contenu juridique des actifs intangibles (tels que les sûretés) pouvant être échangés au moyen d'une notification mutuelle uniquement et, bien sûr, le régime juridique applicable.

6. Pour nombre de ces procédures, dont certaines sortent du champ d'application des normes juridiques tout en étant implicites quant à leurs objectifs, le seul moyen actuellement disponible pour instaurer le degré de confiance et de certitude souhaité entre les parties et promouvoir la sécurité des opérations consiste à faire intervenir un tiers de confiance. C'est exactement ce qui se passe dans les systèmes de registres pour la négociation de droits. De tels systèmes se fondent normalement sur l'autorité contractuelle conférée à une ou plusieurs entités qui, outre le système de communication et l'infrastructure de signature électronique (qui peut à son tour se fonder sur une infrastructure nationale à clef publique), fournissent l'infrastructure de registre, avec la valeur juridique qu'elle peut acquérir dans les relations entre les opérateurs concernés.

7. La réglementation régissant les tiers de confiance et leurs fonctions dans le contexte du transfert ou de la négociation de droits, de documents ou de sûretés et dans un environnement électronique pourrait en outre établir les bases d'un ensemble de règles régissant d'une manière plus générale leur rôle dans les relations et les opérations électroniques dans la poursuite de tout objectif contractuel. Les efforts déjà en cours dans ce contexte et leurs résultats pourraient par conséquent avoir un effet très bénéfique et développer des synergies sur d'autres activités et relations basées sur les échanges d'informations dans le réseau (ou qui en dépendent) et leurs régime juridique, législatif et contractuel. Ceci s'applique tant aux relations de caractère strictement privé qu'aux relations avec l'administration publique (dans de nombreux cas l'administration assume elle-même le rôle de tiers de confiance).

8. Concernant les objectifs visés par l'approche décrite ci-dessus et les moyens formels pour y parvenir, la délégation espagnole ne souhaite pas présenter de propositions fermées. Elle estime cependant que l'instrument devrait régir:

– Les modes par lesquels les droits devraient être négociés ou transmis par voie électronique et les conditions formelles à remplir;

– Les conséquences générales de la transmission ainsi que les conséquences spécifiques qui devraient être associées au régime régissant les documents, les sûretés ou les droits négociables ou transférables;

– Les types de documents ou d'instruments négociables qui relèveraient de la réglementation proposée;

– La responsabilité de l'émetteur;

– La mesure dans laquelle le débiteur d'une obligation sous-jacente devrait intervenir dans le transfert ou la négociation et ses conséquences;

– La protection dont devrait jouir un tiers acquéreur de bonne foi, s'agissant des différents modes de transmission des droits régis, tant vis-à-vis du débiteur que vis-à-vis des droits des autres tiers;

– Les conséquences de l'intervention des entités tierces ou des autorités certificatrices (qu'elles soient ou non prestataires d'autres services), notamment:

  • Conséquences de leur intervention pour la position des parties (débiteur, émetteur ou acheteur);

  • Responsabilité pour les dommages résultant de leur conduite;

– La notion pertinente de tiers certificateur de confiance et sa soumission possible aux autorités nationales de contrôle.

9. Sans exclure d'autres possibilités, la délégation espagnole souhaite également appeler l'attention sur l'expérience positive et les excellents résultats obtenus dans le domaine du droit du commerce électronique par le truchement des lois types. Une loi type pourrait être un cadre approprié pour une initiative comme celle qui est proposée, compte tenu de la grande souplesse d'application qu'elle offre aux États qui envisagent son utilisation et la facilité avec laquelle il est possible d'en améliorer le contenu une fois son élaboration achevée.

D. Travaux futurs possibles dans le domaine du droit des transports: commentaire ou notes explicatives sur la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (“Règles de Rotterdam”)

(A/CN.9/679) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-3

II. Modèles possibles de commentaire ou de notes explicatives sur les Règles de Rotterdam 4-8

I. Introduction

1. À sa quarante et unième session, en 2008[1], la Commission a approuvé le texte de ce qui était alors appelé projet de convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (“la Convention” ou “les Règles de Rotterdam”) et l’adoption subséquente de la Convention par l’Assemblée générale le 11 décembre 2008[2]. L’Assemblée générale a ouvert la Convention à la signature lors d’une cérémonie tenue à Rotterdam le 23 septembre 2009[3] et a appelé tous les gouvernements à envisager d’y adhérer[4].

2. Lorsqu’il a examiné le projet de texte de la Convention entre 2002 et 2008, le Groupe de travail III (Droit des transports) s’est demandé s’il faudrait élaborer certains aspects du texte dans un commentaire ou dans des notes explicatives qui pourraient accompagner la Convention à sa publication. Il existe, par exemple, deux observations de ce type dans le dernier projet de texte de la Convention qui a été publié avec des notes de bas de page (A/CN.9/WG.III/WP.101). La note 6 (article 3 “Conditions de forme”) évoquait la possibilité d’insérer une note explicative indiquant que tous les avis envisagés dans la Convention qui ne sont pas inclus dans l’article 3 peuvent être adressés par tout moyen, y compris verbalement, ou par un échange de messages de données qui ne satisfont pas nécessairement à la définition de “communication électronique” figurant dans le projet d’article premier (18). En outre, la note 20 (article 9) posait la question de savoir s’il faudrait préciser l’expression “aisément vérifiables” dans une note ou un commentaire accompagnant le texte de la Convention. Le Groupe de travail n’a pris, dans ces deux cas, aucune décision précise.

---

[1] *Documents officiels de l’Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 298.

[2] Résolution 63/122, par. 2.

[3] Ibid., par. 3.

[4] Ibid., par. 4.

3. Maintenant que le texte des Règles de Rotterdam a été adopté par l'Assemblée générale, il faudrait se préparer à les publier et à les diffuser. La Commission pourra, par conséquent, se demander s'il faudrait accompagner le texte de la Convention de notes explicatives ou d'un commentaire, et quelle forme ces textes supplémentaires devraient prendre.

II. Modèles possibles de commentaire ou de notes explicatives sur les Règles de Rotterdam

4. Plusieurs modèles ont pu être examinés par la Commission lorsqu'elle s'est interrogée sur le type de commentaire ou de note qui devrait, éventuellement, accompagner le texte de la Convention. On notera que les trois exemples ci-après sont appelés "notes explicatives" et énoncent spécifiquement qu'elles ne constituent pas un commentaire officiel de la convention en question.

5. Les notes explicatives qui accompagnent les Règles de Hambourg comprennent de brefs paragraphes d'introduction et de référence, un résumé des "éléments essentiels" desdites Règles et, pour conclure, une brève discussion sur l'uniformité du droit relatif au transport de marchandises par mer. Le texte de la note est écrit dans un style narratif et sans référence précise à l'examen de questions particulières dans les travaux préparatoires. On citera, par exemple, les paragraphes relatifs à l'article 4 sur la durée de la responsabilité du transporteur:

"2. Durée de la responsabilité

14. Les Règles de La Haye ne couvrent que la période allant du chargement des marchandises à bord du navire jusqu'à leur déchargement. Elles ne couvrent pas les pertes ou dommages qui se produisent pendant que les marchandises sont sous la garde du transporteur avant le chargement ou après le déchargement.

15. Dans la pratique actuelle, il arrive souvent que les transporteurs aient et conservent la garde des marchandises au port avant et après le transport par mer proprement dit. On estime que la plupart des pertes et dommages subis par les marchandises se produisent au port. Afin que la responsabilité des pertes ou dommages soit assumée par la partie qui a les marchandises sous son contrôle et est donc la mieux à même de les protéger contre ces pertes ou dommages, les Règles de Hambourg s'appliquent à toute la période pendant laquelle les marchandises sont sous la garde du transporteur au port de chargement, durant le transport et au port de déchargement."

6. Un autre modèle possible que la Commission pourra souhaiter examiner est celui de la note explicative qui accompagne la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by. Cette note contient une introduction légèrement plus détaillée, suivie d'un résumé des éléments essentiels et des principales dispositions de la Convention. Le texte est écrit dans un style narratif légèrement plus détaillé que celui qui accompagne les Règles de Hambourg, mais sans faire, ici non plus, précisément référence à l'examen de questions particulières dans les travaux préparatoires. Par exemple, la note qui renvoie à l'article 3 sur l'indépendance de l'État contractant est libellée comme suit:

“D. Définition de l’‘indépendance’

17. S’il est dans l’ensemble reconnu que les engagements du type régi par la Convention sont ‘indépendants’, il n’y a pas unanimité au plan international sur la manière d’interpréter et de reconnaître cette caractéristique essentielle. La Convention favorisera l’uniformité en la matière puisqu’elle comporte une définition de l’‘indépendance’ (art. 3). Selon cette définition, l’engagement ne doit pas dépendre de l’existence ou de la validité d’une opération sous-jacente, ni de tout autre engagement. Cette dernière référence à un autre engagement précise l’indépendance de la contre-garantie par rapport à la garantie sur laquelle elle porte, ainsi que de la confirmation par rapport à la lettre de crédit stand-by ou à la garantie indépendante qu’elle confirme.

18. En outre, pour entrer dans le champ d’application de la Convention, un engagement ne doit être soumis à aucun terme ou condition ne figurant pas dans l’engagement. Il est spécifié qu’un engagement ne doit pas être fonction d’un acte ou fait futur et incertain, à l’exception de la présentation d’une demande et d’autres documents par le bénéficiaire ou de tout autre acte ou fait entrant dans le domaine d’activité du garant/émetteur. Cela est conforme à la notion selon laquelle le garant/émetteur, dans le cas d’un engagement indépendant, a pour rôle de payer et non d’enquêter.”

7. Un troisième modèle possible que la Commission pourra souhaiter examiner est la note explicative qui accompagne la Convention des Nations Unies sur l’utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux. Bien qu’appelé note explicative, ce texte est bien plus détaillé que les deux exemples précédents et relève davantage d’un guide d’incorporation. La note contient une brève introduction, suivie d’un examen des éléments essentiels de l’instrument, d’un résumé des travaux préparatoires et de remarques conclusives très détaillées, article par article, y compris des références précises à l’examen de questions particulières dans les travaux préparatoires. Par exemple, la note relative à l’article 3 sur l’autonomie des parties, qui consiste en une seule phrase, est libellée comme suit:

“Article 3. Autonomie des parties

1. Étendue du pouvoir de dérogation

84. En élaborant la Convention sur les communications électroniques, la CNUDCI a été attentive au fait que, dans la pratique, les difficultés juridiques que soulevait l’utilisation des moyens modernes de communication étaient généralement réglées par voie contractuelle. La Convention reflète la position de la CNUDCI selon laquelle l’autonomie des parties est vitale dans les négociations contractuelles et devrait être largement reconnue par ses dispositions. [Note de bas de page: Ibid., par. 33.]

85. Dans le même temps, il a été généralement admis que cette autonomie n’allait pas jusqu’à écarter les conditions légales qui, par exemple, imposaient l’utilisation de méthodes spécifiques d’authentification dans un contexte particulier. Cet aspect est particulièrement important au regard de l’article 9 de la Convention, qui fournit des critères en vertu desquels les communications électroniques et leurs composantes (par exemple les signatures) peuvent remplir des conditions de forme, qui ont normalement un caractère impératif puisqu’elles émanent de décisions d’ordre public. L’autonomie des parties ne permet pas à ces dernières d’apporter des tempéraments aux exigences légales (par exemple sur la signature) au profit de méthodes d’authentification moins

fiables que la signature électronique, laquelle est la norme minimale reconnue par la Convention (voir A/CN.9/527, par. 108; voir également A/CN.9/571, par. 76).

86. Néanmoins, comme le prévoit le paragraphe 2 de l'article 8, la Convention n'oblige pas les parties à accepter les communications électroniques si elles ne le souhaitent pas, ce qui signifie également, par exemple, qu'elles peuvent choisir de ne pas accepter les signatures électroniques (voir A/CN.9/527, par. 108).

87. Dans la Convention, l'autonomie des parties s'applique uniquement aux dispositions qui créent des droits et des obligations pour les parties, et non à celles qui s'adressent aux États contractants (voir A/CN.9/571, par. 75).

2. Forme de la dérogation

88. L'article 3 a pour vocation de s'appliquer non seulement dans les rapports entre l'expéditeur et le destinataire des messages de données mais aussi dans les rapports faisant intervenir des intermédiaires. Ainsi, il peut être dérogé aux dispositions de la Convention sur les communications électroniques soit par convention bilatérale ou multilatérale entre les parties soit par des 'règles de système' convenues par elles.

89. La CNUDCI a estimé que les dérogations à la Convention ne devaient pas nécessairement être explicites mais pourraient également être implicites, par exemple dès lors que les parties conviennent de clauses contractuelles qui diffèrent des dispositions de la Convention (voir A/CN.9/548, par. 123). [Note de bas de page: Ibid., par. 32.]

Références aux travaux préparatoires

CNUDCI, trente-huitième session (Vienne, 4-15 juillet 2005)	A/60/17, par. 31 à 34
Groupe de travail IV, quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004)	A/CN.9/571, par. 70 à 77
Groupe de travail IV, quarante-troisième session (New York, 15-19 mars 2004)	A/CN.9/548, par. 119 à 124
Groupe de travail IV, quarante et unième session (New York, 5-9 mai 2003)	A/CN.9/528, par. 70 à 75
Groupe de travail IV, quarantième session (Vienne, 14-18 octobre 2002)"	A/CN.9/527, par. 105 à 110

8. Dans l'éventualité où la Commission déciderait de publier une note explicative ou un commentaire, elle pourra décider de ne choisir comme modèle aucune des illustrations ci-dessus. Elle pourra juger plus approprié de choisir une approche alternative ou hybride plus adaptée aux caractéristiques précises des Règles de Rotterdam. On pourra tenir compte, à cet effet, des points suivants:

a) Le fait que la Convention harmonise trois conventions existantes distinctes relatives au transport de marchandises par mer ainsi que plusieurs régimes régionaux et nationaux concurrents tout en intégrant la pratique actuelle du secteur complique la rédaction d'une note détaillée;

b) Le champ d'application des Règles de Rotterdam est bien plus large que celui des conventions précédentes portant sur ce domaine, car il dépasse le cadre de la simple réglementation des questions de responsabilité;

c) La Convention est bien plus longue que les textes des modèles examinés plus haut, et ses dispositions sont très détaillées;

d) Le Groupe de travail s'est réuni, au total, 26 semaines, ce qui fait que les travaux préparatoires sont volumineux. En outre, les utilisateurs des Règles de Rotterdam pourraient tirer profit de documents qui renverraient à l'examen de questions précises par le Groupe de travail et par la Commission pendant toute la durée de ces travaux.

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

Le secrétariat de la CNUDCI continue de publier des décisions de tribunaux et des sentences arbitrales en rapport avec l'interprétation ou l'application d'un texte résultant des travaux de la CNUDCI. Pour une description du Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, voir le Guide de l'utilisateur (A/CN.9/SER.C/GUIDE/1/Rev.2) publié en 2000 et disponible sur Internet à l'adresse www.uncitral.org.

Les compilations de sommaires de jurisprudence (A/CN.9/SER.C/ ABSTRACTS) peuvent être obtenues auprès du secrétariat de la CNUDCI à l'adresse suivante:

Secrétariat de la CNUDCI
B.P. 500
Centre international de Vienne
A-1400 Vienne
Autriche

Téléphone: (+43-1) 26060-4060 ou 4061
Télécopie: (+43-1) 26060-5813
Courrier électronique: *uncitral@uncitral.org*

Ces compilations sont également disponibles sur le site Internet de la CNUDCI *www.uncitral.org*.

Le texte intégral des décisions des tribunaux et des sentences arbitrales mentionnées dans le Recueil de jurisprudence peut être obtenu dans la langue originale sur demande adressée au secrétariat de la CNUDCI.

VII. ASSISTANCE TECHNIQUE EN MATIÈRE DE RÉFORME DU DROIT

Note du Secrétariat sur la coopération et l'assistance techniques (A/CN.9/675 et Add.1) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction . . . 1-5

II. Activités de coopération et d'assistance techniques . . . 6-31

A. Activités relatives à différents domaines . . . 8-14

B. Vente de marchandises . . . 15-16

C. Règlement des différends . . . 17-19

D. Passation de marchés . . . 20-21

E. Sûretés . . . 22

F. Transports . . . 23-24

G. Insolvabilité . . . 25

H. Commerce électronique . . . 26-29

I. Aide à la rédaction de textes législatifs . . . 30-31

III. Activités de coordination . . . 32-35

I. Introduction

1. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) joue un rôle important dans l'élaboration du cadre juridique régissant le commerce international et les investissements internationaux de par son mandat, qui consiste à élaborer des instruments, législatifs ou non, dont elle encourage l'utilisation et l'adoption, dans un certain nombre de domaines clefs du droit commercial, notamment les ventes, le règlement des différends, la passation des marchés publics, les opérations bancaires et les paiements, les sûretés, l'insolvabilité, les transports et le commerce électronique. Ces instruments, qui sont acceptés 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, sont notamment:

a) Dans le domaine des ventes de marchandises, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM)[1] et la Convention des Nations Unies sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (Convention sur la prescription)[2];

b) Dans le domaine du règlement des différends, la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères[3] (la Convention de New York, adoptée par les Nations Unies avant la création de la Commission, mais dont cette dernière encourage activement l'utilisation); le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI[4]; le Règlement de conciliation de la CNUDCI[5]; la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et articles révisés[6]; l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales[7] et la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale[8];

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[9], le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé[10] et les Dispositions législatives types 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 les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux[12], la Loi type de la CNUDCI sur les virements

---

[1] 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.

[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; Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1511, p. 77 et 99; *Annuaire 1980 de la CNUDCI*, troisième partie, chap. I, sect. C.

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

[4] *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.

[5] *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.

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

[7] *Annuaire 1996 de la CNUDCI*, troisième partie, chap. II.

[8] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), annexe I; *Annuaire 2002 de la CNUDCI*, troisième partie.

[9] *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.

[10] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.01.V.4, A/CN/9/SER.B/4.

[11] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/57/17), annexe I.

[12] *Annuaire 1988 de la CNUDCI*, troisième partie, chap. I; résolution 43/165 de l'Assemblée générale, annexe.

internationaux[13] et la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by[14];

e) Dans le domaine des sûretés, la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international[15] et le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties[16];

f) Dans le domaine de l'insolvabilité, la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale[17] et le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité[18];

g) Dans le domaine des transports, la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer (Règles de Hambourg)[19], la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international[20] et la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer ("Règles de Rotterdam")[21]; et

h) Dans le domaine du commerce électronique, la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[22], la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques[23] et la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux[24].

2. Les activités de coopération et d'assistance techniques visant à encourager l'utilisation et l'adoption de ses textes sont parmi les priorités de la CNUDCI, conformément à une décision prise à sa vingtième session (1987)[25], et sont particulièrement utiles aux pays en développement et aux pays à économie en transition manquant d'expertise dans les domaines du droit commercial visés par les travaux de la CNUDCI. Étant donné que la réforme du droit commercial, qui se fonde sur des instruments internationaux harmonisés influe de toute évidence sur l'aptitude à participer au commerce international, le travail de coopération et

---

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

14 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.

15 *Annuaire 2002 de la CNUDCI*, troisième partie; résolution 56/81 de l'Assemblée générale, annexe.

16 *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part II, par. 99.

17 *Annuaire 1992 de la CNUDCI*, troisième partie, chap. I.

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

19 Hambourg, 31 mars 1978, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1695, p. 3; *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, Hambourg, 6-31 mars 1978* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.80.VIII.1), A/CONF.89/13, annexe I.

20 A/CONF.152/13, annexe.

21 New York, 11 décembre 2008, résolution A/RES/63/122 de l'Assemblée générale, annexe.

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

23 Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), annexe II.

24 New York, 23 novembre 2005, résolution A/RES/60/21 de l'Assemblée générale, annexe.

25 *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/42/17), par. 335.

d'assistance techniques du secrétariat qui vise à promouvoir l'utilisation et l'adoption de certains textes peut faciliter le développement économique.

3. Les progrès accomplis pour adhérer aux instruments internationaux et promulguer les Lois types sont régulièrement mis à jour et disponibles sur le site de la CNUDCI. Le rapport annuel de la Commission intitulé "Statut des conventions et des Lois types" présente également les progrès effectués en ce sens et souligne les nouvelles initiatives prises pour adhérer aux traités et promulguer les Lois types.

4. Dans sa résolution 63/120 du 15 janvier 2009, l'Assemblée générale a réaffirmé l'importance, en particulier pour les pays en développement et les pays à économie en transition, du travail de la Commission dans le domaine de la coopération et l'assistance techniques en matière de droit commercial international, et engagé de nouveau le Programme des Nations Unies pour le développement et les autres organismes d'aide au développement, tels que la Banque mondiale et les banques régionales de développement, ainsi que les gouvernements agissant dans le cadre de leurs programmes d'aide bilatérale, à appuyer le programme de coopération et d'assistance techniques de la Commission, à coopérer avec celle-ci et à coordonner leurs activités avec les siennes. L'Assemblée générale a également souligné l'importance, pour l'unification et l'harmonisation progressives du droit 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.

5. La présente note dresse la liste des activités de coopération et d'assistance techniques menées par le secrétariat depuis la publication de la dernière note, dont la Commission a été saisie à sa quarante et unième session en 2008 (A/CN.9/652 du 8 avril 2008), et rend compte de la mobilisation des ressources pour soutenir les activités de coopération et d'assistance techniques.

II. Activités de coopération et d'assistance techniques

6. Les activités de coopération et d'assistance techniques entreprises par le secrétariat de la CNUDCI favorisent l'adoption des textes législatifs élaborés par cette dernière, et comprennent la fourniture de conseils aux États qui envisagent de signer et de ratifier les conventions de la CNUDCI ou d'y adhérer, ainsi qu'à ceux qui envisagent l'adoption d'une loi type ou l'utilisation d'un guide législatif de la CNUDCI. Elles encouragent également l'application de ces textes et leur interprétation uniforme. Ces activités peuvent notamment prendre les formes suivantes: mener des missions d'information et participer à des séminaires et à des conférences sur les textes de la CNUDCI se tenant aux niveaux régional et national; aider les pays à remanier la législation existante et à déterminer si une réforme du droit commercial s'impose; aider à rédiger la législation nationale nécessaire pour appliquer les textes de la CNUDCI; aider les organismes multilatéraux et bilatéraux de développement à utiliser les textes de la CNUDCI dans leurs activités et projets de réforme législative; prêter conseil et assistance à des organisations internationales et autres, 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 organiser des activités de formation pour faciliter

l'application et l'interprétation par les magistrats et autres juristes de la législation moderne fondée sur les textes de la CNUDCI.

7. Les activités ci-dessous qui sont signalées par un astérisque ont été financées par le Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI.

A. Activités relatives à différents domaines

1. Activités régionales

8. Depuis le dernier rapport, des activités de coopération et d'assistance techniques ont été menées dans plusieurs des domaines mentionnés au paragraphe 1 ci-dessus. À l'échelle régionale, le secrétariat de la CNUDCI a participé aux activités suivantes:

a) Au cinquième Forum de droit de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) consacré à l'examen de la façon dont les pays membres de l'ASEAN peuvent harmoniser au mieux leurs lois commerciales, et en particulier l'adhésion de ces pays aux instruments internationaux pertinents. Le Forum a, notamment, abordé les questions suivantes: la CVIM, la Convention sur les communications électroniques, le Guide législatif sur les opérations garanties de la CNUDCI, et les textes législatifs élaborés par la CNUDCI en matière d'arbitrage commercial international (Bangkok, 7-8 mai 2008);

b) À la Conférence internationale des avocats de l'Union pour la Méditerranée. Le secrétariat a fourni des informations sur la CVIM et les textes législatifs préparés par la CNUDCI sur l'arbitrage et le commerce électronique qui pourraient être soumis à l'adoption des États membres de l'Union européenne (Nice, France, 28 et 29 juin 2008);

c) *À un atelier régional sur le renforcement des capacités consacré au droit et à la pratique conventionnels et à l'application, sur le plan interne, des obligations conventionnelles, organisé par la Communauté économique des États d'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), en collaboration avec la Section des traités du Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies, la CNUDCI, l'ONUDC et le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, a été accueilli par le Ministère ghanéen des affaires étrangères et le Bureau du Procureur général du Ghana. L'atelier, auquel ont participé des pays de la CEDEAO, a permis à ces derniers de discuter de la CVIM, de la Convention des Nations Unies sur les communications électroniques, des Lois types de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et sur la conciliation commerciale internationale et de la Convention de New York. Une réunion spécifique a été organisée par l'Institut monétaire de l'Afrique de l'Ouest (IMAO) et le secrétariat de la CNUDCI pour discuter de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, du Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et des questions liées aux indicateurs de fraude commerciale (Accra, 10-12 juin 2008); et

d) Depuis 2007, le secrétariat a fourni des conseils réguliers pour réaliser le sous-projet régional de mise en œuvre de la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises et sur l'arbitrage commercial international, une composante du projet de création d'un fonds régional pour l'Europe du Sud-Est et

de réforme juridique, financé par la Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ). L'Albanie, la Bosnie-Herzégovine, la Croatie, l'ex-République yougoslave de Macédoine, le Monténégro et la Serbie participent à ce projet. Dans le cadre du sous-projet, le secrétariat a participé aux activités suivantes: une réunion d'experts consacrée à l'examen des rapports nationaux sur l'application de la CVIM et des textes législatifs nationaux sur l'arbitrage préparés par les experts (Becici, Monténégro, 16-19 juin 2008); une mission conjointe consacrée à l'adhésion de l'Albanie à la CVIM (Tirana, 14-17 octobre 2008); une table ronde lors de 21e session de l'École de Kopaonik sur le droit naturel durant laquelle les États ont présenté un rapport sur la CVIM et sur leur législation en matière d'arbitrage (Kopaonik, Serbie, 15 décembre 2008); une Conférence sur l'arbitrage et le second projet de procès simulés organisé conjointement par la GTZ et la Faculté de droit de l'Université de Belgrade; et une table ronde régionale, menée au cours du second projet de procès simulés, consacrée à l'examen des mesures susceptibles de promouvoir l'application uniforme de la CVIM et la promulgation des textes législatifs préparés par la CNUDCI sur l'arbitrage et le commerce électronique dans la région (Belgrade, 27-29 mars 2009).

2. Activités menées au niveau national

9. Sur le plan national, le secrétariat a participé aux activités de coopération et d'assistance techniques ci-après, qui sont liées à plusieurs des domaines mentionnés au paragraphe 1 ci-dessus:

a) À un séminaire international qui avait pour thème "Pour un droit commercial uniforme – Principes et pratique", organisé par le Comité italien de l'Union Internationale des Avocats et l'Association régionale du Barreau de Triveneto au cours duquel le secrétariat a présenté la CVIM et les textes de la CNUDCI sur l'arbitrage et la conciliation (Venise, Italie, 3-5 octobre 2008); et

b) À une conférence internationale consacrée à l'arbitrage institutionnel dans les marchés d'infrastructure et de travaux, organisée par le Conseil d'arbitrage de l'industrie des marchés de travaux au cours de laquelle le secrétariat a présenté des informations sur la CVIM, l'arbitrage et les textes de la CNUDCI sur les marchés de travaux; et à la conférence qui avait pour thème, "l'Arbitrage commercial international et la vente de marchandises: perspectives de la CNUDCI", organisée par la Fédération des chambres indiennes de commerce et d'industrie (FICCI) et le Conseil indien de l'arbitrage (CIA), afin de présenter les textes de la CNUDCI sur l'arbitrage, la Convention de New York et la Convention de Vienne (New Delhi, 16-18 octobre 2008);

c) Dans le cadre de la Conférence organisée par USAID et l'Organisation mondiale du commerce (OMC) concernant le projet d'adhésion de l'Éthiopie à l'OMC, le secrétariat a soumis un document sur le renforcement du régime du droit commercial international de l'Éthiopie pour encourager l'émergence d'un environnement commercial plus fort, dans le cadre des préparatifs aux négociations d'adhésion de l'Éthiopie à l'OMC. Le secrétariat suggérait dans ce document que cet objectif pourrait être atteint par l'Éthiopie si elle devenait partie à la Convention de New York et à la CVIM. D'autres actions de suivi des recommandations formulées dans ce document seront menées conjointement avec USAID en 2009.

3. Réunions d'information à l'intention des Missions permanentes de Vienne

10. Le secrétariat a tenu une réunion d'information sur la CNUDCI et ses méthodes de travail lors du Séminaire d'orientation proposé aux membres des Missions Permanentes accréditées auprès des Organisations internationales à Vienne, organisé par l'Institut des Nations Unies pour la formation et la recherche (UNITAR), qui s'est tenu à l'Office des Nations Unies à Vienne (30 et 31 octobre 2008). Des réunions d'information sur les différents sujets traités par les groupes de travail sont régulièrement organisées à Vienne par le secrétariat.

11. Le secrétariat a rencontré neuf Missions permanentes du Groupe africain et s'est entretenu avec elles de questions d'intérêt mutuel afin de mieux répondre aux besoins des pays africains, y compris du renforcement de la participation des États africains aux travaux législatifs de la CNUDCI et aux activités de la coopération et d'assistance techniques (Vienne, 5 décembre 2008).

12. Le secrétariat a rencontré les Missions permanentes des pays membres de l'Accord de libre-échange conclu entre les États-Unis, les pays d'Amérique centrale et la République dominicaine (CAFTA-DR) et du GRUCA (Groupes centraméricains) pour discuter de questions d'intérêt mutuel, y compris des questions relatives à la coopération et à l'assistance techniques et à d'éventuelles activités régionales futures afin de renforcer l'intégration économique régionale par l'adoption de textes uniformes (Vienne, 18 février 2009).

13. Le secrétariat a tenu une séance d'information à l'intention des missions permanentes des États Membres de l'Union européenne afin de présenter la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale (2002) au regard de la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 concernant certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale (Vienne, le 6 octobre 2008).

4. Autres activités portant sur plusieurs sujets

14. À la demande du Centre international de formation de l'Organisation internationale du Travail, le secrétariat a contribué quant au fond et à la méthodologie à la mise en œuvre du programme de Master en gestion des marchés publics. Il a organisé des sessions de formation au campus du Centre, à Turin (Italie) sur les sujets suivants: Loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés publics (4 septembre 2008); CVIM (22 octobre 2008); et aspects juridiques de la passation électronique de marchés et des lois types de la CNUDCI sur le commerce électronique et les signatures électroniques (11 décembre 2008).

B. Vente de marchandises

15. Le secrétariat a fait des efforts particuliers pour promouvoir l'adoption et l'interprétation uniforme de la CVIM au niveau régional, par des contacts avec les missions permanentes auprès de l'Organisation des Nations Unies à Vienne, Genève et New York et directement avec les responsables concernés de certains États. Dans le cadre de ces activités, le secrétariat:

a) A participé à la conférence internationale "L'esprit et l'interprétation de la CVIM", organisée par le Comité directeur du Congrès de Tokyo sur la CVIM, la

faculté de droit de l'Université de Tokyo, l'Institut du droit commercial international de la Pace University School of Law, et coparrainée par les ministères des affaires étrangères et de la justice du Japon et la CNUDCI. La conférence a eu lieu après l'adhésion du Japon à la CVIM en juillet 2008 (Tokyo, 16-18 novembre 2008); et

b) A présenté une note pour promouvoir l'adoption de la CVIM à la conférence internationale: "Questions sur l'avenir de la CVIM" organisée en l'honneur de Peter Schlechtriem (1933-2007) (Vienne, 2 avril 2009).

16. Une aide a également été apportée aux États qui en sont au stade final du processus d'adoption de la Convention, eu égard en particulier à la formulation de réserves et au dépôt des instruments de consentement à être lié. Depuis le dernier rapport, l'Arménie, le Japon et le Liban ont adhéré à la CVIM et la Belgique a adhéré à la Convention sur la prescription.

C. Règlement des différends

17. Le secrétariat a encouragé l'adoption des textes relatifs à l'arbitrage et à la conciliation en participant à des activités organisées tant à l'échelle régionale qu'avec des pays particuliers, mais aussi à des activités organisées par des institutions d'arbitrage. Au niveau régional, il a notamment participé:

a) À la réunion annuelle tripartite de la Cour internationale d'arbitrage commercial de la Chambre de commerce et d'industrie de la Fédération de Russie, du Centre national d'arbitrage de Mongolie et de la Commission chinoise d'arbitrage de l'économie et du commerce international consacrée à la contribution de la CNUDCI au développement d'un régime d'arbitrage commercial international en Asie centrale (Oulan-Bator, 9-10 octobre 2008); et

b) À une conférence régionale organisée par le Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration pour discuter de la Convention de New York et présenter le projet conjoint mené par l'Association internationale du barreau et la CNUDCI sur le suivi de l'application de cette convention (Le Caire, 10 et 11 novembre 2008).

18. Le secrétariat a collaboré avec un certain nombre d'institutions et d'organismes d'arbitrage en participant:

a) À une conférence portant sur les moyens alternatifs de règlement des différends entre les investisseurs et l'État, organisée par le secrétariat de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), le Ministère ukrainien de la justice et l'Agence ukrainienne de promotion des investissements pour discuter de l'utilisation du Règlement de conciliation de la CNUDCI dans le règlement des différends entre les investisseurs et l'État (Kiev, 2 et 3 juin);

b) À une conférence organisée par l'Association suédoise d'arbitrage (SAA) sur "La politique publique dans l'arbitrage commercial international" où il a présenté un exposé sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et donné des orientations d'interprétation concernant la théorie selon

laquelle la politique publique est un obstacle à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales (Stockholm, 4 et 5 septembre 2008);

c) À la Conférence annuelle de l'Association internationale du barreau pour présenter le projet mené conjointement par cette association et la CNUDCI sur le suivi de l'application de la Convention de New York (Buenos Aires, 15-18 octobre 2008);

d) À La conférence qui avait pour thème "l'arbitrage commercial international en Russie à la lumière du développement économique mondial", organisée par la Chambre de Commerce et d'Industrie de la Fédération de Russie où il a présenté la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et ses amendements de 2006 (Moscou, 17 octobre 2008);

e) À la conférence sur "L'arbitrage international impliquant des parties originaires du monde arabe" organisé par l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm où il a présenté la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (Stockholm, 23 octobre 2008); et

f) À la conférence internationale sur "La mise en œuvre de l'arbitrage commercial" soutenue par le Centre d'arbitrage international de Dubaï où il a présenté la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (Dubaï, Émirats Arabes Unis, 11-14 novembre 2008).

19. Le secrétariat a également participé à une conférence sur "Le 50e anniversaire de la Convention de New York: les défis à relever par les magistrats" qui a rassemblé des magistrats d'Asie sur la question de la mise en œuvre de la Convention et des rapports publiés récemment, à l'invitation du Collège national des magistrats de Chine et du Centre Cheung Kong de négociation et de règlement des différends (Beijing, 10-13 décembre 2008).

D. Passation de marchés

20. Conformément aux demandes formulées par le Groupe de travail I (Passation de marchés), le secrétariat a noué des liens avec d'autres organisations s'intéressant à la passation de marchés pour stimuler la coopération, en ce qui concerne en particulier les travaux de révision de la Loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, engagés par la CNUDCI et les activités visant à faire connaître la Loi type et à promouvoir son adoption[26]. Le secrétariat a participé aux activités suivantes:

a) L'atelier sur l'Accord de l'OMC sur les marchés publics organisé par l'OMC où il a présenté les travaux de la CNUDCI dans le domaine de la passation de marchés publics (Genève, Suisse, juillet 2008);

b) Une réunion du Groupe de travail sur les marchés publics de la Commission sur le Droit international et la pratique de la Chambre de commerce internationale, au cours de laquelle le secrétariat a présenté le rapport des sessions tenues en 2008 par le Groupe de travail I de la CNUDCI et les progrès effectués en

[26] Voir les documents A/CN.9/575, par. 52 et 67, et A/CN.9/615, par. 14.

vue de la finalisation du texte de la Loi type révisée de la CNUDCI sur la passation des marchés (Vienne, 11 novembre 2008); et

c) Le "Forum international sur les marchés publics", organisé par l'Université centrale d'Économie et de Finance consacré à l'examen de la réforme et de la modernisation du droit des marchés publics et l'approche suivie par la CNUDCI en matière de viabilité des marchés publics au titre de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (Beijing, 26-29 novembre 2008).

21. Le secrétariat offre régulièrement des séances d'information au personnel des bureaux de pays de l'ONUDC sur la manière dont l'application de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés contribue à la mise en œuvre de la Convention des Nations Unies contre la corruption, et en particulier de ses articles relatifs à la passation des marchés.

E. Sûretés

22. Le secrétariat a participé à une série d'événements aux fins de diffuser des informations sur le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et les travaux que mène actuellement le Groupe de travail VI sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle et notamment:

a) À la Conférence mondiale sur le droit commercial, organisée par l'American Bar Association (ABA), Section du droit des affaires, pour promouvoir le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (Francfort, Allemagne, 29 et 30 mai 2008);

b) À la huitième Conférence internationale annuelle sur l'insolvabilité, à l'invitation de l'International Insolvency Institute, où il a présenté le traitement des sûretés réelles dans les droits de propriété intellectuelle en vertu d'accords de licence en cas d'insolvabilité (Berlin, 9 et 10 juin 2008); et

c) À la Conférence internationale sur les nouveautés en matière de financement, à l'occasion du cinquième Prix de Venise pour la culture de la propriété intellectuelle, organisée par l'Office européen des brevets et le Bureau italien des brevets et des marques déposées, accueillie par l'Université de Venise, au cours de laquelle le secrétariat a présenté les travaux de la CNUDCI sur les sûretés réelles mobilières et les droits de propriété intellectuelle (Venise, Italie, 26-28 novembre 2008).

F. Transports

23. Le secrétariat a participé à la 39e conférence du Comité maritime international afin d'introduire et de promouvoir le texte du projet de convention sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (Athènes, 14-16 octobre 2008).

24. En collaboration avec la Société arabe pour le droit commercial et maritime, le Comité maritime international et l'Institut méditerranéen maritime, le secrétariat a participé à l'organisation de la 3e Conférence arabe pour le droit commercial et

maritime – “Les Règles de Rotterdam en 2009, Uniformité ou diversité de la Loi sur le transport de marchandises par mer?”. La Conférence était consacrée à l’examen de la Convention sur les contrats de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer et, en particulier, sur le point de savoir si cet instrument répond aux besoins des pays arabes (Alexandrie, Égypte, 18 et 19 avril 2009).

G. Insolvabilité

25. Le secrétariat a encouragé l’utilisation et l’adoption des textes sur l’insolvabilité, en particulier de la Loi type sur l’insolvabilité internationale, en participant à divers événements internationaux, et notamment:

a) À une conférence qui avait pour thème “Les opérations garanties et l’insolvabilité: les réformes à un tournant”, organisée conjointement par la Banque mondiale, la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) et la CNUDCI (Washington, 5 et 6 mai 2008) et qui a rassemblé les principales parties prenantes en matière d’insolvabilité et d’opérations garanties afin d’examiner quelques-unes des questions cruciales qui se posent à l’intersection de ces deux domaines, d’évaluer les positions actuelles des uns et des autres sur ces questions, et d’identifier les points de convergence et les questions et les défis futurs;

b) À la 14e conférence mondiale annuelle sur l’insolvabilité et la restructuration, parrainée par l’Association internationale du barreau, qui traite du droit de l’insolvabilité et des questions relatives à la propriété intellectuelle, ainsi que de l’insolvabilité internationale et de questions découlant de la mise en œuvre de la Loi type de la CNUDCI sur l’insolvabilité internationale (Stockholm, 19 et 20 mai 2008);

c) Au deuxième camp d’été de la magistrature, organisé par le Groupe de réflexion sur l’insolvabilité et sa prévention, en coopération avec la CNUDCI, l’Organisation européenne des praticiens spécialisés dans l’insolvabilité, et l’International Insolvency Institute, pour débattre des problèmes actuels liés au droit de l’insolvabilité, en particulier à l’insolvabilité internationale. Des magistrats de 15 pays ont participé à ce camp d’été (Paris, 2-4 juillet 2008);

d) À la revue canadienne annuelle de la Conférence sur le droit de l’insolvabilité, organisée par le Centre national du droit des affaires de l’Université de Colombie-Britannique, afin de présenter les travaux de la CNUDCI sur les groupes de sociétés et l’insolvabilité (Banff, Canada, 12-14 février 2009); et

e) À l’invitation de l’Académie de droit européen, à une réunion convoquée pour faire le point sur les travaux de la CNUDCI sur le traitement international des groupes d’entreprises en cas d’insolvabilité en vue de la tenue d’une conférence sur les procédures relatives à l’insolvabilité internationale (Trèves, Allemagne, 25-27 mars 2009).

H. Commerce électronique

26. Le secrétariat a participé à des activités communes avec des gouvernements et des organismes nationaux afin de promouvoir les textes législatifs de la CNUDCI sur le commerce électronique, ainsi que les activités régionales.

27. Au niveau régional, le secrétariat a notamment participé à un colloque de haut niveau sur le renforcement des capacités régionales en matière de commerce électronique organisé par la Commission économique et sociale des Nations Unies pour l'Asie et le Pacifique (CESAP) et la Commission économique pour l'Europe (CEE-ONU) pour discuter du régime juridique du guichet unique et du cadre du commerce électronique (Bangkok, 24 et 25 mars 2009).

28. Le secrétariat a également participé aux activités suivantes:

a) À la réunion annuelle 2008 de l'International Distribution Institute (IDI) où il a présenté la Convention des Nations Unies de 2005 sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux (Turin, Italie, 6 et 7 juin 2008); et

b) À un atelier sur la cyberlégislation organisé par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), organisé en collaboration avec le Ministère des affaires étrangères d'El Salvador et avec le soutien du Gouvernement espagnol, où il a présenté les textes législatifs de la CNUDCI sur le commerce électronique à des fonctionnaires des États membres de CAFTA-DR et de GRUCA (San Salvador, 23-27 mars 2009).

29. *Le secrétariat a également participé à la "Troisième réunion internationale sur le commerce électronique de La Havane", organisée par la Société de gestion Informatique et des communications (GESEI) où il a présenté les textes de la CNUDCI sur le commerce électronique et souligné l'importance qu'ils revêtent pour les pays en développement. Au cours de cet événement, des réunions distinctes ont été organisées avec les représentants de la magistrature et du gouvernement sur le commerce électronique à Cuba et les textes législatifs de la CNUDCI et le secrétariat a présenté des informations sur les travaux menés par le groupe d'experts juridiques conjoint OMD-CNUDCI sur la coordination de la gestion des frontières à l'aide du guichet unique international (La Havane, 9-16 février 2009).

I. Aide à la rédaction de textes législatifs

30. Dans le cadre d'un programme mené par la Banque mondiale et le Service consultatif pour les investissements étrangers de la Banque mondiale, des observations ont été fournies sur une étude concernant l'Acte Uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA).

31. Des observations ont également été fournies sur les différents projets de textes portant sur la question de l'arbitrage, et notamment les projets d'amendements à la législation de la Mongolie en matière d'arbitrage, le projet de législation fédérale sur l'arbitrage et la mise en œuvre des sentences arbitrales aux Émirats arabes unis, le projet de loi sur l'arbitrage du Viet Nam, le projet de loi sur la Cour d'arbitrage

commercial international de l'Ouzbékistan et le projet de loi de Maurice sur l'arbitrage international.

III. Activités de coordination

32. Conformément à son mandat[27], le secrétariat de la CNUDCI participe à un certain nombre de groupes de travail et de réunions d'autres organisations ayant des activités intéressant le droit commercial international pour faciliter la coordination des travaux en cours.

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

33. Le secrétariat a participé aux réunions suivantes de l'Institut international pour l'unification du droit privé:

a) Au Conseil de direction d'Unidroit (Rome, 21-23 avril 2008);

b) Au Groupe de travail sur les Principes d'Unidroit dans le cadre des efforts entrepris pour reformuler les Principes (Rome, 25-31 mai 2008);

c) À la Conférence diplomatique pour l'adoption du projet de convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés (Genève, Suisse, 8-12 septembre 2008); et

d) À la session conjointe de l'Assemblée générale d'Unidroit et du Comité d'experts gouvernementaux d'Unidroit en vue de l'élaboration d'un projet de loi type sur le leasing (Rome, 10-13 novembre 2008).

2. Conférence de La Haye de droit international privé

34. Le secrétariat a participé aux réunions suivantes de la Conférence de La Haye:

a) À la réunion de liaison des juristes (La Haye, 14 et 15 mai 2008); et

b) Au Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (31 mars-2 avril 2009).

3. Autres organisations

35. D'autres activités de coordination ont amené la CNUDCI à participer aux réunions ci-après et, dans certains cas, à y présenter des exposés sur ses activités:

a) Questions générales

i) À la réunion des comités scientifiques des programmes de troisième cycle et de maîtrise du Centre international de formation de l'OIT (Turin, Italie, 16 décembre 2008);

ii) À une conférence parrainée par l'antenne britannique de l'International Law Association (ILA) qui avait pour thème: le droit international est-il rentable? – Partenariat pour le Progrès (Londres, 15-18 mai 2008); et

---

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

iii) Au cours annuel de troisième cycle sur le droit commercial international, à l'invitation du Centre international de formation de l'Organisation internationale du Travail et de l'Institut d'études européennes de l'Université de Turin, pour présenter les travaux de la CNUDCI (Turin, Italie, 24 et 25 mars 2009).

b) Règlement des différends

i) À une réunion de la Commission d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) afin de présenter le projet de la CNUDCI et de l'Association internationale du barreau en faveur de la transposition dans les législations nationales de la Convention de New York et de discuter de la synergie entre le projet et le projet de la CCI, dont l'objectif est de préparer un rapport destiné aux spécialistes sur les règles de procédure nationale pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Paris, 23-25 avril 2008); et

ii) À La Conférence sur l'arbitrage 2009, organisée conjointement par la Chambre économique fédérale autrichienne et la CNUDCI afin de présenter les travaux menés actuellement par le Groupe de travail II de la CNUDCI sur la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et le projet conjoint de la CNUDCI et de l'Association internationale du barreau pour une application efficace et une interprétation harmonisée de la Convention de New York (Vienne, 2 et 3 avril 2009).

c) Passation de marchés

i) À une réunion de consultation sur les clauses de stabilisation et les droits de l'homme organisée par le Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, qui a également examiné les questions relatives au Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé, à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés et aux travaux à venir sur l'arbitrage entre investisseurs (Londres, 22 mai 2008);

ii) À la Conférence asiatique de lutte contre la corruption, organisée par le Comité national pour l'intégrité et la transparence (ITCN) qui a traité de questions relatives à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés (Doha, Qatar, 8-11 juin 2008); et

iii) La consultation multipartite sur les clauses de stabilisation et les droits de l'homme, organisée par le Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises à l'Université de Pretoria (Pretoria, 21 octobre 2008).

d) Opérations garanties

Le secrétariat a également participé à la Conférence de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur le financement de la propriété intellectuelle pour présenter le Guide législatif sur les sûretés et les travaux menés par la CNUDCI sur les sûretés et la propriété intellectuelle (Genève, Suisse, 10 et 11 mars 2009).

e) Insolvabilité

i) À une réunion du Groupe de travail sur l'insolvabilité et les institutions financières non bancaires de l'équipe spéciale de la Banque mondiale sur l'insolvabilité et les droits des créanciers afin d'examiner les conséquences des récentes faillites d'institutions financières non bancaires et des dispositifs financiers complexes sur les régimes d'insolvabilité commerciale et d'aider à améliorer la capacité de ces régimes à traiter de questions juridiques et politiques (Washington, 12 et 13 janvier 2009);

ii) au Forum 2009 de la Banque mondiale sur le Développement du secteur financier et du secteur privé pour discuter de la réforme du droit de l'insolvabilité et de l'interaction entre les travaux de la Banque mondiale et de la CNUDCI (Washington, 25 février 2009); et

iii) À la dixième conférence anniversaire des institutions financières non bancaires pour participer à une table ronde avec Unidroit, la Conférence de La Haye et l'Union européenne pour discuter de l'expérience transnationale dans différents domaines du droit international privé; le thème abordé par la CNUDCI était la question du droit de l'insolvabilité (Lausanne, Suisse, 19 mars 2009).

f) Commerce électronique

La première réunion du groupe d'experts juridiques conjoint OMD-CNUDCI sur la coordination de la gestion des frontières à l'aide du guichet unique international pour étudier les aspects juridiques de la mise en place d'un guichet unique transfrontalier afin de formuler un document de référence général, de portée internationale, sur les aspects juridiques de la création et de la gestion de guichets uniques (Bruxelles, 17-21 novembre 2008)[28].

[28] À sa quarante-deuxième session, la Commission sera saisie d'une note du Secrétariat (A/CN.9/678) qui fera le point sur la progression des travaux du groupe d'experts juridiques conjoint OMD-CNUDCI sur la coordination de la gestion des frontières à l'aide du guichet unique international.

A/CN.9/675/Add.1 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur la coopération et l'assistance techniques

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
IV.	Diffusion d'informations	1-27
	A. Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI (CLOUT)	2-14
	B. Site Web	15-17
	C. Bibliothèque	18-21
	D. Publications	22-23
	E. Communiqués de presse	24-25
	F. Demandes générales de renseignements	26
	G. Conférences d'information à Vienne	27
V.	Ressources et financement	28-36
	A. Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI	28-32
	B. Fonds d'affectation spéciale créé pour permettre d'octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement membres de la CNUDCI	33-36

IV. Diffusion d'informations

1. Un certain nombre de documents et publications élaborés par la CNUDCI jouent un rôle clef dans ses activités de coopération et d'assistance techniques, en particulier pour ce qui est de la diffusion d'informations sur ses activités et les textes qu'elle élabore. La CNUDCI développe actuellement ces ressources, afin de continuer de faciliter la diffusion d'informations et de veiller à ce que celles-ci soient actuelles et à jour. Toutes les publications récentes sont disponibles sous forme papier et sous forme électronique.

A. Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI (CLOUT)

2. Le Recueil, créé pour la collecte et la diffusion de la jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, demeure un outil important pour les activités de coopération et d'assistance techniques entreprises par la CNUDCI. La diffusion à grande échelle de la jurisprudence dans les six langues officielles de l'ONU favorise

une interprétation et une application uniformes des textes de la CNUDCI en facilitant l'accès aux décisions et sentences de nombreuses juridictions.

3. Le système est régulièrement mis à jour avec de nouveaux sommaires tandis que le texte intégral des décisions de justice et des sentences arbitrales est collecté sans être publié. Au moment où ces lignes sont écrites, 83 numéros du recueil de jurisprudence rendant compte de 851 affaires, liées principalement à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, à la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et à la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

4. La version révisée du Recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises a été publiée en version papier (version anglaise) et sur le site Web de la CNUDCI à la fin 2008. La traduction vers l'espagnol est en voie d'achèvement; les versions arabe, chinoise, française et russe de la version révisée peuvent être consultées sur le site de la CNUDCI.

5. Depuis février 2008, un bulletin du CLOUT est publié chaque trimestre. Il vise à renforcer les liens entre le Secrétariat, ses correspondants nationaux, ses partenaires institutionnels et la communauté juridique internationale. Il donne des renseignements sur les dernières évolutions du Recueil de jurisprudence et récapitule brièvement les récentes activités d'assistance technique de la CNUDCI.

6. Une brochure sur le Recueil de jurisprudence a été publiée et diffusée; elle informera un vaste public sur le système CLOUT et, dans le même temps, encouragera des contributions volontaires au système qui viendront compléter celles des correspondants nationaux.

Le réseau des correspondants nationaux

7. Comme la Commission en est convenue à sa vingt et unième session en 1988, le CLOUT s'appuie sur un réseau de correspondants nationaux, désignés par les États Membres qui sont parties à une Convention ou ont adopté un texte législatif fondé sur une loi type (voir le Guide de l'utilisateur A/CN.9/SER.C/GUIDE/1/Rev.1). Les correspondants nationaux, qu'il s'agisse de personnes ou d'un organe, sont chargés de suivre les décisions judiciaires et les sentences arbitrales, les rassemblent et établissent des sommaires sur celles qu'ils jugent pertinentes. La soumission de sommaires par les correspondants nationaux dépend de l'existence d'une jurisprudence adéquate dans le pays en question.

8. Il existe actuellement 88 correspondants nationaux, qui représentent 69 pays; certains d'entre eux ont été nommés lors de la mise en place du système.

9. L'expérience montre qu'après un certain nombre d'années, des changements de poste, de carrière et d'autres développements professionnels peuvent avoir une incidence sur le niveau d'implication des correspondants nationaux. Il se peut que ceux qui ont été nommés à ces fonctions ne soient plus en mesure de fournir les informations requises, ni de participer activement au réseau du CLOUT. Un autre élément à prendre en considération est l'intérêt de plus en plus grand que suscite le CLOUT en raison du succès rencontré par le concours Willem Vis et de l'ampleur qu'il prend. Un grand nombre de participants actuels et anciens qui se sont

intéressés à la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises et à l'arbitrage et en ont acquis une connaissance approfondie se sont efforcés de contribuer à la compilation des affaires contenues dans le CLOUT.

10. La Commission souhaitera peut-être se demander comment poursuivre, sur le long terme, la compilation régulière des affaires. Une possibilité serait de demander aux États Membres qui ont nommé des correspondants nationaux de reconfirmer cette nomination à intervalles réguliers, par exemple tous les cinq ans. Cette solution permettrait de tenir systématiquement le réseau à jour en ne conservant que les correspondants disposés à s'impliquer activement tout en permettant l'intégration de nouveaux experts. En étudiant cette possibilité, la Commission souhaitera peut-être également s'interroger sur la manière et le moment de la concrétiser et, en particulier, sur la manière de l'appliquer aux correspondants nationaux actuels.

11. Pour aider le réseau de correspondants nationaux à faire face à tout changement éventuel dans l'administration du système, le Secrétariat pourrait réviser et développer les lignes directrices actuelles afin de permettre une meilleure coordination.

12. Alors que le réseau des correspondants nationaux est, et devrait continuer d'être, le fondement principal du système CLOUT, il faudrait rendre la collecte de la jurisprudence dans les pays qui participent déjà au système plus rapide et plus exhaustive. Il faudrait également veiller à collecter la jurisprudence d'un plus grand nombre de pays, en particulier de ceux qui sont actuellement sous-représentés dans le système. C'est pourquoi la Commission souhaite demander au Secrétariat d'utiliser toutes les sources d'information disponibles, propres à compléter les informations fournies par les correspondants nationaux. Lorsqu'un correspondant national aurait été nommé, le Secrétariat s'acquitterait de cette tâche en collaboration avec lui.

Amélioration du CLOUT

13. Le CLOUT joue un rôle important dans l'actuel contexte juridico-économique mondial. Il fournit des informations en six langues sur la jurisprudence du monde entier relative aux textes de la CNUDCI, aidant ainsi les praticiens du droit, les juges et les professeurs de droit dans leur activité. Il sert aussi de référence pour l'analyse des tendances en matière d'interprétation, qui est un élément essentiel des recueils de jurisprudence. Le système contribue en outre à promouvoir les textes juridiques de la CNUDCI, car il montre que ces textes font l'objet d'une jurisprudence dans de nombreux pays et que les juges et arbitres de différentes régions du monde contribuent à en préciser l'interprétation.

14. Pour que le CLOUT, toutefois, demeure un outil efficace, il faut assurer un accroissement continu et un contrôle de la qualité des sommaires collectés, une mise à jour régulière et une amélioration de l'outil de recherche, une coordination régulière du réseau de correspondants nationaux et un suivi des autres sources d'information sur la jurisprudence existante. Il faut aussi faire connaître le CLOUT auprès des nouveaux utilisateurs potentiels, en particulier de ceux des pays en transition ou en développement. Ces activités nécessitent des ressources importantes et le Secrétariat utilise déjà au maximum les ressources dont il dispose pour assurer la coordination du système. Compte tenu du développement du CLOUT depuis sa

création et de la probabilité de voir la collecte et la diffusion de jurisprudence sur les textes de la CNUDCI continuer d'augmenter, il faut impérativement veiller à maintenir de manière adéquate le système et sa capacité de satisfaire les demandes de plus en plus nombreuses de soumissions de sommaires, ce qui ne peut se faire sans augmenter les ressources dont le Secrétariat dispose actuellement. Ce dernier étudie les solutions possibles à ce besoin, qui contraindrait la Division à rechercher des financements extrabudgétaires. La Commission souhaitera peut-être aider le Secrétariat en demandant aux États Membres d'apporter un soutien actif à la recherche de sources de financement appropriées au niveau national pour permettre le bon fonctionnement du système.

B. Site Web

15. Décliné dans les six langues officielles de l'ONU, ce site permet d'accéder au texte intégral de la documentation de la CNUDCI et d'autres documents relatifs au travail de cette dernière (publications, informations sur la signature et la ratification des traités, communiqués de presse, points d'actualité et nouvelles). La plupart des documents officiels sont mis à disposition par l'entremise du Système de diffusion électronique des documents (Sédoc), tandis que des documents plus anciens peuvent être obtenus directement sur le site Web de la CNUDCI. La mise à jour et le développement du site se font sans frais supplémentaires pour le Secrétariat.

16. En 2008, le site Web de la CNUDCI a accueilli plus d'un million d'internautes de toutes les régions du monde avec une moyenne de 2 857 visites par jour. Environ 55 % d'entre eux se trouvent en Amérique du Nord, 15 % en Europe occidentale et orientale, 8 % en Asie, 7 % en Océanie et les 15 % restants en Amérique du Sud, en Afrique et au Moyen-Orient. Environ 45 % d'entre eux consultent les pages en anglais, 30 % celles en français et en espagnol, et les 25 % restants celles en arabe, en chinois et en russe.

17. Le contenu du site Web est continuellement mis à jour et augmenté. En particulier, les documents officiels de la CNUDCI relatifs aux sessions antérieures de la Commission sont continuellement chargés dans le Sédoc et mis à disposition sur le site dans le cadre d'un projet de numérisation des archives de la CNUDCI mené en collaboration avec le Groupe de la gestion des documents de l'ONUV à Vienne. En 2008, quelque 200 documents supplémentaires portant sur les années 1972 à 1992 ont été mis à disposition sur le site Web de la CNUDCI.

C. Bibliothèque

18. Depuis sa création en 1979, le Bibliothèque de droit de la CNUDCI aide le personnel du Secrétariat et les participants aux réunions intergouvernementales organisées par la CNUDCI à effectuer des recherches. Elle aide également, dans ce domaine, le personnel des missions permanentes, d'autres organisations sises à Vienne, des chercheurs extérieurs et des étudiants en droit.

19. La collection de la Bibliothèque de droit de la CNUDCI est axée principalement sur le droit commercial international et compte actuellement plus de 10 000 monographies, 150 titres de périodiques actifs, des documents de référence juridiques et généraux, y compris des documents de l'ONU et d'autres organisations

internationales, et des ressources électroniques (dont l'accès est restreint aux seuls utilisateurs internes). Une attention particulière est actuellement portée à l'acquisition de nouveaux documents dans les six langues officielles de l'ONU.

20. La Bibliothèque de droit de la CNUDCI gère un catalogue public accessible en ligne, avec les autres bibliothèques des Nations Unies de Vienne et avec l'appui technique de la Bibliothèque des Nations Unies de Genève. Le catalogue est accessible depuis la page "bibliothèque" du site Web de la CNUDCI. En 2008, le Thésaurus UNBIS et les listes des noms vedettes ont été intégrés au catalogue avec l'aide de la Bibliothèque Dag Hammarskjöld des Nations Unies à New York et de la Bibliothèque des Nations Unies à Genève. Ces données bibliographiques permettent de mettre les pratiques de catalogage des bibliothèques en conformité avec les normes UNBIS.

21. Le personnel de la Bibliothèque juridique de la CNUDCI établit chaque année, pour la Commission, une bibliographie des écrits relatifs aux travaux de la CNUDCI qui fait référence à des ouvrages, articles et thèses dans diverses langues, classés d'après leur sujet (voir document A/CN.9/673). Les notices individuelles de la bibliographie sont intégrées dans le catalogue, et le texte intégral de tous les documents cités est conservé dans la collection de la Bibliothèque. Les mises à jour mensuelles à compter de la date de la publication annuelle la plus récente sont consultables dans l'espace "bibliographie" du site Web.

D. Publications

22. Outre les documents officiels, la CNUDCI publie traditionnellement deux séries de documents: d'une part, les textes de tous les instruments élaborés par la Commission et, d'autre part, l'*Annuaire* de la CNUDCI. Les Annuaires des années 2002 à 2004 ont été publiés postérieurement à la date de la note précédente, dont la Commission était saisie à sa quarantième session en 2008 (A/CN.9/652 du 8 avril 2008). Un ouvrage intitulé "Promouvoir la confiance dans le commerce électronique: questions juridiques relatives à l'utilisation internationale des méthodes d'authentification et de signature électroniques" a été publié en février 2009 (la version anglaise est déjà disponible; les versions dans les autres langues officielles de l'Organisation seront publiées bientôt). La collection de textes juridiques de la CNUDCI sur CD-ROM sera disponible en 2009.

23. Les publications sont régulièrement utilisées pour les activités de coopération et d'assistance techniques entreprises par le Secrétariat, ou par d'autres organisations où les travaux de la CNUDCI sont examinés, et dans le cadre des mesures nationales de réforme de la législation.

E. Communiqués de presse

24. Afin d'améliorer la disponibilité d'informations récentes sur l'état et l'élaboration des textes de la CNUDCI, des mesures ont été prises pour publier des communiqués de presse lorsque des formalités conventionnelles sont accomplies ou que des informations relatives à l'adoption d'une loi type sont reçues. Ces communiqués sont adressés par courrier électronique aux parties intéressées et

publiés sur le site Web de la CNUDCI, ainsi que sur celui du Service de l'information de l'ONU à Vienne.

25. Afin d'améliorer l'exactitude et l'actualité des informations reçues concernant l'adoption des lois types de la CNUDCI, puisque cette adoption, contrairement aux traités, se fait sans effectuer de formalités auprès du Secrétariat de l'ONU, et de faciliter la publication des communiqués de presse, la Commission souhaitera peut-être demander aux États Membres d'informer le Secrétariat lorsqu'ils adoptent une législation appliquant une loi type.

F. Demandes générales de renseignements

26. Le Secrétariat traite actuellement 2 000 demandes générales de renseignements par an environ, qui portent notamment sur des aspects techniques et la disponibilité des textes et documents de travail de la CNUDCI et des documents de la Commission, et sur d'autres questions connexes. De plus en plus souvent, il y est répondu en se référant au site Web de la CNUDCI.

G. Conférences d'information à Vienne

27. Sur demande, le Secrétariat organise des conférences d'information internes sur les travaux de la CNUDCI à l'intention d'étudiants et universitaires, de fonctionnaires et d'autres personnes en visite. Depuis le dernier rapport, des conférences ont été organisées à l'intention d'étudiants de premier, deuxième ou troisième cycle d'universités et d'autres établissements d'enseignement, ainsi que de juristes d'Allemagne, des États-Unis d'Amérique, de Géorgie, d'Inde et de Slovénie.

V. Ressources et financement

A. Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI

28. Au cours de la période considérée, des contributions ont été reçues du Mexique et de Singapour, que la Commission voudra peut-être remercier.

29. Les dépenses relatives aux activités de coopération et d'assistance techniques ne sont pas imputées sur le budget ordinaire. Pour exécuter le volet assistance et coopération techniques du programme de travail de la CNUDCI, le secrétariat est donc tributaire de la disponibilité de ressources extrabudgétaires.

30. Le Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI appuie les activités de coopération et d'assistance techniques menées au profit des membres de la communauté juridique des pays en développement, finançant la participation des membres du personnel de la CNUDCI ou d'autres experts aux séminaires où les textes de la CNUDCI sont présentés pour examen et adoption éventuelle ainsi que les missions d'enquête effectuées pour évaluer, dans une optique de réforme, les législations internes existantes et les besoins des pays en matière de réforme du droit commercial.

31. La Commission voudra peut-être noter que malgré les efforts que le Secrétariat fait pour obtenir de nouveaux dons, les ressources financières qui restent dans le Fonds d'affectation suffiront uniquement à financer un nombre très restreint d'activités de coopération et d'assistance techniques. Certaines ressources restent disponibles malgré les dépenses prévues pour 2008, car l'on s'est efforcé d'organiser les activités de coopération et d'assistance techniques demandées au moindre coût possible et, autant que faire se peut, par cofinancement et partage des coûts. Une fois ces ressources épuisées, les demandes de coopération et d'assistance techniques entraînant des frais de voyage ou d'autres frais connexes devront être déclinées à moins que le Fonds d'affectation ne reçoive de nouveaux dons ou que d'autres sources de financement ne soient trouvées.

32. La Commission voudra peut-être demander à nouveau à tous les États, organismes et organes compétents des Nations Unies, aux organisations internationales et aux autres entités intéressées de verser des contributions au Fonds d'affectation spéciale, si possible sous une forme pluriannuelle, afin de faciliter la planification et de permettre au Secrétariat de répondre aux demandes de coopération et d'assistance techniques et d'élaborer un programme d'assistance technique mieux financé et s'inscrivant dans la durée. La Commission pourrait également demander aux États Membres d'aider le Secrétariat à identifier des sources de financement au sein de leur gouvernement.

B. Fonds d'affectation spéciale créé pour permettre d'octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement membres de la CNUDCI

33. Au cours de la période considérée, une contribution a été reçue de l'Autriche, pays que la Commission voudra peut-être remercier.

34. La Commission voudra peut-être rappeler que, dans la résolution 48/32 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1993, le Secrétaire général a été prié de créer un fonds d'affectation spéciale pour 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.

35. Afin d'assurer la participation de tous les États Membres aux sessions de la CNUDCI et de ses groupes de travail, la Commission voudra peut-être engager de nouveau les organismes des Nations Unies, les organisations et les institutions concernés, ainsi que les particuliers, à verser des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale créé pour permettre d'octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement membres de la Commission.

36. 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.

VIII. ÉTAT ET PROMOTION DES TEXTES JURIDIQUES DE LA CNUDCI

État des conventions et des lois types

(A/CN.9/674) [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.

Troisième partie

ANNEXES

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

Finalisation et adoption de l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale

Compte rendu analytique de la 889e séance tenue au Centre international de Vienne, à Vienne, le mercredi 1er juillet 2009, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.889]

Président: M. Soogeun Oh (République de Corée)

La séance est ouverte à 9 h 35.

Finalisation et adoption de l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale
(A/CN.9/WG.V/WP.86 et Add.1 à 3;
A/CN.9/666 et 671)

1. **Le Président** appelle l'attention sur le projet d'aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale contenu dans le document A/CN.9/WG.V/WP.86, la compilation des commentaires reçus des gouvernements contenue dans les trois additifs de ce document et les rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de ses trente-cinquième et trente-sixième sessions publiés respectivement sous les cotes A/CN.9/666 et A/CN.9/671.

2. **Mme Clift** (secrétariat) dit que la Commission était convenue à sa trente-neuvième session, en 2006, que des travaux initiaux de compilation des données d'expérience pratique en matière de négociation et d'utilisation des accords d'insolvabilité internationale seraient entrepris de manière informelle par le biais de consultations avec des juges, des praticiens de l'insolvabilité et d'autres experts, et qu'un rapport préliminaire sur l'avancement de ces travaux serait présenté à la Commission à sa quarantième session, en 2007. Suite à des travaux et consultations supplémentaires menés en 2007 et 2008, le Groupe de travail V a examiné un premier projet d'aide-mémoire lors de sa trente-cinquième session, en novembre 2008, et a décidé de le communiquer aux gouvernements pour commentaires. Les commentaires ont été pris en compte dans une version modifiée examinée par le Groupe de travail lors de sa trente-sixième session en mai 2009. Le Groupe de travail a recommandé, entre autres, de remplacer dans le titre l'expression "Aide-mémoire" par "Guide pratique".

3. Depuis cette session, des accords internationaux ont été conclus dans deux importantes affaires d'insolvabilité internationale concernant Bernard Madoff et Lehman Brothers. Ces deux accords devraient, de l'avis du Secrétariat, être inclus dans le projet d'aide-mémoire. L'accord Lehman Brothers concerne un groupe d'entreprises et la procédure d'insolvabilité vise des membres du groupe dans un certain nombre d'États. L'incorporation d'une référence à ces affaires dans le projet d'aide-mémoire n'exigerait que des modifications mineures ainsi que l'ajout de résumés dans l'annexe. Le Secrétariat n'a pas eu le temps de préparer et faire traduire un texte approprié mais, si la Commission l'y autorise, il éditera et finalisera le projet d'aide-mémoire, à la lumière des débats de la Commission.

4. La Commission pourrait aussi souhaiter examiner une résolution sur le projet d'aide-mémoire, rédigée par le Secrétariat.

5. **Le Président** invite les participants à faire des commentaires généraux sur le projet d'aide-mémoire de la CNUDCI.

6. **M. Cooper** (International Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals – INSOL International) dit que l'adoption du projet d'aide-mémoire arrive à point nommé dans le contexte de la crise financière actuelle. Étant donné qu'on doit s'attendre à une augmentation des accords internationaux dans les mois à venir, il encourage le Secrétariat à examiner la possibilité de gérer une base de données des affaires pertinentes. La mise à jour de cette base ne devrait cependant pas retarder la publication du projet d'aide-mémoire.

7. Le projet d'aide-mémoire de la CNUDCI a reçu un large accueil favorable lors d'un Colloque judiciaire tenu il y a deux semaines à Vancouver et auquel ont participé quelque 80 juges d'une quarantaine d'États. L'opportunité d'une communication entre juges a toujours été un sujet de préoccupation et le projet d'aide-mémoire envoie un signal approprié à cet égard. En l'absence d'une meilleure pratique acceptée au niveau international, les juges ont jusqu'ici dû s'appuyer sur les recommandations des organismes professionnels. Le projet d'aide-mémoire confirme que la communication entre juges est à la fois appropriée et dans l'intérêt des économies concernées.

8. **M. Redmond** (États-Unis d'Amérique) dit que le Groupe de travail et le Secrétariat ont rédigé un excellent texte qui fournit de précieuses informations contextuelles. Étant donné la crise financière actuelle, il s'agit de plus d'un instrument qui arrive à point nommé et qui est bénéfique. M. Redmond appuie la proposition de modifier le titre du document de façon à ce qu'il se lise "Guide pratique".

Introduction, partie I (Contexte général) et partie II (Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: formes possibles de coopération en vertu de l'article 27)
(A/CN.9/WG.V/WP.86)

9. **Le Président** invite le Secrétariat à présenter les parties I et II du projet d'aide-mémoire.

10. **Mme Clift** (secrétariat) dit que la partie I fournit des informations générales. La section I.A relève l'inadéquation des cadres législatifs tant nationaux qu'internationaux comme base pour la coordination et la coopération dans les affaires d'insolvabilité internationale et la section I.B passe en revue différentes initiatives internationales à cet égard.

11. La partie II porte sur la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et en particulier sur les dispositions concernant la coopération en vertu de l'article 27. Bien que la Loi type autorise la coopération et la communication internationales entre les juges et les représentants de l'insolvabilité, elle n'en précise pas les modalités pratiques. La partie II vise à fournir plus de détails sur les formes de coopération exposées dans l'article 27, en se concentrant sur les formes autres que les accords internationaux traités dans la partie III.

12. **M. Clark** (États-Unis d'Amérique) dit que, en tant que juge spécialisé dans les questions d'insolvabilité, il a fréquemment discuté avec des collègues du monde entier, des difficultés de l'application des articles 25 à 27 de la Loi type. Le "Guide pratique" passe en revue de façon approfondie les manières de mettre en pratique les formes de communication visées dans la Loi type tout en respectant les nombreux types de loi sur l'insolvabilité en vigueur. La clarté et le degré de détail du Guide sont inégalés et celui-ci sera extrêmement utile autant pour les juges que pour les administrateurs travaillant avec eux.

13. **M. Marca Paco** (État plurinational de Bolivie), se référant à la définition du terme "tribunal" dans les paragraphes 8 et 13 z) du glossaire (section B de l'introduction du document) et dans la sous-section III.B.3 intitulée "Tribunaux", dit que son Gouvernement souhaiterait savoir si les autorités de tous les pays impliqués dans une affaire d'insolvabilité internationale doivent être des autorités judiciaires ou si elles peuvent aussi être des autorités administratives, dans la mesure où la structure juridictionnelle et administrative du pays concerné le prévoit ainsi. Il demande en particulier si le membre de phrase "autre [autorité] compétente pour contrôler ou superviser une procédure d'insolvabilité" au paragraphe 13 z) du glossaire est applicable à une autorité administrative ou si cette "autre autorité" doit dans tous les cas posséder un statut judiciaire.

14. **Mme Clift** (secrétariat) dit que la définition du mot "tribunal" est employée depuis l'adoption de la Loi type sur l'insolvabilité internationale et qu'elle apparaît aussi dans le Guide législatif. Elle confirme que la définition prévoit l'inclusion des autorités

judiciaires et autres, chargées de surveiller les procédures d'insolvabilité. À titre d'exemple, l'organe administratif qui supervise les procédures d'insolvabilité en Colombie serait certainement inclus dans la définition.

15. **M. Marca Paco** (État plurinational de Bolivie) explique que, dans son pays, un organe de supervision national avait auparavant la compétence pour la réorganisation des entreprises qui risquaient l'insolvabilité. Cet organe était aussi chargé des questions internationales, en particulier dans le cas d'une banque dont il avait ordonné la réorganisation afin d'éviter l'insolvabilité. Cependant, en raison d'une restructuration institutionnelle, la nouvelle entité chargée de la même fonction relève du Ministère de l'économie et des finances et fait ainsi partie du pouvoir exécutif. M. Marca Paco souhaite savoir si cette circonstance pourrait, à l'avenir, empêcher son pays de conclure des accords internationaux.

16. **Mme Clift** (secrétariat) dit que la définition du terme "tribunal" est conçue pour englober toute autorité qui supervise les affaires d'insolvabilité, qu'elle ait ou non un statut judiciaire. La coopération judiciaire internationale n'est qu'une des formes de la coopération internationale dans les procédures d'insolvabilité. Dans de nombreux pays, les tribunaux ne jouent pas de rôle significatif dans cette coopération, qui est le fait des représentants de l'insolvabilité.

17. **M. Redmond** (États-Unis d'Amérique) dit que grand soin a été pris pour assurer que la terminologie employée dans le projet d'aide-mémoire soit en accord avec celle employée dans la Loi type sur l'insolvabilité internationale et dans le Guide législatif. Les définitions de la Loi type et du Guide législatif s'appliquent à tous types de procédures judiciaires et administratives.

18. **M. Marca Paco** (État plurinational de Bolivie) dit que l'affirmation, dans la deuxième phrase du paragraphe 8 de l'introduction du projet d'aide-mémoire, selon laquelle une autorité n'exerçant pas de pouvoir de décision (*cometido judicialmente resolutorio*) dans une procédure d'insolvabilité ne serait pas considérée comme un "tribunal", semble conduire à l'exclusion du type d'organe administratif qu'il a évoqué. Il propose donc d'ajouter les mots "ou une fonction administrative de prise de décisions" à la suite des mots "pouvoir de décision".

19. **Mme Fall** (Sénégal) dit que la première phrase désigne une autorité, judiciaire ou autre, compétente pour contrôler ou superviser une procédure d'insolvabilité. La deuxième phrase désigne une autorité appartenant à une autre catégorie. Mme Fall propose donc de remplacer, au début de la deuxième phrase, "Une autorité" par "Toute autre autorité".

20. **Mme Sanderson** (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord) appuie cette proposition. Elle propose de plus de modifier la définition du tribunal dans la section B.2 "Termes et définitions" pour qu'elle se lise comme suit: "'Tribunal': autorité judiciaire ou autre, telle que définie dans le droit local, compétente pour contrôler ou superviser une procédure d'insolvabilité."

21. **M. Marca Paco** (État plurinational de Bolivie) dit que pour lui le problème réside dans l'emploi des mots "judicialmente resolutorio" (pouvoir de décision) dans la deuxième phrase du paragraphe 8, un organe non judiciaire ne pouvant être décrit comme ayant de telles fonctions.

22. **M. Clark** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il pourrait être utile d'inclure une définition des différents types d'organes administratifs impliqués dans une procédure d'insolvabilité dans des pays tels que l'État plurinational de Bolivie.

23. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que, contrairement aux textes français et anglais qui font référence uniquement à un pouvoir de décision, le texte espagnol fait référence à des fonctions de prise de décisions judiciaires. Le texte espagnol pourrait donc être rectifié pour être aligné sur les autres versions.

24. **Mme Otunga** (Kenya) approuve le commentaire du Secrétaire et fait observer que la définition du paragraphe 8 a été reprise du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité.

25. **M. Marca Paco** (État plurinational de Bolivie) propose soit la suppression du membre de phrase "sans toutefois y exercer un pouvoir de décision", soit la suppression de l'ensemble de la deuxième phrase du paragraphe 8.

26. **Mme Sanderson** (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord) appuie la proposition visant à supprimer la deuxième phrase.

27. **Le Président** dit qu'en l'absence d'objection il considérera que la Commission convient de supprimer toute la phrase.

28. *Il en est ainsi décidé*.

29. **Le Président** propose à la Commission d'adopter l'introduction, la partie I et la partie II du projet d'aide-mémoire.

30. *Il en est ainsi décidé*.

Partie III (Accords internationaux)
(A/CN.9/WG.V/WP.86)

Section A: Questions préliminaires

31. **Le Président** invite le Secrétariat à présenter la section III.A.

32. **Mme Clift** (secrétariat) dit que la partie III décrit la pratique existante en matière d'utilisation d'accords internationaux, sans pour autant laisser entendre que les pratiques décrites doivent être applicables dans tous les pays. Le texte ne suggère pas non plus qu'un accord international puisse être utilisé pour contourner le droit national ou pour modifier les obligations des parties en vertu de ce droit.

33. La section III.A identifie certaines des questions clefs soulevées par les accords internationaux. Tandis que le recours à ces accords était précédemment limité à un nombre relativement restreint de pays, il est susceptible de s'étendre conjointement à l'augmentation des affaires d'insolvabilité concernant de nombreux États. Chaque accord étant rédigé pour une affaire spécifique, la décision d'y avoir recours ou non est une question de discernement. Un accord peut être nécessaire, par exemple, dans une affaire où plusieurs États ont chacun ordonné la prise de mesures différentes sur la base de leur procédure interne. Il peut l'être aussi lorsque différents types de procédures d'insolvabilité ont été ouverts dans les États concernés, tels qu'une réorganisation impliquant le remplacement de la direction par les représentants de l'insolvabilité dans un for et un débiteur non dessaisi dans un autre for.

34. Il n'y a pas de délai fixe pour la négociation d'un accord, celle-ci pouvant intervenir avant le début de la procédure, au début d'une affaire ou pendant son déroulement à mesure que des questions se posent. Les accords sont généralement conclus entre les représentants de l'insolvabilité et incluent parfois aussi le débiteur ou les créanciers. Dans certains cas, les tribunaux sont présents en arrière-plan des négociations mais n'apparaissent pas formellement en tant que parties. La capacité de conclure un accord dépend du droit local applicable. Dans certains États, le représentant de l'insolvabilité y est habilité, de façon explicite ou implicite, par le droit de l'insolvabilité. Dans d'autres, le consentement des créanciers ou l'autorisation d'un tribunal peut être requis.

35. Il n'y a pas de forme standard d'accord international. Dans la pratique, des accords ont été conclus aussi bien oralement que par écrit. Dans certains États, ils doivent être écrits pour être valables, ce qui est jugé préférable pour qu'existe une trace de ce qui a été convenu. S'ils commencent parfois par des dispositions standard, ils tendent à varier ensuite considérablement sur le fond. Les dispositions standard incluent, par exemple, les méthodes de communication entre tribunaux et des questions telles que la modification ou la résiliation de l'accord.

36. L'effet juridique d'un accord international dépend dans certains cas de son approbation par un tribunal. L'accord constitue alors une ordonnance du tribunal, exécutable en tant que telle. Il peut aussi être considéré comme un simple contrat entre les parties. Des mesures de protection sont généralement incluses afin de préciser que l'accord ne constitue pas une dérogation au droit applicable, à l'autorité du tribunal ou aux dispositions d'ordre public.

37. Étant donné que les procédures d'insolvabilité s'inscrivent dans un processus évolutif, les accords internationaux doivent être souples et permettre des modifications et même une résiliation. Les parties peuvent aussi conclure dans un premier temps un accord préliminaire et prévoir la rédaction par la suite d'un ou de plusieurs autres accords.

38. **M. Redmond** (États-Unis d'Amérique) dit que l'une des difficultés rencontrées dans les affaires internationales est le chevauchement des procédures dans différents États, réduisant ainsi considérablement le paiement final aux créanciers et la capacité pour les entreprises de se réorganiser. Les représentants de l'insolvabilité essayent d'établir des procédures uniformes afin d'éviter ces chevauchements et d'assurer le traitement uniforme des créanciers. Les dispositions de la partie III.A constituent un excellent guide pour les praticiens et les représentants de l'insolvabilité recherchant une uniformité et

constituent en outre un outil qui aidera les tribunaux à déterminer si les questions essentielles ont été abordées dans un accord.

39. **M. Cooper** (INSOL International) approuve les remarques précédentes et dit que la réforme du droit est généralement perçue comme la solution idéale dans les temps difficiles mais qu'il est souvent encore plus nécessaire de renforcer la capacité des institutions à traiter les problèmes rencontrés. Les questions relatives à la meilleure pratique abordées dans la partie III.A se révéleront extrêmement utiles et les conseils proposés contribueront à améliorer le rapport coût-efficacité de la procédure d'insolvabilité, ce qui profitera aux créanciers, aux employés et aux autres personnes concernées.

La séance est suspendue à 10 h 50; elle est reprise à 11 h 20.

40. **M. Bellenger** (France) dit que l'emploi du terme "accords internationaux" dans certains passages de la partie III.A est trop général et peu informatif. Il propose d'employer des termes tels que "accords d'insolvabilité internationale" ou "contrats d'administration de l'insolvabilité" de façon plus systématique.

41. **M. Clark** (États-Unis d'Amérique) dit que le projet d'aide-mémoire fait référence à des "accords internationaux" et emploie une terminologie aussi générique que possible afin d'anticiper les nombreux moyens par lesquels de tels accords peuvent être conclus et pour permettre un certain degré de flexibilité. Dans certains pays, un accord pourra être rédigé d'abord par les praticiens de l'insolvabilité pour être ensuite présenté au tribunal pour adoption ou approbation. Dans d'autres, l'accord pourra prendre la forme d'un mémorandum d'accord entre les administrateurs de la procédure d'insolvabilité, comme c'est le cas en Allemagne. Dans l'affaire récente de la faillite de Lehman Brothers, il a été nécessaire de rédiger un accord qui soit acceptable dans les nombreux pays concernés, certains relevant du droit civil et d'autres de la *common law*, certains ayant une autorité judiciaire plus impliquée dans la procédure que d'autres. En employant un terme générique il a été possible de rédiger un accord auquel la partie concernée dans chaque pays peut adhérer, dans les limites du droit local.

42. **Mme Muindi** (Kenya) s'associe aux précisions données par le représentant des États-Unis d'Amérique. Elle attire l'attention du représentant de la France sur le paragraphe 9 de l'introduction du projet d'aide-mémoire, qui apporte une clarification supplémentaire du terme "accord international".

43. **M. Bellenger** (France) dit que le terme anglais "cross-border agreement" est plus précis que son équivalent français "accord international", qui est extrêmement générique. Il pense que le terme "contrat d'administration de l'insolvabilité" ou "accord d'insolvabilité internationale" aurait dû être employé dans tout le projet d'aide-mémoire.

44. **Le Président** propose qu'une traduction française plus adéquate du terme anglais "cross-border agreement" soit recherchée.

45. **Mme Fall** (Sénégal) attire l'attention sur le fait que le titre du projet d'aide-mémoire fait référence aux procédures d'insolvabilité internationale. Il est donc clair que toute référence à des "accords internationaux" concerne l'insolvabilité.

46. **M. Cooper** (INSOL International) dit que les documents définitifs du tribunal faisant l'objet d'un accord incluent rarement les termes en question. Ces documents énoncent habituellement sous un titre général l'affaire et les parties concernées et décrivent ensuite les spécificités de l'affaire. Le risque est donc négligeable qu'un accord international puisse être considéré comme ayant une portée plus large.

47. **M. Komarov** (Fédération de Russie) souligne que l'accent devrait mis sur le mot "insolvabilité" plutôt que sur "internationale". Il propose donc que toutes les références à des "accords internationaux" soient modifiées afin de se lire "accords d'insolvabilité internationale".

48. **M. Redmond** (États-Unis d'Amérique), **M. Bellenger** (France) et **M. Schoefisch** (Allemagne) appuient la proposition du représentant de la Fédération de Russie.

49. **Mme Sanderson** (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord), appuyée par **M. Gandhi** (Inde), dit que le paragraphe 13 i) de la section "Glossaire" définit clairement le terme "accord international". Cette définition devrait, à son avis, être suffisante pour répondre aux inquiétudes exprimées par plusieurs délégations.

50. **M. Sato** (Japon) dit que le contexte dans lequel le terme "accord international" est employé dans le document est très clair.

51. **Mme Muindi** (Kenya) demande si le terme "accord international" est défini dans la Loi type sur l'insolvabilité internationale ou dans le Guide législatif. Dans le cas contraire, elle serait en faveur de le modifier dans le sens de la proposition faite par le représentant de la Fédération de Russie.

52. **Mme Clift** (secrétariat) dit que le terme n'a été employé ni dans la Loi type sur l'insolvabilité internationale ni dans le Guide législatif.

53. **Le Président**, proposant un compromis que ne sacrifierait pas la clarté à la brièveté, demande s'il serait acceptable d'employer le terme "accord d'insolvabilité internationale" dans tous les titres et sous-titres et "l'accord" dans le reste du texte. Le terme sera clairement défini lors de sa première utilisation, qui sera suivie de la formule "ci-après dénommé 'l'accord'".

54. *Il en est ainsi décidé.*

55. **M. Bellenger** (France), faisant référence au paragraphe 17 concernant la capacité de conclure un accord international, met en doute l'affirmation selon laquelle les tribunaux de droit civil n'ont pas le pouvoir judiciaire discrétionnaire dont jouissent les tribunaux de *common law*. Dans certaines circonstances c'est le contraire qui est vrai, les juges exerçant un pouvoir discrétionnaire considérablement plus large dans les tribunaux de droit civil. M. Bellenger propose donc que la deuxième phrase du paragraphe soit supprimée.

56. **M. Schoefisch** (Allemagne) dit que si l'expression "Un accord exigeant l'approbation d'un tribunal" au début de la première phrase se rapporte à une obligation découlant du droit national d'un pays de droit civil, alors le juge concerné ne devrait pas avoir de problème puisque la base légale de la décision existe déjà. Si, par contre, cela signifie que les parties conviennent qu'il faut l'approbation d'un tribunal, un problème pourrait alors surgir dans certains pays de droit civil qui ne prévoient pas l'approbation d'un tribunal. M. Schoefisch propose dès lors de modifier la phrase pour qu'elle devienne: "Si les parties conviennent que l'approbation d'un tribunal est nécessaire, elles pourront rencontrer des problèmes dans certains pays de droit civil dans la mesure où, dans ces pays, une telle approbation n'est pas prévue par la loi; dans ce cas, il est cependant très peu probable qu'elles décident d'inclure une telle stipulation, sachant qu'elle posera problème."

57. **M. Clark** (États-Unis d'Amérique) soutient la proposition du représentant de l'Allemagne. Il a cependant le sentiment qu'il est inutile d'évoquer les pays de droit civil et propose la formulation suivante: "Les parties à un accord peuvent désirer obtenir l'approbation d'un tribunal mais cela peut être difficile dans certains pays". Le projet d'aide-mémoire devrait peut-être aussi refléter le fait que les praticiens de l'insolvabilité rédigent des accords de plus en plus élaborés en escomptant qu'ils n'auront peut-être pas besoin de l'approbation d'un tribunal.

58. **M. Bellenger** (France) dit qu'il n'est pas besoin de mettre en contraste la tradition de droit civil et celle de *common law* d'une façon qui insinue une infériorité de la première. La conclusion d'un grand nombre de protocoles d'insolvabilité internationale dans les pays de *common law* tient probablement au fait que ces pays ont une langue commune.

59. **M. Cooper** (INSOL International) approuve la proposition tendant à supprimer toute référence aux pays de droit civil. Récemment, un tribunal français s'est trouvé en mesure d'approuver la conclusion d'un accord par des praticiens et d'en prendre acte bien que n'ayant pas trouvé de base juridique lui permettant de "sceller" un tel accord. La démarche du tribunal reflétait, dans ce cas, l'acceptation pragmatique que la conclusion d'un accord était dans l'intérêt de l'affaire, sans aller cependant jusqu'à une "approbation" formelle. Le texte que la Commission adoptera devrait refléter cette approche.

60. **M. Schoefisch** (Allemagne) dit que la reformulation proposée par le représentant des États-Unis d'Amérique répond aux préoccupations de sa délégation.

61. **Le Président** dit que le Secrétariat corrigera la première phrase du paragraphe 17 en accord avec la proposition faite par le représentant des États-Unis d'Amérique.

62. **M. Schoefisch** (Allemagne) fait remarquer que la deuxième phrase du paragraphe 18 donne à penser que certains juges pourraient prendre une décision inappropriée par peur d'être tenus personnellement responsables, ce qui n'est certainement pas le cas. Il

propose donc de remplacer les mots “dans certains pays de droit civil les juges pourraient être tenus personnellement responsables” par les suivants: “dans les pays de droit civil les juges agissent généralement sur la base de la loi écrite. En agissant en dehors de la loi, ils pourraient engager leur responsabilité personnelle, comme c’est le cas dans d’autres pays”.

63. **M. Bellenger** (France) dit que la solution la plus simple aux problèmes posés par les paragraphes 17 et 18 serait d’éliminer toute mention des pays de droit civil et de dire “certains pays”.

64. **Le Président** croit comprendre que la Commission souhaite adopter la section III.A (Questions préliminaires) telle que modifiée afin de tenir compte des commentaires et propositions faits par les délégations.

65. *Il en est ainsi décidé*.

Section B: Comparaison d’accords d’insolvabilité internationale

66. **Mme Clift** (secrétariat) présente la section B en disant que l’objectif de cette section est de promouvoir une meilleure compréhension du contenu précis des accords internationaux et de montrer ce que permet et a déjà permis l’utilisation de ces accords dans la pratique. Le but n’est pas d’élaborer un accord standard qui soit la meilleure solution pour tous, mais plutôt de décrire le contenu et la structure d’un certain nombre d’accords utilisés dans des affaires internationales récentes en montrant les différentes approches possibles pour traiter un même sujet. On a essayé, dans la mesure du possible, de déterminer les raisons pour lesquelles diverses dispositions ont été incluses dans certains accords. La section B aborde une série de sujets, dont les dispositions liminaires, la terminologie, les pouvoirs et responsabilités des tribunaux, l’administration des procédures, la répartition des rôles entre les parties à l’accord, la communication, les modifications, révisions et résiliation de l’accord.

67. Certaines questions, telles que la terminologie et les règles d’interprétation, donnent moins lieu à controverse et se prêtent plus aisément à un accord. En fait, on constate déjà des progrès vers une normalisation sur ces sujets. D’autres, tels que les dispositions sur les tribunaux, l’administration des procédures et la répartition des rôles entre les parties à l’accord pourraient se révéler plus difficiles à traiter, étant donné qu’ils touchent à des points de plus de poids pouvant impliquer le droit applicable aux différentes procédures d’insolvabilité.

68. Ainsi, une disposition sur les tribunaux peut attribuer la responsabilité pour des questions déterminées, telles que la vente de certains actifs, à un seul tribunal. Mais elle peut aussi énoncer les facteurs à prendre en considération lors de la détermination des fonctions à attribuer à tel ou tel tribunal. Chaque tribunal pourrait, par exemple, se voir attribuer la responsabilité d’approuver les opérations concernant les actifs situés sur le territoire relevant de sa compétence. Certaines des dispositions concernant les tribunaux peuvent exiger l’approbation de ces derniers pour être applicables, bien que le même résultat puisse être atteint par un accord entre les parties sans intervention d’un tribunal.

69. La partie B contient un certain nombre d’“exemples de clauses” qui ne sont pas destinées à être des clauses types. Elles ne sont pas non plus censées faire partie d’un “protocole type”. Elle sont incluses à titre illustratif uniquement.

70. L’annexe du projet d’aide-mémoire contient un court résumé des accords auxquels il est fait référence dans le corps du texte. L’objectif est de présenter un aperçu de l’affaire sous-jacente à l’accord international et de fournir les références aux accords publiquement disponibles.

71. **M. Clark** (États-Unis d’Amérique) note qu’on ne saurait sous-estimer l’utilité d’une compilation d’exemples spécifiques d’accords d’insolvabilité internationale. Les pays faisant face pour la première fois à des affaires d’insolvabilité internationale cherchent souvent des outils qui puissent les aider et la compilation de la section B est, dans ce sens, une précieuse ressource. Aux yeux des utilisateurs, le fait que cette compilation porte le sceau de la CNUDCI ne fait qu’augmenter sa fiabilité. Le Secrétariat mérite de grands éloges pour le travail accompli.

72. **Le Président** dit que deux affaires très importantes d'insolvabilité internationale ont eu lieu récemment – les affaires Madoff et Lehman – et que la Commission devrait autoriser le Secrétariat à mettre à jour la section B en y ajoutant des informations sur ces deux affaires.

73. **M. Redmond** (États-Unis d'Amérique) dit que l'affaire Lehman est probablement l'une des plus vastes procédures de faillite internationale de l'histoire, tandis que l'affaire Madoff est peut-être la plus grosse fraude financière jamais perpétrée, portant sur 50 milliards de dollars et touchant des investisseurs dans de nombreux pays. Les deux affaires sont riches d'enseignements sur la manière dont les questions sous-jacentes peuvent être traitées et il serait utile de les aborder dans le projet d'aide-mémoire afin de ne pas perdre une source considérable d'antécédents et d'expérience.

74. **Le Président** dit que, en l'absence d'objections, il considérera que la Commission souhaite autoriser le Secrétariat à inclure des informations sur les deux affaires d'insolvabilité récentes et qu'elle souhaite adopter la section III.B (Comparaison d'accords d'insolvabilité internationale) du projet d'aide-mémoire ainsi modifiée.

75. *Il en est ainsi décidé.*

76. **Le Président** dit que le Groupe de travail a proposé de remplacer dans le titre les mots "Aide-mémoire" par "Guide pratique". Le titre étant, à son avis, trop long, il suggère de le raccourcir de façon à ce qu'il se lise "Guide pratique sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale" et d'insérer une explication complète dans le corps du texte.

77. **M. Schoefisch** (Allemagne) et **Mme Sanderson** (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord) appuient la proposition du Président.

78. **M. Redmond** (États-Unis d'Amérique), appuyé par **Mme Fall** (Sénégal), dit que, étant donné la crédibilité dont jouit la CNUDCI dans la communauté juridique, il serait utile, afin de préciser l'origine du document, de conserver une référence à la CNUDCI dans la version modifiée du titre.

79. **Le Président** propose à la Commission d'adopter le titre modifié comme suit: "Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale".

80. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est levée à 12 h 30.

Finalisation et adoption de l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale (*suite*)

Compte rendu analytique de la 890e séance tenue au Centre international de Vienne, à Vienne, le mercredi 1er juillet 2009 à 14 heures

[A/CN.9/SR.890]

Président: M. Soogeun Oh (République de Corée)

La séance est ouverte à 14 h 10.

Finalisation et adoption de l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale (A/CN.9/WG.V/WP.86 et Add.1 à 3; A/CN.9/666 et 671) (*suite*)

1. **Le Président** dit que la seule question non résolue concernant le Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale adopté lors de la réunion précédente est de savoir s'il faut incorporer au Guide le projet de décision préparé par le secrétariat. Le texte n'étant disponible à l'heure actuelle qu'en anglais, il invite le secrétariat à le lire.

2. **Mme Clift** (secrétariat) lit le projet de décision:

"*Notant* que, du fait de l'expansion du commerce et des investissements, les activités commerciales revêtent de plus en plus souvent un caractère mondial et les entreprises et particuliers ont de plus en plus fréquemment des actifs et des intérêts dans plusieurs États,

Notant aussi que, lorsque la procédure d'insolvabilité vise un débiteur autonome dont les actifs sont situés dans plusieurs États ou des membres d'un groupe d'entreprises ayant des activités commerciales et des actifs dans plusieurs États, il est généralement d'une nécessité impérieuse que la surveillance et l'administration des biens et des affaires de ce débiteur ou de ces membres, y compris, le cas échéant, les multiples procédures d'insolvabilité parallèles, fassent l'objet d'une coopération et d'une coordination au niveau international,

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

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

Convaincue que la fourniture d'informations sur les pratiques actuelles concernant la coopération et la coordination internationales, qui soient facilement accessibles et que les juges, les praticiens et les autres parties prenantes à une procédure d'insolvabilité puissent consulter et utiliser, est susceptible de faciliter et d'encourager cette coopération et cette coordination et d'éviter les retards et les frais inutiles,

Rappelant que la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale fournit un cadre législatif facilitant une coordination et une coopération internationales efficaces,

1. *Adopte* le Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale, tel qu'il figure dans le document de travail A/CN.9/WG.V/WP.86, et autorise le secrétariat à y ajouter des informations complémentaires concernant les accords internationaux récemment adoptés et à en éditer et finaliser le texte, en tenant compte de ses délibérations;

2. *Prie* le Secrétaire général de publier le texte du Guide pratique et de le transmettre aux

gouvernements [institutions judiciaires, tribunaux] et autres organismes intéressés ainsi que d'assurer qu'il devienne largement connu et accessible;

3. *Recommande* que le Guide pratique soit dûment pris en considération, selon qu'il convient, par les juges, les praticiens de l'insolvabilité et les autres parties prenantes à une procédure d'insolvabilité internationale;

4. *Recommande* à tous les États de continuer à envisager d'appliquer la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale."

3. **M. Marca Paco** (État plurinational de Bolivie), se référant au paragraphe 2 du projet de décision, dit qu'il est important, pour bien préciser la portée du Guide, d'inclure dans la description des entités auxquelles il sera transmis les organismes de prise de décisions autres que les tribunaux. Bien qu'il sache que le terme "tribunal" ne se réfère pas seulement aux instances judiciaires mais aussi, en fonction du droit de chaque pays concerné, aux tribunaux administratifs ou autres organismes de prise de décisions, il propose que les mots "et autres organismes de prise de décisions" soient insérés après "tribunaux" afin de préciser que le paragraphe englobe toutes les institutions concernées par les questions d'insolvabilité internationale.

4. **M. Schoefisch** (Allemagne) soutient pleinement le projet de décision. En ce qui concerne le paragraphe 2, il propose de préciser que les gouvernements doivent transmettre le Guide pratique à toutes les parties intéressées. De surcroit, si le texte entre crochets dans le paragraphe est supprimé, il serait utile que le secrétariat fasse savoir à sa délégation quelles institutions en Allemagne recevraient un exemplaire du Guide.

5. **M. Redmond** (États-Unis d'Amérique) propose d'insérer dans le paragraphe 2 les mots "et de le mettre à la disposition des institutions judiciaires, tribunaux et autres organismes intéressés" après "gouvernements".

6. **Mme Clift** (secrétariat) propose de modifier le texte afin qu'il se lise "et de le transmettre aux gouvernements en les priant de le diffuser largement auprès des institutions judiciaires, tribunaux et autres organismes intéressés". Il semblerait qu'il y ait accord sur l'intention de distribuer le Guide aussi largement que possible.

7. **Mme Sanderson** (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord) croit comprendre que le Guide sera publié sur le site Web de la CNUDCI, auquel cas il suffirait d'attirer l'attention sur son existence. Il ne serait pas nécessaire de le transmettre, il faudrait uniquement informer les gouvernements et autres parties intéressées de son existence.

8. **Mme Downing** (Australie), appuie le projet de décision et dit que le Guide pratique est une ressource extrêmement utile, susceptible d'aider considérablement les praticiens et autres personnes intéressées.

9. **Mme Muindi** (Kenya) dit aussi combien elle apprécie l'excellente qualité du Guide pratique. En ce qui concerne le projet de décision, elle propose que la forme courte du titre du Guide soit ajoutée entre parenthèses immédiatement après le titre complet figurant au paragraphe 1 afin de s'assurer qu'à chaque fois que le titre "Guide pratique" apparaît il soit clair qu'il s'agit du "Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale".

10. **M. Gandhi** (Inde), saluant la remarquable réussite qu'est le Guide pratique, estime également que celui-ci devrait être mis dans le domaine public, le rendant ainsi très facile d'accès. Étant donné que la tâche de transmettre le guide s'avérera difficile, il propose de remplacer, dans le paragraphe 2, le membre de phrase "ainsi que d'assurer qu'il devienne largement connu et accessible" par "afin qu'il devienne largement connu et accessible".

11. **Mme Clift** (secrétariat) propose de modifier le paragraphe 2 afin qu'il se lise comme suit: "*Prie* le Secrétaire général de publier le texte du Guide pratique, y compris sous forme électronique, et de le transmettre aux gouvernements et autres organismes intéressés afin qu'il devienne largement connu et accessible".

12. **M. Marca Paco** (État plurinational de Bolivie) dit que le Guide pratique pourrait être soit transmis officiellement aux gouvernements, soit simplement publié sur le site Web de la Commission afin d'être largement accessible. S'il est transmis officiellement aux gouvernements, le secrétariat pourrait joindre au texte une liste exhaustive des organismes auxquels il devra être rendu accessible ou alors laisser aux gouvernements le soin de prendre cette décision.

13. **Mme Clift** (secrétariat) précise qu'il est d'usage de transmettre officiellement les textes aux gouvernements, de les publier sur le site Web de la CNUDCI et de les diffuser par le biais des points de vente des publications des Nations Unies. Elle propose que le paragraphe 2 soit modifié à nouveau afin de se lire comme suit:

> "*Prie* le Secrétaire général de publier le texte du *Guide pratique*, y compris sous forme électronique, et de le transmettre aux gouvernements en les priant de le communiquer aux autorités concernées, afin qu'il devienne largement connu et accessible."

14. **Le Président** propose à la Commission d'adopter le paragraphe ainsi modifié.

15. *Il en est ainsi décidé*.

16. **Mme Sanderson** (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord) propose, au vu de l'évolution rapide du droit de l'insolvabilité, que démontre la demande faite à la Commission de faire état des affaires Madoff et Lehman dans le Guide, que dans le paragraphe 1 du projet de décision le mot "édite" soit remplacé par le mot "actualise". Il serait ainsi possible de faire référence dans le texte à d'autres affaires d'un intérêt majeur sans avoir à procéder à un examen officiel complet.

17. **Le Président** propose à la Commission d'adopter la proposition de modification du paragraphe 1 et d'incorporer au Guide pratique le projet de décision tel que modifié.

18. *Il en est ainsi décidé*.

Rapports du Groupe de travail V sur les travaux de ses trente-cinquième et trente-sixième sessions (A/CN.9/666 et 671)

19. **Mme Clift** (secrétariat), présente les rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses trente-cinquième et trente-sixième sessions en rappelant que le rapport sur la trente-sixième session de mai 2009 passe en revue les progrès faits concernant la rédaction d'un texte sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité. Le Groupe de travail a décidé que ce texte devrait constituer la troisième partie du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité et aborder les questions autant nationales qu'internationales liées aux groupes d'entreprises. La présentation des autres parties du Guide, à savoir le commentaire et les recommandations, restera inchangée.

20. Concernant les questions nationales, un accord s'est dégagé sur quelque 40 recommandations relatives au traitement national des groupes d'entreprises. Elles constitueront les recommandations 199 à 239 du Guide législatif. Certaines des clauses relatives à l'objet des dispositions législatives doivent être revues et les projets de recommandations sur le financement postérieur à l'ouverture de la procédure requièrent une analyse plus poussée. Une partie importante du commentaire a été établie mais pas encore débattue. Le secrétariat à l'intention de réviser la version existante en tenant compte des délibérations du Groupe de travail et de l'évolution des recommandations, afin de la soumettre au Groupe de travail lors de sa trente-septième session.

21. En ce qui concerne les questions internationales, Mme Clift dit que le Groupe de travail a étudié, pendant sa trente-sixième session, une douzaine de projets de recommandations sur le traitement international des groupes d'entreprises. Ces textes se fondent en grande partie sur des articles de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, concrètement les articles 25 à 27. Ils étoffent les concepts de coopération et communication entre les tribunaux, entre ces derniers et les représentants de l'insolvabilité, et entre représentants de l'insolvabilité, et indiquent comment cette coopération pourrait être menée à bien. Ils abordent des sujets tels que la coordination des audiences, l'utilisation des accords internationaux et, en tenant compte d'une des recommandations sur les questions nationales, la nomination d'un même représentant de l'insolvabilité dans des procédures multiples. Un commentaire accompagnant les projets de recommandations sur les questions internationales sera préparé et soumis au Groupe de travail pour examen lors de sa trente-septième session.

22. Le Groupe de travail sera ainsi saisi de la version révisée des recommandations sur les questions autant nationales qu'internationales ainsi que du commentaire s'y référant. S'il détermine que ces textes sont généralement acceptables, il serait possible de les distribuer aux gouvernements fin 2009, pour commentaire, afin qu'ils puissent être finalisés et adoptés par la Commission au cours de sa quarante-troisième session en 2010.

23. Mme Clift note que le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité est, dans le contexte de la crise financière mondiale actuelle, d'un intérêt considérable, et que d'autres organisations examineront probablement à court terme le sujet dans le cadre du réexamen de leurs lois sur l'insolvabilité. L'Union européenne, en particulier, est susceptible de le faire dans le contexte de la révision du Règlement n° 1346/2000 du Conseil européen.

24. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) attire l'attention de la Commission sur la nécessité d'étudier la possibilité de définir des priorités pour sa quarante-troisième session, puisque plusieurs groupes de travail espèrent conclure leurs travaux au cours de l'année 2009 pour que les documents élaborés soient prêts pour adoption par la Commission en 2010. Si la Commission envisage de produire en 2010 des documents finaux en matière d'insolvabilité, d'arbitrage et de passation des marchés publics, ainsi qu'un guide législatif sur les sûretés, son programme sera extrêmement chargé et nécessitera une session de quatre semaines. Il n'est pas certain que l'on puisse réserver une salle de réunion au Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies à New York pour une telle durée.

25. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il est prématuré d'établir des priorités dès la session actuelle. Le secrétariat devrait d'abord s'assurer de combien de temps la Commission disposera lors de sa prochaine session et ensuite, après les réunions de chacun des groupes de travail concernés à la fin de 2009, déterminer quels textes seront prêts pour approbation finale et combien de travail sera nécessaire en séance plénière. Sur cette base, il sera possible de prendre une décision motivée sur la quantité de travail pouvant être accomplie pendant la prochaine session.

26. **M. Bellenger** (France) dit que le Groupe de travail doit être félicité pour son excellent travail mais que la question du financement postérieur à l'ouverture d'une procédure continue à poser de sérieux problèmes. En particulier, la clause sur le financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité à un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité similaire est dangereuse, dans la mesure où elle pourrait être préjudiciable aux intérêts des créanciers. La délégation française a, à plusieurs reprises, exprimé des réserves à cet égard. Étant donné qu'il ne semble pas y avoir de consensus à ce sujet au sein du Groupe de travail, des discussions plus approfondies seront nécessaires.

27. Il semblerait que l'idée d'identifier un centre de coordination dans un groupe d'entreprises ait été mise de coté. M. Bellenger demande à ce que l'on précise s'il y aura d'autres discussions à ce sujet.

28. Il faut de toute urgence une coordination entre les Groupes de travail V et VI, en particulier au sujet de l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant un bien intellectuel. Il est important de s'assurer que les travaux seront conclus avant la quarante-troisième session de la Commission.

29. **Mme Clift** (secrétariat) dit que le Groupe de travail a décidé de ne pas pousser plus avant la question des centres de coordination, essentiellement parce que, même s'il serait utile de pouvoir désigner, au sein d'un groupe d'entreprises, une entité ayant un rôle prépondérant dans la restructuration de l'ensemble du groupe, il s'est révélé trop difficile d'arriver à un accord sur le concept même. Il serait aussi trop difficile de déterminer comment une décision unilatérale de désigner un centre de coordination pourrait s'imposer à tout autre État par le biais d'une recommandation. Si la décision n'est pas contraignante, aucune conséquence juridique ne pourra découler de la désignation d'un centre de coordination.

30. En ce qui concerne la propriété intellectuelle, le Groupe de travail V a, à la demande du Groupe de travail VI, examiné et approuvé, lors de sa trente-sixième session, un commentaire rédigé par ce dernier sur un certain nombre de questions examinées antérieurement par le Groupe de travail V. Mme Clift croit comprendre que toutes les questions relatives à l'insolvabilité et la propriété intellectuelle ont ainsi été abordées.

31. **M. Redmond** (États-Unis d'Amérique) dit qu'au moment du lancement du projet sur les groupes d'entreprises, un colloque avait été tenu afin de déterminer l'envergure du travail à accomplir. Bien qu'il y ait eu un appui clair pour un projet permettant de compléter les travaux sur le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, il y a aussi eu de nombreuses incertitudes quant à ce qui pouvait être accompli, en raison de la complexité de beaucoup des questions impliquées. Les problèmes financiers auxquels font face des pays du monde entier ont, toutefois, accentué

l'urgence des travaux et d'importants progrès ont été accomplis depuis. Des questions complexes, telles que le regroupement des patrimoines ont été entièrement définies et réglées par consensus entre les États Membres et les observateurs. Des discussions poussées sur le sujet du financement postérieur à la demande d'ouverture de la procédure, tenues au cours de la trente-sixième session du Groupe de travail, ont débouché sur des éclaircissements et un affinement considérables. Bien que plusieurs questions soient encore en suspens et que des améliorations demeurent nécessaires, le produit est mûr et devrait être prêt pour examen par la Commission à sa quarante-troisième session.

32. **Le Président** propose à la Commission de prendre note des rapports du Groupe de travail V parus sous les cotes A/CN.9/666 et 671.

33. *Il en est ainsi décidé*.

Travaux futurs possibles du Groupe de travail V

34. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que la demande croissante des travaux du Groupe de travail V de la CNUDCI reflète le contexte économique actuel qui a poussé les États à envisager de rédiger des lois types basées sur le Guide législatif et les autres travaux de la Commission. La tâche pouvait être jugée trop ardue il y a deux ou trois ans, mais les consultations menées au cours des six derniers mois ont montré qu'elle pouvait maintenant être accomplie. La délégation des États-Unis propose dès lors que le Groupe de travail en fasse l'élément essentiel de ses travaux futurs.

35. **M. Redmond** (États-Unis d'Amérique) dit que le Guide législatif constitue une excellente base pour avancer vers la rédaction d'une nouvelle loi type. Le Guide est aujourd'hui, avec les "Principes régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers" de la Banque mondiale, reconnu comme la norme internationale en matière de reforme du domaine de l'insolvabilité. Étant donné les problèmes financiers auxquels le monde est actuellement confronté, de nombreux pays chercheront à revoir et modifier leurs lois sur l'insolvabilité et l'Union européenne va revoir en 2010 le Règlement du Conseil européen n° 1346/2000. La nouvelle loi type pourrait venir compléter ce processus étant donné que le principe du centre des intérêts principaux et son application dans différentes régions du monde a créé un certain degré d'imprévisibilité. Le projet pourrait être mené dans le même esprit que le Guide législatif et en étroite coordination avec diverses organisations internationales. M. Redmond propose que le secrétariat, le moment étant opportun, prépare une étude ou réalise une évaluation du projet, qui pourrait être ensuite examinée par le Groupe de travail V lors de sa trente-septième session.

36. **Mme Blanchard** (Canada) dit que la proposition de la délégation des États-Unis, bien qu'intéressante, impliquerait un énorme volume de travail. La possibilité de lui donner suite devrait, néanmoins, être étudiée. Sa délégation devra cependant consulter les autorités canadiennes afin de déterminer s'il y a un intérêt et des avantages suffisants à poursuivre cette idée. Le Canada a récemment entrepris une vaste reforme de sa législation en matière d'insolvabilité. Une nouvelle loi, qui a pris plusieurs années à rédiger, a été adoptée mais n'est pas encore entrée en vigueur.

37. **M. Cooper** (International Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals – INSOL International) accueille favorablement la proposition des États-Unis et dit qu'il y a beaucoup à gagner à transformer le Guide législatif en loi type. INSOL International a récemment passé en revue les lois sur l'insolvabilité d'une quarantaine d'États de par le monde et constaté que certaines lois étaient si déficientes que le besoin d'une réforme du droit de l'insolvabilité était probablement plus grand aujourd'hui qu'à tout autre moment depuis le début des travaux de la CNUDCI sur la Loi type sur l'insolvabilité internationale, en 1993. Un certain nombre de pays ont promulgué des lois qui se rapprochent beaucoup de la Loi type et il est assez aisé d'identifier le petit nombre de domaines où ces pays ont jugé souhaitable d'adopter une approche différente. Il y a aujourd'hui un immense besoin d'une loi type qui puisse servir de base à l'élaboration de législations nationales sur l'insolvabilité.

38. Il y a aussi un besoin général de plus de clarté quant à l'impact de l'insolvabilité sur les instruments financiers. M. Cooper suggère en outre d'entreprendre une étude des instruments financiers dérivés et de l'insolvabilité des institutions financières, pour lesquelles la législation existante sur l'insolvabilité est inadaptée.

Huitième Colloque judiciaire

39. **Mme Clift** (secrétariat) dit que la CNUDCI a, avec la Banque mondiale et INSOL International, organisé le huitième Colloque judiciaire, qui s'est tenu à Vancouver les 20 et 21 juin 2009. Ce colloque a réuni quelque 80 juges d'une quarantaine d'États qui ont examiné essentiellement la coordination et la coopération en matière d'insolvabilité internationale. Une des principales questions a été celle de la communication entre juges: comment la réaliser, quelles sont les dispositions législatives requises, la communication doit-elle se limiter aux questions de procédure ou des questions de fond peuvent-elles être abordées, quels sont les garde-fous nécessaires pour protéger les intérêts des parties et assurer l'indépendance des juges, et comment régler les problèmes des différences de langue et de compréhension des concepts juridiques. Il a été largement convenu que les juges devaient se familiariser avec ces sujets et que les forums de ce type fournissaient une excellente opportunité d'en discuter. Le Colloque a aussi permis d'examiner comment coordonner, dans la pratique, les procédures internationales et comment les aborder dans tel ou tel pays.

40. L'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale a aussi été examinée. Des juges d'États ayant, ou non, adopté la Loi type ont participé au débat. Il a été rapporté que l'Ouganda était en train d'adopter la Loi type et que Maurice l'avait récemment adoptée. L'objet de la Loi type a été examiné ainsi que son lien avec le Règlement n° 1346/2000 du Conseil européen. Certains juges se sont déclarés préoccupés par des affaires concernant des fonds spéculatifs et par la reconnaissance d'affaires sur une base autre que celle prévue par la Loi type, par exemple des procédures d'insolvabilité entamées dans un pays n'étant ni celui du centre des intérêts principaux du débiteur ni celui dans lequel il a un établissement. Les participants ont insisté sur le besoin de garantir une interprétation cohérente de la Loi type, en particulier en ce qui concerne le centre des intérêts principaux et les recherches qu'un tribunal confronté à une requête faite sur cette base devrait mener.

41. Les juges ont proposé un certain nombre de sujets pour des colloques futurs, tels que le droit de l'insolvabilité en général ou une étude plus détaillée de la Loi type. Ils ont aussi exprimé leur intérêt pour une analyse d'affaires hypothétiques dans le cadre de petits groupes de juges afin d'identifier les solutions possibles, y compris celles résultant de l'application du droit de leurs pays respectifs.

42. Le secrétariat prépare actuellement un court rapport sur le Colloque, qui sera affiché sur les sites Web de la CNUDCI, de la Banque mondiale et d'INSOL International.

43. **M. Clark** (États-Unis d'Amérique) exprime sa reconnaissance à la CNUDCI pour avoir contribué à rassembler des juges pour le Colloque. Parlant en qualité de juge, il sait la valeur inestimable que représente l'opportunité de rencontrer des collègues du monde entier et de travailler avec eux. En se connaissant mieux et en restant en contact, les juges sont moins enclins à faire de l'obstruction et plus disposés à trouver des solutions quand ils travaillent sur une affaire nécessitant une coopération avec un autre pays.

44. **Le Président** remercie le Groupe de travail V et le secrétariat pour leurs efforts sur les questions d'insolvabilité internationale et espère que des progrès substantiels continueront d'être faits avant la prochaine session de la Commission.

La séance est levée à 15 h 30.

Projet de loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

Compte rendu analytique de la 891e séance tenue au Centre international de Vienne, à Vienne, le jeudi 2 juillet 2009, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.891]

Président: M. Soogeun Oh (République de Corée)

La séance est ouverte à 10 h 15.

Projet de loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (A/CN.9/664, 668 et 672; A/CN.9/WG.I/WP.68 et Add.1; A/CN.9/WG.I/WP.69 et Add.1 à 5; A/CN.9/XLII/CRP.2 et A/CN.9/WG.I/XV/CRP.2)

1. **Le Président** invite le secrétariat à faire le bilan des travaux entrepris par le Groupe de travail I (Passation de marchés) depuis sa trente-septième session en 2004, afin de mettre à jour la Loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés de biens, de travaux et de services (la Loi type).

2. **Mme Nicholas** (secrétariat) dit que le Groupe de travail a pour mandat d'actualiser la Loi type afin de tenir compte des nouvelles pratiques, en particulier celles qui résultent 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 législative. Un aspect important du mandat est que le réexamen ne s'écarte pas des principes fondamentaux de la Loi type. Un projet de texte révisé (publié sous les cotes A/CN.9/WG.I/WP.69 et Add.1 à 5) est présenté à la Commission à sa session actuelle.

3. Suite à l'entrée en vigueur, en décembre 2005, de la Convention des Nations Unies contre la corruption, la Commission a prié le Groupe de travail d'examiner la cohérence de la Loi type avec les dispositions de ladite convention. Elle lui a, en particulier, demandé d'examiner la question des conflits d'intérêt et des déclarations d'intérêt, sujet qui n'avait pas été traité dans la Loi type. Le Groupe de travail a également examiné, lors de ses délibérations, la passation de marchés intéressant la défense et l'usage extensif de critères socioéconomiques dans la passation de marchés. Bien que les principaux paramètres de la plupart des questions aient été réglés, un débat sur certains points demeure nécessaire.

4. Le Groupe de travail a commencé à examiner d'éventuelles révisions de la Loi type lors de sa sixième session, le 30 août 2004, et a poursuivi ses travaux au cours des 10 sessions suivantes. Les premières sessions ont porté essentiellement sur trois sujets principaux, pour lesquels le Groupe de travail a recommandé l'adoption de dispositions entièrement nouvelles ou des modifications substantielles: l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, les enchères électroniques inversées et les accords-cadres. Malgré un accord de principe sur la plupart de ces dispositions, quelques questions d'ordre rédactionnel subsistaient. Les sessions suivantes ont mis l'accent sur la passation des marchés de services, les autres méthodes de passation de marchés ainsi que la simplification et la normalisation de la Loi type, et de nouvelles dispositions et des modifications importantes ont été examinées.

5. Mme Nicholas propose de passer en revue les progrès faits sur les différentes questions identifiées par le Groupe de travail, en commençant par les communications électroniques. Le Groupe de travail a recommandé l'incorporation, dans un nouvel article 8 du projet de loi type révisée, de nouvelles dispositions autorisant l'emploi des communications électroniques dans le processus de passation des marchés et portant à la fois sur les moyens et sur la forme des communications. Cet article viendra remplacer l'article 9 de la Loi type de 1994 qui ne concernait que la forme. L'article 8 a été rédigé de façon à éviter toute incertitude quant à la forme et aux moyens de communication pouvant être utilisés. Il ne fait pas de distinction entre les communications sur papier et les communications électroniques et ne fait référence à aucun support particulier. Tous les moyens de communication doivent opérer sur la base d'une

équivalence fonctionnelle. Dès lors, l'information doit être sous une forme qui permette la traçabilité de son contenu et qui soit accessible pour consultation ultérieure. Autrement dit, la forme écrite peut être requise, mais peu importe que le support soit le papier ou un écran. Le projet d'article 8 autorise les appels d'offres électroniques et garantira par ailleurs l'égalité entre la publication électronique et la publication traditionnelle des avis de passation de marchés.

6. Pour répondre aux éventuelles préoccupations concernant l'utilisation des techniques du commerce électronique, des mesures de protection de la confidentialité, de la traçabilité et de l'intégrité ont été incluses. Mais surtout, les normes autrefois applicables aux communications sur papier sont maintenant, dans la version révisée de la Loi type, également applicables aux communications électroniques. En particulier, aucun moyen ou forme de communication ne doit être utilisé pour restreindre l'accès à la procédure de passation. Les dispositions garantiront également la transparence et la prévisibilité en exigeant de l'entité adjudicatrice qu'elle précise au début de la procédure de passation toute exigence particulière quant à la forme ou au moyen de communication à employer.

7. Les enchères électroniques inversées correspondent à une enchère en ligne en temps réel faisant intervenir l'entité adjudicatrice et un certain nombre de fournisseurs. Le terme "inversée" fait référence au fait que les fournisseurs font des offres de prix à la baisse afin de remporter le marché. Compte tenu des énormes avantages potentiels en termes d'économies sur les prix, le Groupe de travail recommande d'inclure, dans le projet de loi type révisée, des dispositions sur les enchères électroniques. Les enchères non électroniques, en revanche, comportent des risques de collusion. L'usage des enchères électroniques inversées sera soumis à certaines conditions et les règles de procédure seront applicables aussi bien aux enchères électroniques inversées qui s'insèrent dans d'autres méthodes de passation qu'à celles qui constituent une méthode à part entière. Les recommandations du Groupe de travail sont applicables uniquement au type d'enchères pour lequel la meilleure offre, selon les critères d'attribution, est identifiée automatiquement à la fin du processus. Les autres types, qui requièrent une évaluation postérieure, sont jugés présenter des risques inacceptables. Le système informatique sur lequel se fonde l'enchère électronique inversée doit donc prévoir une réévaluation automatique des offres à mesure qu'elles sont révisées au cours de l'enchère, de sorte que les soumissionnaires puissent savoir à tout instant si leur offre l'emporte. En ce qui concerne les facteurs autres que le prix, le Groupe de travail a conclu que ceux-ci pourraient compliquer le processus, le rendre moins représentatif des coûts et moins transparent.

8. Des études sur les enchères électroniques inversées ont démontré que celles-ci risquent de conduire à la soumission d'offres anormalement basses, qui pourraient entraîner un risque d'inexécution du marché. Le Groupe de travail a toutefois conclu qu'un tel risque est présent dans toute procédure de passation de marchés et n'est probablement pas plus important dans les enchères électroniques inversées que dans toute autre procédure de passation, du moins à long terme. Il recommande donc d'insérer dans le projet de loi type révisée des dispositions imposant à l'entité adjudicatrice d'examiner le risque posé par une soumission anormalement basse, aussi bien au moment de l'évaluation de la soumission qu'au moment de l'examen des qualifications des fournisseurs. L'entité adjudicatrice n'aurait la faculté de rejeter une soumission qu'après un tel examen et après avoir conclu que la soumission était anormalement basse et qu'il existait un risque d'inexécution. Il s'agit d'une exception très limitée et rigoureuse au principe général selon lequel les soumissions individuelles ou autres offres ne peuvent être rejetées en raison du risque de corruption qu'un tel rejet pourrait impliquer.

9. Le Groupe de travail a également examiné très en détail les accords-cadres. Il s'agit de passations en deux étapes, pour lesquelles un ou plusieurs fournisseurs concluent, dans un premier temps, un accord-cadre avec l'entité adjudicatrice, et se voient attribuer par celle-ci, dans un deuxième temps, des marchés sous la forme de commandes. Les accords-cadres n'avaient pas été abordés dans la Loi type de 1994, mais sont maintenant largement utilisés dans la pratique et comportent plusieurs avantages, tels que la réduction des coûts administratifs et des opérations ainsi que des délais puisque certaines étapes du processus de passation sont réglées en une seule fois pour une série de marchés. La sécurité de l'approvisionnement est un autre avantage.

10. Le Groupe de travail recommande d'incorporer au projet de loi type révisée des dispositions sur trois types d'accords-cadres. Le premier est un accord-cadre

“fermé”, dans lequel sont fixées les spécifications et toutes les conditions du marché, de sorte que les fournisseurs ne soient pas remis en concurrence lors de la deuxième étape de la passation. Il peut être conclu avec un ou plusieurs fournisseurs. Le deuxième est un accord-cadre “fermé” qui définit les spécifications et les principales conditions de la passation mais comprend une nouvelle mise en concurrence des fournisseurs parties à l’accord-cadre avant que l’entité adjudicatrice n’attribue le marché. Il est toujours conclu avec plusieurs fournisseurs. Le troisième est un accord-cadre “ouvert” conclu avec plusieurs fournisseurs et comprenant une deuxième étape de mise en concurrence des fournisseurs parties à l’accord-cadre. Il est prévu que la passation d’un marché par accord-cadre ouvert se fasse par voie électronique et soit utilisée pour des passations de marchés simples. Comme dans le cas des enchères électroniques inversées, les accords-cadres seront soumis à des conditions générales et des procédures spécifiques seront applicables à chaque type. Certaines questions à cet égard n’ont pas encore été réglées.

11. Les accords-cadres présentent certains risques, en particulier ceux conclus entre un groupe défini de fournisseurs et l’entité adjudicatrice. Le marché étant, de fait, fermé pour la durée de l’accord, cela pourrait compromettre une concurrence véritable. Il existe aussi un certain risque de collusion entre fournisseurs pendant la durée de l’accord-cadre et il pourrait être difficile d’assurer un suivi efficace des accords. Le Groupe de travail recommande donc que les États soient tenus d’imposer une durée maximale pour les accords-cadres fermés afin qu’ils ne puissent servir à exclure des fournisseurs de la mise en concurrence, pour de longues périodes. Le Groupe de travail a aussi examiné attentivement la question du respect de la transparence en exigeant que soit publiée une série d’avis tout au long du processus.

12. Les listes de fournisseurs sont une alternative aux accords-cadres. Le Groupe de travail est initialement convenu que, compatibles ou non avec les principes fondamentaux, buts et objectifs de la Loi type, ces listes sont utilisées dans la pratique et leur emploi doit donc être soumis à des normes minimales. Toutefois, il a par la suite conclu qu’il n’était pas nécessaire de traiter la question dans le projet de loi type révisée parce que les dispositions souples sur les accords-cadres (en particulier les accords-cadres ouverts) seraient suffisantes pour apporter les avantages supposés des listes de fournisseurs et éviter certains des risques. Ce point n’étant pas accepté de façon universelle par les parties prenantes, les raisons de la conclusion du Groupe de travail seront exposées en détail dans le guide pour l’incorporation, qui traitera aussi des problèmes, bien documentés, posés par l’utilisation des listes, tels que leur utilisation non transparente et parfois inappropriée afin de restreindre l’accès au marché, même là où des contrôles tels que des listes ouvertes de façon permanente et des procédures d’inscription simples existent, et même lorsque les listes sont facultatives.

13. Le Groupe de travail est convenu, à sa sixième session, que le projet de loi type révisée devrait conserver les différentes options pour la passation de marchés de services, mais que le Guide pour l’incorporation devrait être plus détaillé quant aux types de services et aux cas dans lesquels les différentes méthodes devraient être utilisées. Le Groupe de travail a également décidé de réexaminer l’emploi des méthodes de passation autres que l’appel d’offres, les conditions de leur utilisation et la question de savoir si toute la panoplie de méthodes devait être maintenue. Un examen de l’ensemble de ces méthodes est ainsi devenu un élément principal de l’exercice de simplification et de normalisation.

14. Le Groupe de travail a relevé dans la Loi type un chevauchement partiel entre deux des procédures de sélection des services et la procédure de sollicitation de propositions. En outre, toutes les procédures qui peuvent être utilisées pour les biens et travaux peuvent également être utilisées pour les services, ce qui pourrait rendre superflue l’incorporation de dispositions distinctes. Les caractéristiques communes sont les suivantes: il peut y avoir sollicitation ouverte en commençant par une annonce publique ou sollicitation directe auprès des fournisseurs; les propositions sont soumises sur la base d’un ensemble défini de spécifications qui ne peuvent être changées; les critères d’évaluation peuvent porter sur les compétences techniques et de gestion du fournisseur ou de l’entrepreneur; les prix sont considérés séparément et après la fin de l’évaluation technique. La seule procédure qui soit distincte des autres dans la Loi type est la procédure de sélection de services avec négociations consécutives.

15. Certaines délégations ont donc proposé une méthode négociée unique pour tous les types de

passation de marchés, qui serait appelée “sollicitation de propositions avec dialogue compétitif”, et qui a été examinée en détail aux quinzième et seizième sessions du Groupe de travail. Le résultat a été présenté à la Commission en tant que nouvelle méthode de passation sous la cote A/CN.9/XLII/CRP.2. Les principaux défis de la passation négociée consistent à trouver un équilibre entre marge d’appréciation et flexibilité (permettant d’obtenir le meilleur rapport qualité/prix), et des procédures réglementées visant à prévenir l’abus du pouvoir discrétionnaire conféré; garantir une transparence suffisante (divulgation à l’avance des règles du jeu) tout en laissant une marge pour la négociation; et donner à l’entité adjudicatrice un certain contrôle du nombre de fournisseurs avec lesquels elle négocie. Ce dernier objectif pourrait être atteint par une préqualification, une présélection, une évaluation de la conformité ou l’exclusion des solutions techniques. Une autre question est de savoir quels aspects de la passation de marchés prévue seraient négociés au cours de la phase de dialogue.

16. Bien que les partisans de la méthode négociée estiment qu’elle devrait remplacer les autres méthodes impliquant des négociations, un certain nombre de délégations se sont déclarées en faveur du maintien des autres méthodes (y compris la négociation compétitive, les appels d’offres en deux étapes et peut-être même les négociations consécutives) pour des cas particuliers tels que les passations d’urgence suite à une catastrophe. Comme l’introduction de méthodes de passation supplémentaires est contraire au principe de simplification et de normalisation, le Groupe de travail a laissé à la Commission le soin de déterminer quelles méthodes devraient être conservées.

17. Le Groupe de travail a également réexaminé les conditions d’emploi des méthodes de passation autres que l’appel d’offres. Selon le texte de 1994, les appels d’offres en deux étapes, les sollicitations de propositions et la négociation avec appel à la concurrence pouvaient être utilisés aux mêmes conditions. Les appels d’offres restreints ou la sollicitation directe dans le cas des services pouvaient être utilisés lorsque les biens, travaux ou services étaient disponibles seulement auprès d’un nombre limité de fournisseurs ou d’entrepreneurs. Les dispositions sur la transparence applicables à ces méthodes n’étaient pas pleinement cohérentes ou exécutables. Certaines des conditions en question pouvaient aussi justifier la sollicitation d’une source unique, méthode la moins avantageuse puisqu’elle élimine complètement la concurrence. Le Groupe de travail a décidé de reformuler ces dispositions pour exiger de l’entité adjudicatrice qu’elle utilise la méthode la plus concurrentielle afin que les sollicitations de source unique ne soient admissibles qu’en cas d’urgence. La sollicitation internationale ouverte devrait donc s’appliquer par défaut, à moins qu’un appel d’offres restreint ou national ne se justifie. Les dispositions reformulées devront être définitivement fixées une fois terminé l’examen des différentes méthodes de passation et de leurs utilisations normales.

18. Bien que le Groupe de travail soit convenu de simplifier et de rationaliser la Loi type en supprimant les répétitions, les incohérences et les dispositions inutilement détaillées, les données actuelles pointent vers l’existence d’un plus grand nombre de méthodes qu’auparavant, et la Commission est invitée à examiner comment régler cette situation.

19. Afin de promouvoir la simplification et l’harmonisation du régime juridique prévu dans la loi type, le Groupe de travail est convenu de supprimer l’exclusion générale des marchés intéressant la défense et la sécurité nationales parce que tous les marchés dans ces secteurs ne sont pas sensibles. Comme certains peuvent toutefois être très sensibles, il pourrait être nécessaire, pour permettre la préservation de la confidentialité, de suspendre certaines exigences de transparence.

20. Les procédures d’appels d’offres ont été abordées dans le texte de 1994 avec beaucoup plus de précision que les autres méthodes de passation de marchés. Comme bon nombre des règles concernant les procédures d’appel d’offres sont d’application générale, le Groupe de travail a rassemblé tous les principes et procédures dans le chapitre premier de la Loi type révisée. Ils comprennent: les règles standard régissant le choix de la méthode de passation et de la sollicitation ouverte ou directe; la description du marché; les critères d’évaluation; le recours facultatif à des garanties de soumission dans toutes les méthodes de passation; les procédures de préqualification; la confidentialité; l’acceptation de l’offre et l’entrée en vigueur du marché.

21. La Commission est invitée à déterminer si le chapitre premier devrait inclure d’autres dispositions relatives, par exemple, aux demandes de manifestation

d'intérêt et aux règles générales régissant les précisions et modifications au cours du processus de passation d'un marché.

22. Le projet de loi type révisée ne fait plus de distinction entre les méthodes de passation de marchés pour d'une part les biens ou travaux, et d'autre part les services. L'accent est désormais mis sur la complexité et la facilité ou non d'identifier et d'évaluer ce qui doit être acquis. Si des spécifications ou caractéristiques détaillées peuvent être formulées dès le départ et évaluées selon des critères quantifiables et transparents, la passation des marchés ne devrait pas nécessiter de négociations. En plus de la méthode normale d'appel d'offres, les méthodes pertinentes sont: l'appel d'offres ouvert ou restreint (système d'enveloppe unique), la sollicitation ouverte ou restreinte de propositions sans négociation (système à deux enveloppes), la demande de devis et l'enchère électronique inversée. À l'autre extrémité du spectre, lorsque les spécifications ou les caractéristiques ne peuvent être évaluées grâce à des critères quantifiables, les méthodes nécessiteront des négociations telles que le dialogue compétitif. Même si une approche légèrement différente quant à l'identification de méthodes de passation de marchés est en cours d'adoption, les principes fondamentaux de 1994 ne changeront pas, l'appel d'offres restant la méthode par défaut et les conditions régissant l'utilisation de la sollicitation d'une source unique restant rigoureuses.

23. Le Groupe de travail a également formulé un ensemble de critères pour l'évaluation et la comparaison des offres. Selon le projet d'article 12, ces critères devront avoir un rapport avec l'objet du marché et être, dans la mesure du possible, objectifs et quantifiables. Ils devront être dévoilés dès le début de la passation, en même temps que les marges de préférence, les coefficients de pondération, les seuils et les modalités d'application de ces marges, coefficients et seuils. Le Groupe de travail est convenu des principes mais les détails n'ont pas encore été finalisés.

24. Le Groupe de travail a indiqué qu'il examinera la manière dont le recours à la passation de marchés pour promouvoir des politiques industrielles, sociales et environnementales est abordé dans la Loi type, en formulant par exemple des conseils supplémentaires sur la façon de renforcer la transparence et l'objectivité. Ces thèmes sont abordés dans le document A/CN.9/WG.I/XV/CRP.2. L'objectif recherché étant le plus souvent de permettre à l'État adoptant de protéger son économie nationale, l'entité adjudicatrice peut prendre en compte des facteurs non objectifs pour déterminer l'offre à retenir. La Commission sera invitée à étudier la possibilité de regrouper certaines des dispositions de la Loi type. Une question particulièrement importante est de savoir si tous les facteurs socioéconomiques doivent être traités comme des critères d'évaluation.

25. Certains instruments, comme par exemple l'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), traitent les critères socioéconomiques comme des questions de qualification, c'est-à-dire comme des conditions d'éligibilité pour la participation à une passation. Des consultations informelles ont révélé qu'il y avait peu de soutien pour l'idée, en particulier dans le contexte d'une disposition du projet de loi type révisée, qui autorisera l'exclusion, dans certains cas, de la concurrence étrangère dans la passation de marchés internes. Certains instruments nationaux contiennent des programmes réservés pour les minorités, qui peuvent avoir une incidence sur la concurrence.

26. La Convention des Nations Unies contre la corruption exige pour les systèmes de passation des marchés publics un système de recours interne efficace qui garantisse l'exercice des voies de droit. Les dispositions de la Loi type de 1994 concernant le recours interne sont facultatives, administratives et limitées, et ne prévoient pas l'indépendance de l'examen. Le Groupe de travail estime que les dispositions ne sont pas suffisamment rigoureuses pour être conformes à la Convention, et recommande, entre autres, qu'elles soient rendues obligatoires, que la liste des exceptions soit supprimée, et que toute décision concernant la méthode de passation d'un marché soit susceptible de recours. Le Groupe de travail recommande également, pour garantir une procédure de recours efficace, l'introduction d'un délai d'attente avant l'entrée en vigueur d'un marché. La question de l'étendue des réparations pouvant être accordées si un problème surgit n'est pas encore réglée, et les dispositions de l'Accord sur les marchés publics relatives à la réparation semblent différer de celles du texte de la Loi type de 1994.

27. Les questions soulevées par la participation communautaire à la passation de marchés sont principalement liées aux phases de planification et

d'exécution d'un projet. Étant donné l'importance croissante de ce type de participation et l'éventuelle nécessité d'une législation l'autorisant, les dispositions de la Loi type ont été revues afin de veiller à ce qu'elles ne fassent pas obstacle à la participation communautaire pour un projet nécessitant une passation de marché. Le Guide pour l'incorporation fournira des orientations supplémentaires.

28. La Loi type permet aux entités adjudicatrices de demander à tous les participants l'authentification des documents, ce qui peut être long et coûteux pour eux. À ce facteur dissuasif s'ajoute le fait que tout ou partie des frais généraux supplémentaires engagés par les fournisseurs peuvent être répercutés sur les entités adjudicatrices. Le Groupe de travail a donc recommandé de modifier les dispositions de la Loi type pour permettre à l'entité adjudicatrice de demander l'authentification des pièces produites uniquement au fournisseur retenu.

29. Enfin, s'agissant des conflits d'intérêts, la Convention des Nations Unies contre la corruption exige que les États adoptants prévoient, s'il y a lieu, des mesures pour réglementer les questions touchant les personnels chargés de la passation des marchés, telles que l'exigence d'une déclaration d'intérêt pour certains marchés publics, des procédures de sélection desdits personnels et des exigences en matière de formation. Il n'y a pas de dispositions équivalentes dans la Loi type de 1994 et le Groupe de travail estime que le texte révisé devrait inclure un renvoi approprié à la Convention.

30. Le secrétariat croit comprendre que la Commission pourrait envisager de créer un comité plénier afin d'examiner en détail le texte révisé.

31. **M. Marca Paco** (État plurinational de Bolivie) demande si les dispositions du projet de loi type révisée permettraient la sollicitation d'une source unique par un gouvernement comme moyen d'accroître les investissements publics et favoriser la croissance et l'efficacité dans certains secteurs économiques, comme les municipalités et les collectivités locales. Bien que la valeur monétaire de ces marchés ne soit pas très grande en termes absolus, les opportunités économiques offertes sont de grande importance pour les secteurs concernés. Lorsque l'objectif est de générer des bénéfices immédiats pour un secteur donné, les procédures de passation de marchés standard prennent trop de temps. La délégation bolivienne espère que de telles considérations pourront être prises en compte dans le projet de loi type révisée, de sorte qu'il puisse être fait appel plus souvent à certaines catégories de fournisseurs pour permettre la réalisation d'objectifs spécifiques de politique sociale.

32. **Mme Nicholas** (secrétariat) dit que le projet d'article 7 énonce les conditions à respecter par une entité adjudicatrice qui souhaite avoir recours à la sollicitation d'une source unique. Sous réserve des conditions prévues dans cet article – une condition pertinente étant que l'entité adjudicatrice fasse paraître un avis public et autorise de façon satisfaisante la formulation de commentaires – la sollicitation d'une source unique peut être utilisée pour promouvoir les politiques socioéconomiques visées ailleurs dans le projet de loi type révisée. En théorie donc, un objectif socioéconomique tel que les investissements publics serait couvert par la Loi type. La question pourra être examinée plus en détail lors de l'examen par le Comité plénier du document A/CN.9/WG.I/XV/CRP.2.

La séance est suspendue à 11 heures et reprise à 11 h 40.

33. **Le Président** invite la Commission à formuler des observations sur la proposition visant à étendre le mandat du Groupe de travail I aux aspects socioéconomiques et à l'exemption pour l'industrie de la défense.

34. **M. Frühmann** (Autriche) dit que sa délégation appuie la proposition.

35. **M. Ekedede** (Nigéria) dit que sa délégation appuie la proposition d'inclure les questions socioéconomiques dans le mandat du Groupe de travail. De telles questions engloberaient les notions de meilleur rapport qualité/prix, de transparence, de flexibilité et de responsabilité. Les marchés de biens, travaux et services sont d'une importance primordiale pour les pays en développement, où ils représentent souvent plus de 50 % du budget. Il s'agit également d'un domaine qui est miné par des pratiques non conventionnelles, pour ne pas parler de la corruption. La loi type vise à aider les pays en développement et à encourager les meilleures pratiques. Ses dispositions devraient donner plus de force aux fournisseurs nationaux des pays en développement en les protégeant d'une concurrence indue.

36. **Le Président** dit que, en l'absence de toute objection, il considérera que la Commission approuve

l'inclusion des aspects socioéconomiques et de l'exemption pour l'industrie de la défense dans le mandat du Groupe de travail.

37. *Il en est ainsi décidé.*

38. **Le Président** dit que, en l'absence de toute objection, il considérera que la Commission souhaite mettre en place un comité plénier chargé d'effectuer une seconde lecture du projet de la loi type révisée sur la passation des marchés.

39. *Il en est ainsi décidé.*

40. **Le Président** invite la Commission à procéder à l'élection du président du Comité plénier.

41. **M. Frühmann** (Autriche) propose que la présidence du Comité plénier soit confiée à Mme Blanchard (Canada).

42. **M. Denison Cross** (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord) et **Mme Smejkalová** (République tchèque) appuient cette proposition.

43. *Mme Blanchard (Canada) est élue Présidente par acclamation.*

44. **Le Président** dit que le Comité plénier se réunira immédiatement après l'ajournement de la séance afin d'entamer la seconde lecture du texte révisé de la Loi type.

La séance est levée à 11 h 50.

Adoption du rapport de la Commission

Compte rendu analytique de la 892e séance tenue au Centre international de Vienne, à Vienne, le vendredi 10 juillet 2009 à 16 h 5

[A/CN.9/SR.892]

Président: M. Soogeun Oh (République de Corée)

La séance est ouverte à 16 h 5.

Adoption du rapport de la Commission

Rapport du Comité plénier de la Commission sur son examen d'un projet de loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (A/CN.9/XLII/CRP.1 et Add.3 à 9; A/CN.9/664, 668 et 672)

1. **Mme Blanchard** (Canada), Présidente du Comité plénier, remercie le secrétariat de l'aide qu'il lui a apportée pour l'exécution de sa tâche de Présidente du Comité pendant les sept jours qu'ont duré les réunions, ainsi que pour la qualité des documents élaborés. Les débats du Comité ont été très productifs, mais ce dernier ne pense pas que le texte révisé de la Loi type soit prêt pour adoption par la Commission au cours de la présente session. Il a presque fini la deuxième lecture du chapitre I, pour lequel il ne reste que quelques questions en suspens, mais n'a pu examiner les autres chapitres. Il recommande de poursuivre les travaux sur le texte révisé, en se concentrant sur les questions non résolues. Mme Blanchard croit comprendre que le secrétariat a l'intention de lancer, avant la prochaine session du Groupe de travail I (Passation de marchés), une vaste consultation informelle sur les questions que le Comité plénier n'a pas encore analysées. L'objectif est de préparer de nouveaux documents de travail pour analyse par le Groupe de travail. Le Comité recommande à la Commission d'adopter son rapport, publié sous les cotes A/CN.9/XLII/CRP.1 et Add.3 à 9, en tant que section de son propre rapport sur les travaux de sa quarante-deuxième session concernant le point 5 de l'ordre du jour: Projet de loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

2. **Le Président** déclare qu'en l'absence d'objection il considérera que la Commission souhaite adopter le rapport du Comité plénier, qui sera intégré à son propre rapport sur les travaux de sa quarante-deuxième session.

3. *Il en est ainsi décidé.*

4. **Mme Nicholas** (secrétariat) attire l'attention sur les rapports du Groupe de travail I sur les travaux de ses quatorzième, quinzième et seizième sessions, publiés respectivement sous les cotes A/CN.9/664, 668 et 672. Chaque rapport expose les questions détaillées abordées par le Groupe de travail et les conclusions dégagées. Les principaux sujets examinés ont touché aux accords-cadres, au chapitre premier du projet de loi type révisée et aux propositions concernant la passation de marchés négociée au chapitre IV. Pour chaque sujet, le Groupe de travail a étudié les propositions de modification, présenté ses commentaires et donné des instructions au secrétariat pour la révision du texte.

5. **Le Président** propose à la Commission de prendre note des trois rapports et de charger le Groupe de travail de continuer ses travaux sur le projet de loi type révisée sur la passation des marchés publics.

6. *Il en est ainsi décidé.*

7. **Mme Otunga** (Kenya) dit que sa délégation est très intéressée par les questions nouvelles dans le domaine de la passation des marchés publics, qui sont traitées dans le projet de loi type révisée et qu'elle avait espéré que la Commission finirait son travail sur ce projet lors de la session en cours. Son pays envisage l'adoption de textes législatifs sur des sujets tels que les enchères électroniques inversées et les accords-cadres et avait espéré pouvoir se servir, comme guide pour ces questions, de la version définitive de la Loi type de la CNUDCI. Mme Otunga espère que le Groupe de travail sera en mesure de finaliser son travail d'ici à la fin de l'année. Dans le cas contraire, certains pays pourraient adopter des

dispositions qui ne seraient pas alignées sur celles qui seront à terme incluses dans la Loi type.

8. **M. Ekedede** (Nigéria) dit que le mandat confié à la CNUDCI de développer et harmoniser le droit commercial international ne consiste pas uniquement en la production de textes juridiques. Il faut promouvoir de façon plus dynamique l'utilisation des produits de la CNUDCI, en particulier dans les pays en développement. À cet égard, la démarche de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC) est instructive. L'ONUDC dispose d'un réseau de bureaux régionaux et nationaux pour promouvoir des partenariats avec les États Membres et d'autres parties prenantes en vue de faire connaître ses politiques. Il a été, pour ce faire, autorisé à mobiliser des ressources extrabudgétaires. Le moment est venu de chercher des solutions aux difficultés auxquelles fait face la CNUDCI dans la promotion d'une utilisation plus large de ses excellents produits.

9. **M. Sorieul** (secrétariat) dit que la Commission va étudier les questions soulevées par le représentant du Nigéria au cours de la semaine prochaine, au titre des points 13 (Assistance technique en matière de réforme du droit) et 14 (État et promotion des textes juridiques de la CNUDCI) de l'ordre du jour. Il se réjouit de l'enthousiasme du représentant du Nigéria pour la mission et les produits de la CNUDCI. Le secrétariat est tout à fait conscient de la demande de coopération qui existe dans les pays en développement, mais la Commission manque de personnel pour accomplir son mandat dans les domaines de la coopération technique et de l'action sur le terrain. Ainsi, le nombre de postes au secrétariat reste plus ou moins inchangé depuis les années 1960. En cette période de globalisation croissante, pour que la CNUDCI puisse être à même d'interagir de façon efficace avec les États et d'autres parties prenantes, il lui faudrait des ressources supplémentaires. Le secrétariat est aussi handicapé dans son effort de mobilisation de ressources extrabudgétaires par un manque de capacité à développer des programmes qui attirent des financements du secteur privé et d'autres sources. Cette question sera discutée de façon plus approfondie au cours de la dernière semaine de la session, mais M. Sorieul est reconnaissant au représentant du Nigéria de l'avoir soulevée dans le contexte de la Loi type.

10. **M. Boutaqbout** (Maroc) dit que même si la CNUDCI ne peut avoir de présence physique sur le terrain elle pourrait attirer l'attention sur ses textes juridiques et les promouvoir grâce à l'organisation d'ateliers, séminaires et autres évènements régionaux visant les différentes parties prenantes des États Membres, dont les donateurs potentiels.

La séance est levée à 16 h 40.

Adoption du rapport de la Commission (*suite*)

Compte rendu analytique de la 899e séance tenue au Centre international de Vienne, à Vienne, le vendredi 17 juillet 2009, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.899]

Président: M. Soogeun Oh (République de Corée)

La séance est ouverte à 9 h 45.

Adoption du rapport de la Commission (*suite*) (A/CN.9/XLII/CRP.1/Add.1 à 9)

1. **Le Président** remercie le représentant du Chili, **M. Sandoval López** pour avoir assuré les fonctions de Rapporteur de la Commission à sa quarante-deuxième session.

2. Il note que le Comité plénier, après sept jours de délibérations sur les marchés publics, a établi un rapport, contenu dans les documents A/CN.9/XLII/CRP.1/Add.3 à 9, que la Commission a adopté à sa 892e séance immédiatement après la séance finale du Comité plénier.

Finalisation et adoption de l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale (A/CN.9/XLII/CRP.1/Add.1/Rev.1)

3. **Le Président** appelle l'attention sur le document A/CN.9/XLII/CRP.1/Add.1/Rev.1. Il note que la Commission a décidé de renommer l'Aide-mémoire de la CNUDCI "Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale".

4. Il considère que la Commission souhaite adopter la partie de son rapport contenue dans le document A/CN.9/XLII/CRP.1/Add.1/Rev.1.

5. *Il en est ainsi décidé.*

Insolvabilité: rapport d'activité du Groupe de travail V (A/CN.9/XLII/CRP.1/Add.2)

6. **Le Président** appelle l'attention sur le document A/CN.9/XLII/CRP.1/Add.2 concernant le rapport d'activité du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et ses travaux futurs et le Colloque judiciaire. Il considère que la Commission souhaite adopter la partie de son rapport qui y figure.

7. *Il en est ainsi décidé.*

Le débat consigné dans le compte rendu analytique prend fin à 9 h 55.

II. BIBLIOGRAPHIE DES ÉCRITS RÉCENTS AYANT TRAIT AUX TRAVAUX DE LA CNUDCI – NOTE DU SECRÉTARIAT

(A/CN.9/673)

TABLE DES MATIÈRES

I. Références générales . . . .
II. Vente internationale de marchandises . . . .
III. Arbitrage commercial international et conciliation . . . .
IV. Transport international . . . .
V. Paiements internationaux (y compris garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by) . . .
VI. Commerce électronique . . . .
VII. Sûretés (y compris financements par cession de créances) . . . .
VIII. Passation des marchés . . . .
IX. Insolvabilité . . . .
X. Contrats internationaux de construction . . . .
XI. Échanges internationaux compensés . . . .
XII. Projets d'infrastructure à financement privé . . . .
Annexe
Liste des titres abrégés cités dans la présente bibliographie et des titres complets des textes juridiques de la CNUDCI

I. Questions générales

Berlingieri, F. Unification and harmonisation of maritime law revisited. *Revue hellénique de droit international* (Athènes) 59:2:603-626, 2006.

Boss, A. H. The future of the Uniform Commercial Code process in an increasingly international world. *Ohio State law journal* (Columbus, Ohio) 68:1:349-402, 2007.

Castellani, L. Economic development and the rule of law: uniform trade law and Africa-China relations. *Dans* China outside China: China in Africa. Castellani, L., P. Zhongying *et* I. Taylor, *dir. publ*. Turin, Italie, Quaderni del CASCC, 2007. p. 75-90.

_____. International trade law reform in Africa. *Yearbook of private international law* (La Haye) 10:547-563, 2008.

La CNUDCI. Trois questions à Valéry Turcey. *Recueil Dalloz* (Paris) 184:20:1392, 2008.

Dundas, H. R. The Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot. *Stockholm international arbitration review* (Huntington, N.Y.) 1:157-171, 2008.

Gross, C. Bericht über die 40. Sitzung der Kommission der Vereinten Nationen zum Internationalen Handelsrecht (UNCITRAL). *IPRax* (Bielefeld, Allemagne) 28:2:189-191, 2008.

En allemand. Traduction du titre: Compte rendu de la quarantième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

_____. News from the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Rome) 13:3:792-799, 2008.

Kelly, C. R. Institutional alliances and derivative legitimacy. *Michigan journal of international law* (Ann Arbor, Mich.) 29:4:605-664, 2008.

Également disponible en ligne à l'adresse http://students.law.umich.edu/mjil/article-pdfs/v29n4-kelly.pdf.

Koziol, G. Sprachliche Aspekte der Auslegung von internationalen Rechtstexten: am Beispiel der Principles of European Tort Law. *Juristische Blätter* (Vienne) 130:230-241, 2008.

En allemand. Traduction du titre: Aspects linguistiques de l'interprétation des textes juridiques internationaux: exemple des Principes de droit européen de la responsabilité civile.

Kwatra, G. K. United Nations and international arbitration institutions. UNCITRAL. *Dans* Arbitration and conciliation law of India: with case law on UNCITRAL Model Law on Arbitration and Sale of Goods. Septième édition. New Delhi, Indian Council of Arbitration, 2008. Ch. 4. p. 66-75.

Nicholas, C. The New Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations: relationships with international conventions of UNCITRAL, the Hague Conference and UNIDROIT. *Dans* Le nouveau règlement européen "Rome I" relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles. Ritaine, C. E. *et* A. Bonomi, *dir. publ*. Genève, Schulthess, 2008. p. 49-60.

Pamboukis, Ch. P. L'évolution du droit uniforme privé: la polycentricité du droit uniforme. Ch. 3. *Recueil des cours: Académie de droit international = Collected courses of the Hague Academy of International Law* (Leyde, Pays-Bas) 330:104-155, 2007.

Perales Viscasillas, M. P. La competitividad internacional de la enseñanza del derecho mercantil en España: el triunfo en el concurso de arbitraje comercial "Willem C. Vis". *Derecho de los negocios* (Madrid) 19:212:19-23, mai 2008.

Pissoort, W. *et* P. Saerens. Initiation au droit commercial international. Bruxelles, De Boeck Universiteì, 2004. 357 p.

Secrétariat de la CNUDCI. News from the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Rome) 12:4:810-817, 2007.

Secrétariat de la CNUCDI. Guide de la CNUDCI: L'essentiel sur la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Vienne, Nations Unies, 2007. iv, 46 p.

Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.12. Disponible en anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe.

Secrétariat de la CNUDCI. Annuaire de la CNUDCI, 2004. Vienne, Nations Unies, 2008. Vol. 35.

Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.08.V.8.

CD-ROM.

Zumbansen, P. *et* M. Panezi. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). *Max Planck Encyclopedia of public international law*, juin 2007.

Ressource électronique payante, disponible à l'adresse http://www.mpepil.com/.

II. Vente internationale de marchandises

Atamer, Y. M. Milletlerarasi satim hukuku milletlerarasi mal satimina ilişkin sözleşmeler hakkinda birleşmiş milletler antlaşmasi (CISG). Istanbul, XII Levha, 2008. xxiv, 374 p.

En turc. Traduction du titre: Le droit de la vente internationale: Convention des Nations Unies sur les ventes (1980).

Reproduit la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980) en turc, p. 311-340, et en anglais, p. 341-371.

Benedick, G. Die Informationspflichten im UN-Kaufrecht (CISG) und ihre Verletzung: unter Berücksichtigung des Zusammenspiels mit dem nationalen schweizerischen Recht. Munich, Sellier; Berne, Stämpfli Verlag AG, 2008. xliii, 366 p. (Beiträge zum internationalen Wirtschaftsrecht, Bd. 9 = Contributions on international commercial law , vol. 9)

En allemand, avec résumé en anglais.

Traduction du titre: L'obligation d'information dans la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980) et sa violation: examen de l'interaction avec le droit interne suisse.

Avec références bibliographiques, p. xxi-xxxv.

Borges, R. S. The United Kingdom and the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): to ratify or not to ratify? *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 14:4:331-338, 2008.

Bridge, M. A law on international sale of goods. *Hong Kong law journal* (Hong Kong) 37:1:17-40, 2007.

Brödermann, E. Cornerstones of the newly created Chinese European Arbitration Centre ("CEAC"): a modern approach to international arbitration. *Dans* Business Law. E. Brödermann. Huitième édition. Hambourg, Brödermann & Jahn, 2009. Ch. 2. p. 45-60.

Également disponible en chinois, p. 61-73.

Carette, N. Direct contractual claim of the sub-buyer and international sale of goods: applicable law and applicability of the CISG. *European review of private law* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 16:4:583-605, 2008.

Castellani, L. Assurer l'harmonisation du droit des contrats aux niveaux régional et mondial: la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et le rôle de la CNUDCI. *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Rome) 13:1/2:101-113, 2008.

_____. Considerations on the uniform interpretation of the CISG in China. *International law review of Wuhan University* (Wuhan, Chine) 8:1-6, 2008.

En chinois. Titre tel qu'il figure dans l'article:
《联合国国际货物销售合同公约》在中国统一解释之考量.

_____. Ensuring harmonization of contract law at regional and global level: the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the role of UNCITRAL. *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Rome) 13:1/2:115-126, 2008.

Chen, Lihu *et* Zhu Ping. Specific performance under the CISG: with comments on article 107 of the contract law of the People's Republic of China. *International law review of Wuhan University* (Wuhan, Chine) 8:289-306, 2008.

En chinois. Titre tel qu'il figure dans l'article:
CISG 之下的实际履行制度研究-兼评中国《合同法》第107条.

Conférence universitaire "The Spirit and Interpretation of the CISG", 16 novembre 2008. Organisée par le Comité directeur du CISG Tokyo Congress et l'Institut du droit commercial international de la Faculté de droit de la Pace University. Université de Tokyo, Sanjokaikan. Tokyo, 2008.

Actes de la conférence: Article 7 and uniform interpretation of the CISG / P. Viscasillas, p. 1-12 -- Researching the CISG / A. Kritzer, p. 13-23 -- Conformity of goods under the CISG / L. Mistelis, p. 24-35 -- The right to avoid the contract / I. Schwenzer, p. 36-43 -- Calculating damages under the United Nations Convention on the International Sale of Goods / J. Y. Gotanda, p. 44-54 -- Exemption of damages under article 79 CISG / A. Garro, p. 56-57.

Accompagnés par les actes du séminaire des praticiens "Practical implications of the CISG", 17 novembre 2008.

Conférence internationale sur le thème "Institutional arbitration in infrastructure and construction". Conférence CNUDCI-CIAC, 16-18 octobre 2008. New Delhi, Inde. Conference papers. 143 p.

Documents de travail consacrés à la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980): Judicial approaches to the interpretation of CISG / P. Landolt, p. 31-41 -- CISG and the Indian law: a comparative analysis / S. Dholakia, p. 43-50.

Diener, K. W. Recovering attorneys' fees under CISG: an interpretation of article 74. *Nordic journal of commercial law* (Turku, Finlande) 1:2008.

Ressource électronique disponible à l'adresse: http://www.njcl.fi/1_2008/article3.pdf.

DiMatteo, L. A. International sales law: Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *In* The law of international contracting. Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Wolters Kluwer, 2009. Ch. 6. p. 183-267.

Cette publication reproduit le texte de la Convention des Nations Unies sur la vente internationale de marchandises (1980), p. 451-478, de la Convention sur la prescription (1974/1980), p. 479-487, ainsi que de la Convention des Nations Unies sur les contrats électroniques (2005), p. 559-571.

Djokić, D. Merodajno pravo pri mednarodni prodaji blaga. *Mednarodno poslovno pravo* (Ljubljana) 19:212:23-26, 2008.

En slovène: Traduction du titre: Le droit applicable à la vente internationale de marchandises.

Dodge, W. S. Teaching the CISG in contracts. *Journal of legal education* (Washington) 50:72-94, 2000.

Également disponible en ligne à l'adresse: http://w3.uchastings.edu/dodge_01/CISG.pdf.

Droz, J. La livraison d'un aliud est-elle une contravention essentielle au sens de l'article 25 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises? *Dans* L'harmonisation internationale du droit. Chappuis, C., B. Foëx *et* T. K. Graziano, *dir. publ.* , Schulthess, 2007. p. 209-221.

Ferrari, F., *dir. publ.* The CISG and its impact on national legal systems. Munich, Sellier, 2008. vii, 489 p.

Ce numéro est entièrement consacré à la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980): Country reports, p. 3-343 -- The CISG impact on EU legislation / S. Troiano, p. 345-411 -- The CISG and its impact on national legal systems: general report / F. Ferrari, p. 413-480.

Ferrari, F. The interaction between the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and domestic remedies. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Allemagne) 71:1:52-80, 2007.

_____.

delle Nazioni unite sui contratti di vendita internazionale di beni mobile. 2. *ed.* Padou, Italie, CEDAM, 2006. xi, 434 p. (Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, vol. 21)

En italien. Traduction du titre: La vente internationale: applicabilité et application de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (1980).

Flechtner, H. M. Conformity of goods, third party claims, and buyer's notice of breach under the United Nations Convention ("CISG"), with comments on the "Mussles case," the "Stolen automobile case," and the "Ugandan used shoes case". University of Pittsburgh School of Law, 2007. (University of Pittsburgh School of Law working paper series, paper 64)

Également disponible en ligne à l'adresse:
http://law.bepress.com/pittlwps/papers/art64.

_____, R. A. Brand *et* M. S. Walter, *dir. publ*. Drafting contracts under the CISG. New York, Oxford University Press, 2007. xxxi, 597 p. (CILE studies, vol. 4)

Friehe, H. A. *et* W. Huck. Das UN-Kaufrecht in sieben Sprachen. *Internationales Handelsrecht* (Hambourg) 8:1:14-26, 2008.

En allemand. Traduction du titre: La Convention des Nations Unies sur les ventes (1980) en sept langues.

Garro, A. M. CISG Advisory Council Opinion No. 7, exemption of liability for damages under article 79 of the CISG. *Internationales Handelsrecht* (Hambourg) 8:3:122-132, 2008.

Gauci, C. Australia: dealing with the unknown - which law really applies to your international contract? *Mondaq*, 2008.

Ressource électronique disponible à l'adresse:
http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=62472.

Gichangi, E. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a case for ratification by Kenya. *Kenya law review* (Nairobi) 1:305-322, 2007.

Gruber, P. U. The Convention on the International Sale of Goods (CISG) in arbitration = La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) et l'arbitrage. *Revue de droit des affaires internationales = International business law journal* (Paris) 1:15-34, 2009.

En français et en anglais

Guo, Yujun *et* Jin Ting. Summary of the 2007 International seminar on the application and interpretation of the CISG in Member States. *International law review of Wuhan University* (Wuhan, Chine) 8:330-337, 2008.

En chinois. Titre tel qu'il figure dans l'article:
1980年CISG在成员国的适用与解释国际研讨会综述.

Han, Jian. The application of CISG in international arbitration: the Chinese experience. *International law review of Wuhan University* (Wuhan, Chine) 8:272-279, 2008.

En chinois. Titre tel qu'il figure dans l'article:
四、专题二: CISG在成员国的适用与解释 国际研讨会.

Heutger, V. Ein gemeineuropäisches Kaufrecht: Vision oder nahe Zukunft? Francfort, P. Lang, 2007. 258 p. (Salzburger Studien zum europäischen Privatrecht, Bd. 22)

En allemand. Traduction du titre: Un droit uniforme des ventes: mythe ou proche réalité?

Avec références bibliographiques, p. 244-258.

Hondius, E. CISG and a European Civil Code: some reflections. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Allemagne) 71:1:99-114, 2007.

_____ *et al.* Sales (PEL S). Munich, Sellier, 2008. xl, 485 p. (Principles of European law, vol. 6)

Huber, P. *et* A. Mullis. The CISG: a new textbook for students and practitioners. Munich, Sellier, 2007. xxiii, 408 p.

Kannowski, B., L. Gerling *et* G. Burret. Zum internationalen Gerichtsstand der Kaufpreisklage im Wechselspiel von EuGVVO und UN-Kaufrecht. *Internationales Handelsrecht* (Hambourg) 8:1:2-8, 2008.

En allemand. Traduction du titre: Juridiction internationalement compétente concernant les réclamations touchant le prix de vente: relation entre le Règlement CEE No. 44/2001 et la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980).

Kato, R. Clausula rebus sic stantibus under the Vienna Sales Convention on article 79 of the CISG. *Kokusai Shōji Hōmu* (Tokyo) 37:1:5-14, 2009.

En japonais. Titre anglais tel qu'il figure dans la table des matières.

_____. The principle of good faith in international trade: under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). *Kokusai Shōji Hōmu* (Tokyo) 36:12:1595-1610, 2008.

En japonais. Titre anglais tel qu'il figure dans la table des matières.

Klotz, J. M., P. J. Mazzacano *et* A. I. Pribetic. All quiet on the CISG front: Guiliani v. Invar Manufacturing, the battle of the forms, and the elusive concept of terminus fixus. *Canadian business law journal = Revue canadienne du droit de commerce* (Aurora, Ont.) 46:3:430-442, 2008.

Klotz, J. M. International sales agreements: an annotated drafting and negotiating guide. Deuxième édition. Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Kluwer, 2008. xxvi, 434 p.

Koehler, M. F. *et* G. Yujun. The acceptance of the unified sales law (CISG) in different legal systems: an international comparison of three surveys on the exclusion of the CISG's application conducted in the United States, Germany and China. *Pace international law review* (White Plains, N.Y.) 20:45-[52], printemps 2008.

Kokusaibijinesuhouforum 2007nen9gatsu18nichi. *JCA journal* (Tokyo) 55:3:24-45, 2008.

En japonais. Traduction du titre: (Transcription de l') International Business Law Forum. 18 septembre 2008 (Suite du numéro de février).

Cet article porte sur les exposés suivants: "Introduction de la Convention de Vienne (CVIM) à l'intention des professionnels du droit des contrats" / Akira Saito et Nao Takasugi, p. 24 – La Convention de Vienne (CVIM) dans le contexte de l'arbitrage commercial international / Masaharu Otsuki, p. 34 -- Application de la Convention de Vienne (CVIM) dans la jurisprudence étrangère / Noboru Kashiwagi, p. 37.

Комаров, А. С. Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: практика применения в России и за рубежом. Москва, Волтерс Клувер, 2007. xviii, 267 p.

Коржов, Е. Н. Юридико-экономический анализ эффективности реализации исполнения в натуре на основе применения Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года. *Московский журнал международного права* (Москва) 70:2:120-138, 2008.

Krätzschmar, T. Öffentlichrechtliche Beschaffenheitsvorgaben und Vertragsmässigkeit der Ware in UN-Kaufrecht (CISG). Munich, Sellier, 2008. xxi, 202 p. (Beiträge zum internationalen Wirtschaftsrecht, Bd. 10 = Contributions au droit commercial international, vol. 10)

En allemand, avec résumé en anglais.

Traduction du titre: Conformité des marchandises conformément au droit public et aux dispositions relatives aux contrats de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980).

Avec références bibliographiques, p. 185-198.

Kwatra, G. K. Arbitration and conciliation law of India: with case law on UNCITRAL Model Law on Arbitration and Sale of Goods. Septième édition. New Delhi, Indian Council of Arbitration, 2008. xxiii, 1018 p.

Linne, A. L. Burden of proof under article 35 CISG. *Pace international law review* (White Plains, N.Y.) 20:31-[42], printemps 2008.

Lookofsky, J. Understanding the CISG: a compact guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods. Troisième édition. Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Kluwer Law International, 2008. xii, 243 p.

_____ *et* H. Flechtner. Zapata retold: attorneys' fees are (still) not governed by the CISG. *Journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pa.) 26:1-2:1-9, 2006-2007.

Mainz, P. H. CISG - the structure of remedies. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Allemagne) 71:1:13-34, 2007.

Mak, V. Critique bibliographique: CISG and the unification of international trade law / by B. Zeller. Londres, Routledge-Cavendish, 2007. *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (Londres) 4:578-580, novembre 2008.

_____. Performance-oriented remedies in European sale of goods law. Oxford, Royaume-Uni; Portland, Or., Hart Pub., 2009. xxii, 222 p.

Avec références bibliographiques, p. [211]-218, répertoire de jurisprudence et index.

Marguénaud, J.-P. *et* P. Remy-Corlay. Hong Kong n'est pas partie à la Convention de Vienne. *Revue trimestrielle de droit civil* (Paris) 2:264-267, avril/juin 2008.

Martin, C. H. The Electronic Contracts Convention, the CISG and new sources of e-commerce law. *Tulane journal of international and comparative law* (Tulane, La.) 16:467, 2008.

Mazzacano, P. J. Harmonizing values, not laws: the CISG and the benefits of a neo-realist perspective. *Nordic journal of commercial law* (Turku, Finlande) 1:2008.

Ressource électronique disponible à l'adresse:
http://www.njcl.fi/1_2008/article1.pdf.

Meyer, O. Die privatautonome Abbedingung der vorvertraglichen Abreden: Intergrationsklauseln im internationalen Wirtschaftsverkehr. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Allemagne) 72:3:562-600, 2008.

En allemand. Traduction du titre: L'autonomie de la volonté et l'exclusion des négociations précontractuelles: clauses d'intégration dans le commerce international.

Mistelis, L. 2006 in retrospect. *Global arbitration review* (Londres) 2:1:23-26, 2007.

Mullis, A. Twenty-five years on - the United Kingdom, damages and the Vienna Sales Convention. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Allemagne) 71:1:35-51, 2007.

Niibori, Satoshi. Gulobalu Shoutorihikihoukakuron: Wien baibaijyouyaku to boueki jitsumu (18/Kan). *JCA journal* (Tokyo) 55:8:28-33, 2008.

En japonais. Traduction du titre: Aperçu du droit commercial mondial: la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980) et les usages commerciaux (dix-huitième et dernière édition).

_____. Gurobaru Shotorihikiho Kakuron, Wien Baibai Joyaku go no Kokusai Shotorihiki-ho Toitsu no Yukue, Joyaku kara Restatement he. *JCA journal* (Tokyo)

Pt. 1 dans 55:9:40-45, 2008;
Pt. 2 dans 55:10:53-55, 2008;
Pt. 3 dans 55:11:38-42, 2008;
Pt. 4 dans 56:2:56-61, 2009.

En japonais. Traduction du titre: Sujets du droit commercial mondial: harmonisation du droit commercial international depuis la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980): du traité à la pratique.

Nishiguchi, Hiroyuki. Wien Baibai Joyaku to Junkyo-ho Sentaku Joko, -Do-joyaku 95 Jo Ryuho Kahi Mondai to Kongo no Jitsumu-men no Taiou. *JCA journal* (Tokyo) 55:11:10-16, 2008.

En japonais. Traduction du titre: La clause d'élection de for en vertu de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980) – possibilité de réserves en vertu de l'article 95 et pratiques futures.

Nottage, L. Who's afraid of the Vienna Sales Convention (CISG)?: a New Zealander's view from Australia and Japan. *Victoria University of Wellington law review* (Wellington) 36:4:815-845, 2005.

Également disponible en ligne à l'adresse: http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLRev/2005/39.html.

Pejovic, C. Stoppage in transit and right of control: "conflict of rules"? *Pace international law review* (White Plains, N.Y.) 20:129-[149], printemps 2008.

Perea, T. Treibacher Industrie, A.G. v. Allegheny Technologies, Inc.: a perspective on the Lackluster implementation of the CISG by American courts. *Pace international law review* (White Plains, N.Y.) 20:191-213, printemps 2008.

Raczynska, M. Recoverability of the buyer's lost resale profit under CISG. *Nordic journal of commercial law* (Turku, Finlande) 2:2007.

Ressource électronique disponible à l'adresse: http://www.njcl.fi/2_2007/article2.pdf.

Reimann, M. The CISG in the United States: why it has been neglected and why Europeans should care. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Allemagne) 71:1:115-129, 2007.

Rösler, V. H. Critique bibliographique: Gesetzesauslegung in den USA and in Deutschland. Historische Entwicklung, moderne Methodendiskussion und die Auswirkungen von Divergenzen für das internationale Einheitskaufrecht (CISG) (Zugl.: Bonn, Univ., Diss., 2003) / by P. Melin. Tübingen, Allemagne, Mohr Siebeck, 2005. xvii, 598 p. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Allemagne) 72:1:186-191, 2008.

En allemand. Traduction du titre de l'ouvrage: L'interprétation du droit aux États-Unis d'Amérique et en Allemagne. Évolution historique, discussion des méthodes modernes et effets des divergences d'interprétation dans le contexte de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980).

_____. Siebzig Jahre Recht des Warenkaufs von Ernst Rabel. Werk- und Wirkgeschichte. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Allemagne) 70:4:793-805, 2006.

En allemand. Traduction du titre: Soixante-dix ans de droit relatif à la vente de marchandises, par Ernst Rabel. Historique des travaux et effectivité.

Saidov, D. *et* R. Cunnington. Contract damages: domestic and international perspectives. Oxford; Portland, Or., Hart Pub., 2008. xxxiii, 495 p.

Saidov, D. The law of damages in international sales: the CISG and other international instruments. Oxford, Royaume-Uni; Portland, Or., Hart Pub., 2008. xxvii, 294 p.

Avec références bibliographiques, p. [267]-280, répertoire de jurisprudence et index.

Sambugaro, G. Incorporation of standard contract terms and the “battle of forms” under the 1980 Vienna Sales Convention (CISG). *Revue de droit des affaires internationales = International business law journal* (Paris) 1:69-79, 2009.

Sandvik, B. Kolliderande standardavtal - ett slag för knock-out. *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland* (Helsingfors) 2:115-136, 2008.

En suédois.

Scheffler, G. Critique bibliographique: Der Nacherfüllungsanspruch nach UN-Kaufrecht im Lichte der deutschen, spanisch-mexikanischen und US-amerikanischen Rechtswissenschaft / par E. M. Ratz. Bd. 127. Francfort, P. Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften, 2006. 330 p. *Verfassung und Recht in Übersee* (Hambourg) 41:2:262-263, 2008.

En allemand. Traduction du titre de l’ouvrage: L’application d’exécution en nature selon la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980) à la lumière de la jurisprudence allemande, hispano-mexicaine et américaine.

Schlechtriem, P. *et* C. Witz. Convention de Vienne sur les contrats de vente internationales de marchandises: champ d’application, formation du contrat, effets de la vente, droits et obligations des parties, . Paris, Dalloz, 2008. xviii, 349 p.

Schlechtriem, P. Legal costs as damages in the application of UN Sales Law. *Journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pa.) 26:1-2:71-80, 2006-2007.

Schmidt-Kessel, M. *et* L. Meyer. Allgemeine Geschäftsbedingungen und UN-Kaufrecht. *Internationales Handelsrecht* (Hambourg) 8:5:177-220, 2008.

En allemand. Traduction du titre: Conditions générales et Convention des Nations Unies sur les ventes (1980).

Schneider, M. UNCITRAL rejects confidentiality rule. *Global arbitration review* (Londres) 2:1:3, 2007.

Schwenser, I. *et* C. Fountoulakis, *dir. publ*. International sales law. Abingdon, Royaume-Uni; New York, Routledge-Cavendish, 2006. xxxix, 617 p.

Secrétariat de la CNUDCI. Précis de jurisprudence de la CNUDCI concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. New York, Nations Unies, 2008. xv, 403 p.

Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.08.V.15.

Séminaire international de 2007: the application and interpretation of the CISG in Member States: seminar papers. Wuhan, Chine, Institut de droit international de l’Université de Wuhan, 2007. 379 p.

En chinois et en anglais.

En chinois. Titre tel qu’il figure sur la page de couverture:
1980年《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)在成员国的活用与解释国际研讨会论文集.

Sheaffer, C. The failure of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and a proposal for a new uniform global code in

international sales law. *Cardozo journal of international and comparative law* (New York) 15:2:461-495, 2007.

Song, L. Award of interest in arbitration under article 78 CISG. *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Rome) 12:4:719-731, 2007.

Spagnolo, L. Opening Pandora's box: good faith and precontractual liability in the CISG. *Temple international and comparative law journal* (Philadelphia, Pa.) 21:261-310, 2007.

Troiano, S. The CISG's impact of EU legislation. *Internationales Handelsrecht* (Hambourg) 8:6:221-264, 2008.

Викторова, Н. Н. Особенности установления дополнительного срока для исполнения обязательств по договору международной купли-продажи товаров. *Журнал международного частного права* (Москва) 55:1, 2007.

Weizuo, C. The conflict of laws in the context of the CISG: a Chinese perspective. *Pace international law review* (White Plains, N.Y.) 20:115-[123], printemps 2008.

Whittington, N. Reconsidering domestic sale of goods remedies in light of the CISG. *Victoria University of Wellington law review* (Wellington) 37:421-449, 2006.

Wien Baibaijyouyaku wo meguru Kokusaikeiyakunoshinjidai (Kokusaibijinesuhouforum zenkiroku). *JCA journal* (Tokyo) 55:2:62-72, 2008.

En japonais. Traduction du titre: Les contrats internationaux selon la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980): une ère nouvelle. (Texte intégral des actes de l'International Business Law Forum).

Cet article comprend des exposés concernant l'évolution mondiale de l'unification du droit international privé par Kazuaki Sono et une étude consacrée à l'adhésion à la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980) et ses perspectives futures par Hiroo Sono.

Wildner, K. Art. 19 CISG: the German approach to the battle of the forms in international contract law: the decision of the Federal Supreme Court of Germany of 9 January 2002. *Pace international law review* (White Plains, N.Y.) 20:1-[18], printemps 2008.

Witz, C. Droit uniforme de la vente internationale de marchandises: juillet 2006-décembre 2007. *Recueil Dalloz* (Paris) 184:37:2620-2630, 2008.

Yang, Fan. PRC's two reservations and the application of the CISG in CIETAC arbitration. *International law review of Wuhan University* (Wuhan, Chine) 8:307-329, 2008.

En chinois. Titre tel qu'il figure dans l'article:
中国对CISG的保留及该公约在CIETAC仲裁中的适用.

Yongping, X. *et* L. Weidi. Selected topics on the application of the CISG in China. *Pace international law review* (White Plains, N.Y.) 20:61-[92], printemps 2008.

Zeller, B. CISG and the unification of international trade law. Abingdon, England, Routledge-Cavendish, 2007. xi, 116 p.

Zheng, Xinjian. The application of CISG in the domestic courts in Guangdong Province of China. *International law review of Wuhan University* (Wuhan, Chine) 8:280-288, 2008.

En chinois. Titre tel qu'il figure dans l'article:
CISG在中国广东涉外商事审判中的适用.

Zimmerman, R. Symposium: CISG - the 25th anniversary: its impact in the past and its role in the future. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Allemagne) 71:1:9-12, 2007.

Zoll, F. The impact of the Vienna Convention on the International Sale of Goods on Polish law, with some references to other Central and Eastern European countries. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Allemagne) 71:1:81-98, 2007.

III. Arbitrage commercial international et conciliation

Aa, de Fina. The New York Convention - 50 years on. *Indonesia arbitration quarterly newsletter* (Djakarta) 4:2-10, 2008.

Abdel Wahab, M. S. Challenging arbitrators and the Egyptian Constitutional Court. *International Law Office newsletters*, 1er mai 2008.

Ressource électronique disponible à l'adresse:
http://www.internationallawoffice.com/.

Al-Emadi, T. Qatar arbitration law: some central issues. *International arbitration law review* (Londres) 11:2:69-83, 2008.

Allsop, J. International maritime arbitration: legal and policy issues. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 13:6:398-415, 2007.

Al Naddaf, H. Arbitration in Qatar: a call for reform. *Al Tamimi law update* (Dubai) 205:30-33, 2008.

Al Tamimi, E. *et* E. Van Son. The DIAC rules and the new U.A.E. arbitration law. *Journal of international arbitration* (Pays-Bas) 25:2:211-217, 2008.

Al Zeid, N. G. Settlement of disputes in BOT contracts = Règlement des litiges dans les contrats BOT. *Lebanese review of Arab and international arbitration = Revue libanaise de l'arbitrage arabe et international* (Beyrouth) 44:6-13, 2007.

En arabe. Titre tel qu'il figure dans l'article:

Amrallah, B. Les tendances de la jurisprudence égyptienne en matière d'exécution des sentences arbitrales étrangères à la lumière de la Convention de New York = Execution of foreign arbitral awards and the New York Convention in the Egyptian Case Law. *Revue libanaise de l'arbitrage arabe et international = Lebanese review of Arab and international arbitration* (Beyrouth) 44:20-25, 2007.

Anderson, R.N.M. International commercial arbitrations in the United Kingdom: the Scottish dimension. *Construction law journal* (Londres) 24:5:410-414, 2008.

Asouzu, Amazu A. Some fundamental concerns and issues about international arbitration in Africa. *Law for development review* (Tunis) 1:81-98, 2006.

Atteritano, A. La "jurisdiction" del giudice statale nei procedimenti di "enforcement" dei lodi arbitrali stranieri disciplinati della Convenzione di New York del 1958. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* (Padoue, Italie) 1:115-136, 2007.

En italien. Traduction du titre: La compétence des tribunaux nationaux dans les procédures d'exécution des sentences arbitrales étrangères en vertu de la Convention de New York de 1958.

Berg, A. van den. New York Convention of 1958: refusals of enforcement. *ICC International Court of Arbitration bulletin* (Paris) 18:2:15-49, 2007.

Berger, K. P. Private dispute resolution in international business: negotiation, mediation, arbitration. La Haye, Kluwer, 2006. Vol. 2. xxxiii, 637 p.

_____. The settlement privilege: a general principle of international ADR law. *Arbitration international* (Londres) 24:2:265-276, 2008.

Berkowitz, D., J. Moenius *and* K. Pistor. Legal institutions and international trade flows. *Michigan journal of international law* (Ann Arbor, Mich.) 26:1:163, 2004.

Binder, P. M. Comments on the draft Georgian Arbitration Law. *Georgian law review* (Tbilisi) 10:2/3:182-203, 2007.

En anglais et en géorgien, face à face.

Bjorklund, A. K. Mandatory rules of law and investment arbitration. *American review of international arbitration* (New York) 18:1-2:175-204, 2008.

Böckstiegel, K.-H., S. M. Kröll *et* P. Nacimiento, *dir. publ*. Arbitration law in Germany: the Model Law in practice. Leyde, Pays-Bas, Kluwer Law International, 2007. xxxvii, 1223 p.

Bonnell, M. When is an arbitration agreement "inoperative". *International arbitration law review* (Londres) 11:3:111-117, 2008.

Bridgeman, J. The arbitrability of competition law disputes. *European business law review* (Paris) 19:1:147-174, 2008.

Brödermann, E. Cornerstones of the newly created Chinese European Arbitration Centre ("CEAC"): a modern approach to international arbitration. *In* Business law. Brödermann E. Huitième édition. Hambourg, Brödermann & Jahn, 2009. Ch. 2. p. 45-60.

Également disponible en chinois, p. 61-73.

Brower, C. N. W(h)ither international commercial arbitration?: The Goff lecture 2007. *Arbitration international* (Londres) 24:2:181-197, 2008.

Bukar, B. A. The role of Nigerian courts in facilitating domestic and international commercial arbitration. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 12:2:177-194, 2008.

Cambridge, J. L. Privatization of public services: UNCITRAL and transparency. *World arbitration and mediation review* (Huntington, N.Y.) 1:6:1-6, 2007.

Caron, D. D., L. M. Caplan *et* M. Pellonpää. The UNCITRAL arbitration rules: a commentary. New York, Oxford University Press, 2006. xiii, 1066 p.

Contient un commentaire du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976) fondé sur ses travaux préparatoires, la pratique du Tribunal des différends irano-américains, pratique des tribunaux de la faillite de l'ALENA et d'autres tribunaux établis conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976). Reproduit le texte du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976), p. 1011-1025 et des Notes de la CNUDCI sur les procédures arbitrales (1996), p. 1027-1048.

Carrara, C. Remedies against awards in international arbitration - setting aside of awards under Italian law. *International arbitration law review* (Londres) 10:1:7-12, 2007.

Castello, J. E. Report on the UNCITRAL Arbitration Working Group. *Dispute resolution journal* (New York) 63:2:7-8, mai-juillet 2008.

Čerka, P. Arbitražinės išlygos galiojimo klausimai lietuvos teismų jurisprudencijoje. *International journal of Baltic law* (Jacksonville, Fla.) 3:4:92-105, 2007.

En lituanien, avec résumé en anglais.

Traduction du titre: La validité de la clause compromissoire dans la jurisprudence des tribunaux lituaniens.

Changaroth, A. International arbitration - a consensus on public policy defences? *Asian international arbitration law journal* (Singapour) 4:2:143-174, 2008.

Chapaev, R. *et* V. Bradautanu. International commercial arbitration in the CIS and Mongolia. *American review of international arbitration* (New York) 17:3:411-467, 2006.

Chedly, L. L'arbitrage international en droit tunisien. Quatorze ans après le Code. *Journal du droit international* (Paris) 135:2:389-440, 2008.

Chokheli, N. Critique bibliographique: International commercial arbitration and conciliation in UNCITRAL Model Law jurisdictions / by P. Binder. Londres, Sweet & Maxwell, 2005. *Georgian law review* (Tbilisi) 10:1:172-175, 2007.

En anglais et géorgien, face à face.

Chovancova, K. Enforcement of arbitral awards in the new countries of the European Union. *European review of private law = Europäische Zeitschrift für Privatrecht = Revue européenne de droit privé* (La Haye) 16:6:995-1007, 2008.

En anglais avec résumé en allemand, en anglais et en français.

Clay, T. La Convention de New York vue par la doctrine française. *ASA bulletin* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 26:3:467-478, 2008.

Conférence internationale sur le thème "Institutional arbitration in infrastructure and construction". Conférence CNUDCI-CIAC, 16-18 octobre 2008. New Delhi, Inde. Conference papers. 143 p.

Documents de travail consacrés aux textes de la CNUDCI concernant l'arbitrage et la conciliation: Effet de l'assouplissement progressif de la

définition de l'"accord écrit" / T. Kennedy, p. 1-17 – Application de la doctrine du "forum non conveniens" aux procédures d'exécution / C. Croft, p. 19-30 – Sentences arbitrales – contestations et exécution / P. H. Parekh, p. 65-70.

Croft, C. Proposed changes to the UNCITRAL Arbitration Rules. *Arbitrator & mediator* (Melbourne) 27:2:57-70, décembre 2008.

Daly, B. W. The Permanent Court of Arbitration in Indian treaties: its role, potential procedural problems, and drafting solutions. *Indian journal of international law* (New Delhi) 47:3:359-376, 2007.

Dammann, A. Vacating arbitration awards for mistakes of fact. *Review of litigation* (Austin, Tex.) 27:3:442-514, 2008.

Danov, M. The law governing arbitrability under the Arbitration Act 1996. *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (Londres) 4:536-546, novembre 2008.

Davidson, F. Some thoughts on the Scottish Arbitration Code. *Arbitration: the international journal of arbitration, mediation and dispute management* (Londres) 74:4:348-359, 2008.

_____. Some thoughts on the Scottish Arbitration Code. *Journal of business law* (Londres) 1:44-67, 2009.

Davies, M. Court-ordered interim measures in aid of international commercial arbitration. *American review of international arbitration* (New York) 17:3:299-334, 2006.

De Germiny, L. Arbitration law reform in Hong Kong: furthering the UNCITRAL Model Law. *Asian dispute review* (Hong Kong) 73-78, juillet 2008.

Đorđević, M. International (cross-border) insolvency. *Dans* Zakonodavstvo i praksa: zbornik radova sa regionalne konferencije o stečaju, Banja Luka 14. i 15. februar 2008 = Législation et pratique: recueil de rapports présentés à la conférence régionale sur l'insolvabilité, Banja Luka, 14-15 février 2008. Belgrade Jugoslovenski pregled, 2008. p. 231-237, p. 487-492.

En anglais et en serbe.

Dubai enacts new arbitration law. *Dans* 2008 International arbitration report. Fulbright & Jaworski L.L.P. No. 2, p. 19-21.

El Hakim, J. La nouvelle loi sur l'arbitrage en Syrie du 25 mars 2008. *Revue de l'arbitrage* (Paris) 4:659-676, octobre/décembre 2008.

Ellig, A. *et* R. Lanctot. A decision looms: how passage of the United States Arbitration Fairness Act of 2007 would contradict principles underlying the New York Convention and affect the United States' role in international commerce. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 12:2:249-270, 2008.

Esplugues Mota, C. Arbitraje marítimo internacional. Deuxième édition. Madrid, Thomson/Civitas, 2007. 824 p. (Estudios sobre arbitraje)

Fauvarque-Cosson, B. *et* A. Wald, *dir*. L'arbitrage en France et en Amérique latine à l'aube du XXIe siècle: aspects de droit comparé. Paris, Société de législation comparée, 2008. 422 p.

Favre-Bulle, X. 50 years of the New York Convention on Enforcement of Awards: conventional wisdom and recent developments. *Dans* New developments in international commercial arbitration. Genève, Schulthess, 2008. p. 61-79.

Fernyhough, R. A world of choice: the competition for international arbitration work (pt. 2). *Asian dispute review* (Hong Kong) 79-82, juillet 2008.

La première partie de cet article est reproduite dans *Asian dispute review*, avril 2008, p. 44-47.

Fohlin, P. A case for a right of appeal from negative jurisdictional rulings in international arbitrations governed by the UNCITRAL Model Law. *Asian dispute review* (Hong Kong) 113-117, octobre 2008.

Foster, K. G. Collecting from sovereigns: the current legal framework for enforcing arbitral awards and court judgments against States and their instrumentalities, and some proposals for its reform. *Arizona journal of international and comparative law* (Tucson, Ariz.) 25:3:665-731, 2008.

Garnett, R. *et* K. Steele. In search of an appropriate standard for reasons in arbitral awards. *International arbitration law review* (Londres) 10:4:111-116, 2007.

Georgiev, G. S. The award in Saluka investments v. Czech Republic. *Dans* The reasons requirement in international investment arbitration: critical case studies. Alvarez, G. A. *et* W. M. Reisman, *dir. publ*. Leyde, Pays-Bas, Martinus Nijhoff Publishers, 2008. Ch. 5. p. 149-190.

Girsberger, D. *et* N. Voser. International arbitration in Switzerland. Genève, Schulthess, 2008. xli, 375 p.

Godwin, P. Japanese arbitration in the wake of the 2004 reforms: time to recognize the end of the Ragan myth. *JCAA newsletter* (Tokyo) 21:1-4, novembre 2008.

Gruber, P. U. The Convention on the International Sale of Goods (CISG) in arbitration = La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) et l'arbitrage. *Revue de droit des affaires internationales = International business law journal* (Paris) 1:15-34, 2009.

En français et en anglais.

Gunter, P.-Y. Transnational rules on the taking of evidence. *Dans* Towards a uniform international arbitration law? Gaillard E. P., *dir. publ.* New York, Juris Pub., 2005. p. 129-148.

Haloush, H. A. The authenticity of online alternative dispute resolution proceedings. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 25:3:355-364, 2008.

Harmathy, A. New experiences of international arbitration: with special emphasis on legal debates between parties from Western Europe and Central and Eastern Europe. *Electronic journal of comparative law* 11.3:1-15, 2007.

Ressource électronique disponible à l'adresse:
http://www.ejcl.org/113/article113-11.pdf.

Hasan, M. Enforcement of foreign arbitration awards in Indonesia's court. *Indonesia arbitration quarterly newsletter* (Djakarta) 4:17-19, 2008.

Heilbron, H. A practical guide to international arbitration in London. Londres, Informa, 2008. xxiv, 356 p. (Dispute resolution guides)

Contenu: Appendice B.1: index comparatif des règlements (LCIA, CCI, CIDR et CNUDCI), p. 191-195 – Appendice B.2: index, dans l'ordre numérique, des règlements (LCIA, CCI, CIDR et CNUDCI), p. 196-199 – Appendice B.3: comparaison des règlements (LCIA, CCI, CIDR et CNUDCI), p. 200-268.

Hiber, D. *et* V. Pavić. Arbitration and crime. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 25:4:461-478, 2008.

Hickie, K. R. The enforceability of interim measures of protection granted by arbitral tribunals outside the seat of arbitration: a new approach. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 12:2:221-248, 2008.

Hilmer, S. E. Did arbitration fail India or did India fail arbitration. *International arbitration law review* (Londres) 10:2:33-37, 2007.

_____. Hong Kong: expected legislative arbitration amendments. *International arbitration law review* (Londres) 10:5:N61-N63, 2007.

Ho, Jean. Decoding Singapore's International Arbitration Act, Section 12 (7). *Arbitration international* (Londres) 24:4:609-614, 2008.

Horn, N. Current use of the UNCITRAL Arbitration Rules in the context of investment arbitration. *Arbitration international* (Londres) 24:4:587-601, 2008.

Hulbert, R. W. Institutional rules and arbitral jurisdiction: when party intent is not "clear and unmistakable". *American review of international arbitration* (Huntington, N.Y.) 17:4:545-574, 2008.

Hwang, M. *et* F. Lee Cheng. Relevant considerations in choosing the place of arbitration. *Asian international arbitration law journal* (Singapour) 4:2:195-220, 2008.

Imhoos, C., D. Rooz *et* C. Séraglini. Arbitrage international et autres modes de règlement des conflits = International arbitration and alternative dispute resolution. *Revue de droit des affaires internationales = International business law journal* (Paris) 5:718-734, 2008.

En anglais et en français.

Jacquet, J.-M. *et* E. Jolivet, *dir*. Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international – évolutions et innovations. Paris, LexisNexis, 2007. x, 144 p.

Voir en particulier le chapitre 3 sur les travaux de la CNUDCI concernant l'arbitrage, p. 61-144.

Jamil, S. Pakistan's implementation of the New York Convention. *Arbitration: the international journal of arbitration, mediation and dispute management* (Londres) 74:2:170-180, 2008.

Jenkins, J. *et* S. Stebbings. International construction arbitration law. Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Kluwer Law International, 2006. xx, 442 p.

Jianqiang, Li. Development of mutual enforcement of arbitration awards in Mainland and Hong Kong – from the prespective of enforcement of Mainland award in HK Court. *International law review of Wuhan University* (Wuhan, Chine) 5:344-358, 2006.

En chinois avec un résumé en anglais, p. 358.

Titre en chinois figurant dans la table des matières:
香港与内地相互执行仲裁裁决制度之发展-
以内地仲裁裁决在香港法院的执行为视角.

Journal of international arbitration. Numéro spécial consacré à la Convention de New York. (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 25:6:647-915, 2008.

Ce numéro, entièrement consacré à la Convention de New York de 1958, contient les articles suivants: Narrow exceptions: a review of recent U.S. precedent regarding the due process and public policy defenses of the New York Convention / L. F. Reed *et* J. Freda, p. 649-656 -- Enforcing foreign arbitral awards in the United States: the non-arbitrable subject matter defense / A. C. Smutny *et* H. T. Pham, p. 657-668 -- The implementation of the New York Convention in Canada / H. C. Alvarez, p. 669-679 -- Application of the New York Convention: a report from Denmark, Finland, Norway, and Sweden / A. Magnusson, p. 681-690 -- Implementing the New York Convention in Switzerland / E. Geisinger, p. 691-706 -- New York Convention of June 10, 1958: the application of article V by the courts in Italy / P. Bernardini *et* M. Perrini, p. 707-719 - Arbitrability, due process, and public policy under article V of the New York Convention: Belgian and French perspectives / B. Hanotiau *et* O. Caprasse, p. 721-741 -- Current issues on the application of the New York Convention: a German perspective / W. Kühn, p. 743-757 -- Application of article V of the New York Convention in the Netherlands / B. King *et* A. Schluep, p. 759-770 - Application of the New York Convention in Austria and Eastern Europe / C. Liebscher, p. 771-786 -- Interpretation of article V of the New York Convention by Russian Courts: due process, arbitrability, and public policy grounds for non-enforcement / I. Nikiforov, p. 787-808 -- Application of article V of the New York Convention: a Central Asian perspective / N. Rubins *et* G. Sur, p. 809-819 -- The influence of the New York Convention on the development of international arbitration in Nigeria / D. Ufot, p. 821-836 -- Recognition and enforcement of awards under the New York Convention: China and Hong Kong perspectives / N. Darwazeh *et* F. Yeoh, p. 837-856 -- Japanese court decisions on article V of the New York Convention / Yasuhei Taniguchi *et* Tatsuya Nakamura, p. 857-863 -- Article V of the New York Convention and Korea / Seung Wha Chang, p. 865-871 -- Survey of South East Asian Nations on the application of the New York Convention / Michael Hwang S. C. *et* Shaun Lee, p. 873-892 -- Application of the New York Convention in India / F. S. Nariman, p. 893-898 -- Recognition and enforcement of foreign awards under the New York Convention in Australia and New Zealand / R. Garnett *et* M. Pryles, p. 899-912.

Kachwaha, S. Enforcement of arbitration awards in India. *Asian international arbitration journal* (Singapour) 4:1:64-82, 2008.

Karabelnikov, B. *et* D. Pellew. Enforcement of international arbitral awards in Russia - still a mixed picture. *ICC International Court of Arbitration bulletin* (Paris) 19:1:65-85, 2008.

Karrer, P. A. The civil law and common law divide: an international arbitrator tells it like he sees it. *Dispute resolution journal* (New York) 63:1:72-81, février-avril 2008.

Kawharu, Amokura. New Zealand's Arbitration Law received a tune-up: a review to recent amendments to the New Zealand Arbitration Act 1996. *Arbitration International* (Londres) 24:3:405-421, 2008.

Kee, C. International arbitration and security for costs - a brief report on two developments. *American review of international arbitration* (New York) 17:2:273-280, 2006.

Kennedy-Grant, T. The New Zealand experience of the UNCITRAL Model Law: a review of the position as at 31 December 2007. *Asian international arbitration journal* (Singapour) 4:1:1-63, 2008.

Khin, E. E. Judicial supervision on commercial arbitration under the UNCITRAL Model Law and arbitration laws of the United Kingdom, the United States and Singapore. *Gendai Shakai Bunka Kenkyu* (Niigata, Japon) 40:235-261, 2007.

En anglais. Titre de la revue en anglais: L'étude de la société et de la culture modernes.

Knahr, C. *et* A. Reinisch. Transparency versus confidentiality in international investment arbitration - The Biwater Gauff Compromise. *Law and practice of international courts and tribunal*s (Leyde, Pays-Bas) 6:97-118, 2007.

Книпер, Р. *и другие*. Сборник материалов по международному коммерческому арбитражу. Проект по международному коммерческому арбитражу в Туркменистане. Ашгабат, ТАСИС, 2008. 751 с.

Également disponible en ligne à l'adresse: http://science.gov.tm/files/projects/Reader_on_Arbitration_ (rus_17Apr2008).pdf.

Koichi, Miki. Chusai no genzai to shorai (1). *JCA journal* (Tokyo) 55:5:2-11, 2008.

En japonais. Traduction du titre: L'arbitrage aujourd'hui et demain (première de deux parties).

Комаров, А. С., С. Н. Лебедев *и* В. А. Мусин. Международный коммерческий арбитраж. Комментарий законодательства: постатейный научно-практический комментарий к Закону РФ "О международном коммерческом арбитраже". *Вып*. 2. Санкт-Петербург, Журнал "Третейский суд", 2007. 416 р.

Комаров, А. С. Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения. Москва, Статут, 2007. 523 р.

Kwatra, G. K. Arbitration and alternative dispute resolution: how to settle international business disputes: with supplement on Indian arbitration law. Genève, Centre du commerce international; New Delhi, Indian Council of Arbitration, 2008. xix, 420 p.

_____. Arbitration and conciliation law of India: with case law on UNCITRAL Model Law on Arbitration and Sale of Goods. Septième édition. New Delhi, Indian Council of Arbitration, 2008. xxiii, 1018 p.

Lamm, C. B., E. R. Hellbeck *et* C. Giorgetti. The new frontier of investor-state arbitration: annulment of NAFTA awards. *International arbitration law review* (Londres) 11:1:58-68, 2008.

Lanfang, F. Implementation of the New York Convention in China: a case study. *Asian international arbitration law journal* (Singapour) 4:2:123-136, 2008.

Lazic, V. Arbitration law reform in the Netherlands: formal and substantive validity of an arbitration agreement. *Electronic journal of comparative law* 11:1:1-17, 2007.

Ressource électronique disponible à l'adresse: http://www.ejcl.org/111/art111-16.pdf.

Lin, Mark. An introduction to the Administered Arbitration Rules of the Hong Kong International Arbitration Centre. *Asian dispute review* (Hong Kong) 9-11 janvier 2009.

Livingstone, M. L. Party autonomy in international commercial arbitration: popular fallacy or proven fact? *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 25:5:529-535, 2008.

Locquin, E. *et al.* Sources informelles du droit du commerce international = Chronicle of informal sources of international commercial law. *Revue de droit des affaires internationales = International business law journal* (Paris) 1:92-116, 2008.

En anglais et en français.

Lord, S. *et* R. Baker. A comparison of the UNCITRAL Model Law and the Arbitration Rules of the Stockholm Chamber of Commerce. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 12:2:203-220, 2008.

Luttrell, S. R. Lex arbitri Indonesia: the law, practice and place of commercial arbitration in Indonesia today. *International arbitration law review* (Londres) 10:6:190-205, 2007.

Magal, M. *et* I. Kisely. Overview (May 2008). Arbitration - Slovakia. *International Law Office newsletters*, 29 mai 2008.

Ressource électronique disponible à l'adresse: http://www.internationallawoffice.com/.

Mainwaring-Taylor, C. *et* J. Sullivan. Litigating in the shadow of the New York Convention. *Arbitration: the international journal of arbitration, mediation and dispute management* (Londres) 74:2:133-138, 2008.

Mangan, M. With the globalization of arbitral disputes, is it time for a new Convention. *International arbitration law review* (Londres) 11:4:133-142, 2008.

Manjiao, C. Is the Chinese Arbitration Act truly arbitration-friendly: determining the validity of arbitration agreement under Chinese Law. *Asian international arbitration journal* (Singapour) 4:1:104-120, 2008.

Mantakou, A. General principles of law and international arbitration. *Revue hellénique de droit international* (Athènes) 58:2:419-434, 2005.

Mantilla-Serrano, F. Critique bibliographique: International commercial arbitration in Latin America. Regulation and practice in the MERCOSUR and the associated countries / by D. Ferry. New York, Oceana, 2005. xxx, 691 p. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Allemagne) 72:1:184-186, 2008.

_____. Towards a transnational procedural public policy. *In* Towards a uniform international arbitration law? Gaillard E. P., *dir. publ.* New York, Juris Pub., 2005. p. 163-198.

Marmazov, V. Y. *et* P. V. Pushkar. Settling international commercial disputes in Ukraine: participants, legal framework, arbitration: practice and enforcement of awards. *Arbitration: the international journal of arbitration, mediation and dispute management* (Londres) 74:3:237-246, 2008.

Marshall, F. UNCITRAL commences revision of its Arbitration Rules: what implications for investor-State disputes? *Asian dispute review* (Hong Kong) 26-28 janvier 2008.

Martel, D. La nullité de la sentence arbitrale. Lecture croisée franco-espagnole. *Revue internationale de droit comparé* (Paris) 60:2:487-513, 2008.

Merkin, R. *et* L. Flannery. Arbitration Act 1996. Quatrième édition. Londres, Informa, 2008. xxxiii, 376 p.

Reproduit la Convention de New York de 1958, p. 231-234, et la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (telle que modifiée en 2006), p. 253-264.

Mistelis, L. Reality test: current state of affairs in theory and practice relating to "lex arbitri". *American review of international arbitration* (New York) 17:2:155-181, 2006.

Mohtashami, R. Recent arbitration-related developments in the UAE. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 25:5:631-639, 2008.

Монастырский, Ю. Э. Дерогационный эффект арбитражной оговорки = Derogation effect of arbitration clause. *Московский журнал международного права* (Москва) 72:4:218-229, 2008.

En russe et en anglais.

Montineri, C. Legislative implementation of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 10 juin 1958). *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 12:2:139-152, 2008.

Moses, M. L. The principles and practice of international commercial arbitration. Cambridge, Cambridge University Press, 2008. xviii, 340 p.

Moss, G. C. Arbitration and private international law. *International arbitration law review* (Londres) 11:4:153-164, 2008.

_____. Form of arbitration agreements: current developments within UNCITRAL and the writing requirement of the New York Convention. *ICC International Court of Arbitration bulletin* (Paris) 18:2:51-63, 2007.

Nakamura, T. Final settlement of disputes on existence and effect of arbitration agreements under the UNCITRAL Model Law. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pa.) 23:8:25-33, 2008.

Nanshen, Sun. Conflict of jurisdictions over civil and commercial cases with foreign elements and judicial review. *International law review of Wuhan University* (Wuhan, Chine) 4:89-105, 2006.

En chinois avec un résumé en anglais, p. 104-105.

Titre en chinois tel qu'il figure dans la table des matières:
涉外民商事案件的管辖冲突与司法审查.

Nations Unies. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) = Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) = Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) = 承认和执行外国仲裁裁决公约 (1958年, 纽约)= Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений = ( ). New York, Nations Unies, 2008. viii, [140] p.

Publication des Nations Unies, numéro de vente: M.08.V.5. Édition multilingue.

Contient: Première partie: Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, New York, 20 mai-10 juin 1958 – Deuxième partie: Recommandation relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères – Troisième partie: État de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères au 1er janvier 2008.

Onuki, Masaharu. Chugoku, Hong Kong, Singapore, Oubei ni okeru Kokusai Shoji Chusai no Jittai. *JCA journal* (Tokyo) 55:12:46-51, 2008.

En japonais. Traduction du titre: Arbitrage commercial international en Chine, à Hong Kong, à Singapour, en Europe et aux États-Unis: les faits.

Ouerfelli, A. Al-tahkim al-dowli fi al-khanun al-tunisi va al-khanun al-mukaran. Tunis, Majma' al-atrashe Inashr wa tozi' al-kitab al-maktas, 2006. iv, 912 p.

En arabe.

Titre tel qu'il figure sur la page de couverture: .

Traduction du titre: Arbitrage international en droit tunisien et en droit interne.

_____. Enforcement of foreign arbitral awards in Maghreb countries. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 25:2:241-256, 2008.

_____. Majalet al-tahkim. Moalak alayha. Al-tahkim al-dakhili. Tunis, Manshurat markaz al-darasat al-Kanuniya wa al-Kazayia, 2006. 464 p.

En arabe. Titres en arabe, en français et en anglais figurant sur la page de couverture: . . . = Code de l'Arbitrage. L'arbitrage interne. Annoté. = Arbitration Code. Domestic arbitration.

Paal, B. P. Critique bibliographique: Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Kommentar zu den Schiedsverfahrensordnungen ICC - DIS - Wiener Regeln - UNCITRAL - LCIA / by Aden M. München, Beck, 2003. xxxi, 783 p. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Allemagne) 70:3:637-640, 2006.

En allemand. Traduction du titre de l'ouvrage: L'arbitrage commercial international. Commentaire.

Parikh, S. Indo no Shoji-funso Kaiketsu Gaisetsu (1). *JCA journal* (Tokyo) 55:7:2-9, 2008.

En japonais. Traduction du titre: Aperçu du règlement des différends commerciaux en Inde (première partie).

Park, W. W. Respecting the New York Convention. *ICC International Court of Arbitration bulletin* (Paris) 18:2:65-77, 2007.

Parra, A. R. Applicable law in investor-State arbitration. *In* Contemporary issues in international arbitration and mediation. A. W. Rovine, *dir. publ*. Leyde, Pays-Bas, M. Nijhoff Publishers, 2008. p. 3-12. (Fordham papers)

Patocchi, P. M. UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung ("UncitralO"). *Dans* Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit: Kommentar. R. A. Schütze, *dir. publ*. Köln, Carl Heymanns Verlag, 2006. Kapitel 12. p. 665-798.

En allemand. Traduction du titre: Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976).

Petsche, M. L'autonomie de l'arbitrage commercial international et le contrôle de conformité des sentences arbitrales à l'ordre public. *Gazette du palais* (Paris) 126:347-348:11-15. (Les cahiers de l'arbitrage no. 2006/3)

Petsimeris, C. The scope of the doctrine of arbitrability and the law under which it is determined in the context of international commercial arbitration. *Revue hellénique de droit international* (Athènes) 58:2:435-451, 2005.

Plant, D. W. We must talk because we can: mediating international intellectual property disputes. Paris, ICC Services, 2008. 188 p.

Voir en particulier les appendices C et D.

Poudret, J.-F. *et* S. Besson. Comparative law of international arbitration. Deuxième édition. Londres, Sweet & Maxwell, 2007. xxxix, 952 p.

Contient une analyse et une comparaison des principaux traités internationaux en matière d'arbitrage, de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (1985), du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976) et de la législation de sept pays européens.

Punwar, P. Draft arbitration laws published by Ministry of Economy and DIFC. *Al Tamimi law update* (Dubai) 204:5-6, 2008.

Raeschke-Kessler, H. Die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Schiedsrichters - ein transnationales Rechtsproblem? *ASA bulletin* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 26:1:3-17, 2008.

En allemand avec un bref résumé en anglais, p. 17.

Traduction du titre: L'impartialité et l'indépendance des arbitres – un problème transnational?

Rapport conjoint de l'International Commercial Disputes Committee et du Committee on Arbitration de l'Association du barreau de la Ville de New York. Secretaries to International Arbitral Tribunals. *American review of international arbitration* (Huntington, N.Y.) 17:4:575-596, 2008.

Rhoades, R., D. M. Kolkey *et* R. Chernick, *dir. publ*. Practitioner's handbook on international arbitration and mediation. Deuxième édition. Huntington, N.Y., JurisNet, 2007. 1000 p.

Robin, G. Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international: le rôle du juge d'appui = Conservatory and provisional measures in international arbitration: the role of State courts. *Revue de droit des affaires internationales = International business law journal* (Paris) 3:319-364, 2008.

En français et en anglais.

Rodríguez, J. M. Control de plazos en el procedimiento arbitral. *Dans* Temas de contratación internacional, inversiones y arbitraje. Asunción, CEDEP, 2006. p. 297-317.

Sadah, M. A. The application of UNCITRAL Model Law principles in the Middle East region. *Arab law quarterly* (Leyde, Pays-Bas) 22:3:219-269, 2008.

Savola, M. Välityslausekkeen laadinnasta kansainvälis-luontoisissa sopimuksissa I. *Defensor legis* (Helsinki) 1:13-52, 2008.

En finnois.

Schwartz, I. M. Interim and emergency relief in arbitration proceedings. *Dispute resolution journal* (New York) 63:1:57-62, février-avril 2008.

Seifi, J. The new International Commercial Arbitration Act of Iran: towards harmony with the UNCITRAL Model Law. Arbitration Center of Iran Chamber, Téhéran [2008].

Disponible en ligne à l'adresse: http://www.arbitration.ir/english/arbitration_jurisprudence.aspx?t=2.

Shany, Y. Similarity in the eye of the beholder: revisiting the application of rules concerning jurisdictional conflicts in the Lauder/CME cases. *Dans* Contemporary issues in international arbitration and mediation. A. W. Rovine, *dir. publ*. Leyde, Pays-Bas, M. Nijhoff Publishers, 2008. p. 119-138. (Fordham papers)

Shine, P. Establishing jurisdiction in commercial disputes: arbitral autonomy and the principle of kompetenz-kompetenz. *Journal of business law* (Londres) 3:202-225, 2008.

Sibanda, O. S. National Court intervention in international commercial arbitration in South Africa. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 12:2:153-168, 2008.

Sikri, S. Reference of dispute to arbitration: role of court under the UNCITRAL Model Law. *Indian Council of Arbitration quarterly* (New Delhi) 42:2:7-12, juillet-septembre 2008.

Singh, V. Legislative intent and judicial interpretation of conciliation proceedings' under the Arbitration and Conciliation Act of India. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 12:1:103-112, 2008.

Slipachuk, T. *et* P. Runeland. New rules for international arbitration in Ukraine: improved structure, changes in procedure and substance. *Stockholm international arbitration review* (Huntington, N.Y.) 1:173-188, 2008.

Steinbrück, B. Die Vollstreckbarkeit ausländischer Schiedssprüche nach ihrer Aufhebung im Ursprungsstaat. *Internationales Handelsrecht* (Hambourg) 8:4:152-157, 2008.

En allemand. Traduction du titre: Exécution des sentences arbitrales étrangères après leur annulation dans l'État d'origine.

Steindl, B. Watch out and act!: recent case law on due process in light of Austrian law and the 1958 New York Convention. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 25:4:513-520, 2008.

Sutcliffe, J. *et* A. Sabater. UNCITRAL arbitration: new rules on transparency? *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pa.) 23:5:32-36, 2008.

Tannock, Q. Public policy as a ground for setting aside an award: is Zimbabwe out of Step? *Arbitration: the international journal of arbitration, mediation and dispute management* (Londres) 74:1:72-81, 2008.

Tiyagi, V. *et* A. Singh. Enforceability of foreign arbitral awards in India. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 12:1:91-102, 2008.

Umar, H. Court interventions in international arbitration - Indonesia experience. *Indonesia arbitration quarterly newsletter* (Djakarta) 4:11-16, 2008.

Utama, M. Law governing arbitration proceedings. *Indonesia arbitration quarterly newsletter* (Djakarta) 4:20-27 2008.

Ventsch, V. *et* C. Krauskopf. Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruchs bei Rechtsnachfolge. *Internationales Handelsrecht* (Hambourg) 8:1:9-14, 2008.

En allemand avec un bref résumé en anglais, p. 13-14.

Traduction du titre: Caractère exécutoire des sentences arbitrales étrangères par succession juridique.

Viswanathan, T. K. Hand book on arbitration, mediation and other ADR techniques: a collection of keynote addresses, articles and cases. New Delhi, The International Centre for Alternative Dispute Resolution, 2008. xxxiv, 1119 p.

Reproduit le texte de la Loi indienne de 1996 relative à l'arbitrage et à la conciliation (Loi No. 26 de 1996, 16 août 1996) fondé sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage de 1985 et sur le Règlement de conciliation de la CNUDCI de 1980, p. 1066-1115.

Voigt, S. Outline of international commercial arbitration regime: arbitration - South Africa. *International Law Office newsletters*, 7 février 2008.

Ressource électronique disponible à l'adresse: http://www.internationallawoffice.com/.

Vucurovic, T. B. 50th anniversary of the New York Convention: any progress in recognition and enforcement of foreign arbitral awards in Ukraine. *International arbitration law review* (Londres) 11:5:165-176, 2008.

Wach, K. *et* F. Meckes, *dir. publ*. Tactics in M&A arbitration. Francfort, German Law Publishers, 2008. x, 478 p.

L'ouvrage reproduit également le texte de la Convention de New York de 1958 / l'état de sa ratification, p. 322-331.

Wald, A., *coord.* Caderno especial dedicado à Convenção de Nova Iorque. *Revista de arbitragem e mediação* (São Paulo, Brésil) 5:18:5-396, juillet/septembre 2008.

En portugais. Traduction du titre: Numéro spécial consacré à la Convention de New York de 1958.

Winkler, M. L'apprezzamento dell'efficacia della clausola arbitrale da parte del giudice statale: un conflitto tra Italia e Francia. *Diritto del commercio internazionale* (Milan) 21.4:789-807, 2007.

En italien. Traduction du titre: Appréciation par les tribunaux étatiques de la validité de la clause compromissoire: un conflit entre l'Italie et la France.

Wolff, R. Party autonomy to agree on non-final arbitration? *ASA Bulletin* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 26:3:626-641, 2008.

Wren, T. The Minister for Finance's New Public Works Arbitration Rules: a clash with the Bunreacht in the waiting? *Arbitration: the international journal of arbitration, mediation and dispute management* (Londres) 74:3:298-305, 2008.

Youssef, K. A. International commercial arbitration: UNCITRAL rules and Islamic Sharia' = L'arbitrage commercial international selon les règles de la CNUDCI et de la Charia' islamique. *Lebanese review of Arab and international arbitration = Revue libanaise de l'arbitrage arabe et international* (Beyrouth) 43:5-45, 2007.

En arabe. Titre tel qu'il figure dans l'article:

Zadkovich, J. Divergence and comity among the doctrines of separability and competence-competence. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 12:1:1-32, 2008.

IV. Transport international

Allsop, J. International maritime arbitration: legal and policy issues. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 13:6:398-415, 2007.

And then there were the Rotterdam Rules. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 14:3:189-190, 2008.

Retrace l'historique des conventions internationales réglementant le transport international de marchandises par mer, y compris notamment des Règles de Hambourg (1978) et des Règles de Rotterdam (2008).

Asariotis, R. What future for the bill of lading as a document of title? *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 14:2:75-77, 2008.

Brunner, R. Electronic transport documents and shipping practice not yet a married couple. *European transport law* (Anvers, Belgique) 43:2:123-168, 2008.

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI): Quarante et unième session, New York, 16 juin-3 juillet 2008. *Bulletin des transports internationaux ferroviaires = Zeitschrift für den internationalen Eisenbahnverkehr = Bulletin of international carriage by rail* (Berne) 116:3:33-34, 2008.

Également en anglais et en allemand.

Traite de la rédaction des Règles de Rotterdam (2008) fondées sur la base du rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa quarante et unième session (A/63/17).

Delebecque, P. Les "autoroutes de la mer": pour un régime entièrement (ou partiellement) maritime. *Droit maritime français* (Paris) 60:692:403-407, 2008.

_____. La Convention sur le contrat de transport international entièrement ou partiellement par mer: dernières précisions. *Droit maritime français* (Paris) 60:696:787-790, 2008.

_____. Le projet CNUDCI, suite et fin: la "Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises entièrement ou partiellement par mer". *Droit maritime françai*s (Paris) 60:690:211-215, 2008.

_____. La responsabilité du chargeur dans ses relations avec le transporteur. Le point de vue français. *Droit maritime français* (Paris) 60:689:112-117, 2008.

_____. Transport maritime: Convention CNUDCI: Règles de Rotterdam: adoption. *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique* (Paris) 4:901-902, octobre/décembre 2008.

Diamond, A. The next sea carriage convention? *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (Londres) 2:135-187, mai 2008.

Enríquez, D. UNCITRAL y las oscilaciones del régimen jurídico del transporte marítimo internacional de mercancías. Advertencias en torno a la búsqueda de una tercera vía. *Anuario mexicano de derecho internacional* (México) 7:79-142, 2008.

Avec un résumé en anglais.

Également disponible en ligne à l'adresse: http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/8/art/art3.pdf.

Esplugues Mota, C. Arbitraje marítimo internacional. Madrid, Thomson/Civitas, 2007. 824 p. (Estudios sobre arbitraje)

Fabre-Teste, P. Le projet de Convention de la CNUDCI sur le transport transmaritime multimodal. Faculté de droit et de sciences politiques aix Marseille III, année universitaire 2005-2006. Centre de droit maritime et des transports. 52 p.

Thèse de doctorat. Également disponible en ligne à l'adresse: http://www.cdmt.droit.u-3mrs.fr/.

Fedi, P. L. Le cadre juridique international de l'exploitation des installations portuaires ou comment passer d'une législation atomisée spécifique à un régime universel reconnu. *Droit maritime français* (Paris) 60:694:645-655, 2008.

Goldby, M. The CMI rules for electronic bills of lading reassessed in the light of current practices. *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (Londres) 1:56-70, février 2008.

Hoeks, Lim M. Multimodal carriage with a pinch of sea salt: door-to-door under the UNCITRAL draft instrument. *European transport law* (Anvers, Belgique) 43:3:257-280, 2008.

Katsivela, M. International carriage of goods: ocean carrier liability and the European Union. *European transport law* (Anvers, Belgique) 43:1:3-15, 2008.

Margetson, N. J. Liability of the carrier under the Hague (Visby) Rules for cargo damage caused by unseaworthiness of its containers. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 14:2:153-161, 2008.

Ng, Jim-mi Jimmy. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce in relation to maritime operations in the Pearl River Delta, China: national report. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 14:4:346-363, 2008.

Pejovic, C. Stoppage in transit and right of control: "conflict of rules"? *Pace international law review* (White Plains, N.Y.) 20:129-[149], printemps 2008.

Proyecto de "Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo". *Derecho de los negocios* (Madrid) 19:210:19-22, 2008.

V. Paiements internationaux (y compris garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by)

Bollen, R. Harmonization of international payment law: a survey of the UNCITRAL Model Law on Credit Transfers (pt. 2). *Journal of international banking law and regulation* (Londres) 23:3:105-124, 2008.

Paru également dans *Journal of banking and finance law and practice* (North Ryde, N.S.W., Australie) 19:4:249, décembre 2008.

Analyse la Loi type des États-Unis concernant les virements de fonds et l'article 4A de l'Uniform Commercial Code en les comparant à la Loi type de la CNUDCI sur les virements (1992).

Costa Gomes, M. J. da. Sobre a circulabilidade do crédito emergente de garantia bancária autónoma ao primeiro pedido. *Revista da banca* (Lisbonne) 64:37-82, 2007.

En portugais. Traduction du titre: Génération de crédit provenant de garanties indépendantes.

Analyse la législation portugaise concernant les garanties indépendantes à la lumière des normes internationales, y compris notamment la Convention des Nations Unies sur les garanties et les stand-by (1995).

Mavromati, D. The law of payment services in the EU: the EC Directive on payment services in the internal market. Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Kluwer Law International, 2008. xix, 308 p. (European monographs, no. 60)

VI. Commerce électronique

Blythe, S. E. China's new electronic signature law and certification authority regulations: a catalyst for dramatic future growth of e-commerce. *Chicago-Kent journal of intellectual property* (Chicago, Ill.) 7:1:1-32, 2007.

Boss, A. H. *et* W. Kilian. The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: an in-depth guide and sourcebook. Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Wolters Kluwer, 2008. xxviii, 514 p.

Reproduit le texte de la Convention des Nations Unies sur les contrats électroniques (2005), p. 453-463 et de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996), p. 483-491.

Brunner, R. Electronic transport documents and shipping practice not yet a married couple. *European transport law* (Anvers, Belgique) 43:2:123-168, 2008.

Caprioli, E. A. Droit matériel international du commerce électronique. *Dans* Droit international de l'économie numérique. Deuxième édition. Paris, Lexis Nexis, 2007. Ch. 2. p. 81-98.

DiMatteo, Larry A. Electronic contracting. *Dans* The law of international contracting. Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Wolters Kluwer, 2009. Ch. 12. p. 415-445.

Cette publication reproduit le texte de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980), p. 451-478, de la Convention sur la prescription (1974/1980), p. 479-487, et de la Convention des Nations Unies sur les contrats électroniques (2005), p. 559-571.

Должич, А. А. Электронная подпись в коммерческом обороте: российское, зарубежное и международное регулирование. *Московский журнал международного права = Moscow journal of international law* (Москва) 71:3:193-213, 2008.

En russe, avec un résumé en anglais.

Estrella Faria, J. A. The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: an introductory note. *International law review of Wuhan University* (Wuhan, Chine) 8:7-11, 2008.

En chinois. Titre tel qu'il figure dans l'article:
《联合国国际合同使用电子通信公约》简述.

Gutierrez, M. C. Desarrollos en regulación en comercio electrónico en los países de la Región Andina. *Revista de derecho informático* 121, août 2008.

Ressource électronique disponible à l'adresse:
http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=10731.

Haloush, H. A. The authenticity of online alternative dispute resolution proceedings. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 25:3:355-364, 2008.

Illescas Ortíz, R. La continuada - y, a veces, desaparecida - electronificación del derecho de sociedades mercantiles. *Revista de derecho y tecnología* (San Cristóbal, Venezuela) 8:117-159, 2006.

Le chapitre 5.3 analyse le paragraphe 5 de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996) dans le contexte du remplacement des messages de données par des documents sur support papier.

Lewis, D. *et* J. Peng. Implementation of international trade rules governing software protection and development in four Asian jurisdictions (pt. 1). *Computer and telecommunications law review* (Londres) 14:7:191-197, 2008.

Loza, E. *et* S. Kilminster-Hadley. The law of electronic contracts: the new United Nations Convention. *Advocate* (Boise, Idaho) 50:8/9:40-43, 2007.

Luddy, W. J. *et* P. W. Schroth. The new UNCITRAL e-commerce convention in the mosaic of developing global legal infrastructure. Academy of legal studies in business national proceedings. St. Petersburg, Fla., 81st ALSB Annual Conference, 2006.

Également disponible en ligne à l'adresse:
http://www.alsb.org/Proceedings%20Files/2006/Luddy-Schroth.pdf.

Martin, C. H. The Electronic Contracts Convention, the CISG and new sources of e-commerce law. *Tulane journal of international and comparative law* (New Orleans, La.) 16:2:467, printemps 2008.

Mason, S. Electronic signatures in law. Deuxième édition. West Sussex, Tottel Pub., 2007. liii, 674 p.

Voir en particulier le chapitre 3 (p. 119-137) et le chapitre 9 (p. 245-246) pour une discussion de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996) et de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001).

_____. Electronic signatures in practice. *Journal of high technology law* (Boston, Mass.) 6:2:148:164, 2006.

Ng, Jim-mi Jimmy. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce in relation to maritime operations in the Pearl River Delta, China: national report. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 14:4:346-363, 2008.

Polanski, P. P. International electronic contracting in the newest UN Convention. *Journal of international commercial law and technology* (Hellerup, Danemark) 2:3:112-120, 2007.

Prins, C. E-government: a comparative study of the multiple dimensions of required regulatory change. *Electronic journal of comparative law* 11:3:1-23, 2007.

Ressource électronique disponible à l'adresse: http://www.ejcl.org/113/article113-35.pdf.

Raymond, A. H. Electronic commerce and the new UNCITRAL draft Convention. *International law practicum* (New York) 19:1:66, 2006.

Schroth, P. W. *et* W. J. Luddy. On the particular value to Africa and the developing world of the UN Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts. *International Academy of African Business and Development* (Athabasca, Canada) 7:136-143, 2006.

Secrétariat de la CNUDCI. Promouvoir la confiance dans le commerce électronique: questions juridiques relatives à l'utilisation internationale des méthodes d'authentification et de signatures électroniques. Vienne, Nations Unies, 2009. v, 103 p.

Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.4.

Seng, D. The Singapore Electronic Transactions Act and the Hong Kong Electronic Transactions Ordinance. *Digital evidence and electronic signature law review* (Bedfordshire, Royaume-Uni) 5:7-20, 2008.

Smedinghoff, T. J. The legal challenges of implementing electronic transactions. *Uniform Commercial Code law journal* (New York) 41:3:3-34, 2008.

Également disponible en ligne à l'adresse: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1275108.

Snail, S. Electronic contracts in South Africa - a comparative analysis. *Journal of information, law and technology* 2:2008.

Ressource électronique disponible à l'adresse: http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2008_2/snail/.

Winn, J. K. *et* S. Yuping. Can China promote electronic commerce through law reform?: some preliminary case study evidence. *Columbia journal of Asian law* (New York) 20:2:415-450, 2007.

Winn, J. K *et* M. C. Silveira. Secured transactions and electronic commerce law: diverging perspectives in North and South America. *Michigan state journal of international law* (East Lansing, Mich.) 16:30:577-607, 2007.

VII. Sûretés (y compris financement par cession de créances)

Bazinas, S. V. Key objectives and fundamental principles of the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions. *Insolvency and restructuring international* (Londres) 2:1:42-48, 2008.

_____. UNCITRAL adopts the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions. *INSOL world* (Londres) 1:23-24, 2008.

_____. UNCITRAL. *Dans* Security over receivables: an international handbook. W. Johnston, *dir. publ.* New York, Oxford University Press, 2008. p. 601-623.

Brennan, L. Les défis du financement de la propriété intellectuelle. *Magazine de l'OMPI* (Genève) 5:9-11, septembre 2008.

Également disponible en ligne à l'adresse: http://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2008/05/article_0004.html.

Di Luigi, C. M. Divergences of security and property law in the European Union: the need for action. *Journal of business law* (Londres) 6:526-549, 2008.

Goodger, B. Les incidences du processus de la CNUDCI. *Magazine de l'OMPI* (Genève) 5:7-8, septembre 2008.

Également disponible en ligne à l'adresse: http://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2008/05/article_0003.html.

Hishinuma, T. Chiteki Zaisan Tanpo wo Meguru Kokusai Kihan Keisei no Doko to Kongo no Tenbo. *Intellectual property management* (Tokyo) 58:10:1249-1256, 2008.

En japonais. Traduction du titre: Tendances du processus international d'élaboration de normes concernant les sûretés sur les droits de propriété intellectuelle et perspectives futures – Groupe de travail VI de la CNUDCI.

Kohn, R. M. Revolver. *Secured lender* (New York) 64:4:84, juillet/août 2008.

Perkins, J. A question of priorities: choice of law and proprietary aspects of the assignment of debts. *Law and financial markets review* (Oxford, Royaume-Uni) 2:3:238-243, 2008.

Prusko, W. "The future of secured credit in Europe": ein Konferenzbericht. *IPRax* (Bielefeld, Allemagne) 28:5:465-467, 2008.

En allemand. Traduction du titre: "L'avenir des crédits garantis en Europe": Rapport de conférence.

Scott, S. A step towards a more sympathetic credit security dispensation in South Africa. *Journal of contemporary Roman-Dutch law = Tydskrif Vir Hedendaagse Romein-Hollandse Reg* (Durban, Afrique du Sud) 71:3:473-482, 2008.

Discute du droit des sûretés en Afrique du Sud et compare le régime de protection des droits des créanciers en Afrique du Sud aux normes internationales, y compris, entre autres, le Guide de la CNUDCI sur les opérations garanties (2007).

Sigman, H. C. *et* E.-M. Kieninger. Introduction. *Dans* Cross-border security over tangibles. Munich, Sellier, 2007. p. 1-56.

Umarji, M. R. Role of secured transactions to mobilize credit and need for modernizing the law. *In* Thoughts on banking sector reforms. Mumbai, Indian Banks' Association, 2008. Ch. 9. p. 177-186.

VIII. Passation des marchés

Gordon, D. I. Constructing a bid protest process: the choices that every procurement challenge system must make. *Public contract law journal* (Washington) 35:427-447, 2006.

Guimaraes De Lima e Silva, V. The revision of the WTO Agreement on Government Procurement: to what extent might it contribute to the expansion of current membership. *Public procurement law review* (Londres) 17:2:61-98, 2008.

Krüger, K. On access to public administrative procurement records (tender openings, protocols, reports). *Dans* Enhancing best practices in public procurement: proceedings of the 3rd International Public Procurement Conference, 28-30 août 2008. Amsterdam, Pays-Bas. p. 205-222.

Disponible en ligne à l'adresse: http://www.ippa.ws/IPPC3/Proceedings/Chaper%2015.pdf.

_____. Urgent needs - derogatory procurement law scenarios: reflections over *ius necessitatis* in the area of public contracting - *à propos* the EC Directive 2007/66, amending Directive 89/655/EC on remedies in public contracting. *Dans* Enhancing best practices in public procurement: proceedings of the 3rd International Public Procurement Conference, 28-30 août 2008. Amsterdam, Pays-Bas. p. 165-190.

Disponible en ligne à l'adresse: http://www.ippa.ws/IPPC3/Proceedings/Chaper%2013.pdf.

Lalonde, P. M. *et al.* ABA SIL International Procurement Committee Year in Review 2007. *International lawyer* (Chicago, Ill.) 42:2:479-[489], été 2008.

Nicholas, C. Framework agreements and the UNCITRAL Model Law on Procurement. *Public procurement law review* (Londres) 17:5:NA220-NA230, 2008.

_____. The UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services - fundamentals and reform. *In* The Fourth China Financial & Economic Law Forum: International Forum on Public Procurement 2008: agenda: collection of essays. Beijing, novembre 2008. p. 348-361.

Titre parallèle de la publication en chinois: 第四届中国财经法律论坛: 公共采购国际论坛 2008 -议程--论文集.

_____. The United Nations Convention against Corruption and its impact on procurement regulation - the UNCITRAL perspective. *Public procurement law review* (Londres) 17:2:NA64-NA74, 2008.

Sabbatini, M. S. La Direttiva 2007/66/CE sulle procedure di recorso in materia di appalti pubblici: la transparenza é anche una questione di termini. *Diritto del commercio internazionale* (Gênes, Italie) 22.1:131-162, 2008.

En italien. Traduction du titre: La Directive CE 2007/66 relative aux procédures de recours en matière de marché public: la transparence est également une question de terminologie.

Trepte, P.-A. Contract award procedures. *Dans* Public procurement in the EU: a practitioner's guide. Oxford, Oxford University Press, 2007. Ch. 7. p. 373-480.

Voir en particulier la discussion concernant la réglementation des appels d'offres restreints dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés (1994), p. 378-380.

Troff, E. A. The United States agency-level bid protest mechanism: a model for bid challenge procedures in developing nations. *Air force law review* (Washington) 57:113-154, hiver 2005.

Disponible en ligne à l'adresse: http://www.afjag.af.mil/shared/media/document/AFD-081009-010.pdf.

Yukins, C. R. Addressing conflicts of interest in procurement: first steps on the world stage, following the UN Convention against Corruption. *Dans* Enhancing best practices in public procurement: proceedings of the 3rd International Public Procurement Conference, 28-30 août 2008. Amsterdam, Pays-Bas. p. 1169-1203.

Disponible en ligne à l'adresse: http://www.ippa.ws/IPPC3/Proceedings/Chaper%2061.pdf.

IX. Insolvabilité

Arsenault, S. J. The westernization of Chinese bankruptcy: an examination of China's new Corporate Bankruptcy Law through the lens of the UNCITRAL Legislative Guide to Insolvency Law. *Penn State international law review* (Carlisle, Pa.) 27:45-[94], 2008.

Beckering, K. J. United States cross-border corporate insolvency: the impact of Chapter 15 on Comity and the new legal environment. *Law and business review of the Americas* (Dallas, Tex.) 14:281-311, printemps 2008.

Bomhof, S. A. *et* A. M. Slavens. Shifting gears in cross-border insolvencies: from comity to COMI. *Banking and finance law review* (Toronto) 24:31-[51], septembre 2008.

Clift, J. Update on Enterprise Groups' Project: United Nations Commission on International Trade Law. *INSOL world* (Londres) 1:22, 2008.

Cooper, N. The Bear Stearns conundrum. *INSOL world* (Londres) troisième trimestre 2008. p. 18-19.

_____. The changing role of shareholders in restructuring. *International corporate rescue* (Hertfordshire, Royaume-Uni) 5:6:327-329, 2008.

Dessain, A. Bear Stearns and COMI - a worried reaction from Jersey. *INSOL world* (Londres) troisième trimestre 2008. p. 25-26.

Di Sano, S. COMI: the sun around which cross-border insolvency proceedings revolve (pt.1). *Journal of international banking law and regulation* (Londres) 24:2:88-101, 2009.

Fildman, J. N. *et al.* Panel discussion of Canadian Bankruptcy and Insolvency Law: Bill C-55 Statute c. 47 and beyond. *Canadian business law journal = Revue canadienne du droit de commerce* (Aurora, Ont.) 46:3:321-342, 2008.

Flessner, A. Europäisches und internationales Insolvenzrecht: eine Einführung. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Allemagne) 70:3:453-457, 2006.

En allemand. Traduction du titre: Le droit européen et le droit international de l'insolvabilité: Introduction.

Galen, R. J. van. Insolvency and restructuring: latest developments in proposed bill for cross-border insolvencies. *International Law Office newsletters*, 1er mai 2008.

Ressource électronique disponible à l'adresse: http://www.internationallawoffice.com/.

Galip, B. A proper approach to cooperation in cross-border insolvency. *International corporate rescue* (Arkley, Royaume-Uni) 4:1:24-30, 2007.

Girsberger, D. Die Stellung der gesicherten Gläubiger in der internationalen Insolvenz. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Allemagne) 70:3:505-537, 2006.

En allemand. Traduction du titre: Statut des créanciers garantis dans les procédures d'insolvabilité internationale.

Glosband, D. M. *et al.* The American Bankruptcy Institute guide to cross-border insolvency in the United States. Alexandria, Va., American Bankruptcy Institute, 2008. xii, 70 p.

Voir en particulier p. 11 à 16 pour une discussion des travaux préparatoires de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité (1997).

Glosband, D. M. Bear Stearns appeal decision. *INSOL world* (Londres) troisième trimestre 2008. p. 14-17.

Good, M. D. Cross-border bankruptcy reform in NAFTA jurisdictions: has seizing control of troubled, closely-held corporations gotten easier? *International corporate rescue* (Hertfordshire, Royaume-Uni) 5:4:224-228, 2008.

Hammer, A. L. *et* M. E. McClintock. Understanding Chapter 15 of the United States Bankruptcy Code: everything you need to know about cross-border legislation in the United States. *Law and business review of the Americas* (Dallas, Tex.) 14:257-280, printemps 2008.

Harrison, L. Chapter 15: a limited resort for the Caymans so far. *INSOL world* (Londres) troisième trimestre 2008. p. 17-19.

Kersey, M. UNCITRAL Model Law gathers momentum in Australia. *International corporate rescue* (Arkley, Royaume-Uni) 5:1:8-11, 2008.

Koppen, F. A critical examination of the Preliminary Bill for a new Dutch Insolvency Act. *International corporate rescue* (Hertfordshire, Royaume-Uni) 5:6:337-343, 2008.

Lifland, B. Chapter 15 of the United States Bankruptcy Code: an annotated section-by-section analysis (1). *Dans* Faillite international = Cross-border insolvency and conflict of jurisdictions: a US-EU experience. Affaki, G, *dir. publ*. de la communication; Bruxelles, Bruylant, 2007. p. 31-72.

Locatelli, F. International trade and insolvency law: is the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency an answer for Brazil?: an economic analysis of its benefits on international trade. *Law and business review of the Americas* (Dallas, Tex.) 14:2:313-345, printemps 2008.

Locke, G. What are we achieving through the UNCITRAL Model Law?: Chapter 15 non-cooperation and non-coordination. *INSOL world* (Londres) 2:20-21, 2008.

Marshall, A. *et* C. Pardiwala. Changing COMI prior to insolvency is fair game! *International corporate rescue* (Arkley, Royaume-Uni) 4:6:318-322, 2007.

Matousekova, M. Private international law answers to the insolvency of cross border groups: comparative analysis of French and English case law. *Revue de droit des affaires internationales = International business law journal* (Paris) 2:141-163, 2008.

En anglais et en français.

Mevorach, I. The 'home country' of a multinational enterprise group facing insolvency. *International and comparative law quarterly* (Londres) 57:2:427-448, avril 2008.

Morán Bovio, D. El régimen de la insolvencia en UNCITRAL: apertura de una nueva fase. *In* Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde. Sánchez, G. J., M. Menéndez *et al.*, *dir. publ*. Madrid, Marcial Pons, 2007. Vol. 3. 2235 p.

Moss, G. Bear necessities: Chapter 15 goes on appeal. *Insolvency intelligence* (Londres) 21:2:27-30, 2008.

_____. Refusal of recognition and Bear Stearns: is the US denying to others that which it expects for itself? *INSOL world* (Londres) troisième trimestre 2008. p. 14-16.

Newman, S. The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: an Australian perspective on recent developments in the USA. *INSOL world* (Londres) troisième trimestre 2008. p. 19-20.

Paulus, C. G. Die ersten Jahre mit der Europäischen Insolvenzverordnung. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Allemagne) 70:3:458-473, 2006.

En allemand. Traduction du titre: Les premières années du Règlement européen sur les procédures d'insolvabilité.

Pogacar, B. Grenzüberschreitende Insolvenzverfahren. *ZfRV* (Wien) 05/06:258-264, octobre/décembre 2008.

En allemand. Traduction du titre: L'insolvabilité internationale.

Proskurchenko, K. V. Chapter 15 cross-border insolvency: is it true to its universalism aspirations? *Rutgers business law journal* (Newark, N.J.) 5:96-114, printemps 2008.

Également disponible en ligne à l'adresse: http://businesslaw.newark.rutgers.edu/RBLJ_vol5_no1_proskurchenko.pdf.

Sarra, J. Corporate group insolvencies: seeing the forest and the trees. *Banking and finance law review* (Toronto) 24:63-[89], septembre 2008.

_____. Maidum's challenge, legal and governance issues in dealing with cross-border business enterprise group insolvencies. *International insolvency review* (Chichester, Royaume-Uni) 17:2:73-122, 2008.

Smart, P. Cross-border restructurings and English debts. *International corporate rescue* (Arkley, Royaume-Uni) 6:1:4-13, 2009.

Spigelman, J. J. International commercial litigation: an Asian perspective. *Australian business law review* (Australie) 35:318-337, 2007.

Takagi, S. Japanese cross-border insolvency law. *International corporate rescue* (Arkley, Royaume-Uni) 4:2:61-62, 2007.

Tomasic, R. Creditor participation in insolvency proceedings - towards the adoption of international standards. *Insolvency law journal* (Rozelle, Australie) 14:3:173-187, 2006.

Analyse différentes normes multilatérales relatives à la participation des créanciers, y compris, notamment, le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité (2004).

Trunk, A. Entwicklungslinien des Insolvenzrechts in den Transformationsländern. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Allemagne) 70:3:563-578, 2006.

En allemand. Traduction du titre: Le développement du droit de l'insolvabilité dans les pays en transition.

Uzal, Elsa M. Procesos de insolvencia en el derecho internacional privado. Buenos Aires, La Ley, 2008. xxx, 776 p.

Voir en particulier le chapitre 7.

Vallender, H. Gerichtliche Kommunikation und Kooperation bei grenz-überschreitenden Insolvenzverfahren im Anwendungsbereich der EuIns VO - eine Herausforderung für Insolvenzgerichte. *Zeitschrift für Insolvenzrecht* (Cologne) 69:1:59-78, 2008.

En allemand. Traduction du titre: Communication et coopération judiciaires en matière d'insolvabilité internationale dans le cadre du Règlement européen sur l'insolvabilité.

Walker, I. *et* N. Toholka. Australia adopts UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency. *International Law Office newsletters*, 20 juin 2008.

Ressource électronique disponible à l'adresse: http://www.internationallawoffice.com/.

X. Contrats internationaux de construction

[*Aucune publication n'a été recensée sous cette rubrique*.]

XI. Échanges internationaux compensés

[*Aucune publication n'a été recensée sous cette rubrique*.]

XII. Projets d'infrastructure à financement privé

[*Aucune publication n'a été recensée sous cette rubrique*.]

Annexe

Liste des titres abrégés cités dans la présente bibliographie et des titres complets des textes juridiques de la CNUDCI

Titre abrégé	*Titre complet*
Règles de Hambourg (1978)	Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Hambourg)[a]
Convention sur la prescription (1974/1980)	Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, 1974 (New York)[b], et Protocole modifiant la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, 1980 (Vienne)[c]
Convention de New York (1958)	Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 1958 (New York)[d, e]
Règles de Rotterdam (2008)	Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer, 2008 (New York) [f]
Aide-mémoire de la CNUDCI sur les procédures arbitrales (1996)	Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales (1996)[g]
Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (1985)	Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985)[h]
Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (telle que modifiée en 2006)	Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985), avec les amendements adoptés en 2006[i]
Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976)	Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976)[j]
Règlement de conciliation de la CNUDCI (1980)	Règlement de conciliation de la CNUDCI (1980)[k]
Loi type de la CNUDCI sur les virements (1992)	Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (1992)[l]
Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité (2004)	Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (2004)[m]
Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité (1997)	Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997)[n]
Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)	Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)[o]
Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001)	Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001)[p]
Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés (1994)	Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994)[q]
Guide de la CNUDCI sur les opérations garanties (2007)	Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (2007)[r]
Convention des Nations Unies sur les contrats électroniques (2005)	Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (2005)[s]
Convention des Nations Unies sur les	Convention des Nations Unies sur les garanties

Titre abrégé	*Titre complet*
garanties et les stand-by (1995)	indépendantes et les lettres de crédit stand-by (1995)[t]
Convention des Nations Unies sur les ventes (1980)	Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (1980)[u]

[a] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.14.
[b] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, New York, 20 mai-14 juin 1974* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.74.V.8).
[c] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 10 mars-11 avril 1980* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.81.IV.3).
[d] La Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 (New York) a été adoptée avant la création de la Commission et est chargée des activités de promotion de la Convention et des activités connexes.
[e] Publication des Nations Unies, numéro de vente: M.08.V.5.
[f] Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 63/122 le 11 décembre 2008. La cérémonie de signature doit avoir lieu le 23 septembre 2009 à Rotterdam (Pays-Bas).
[g] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), Part II.
[h] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.18.
[i] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.08.V.4
[j] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.V.6.
[k] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.81.V.6.
[l] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.11.
[m] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10.
[n] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.3.
[o] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4.
[p] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8.
[q] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.98.V.13.
[r] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part II.
[s] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.02.
[t] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.97.V.12.
[u] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.12.

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

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
A. Liste des documents dont était saisie la Commission à sa quarante-deuxième session		
	1. Documents à distribution générale	
A/CN.9/663	Ordre du jour provisoire annoté et calendrier de la quarante-deuxième session	Non reproduit
A/CN.9/664	Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa quatorzième session (Vienne, 8-12 septembre 2008)	Deuxième partie, chap. I, A
A/CN.9/665	Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa quarante-neuvième session (Vienne, 15-19 septembre 2008)	Deuxième partie, chap. II, A
A/CN.9/666	Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-cinquième session (Vienne, 17-21 novembre 2008)	Deuxième partie, chap. III, A
A/CN.9/667	Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa quatorzième session (Vienne, 20-24 octobre 2008)	Deuxième partie, chap. IV, A
A/CN.9/668	Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa quinzième session (New York, 2-6 février 2009)	Deuxième partie, chap. I, F
A/CN.9/669	Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquantième session (New York, 9-13 février 2009)	Deuxième partie, chap. II, D
A/CN.9/670	Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa quinzième session (New York, 27 avril-1er mai 2009)	Deuxième partie, chap. IV, C
A/CN.9/671	Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-sixième session (New York, 18-22 mai 2009)	Deuxième partie, chap. III, D
A/CN.9/672	Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa seizième session (New York, 26-29 mai 2009)	Deuxième partie, chap. I, H
A/CN.9/673	Note du Secrétariat concernant la bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI	Troisième partie, chap. II
A/CN.9/674	Note du Secrétariat sur l'état des conventions et des lois types	Deuxième partie, chap. VIII

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
A/CN.9/675/Add.1	Note du Secrétariat sur la coopération et l'assistance techniques	Deuxième partie, chap. VII
A/CN.9/676 et Add.1 à 9	Note du Secrétariat sur le règlement intérieur et méthodes de travail de la CNUDCI	Non reproduit
A/CN.9/677	Note du Secrétariat sur le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI: Autorités de désignation et de nomination prévues dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI	Non reproduit
A/CN.9/678	Note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique	Deuxième partie, chap. V, A
A/CN.9/679	Note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine du droit des transports: commentaire ou notes explicatives sur la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer	Deuxième partie, chap. V, D
A/CN.9/680	Note du Secrétariat sur le règlement intérieur et méthodes de travail de la CNUDCI – Proposition de la France	Non reproduit
A/CN.9/681 et Add.1 et 2	Note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique – Recommandations concernant les travaux futurs du Groupe de travail IV (Commerce électronique) soumises par les États-Unis d'Amérique	Deuxième partie, chap. V, B
A/CN.9/682	Note du Secrétariat sur la proposition de la délégation espagnole concernant les travaux futurs du Groupe de travail IV	Deuxième partie, chap. V, C
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/XLII/CRP.1 et Add.1 à 25	Projet de rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-deuxième session	Non reproduit
A/CN.9/XLII/CRP.2	Projet de loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics	Non reproduit
A/CN.9/XLII/CRP.3	Méthodes de travail de la CNUDCI – Résumé, établi par le Secrétariat, des consultations informelles tenues les 29 et 30 juin 2009 sur les méthodes de travail de la CNUDCI	Non reproduit
A/CN.9/XLII/CRP.4	Méthodes de travail de la CNUDCI – Nouvelle version possible des paragraphes 11, 12, 14, 37, 39, 41 et 43 du document intitulé "Projet de principes directeurs pour la préparation et la conduite des réunions de la CNUDCI sur la base de la pratique établie au sein de la Commission" (A/CN.9/676), établie par le Secrétariat pour refléter la teneur des consultations informelles tenues les 29 et 30 juin 2009 sur les méthodes de travail de la CNUDCI	Non reproduit

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
	3. Documents d'information	
A/CN.9/XLII/INF.1	Liste de participants	Non reproduit
	B. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa quatorzième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.I/WP.60	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit
A/CN.9/WG.I/WP.61	Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – projets de textes sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, la publication d'informations relatives à la passation des marchés, les enchères électroniques inversées et les offres anormalement basses, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa quatorzième session	Deuxième partie, chap. I, B
A/CN.9/WG.I/WP.62	Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – projets de textes sur l'utilisation des accords-cadres dans la passation de marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa quatorzième session	Deuxième partie, chap. I, C
A/CN.9/WG.I/WP.63	Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte du Guide pour l'incorporation sur l'utilisation des accords-cadres dans la passation de marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa quatorzième session	Deuxième partie, chap. I, D
A/CN.9/WG.I/WP.64	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 – recours, conflits d'intérêts et passation de marchés de services dans la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa quatorzième session	Deuxième partie, chap. I, E
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.I/XIV/CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa quatorzième session	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.I/XIV/INF.1	Liste de participants	Non reproduit

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
	C. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa quinzième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.I/WP.65	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit
A/CN.9/WG.I/WP.66 et Add.1 à 5	Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa quinzième session	Deuxième partie, chap. I, G
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.I/XV/CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa quinzième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.I/XV/CRP.2	Évaluation et comparaison des offres et utilisation de la passation de marchés pour promouvoir des politiques industrielles, sociales et environnementales	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.I/XV/INF.1	Liste de participants	Non reproduit
	D. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa seizième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.I/WP.67	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit
A/CN.9/WG.I/WP.68 et Add.1	Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – historique de certaines dispositions de la Loi type et façon dont sont traitées les questions posées par certaines de ces dispositions dans les instruments internationaux réglementant les marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa seizième session	Deuxième partie, chap. II, I
A/CN.9/WG.I/WP.69 et Add.1 à 5	Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa seizième session	Deuxième partie, chap. II, J
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.I/XVI/CRP.1 et Add.1 à 3	Projet de rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa seizième session	Non reproduit

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
A/CN.9/WG.I/XVI/CRP.2	Article 40 proposé: Négociations avec appel à la concurrence – Proposition soumise par l'Autriche, les États-Unis et le Royaume-Uni	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.I/XVI/INF.1	Liste de participants	Non reproduit
	E. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa quarante-neuvième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.II/WP.150	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit
A/CN.9/WG.II/WP.151 et Add.1	Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa quarante-neuvième session	Deuxième partie, chap. II, B
A/CN.9/WG.II/WP.152	Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI – proposition du Gouvernement suisse, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa quarante-neuvième session	Deuxième partie, chap. II, C
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.II/XLIX/CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa quarante-neuvième session	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.II/XLIX/INF.1	Liste de participants	Non reproduit
	F. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquantième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.II/WP.153	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit
A/CN.9/WG.II/WP.154	Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquantième session	Deuxième partie, chap. II, E
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.II/L/CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquantième session	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.II/L/INF.1	Liste de participants	Non reproduit

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
	G. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-cinquième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.V/WP.81	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit
A/CN.9/WG.V/WP.82 et Add.1 à 4	Note du Secrétariat sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-cinquième session	Deuxième partie, chap. III, B
A/CN.9/WG.V/WP.83	Note du Secrétariat concernant le projet d'aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-cinquième session	Deuxième partie, chap. III, C
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.V/XXXV/CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-cinquième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.V/XXXV/CRP.2	Incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.V/XXXV/INF.1	Liste de participants	Non reproduit
	H. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-sixième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.V/WP.84	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit
A/CN.9/WG.V/WP.85 et Add.1	Note du Secrétariat sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-sixième session	Deuxième partie, chap. III, E
A/CN.9/WG.V/WP.86 et Add.1 à 3	Note du Secrétariat concernant le projet d'aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-sixième session	Deuxième partie, chap. III, F
A/CN.9/WG.V/WP.87	Note du Secrétariat sur le traitement de la propriété intellectuelle dans le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-sixième session	Deuxième partie, chap. III, G

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
A/CN.9/WG.V/WP.88	Note du Secrétariat sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité: proposition des États-Unis d'Amérique sur le financement postérieur à la demande d'ouverture, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-sixième session	Deuxième partie, chap. III, H
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.V/XXXVI/ CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-sixième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.V/XXXVI/ CRP.2	Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.V/XXXVI/ INF.1	Liste de participants	Non reproduit
	I. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail VI (Sûretés) à ses quatorzième et quinzième sessions	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.VI/WP.34	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/WP.35 et Add.1	Note du Secrétariat concernant l'Annexe au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties traitant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa quatorzième session	Deuxième partie, chap. IV, B
A/CN.9/WG.VI/WP.37 et Add.1 à 4	Note du Secrétariat concernant le projet d'annexe au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties traitant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa quinzième session	Deuxième partie, chap. IV, D
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.VI/XIV/CRP.1 et Add.1 à 5	Projet de rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa quatorzième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/XIV/CRP.2	Proposition de l'Association internationale des marques	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/XIV/CRP.3	Proposition des États-Unis d'Amérique	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/XIV/CRP.4	Proposition des États-Unis d'Amérique – Incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle mise sous licence	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/XIV/CRP.5	Proposition des États-Unis d'Amérique – Incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle mise sous licence	Non reproduit

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.VI/XIV/INF.1	Liste de participants	Non reproduit

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

On indique dans la présente liste dans quels volumes précédents de l'Annuaire les documents relatifs aux travaux de la Commission ont été reproduits en donnant les précisions ci-après: année, partie, chapitre et pages; les documents qui ne sont pas mentionnés ici sont des documents qui n'ont pas été reproduits dans l'*Annuaire*. Les documents se répartissent dans les catégories suivantes:

1. Rapports sur les sessions annuelles de la CNUDCI

2. Résolutions de l'Assemblée générale

3. Rapports de la Sixième Commission

4. Extraits des rapports du Conseil du commerce et du développement, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

5. Documents soumis à la CNUDCI (y compris les rapports des sessions des Groupes de travail)

6. Documents soumis aux Groupes de travail:

   a) Groupe de travail I:
   Délais et prescription (1969 à 1971); projets d'infrastructure à financement privé (2001 à 2003); passation de marchés (depuis 2004)

   b) Groupe de travail II:
   Vente internationale de marchandises (1968 à 1978); pratiques en matière de contrats internationaux (1981 à 2000); arbitrage commercial international et conciliation (depuis 2000)

   c) Groupe de travail III:
   Réglementation internationale des transports maritimes (1970 à 1975); droit des transports (depuis 2002)**

   d) Groupe de travail IV:
   Effets de commerce internationaux (1973 à 1987); paiements internationaux (1988 à 1992); échange de données informatisées (1992 à 1996); commerce électronique (depuis 1997)

   e) Groupe de travail V:
   Nouvel ordre économique international (1981 à 1994); insolvabilité (1995 à 1999); insolvabilité (depuis 2001)*

   f) Groupe de travail VI:
   Sûretés (depuis 2002)**

---

* Pour sa vingt-troisième session (Vienne, 11-22 décembre 2000), ce groupe de travail a été nommé Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux (voir le rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-troisième session A/55/17, par. 186).

** À sa trente-cinquième session, la Commission a adopté des sessions d'une semaine et porté de trois à six le nombre de groupes de travail.

7. Comptes rendus analytiques des débats de la CNUDCI
8. Textes adoptés par des conférences de plénipotentiaires
9. Bibliographies des écrits ayant trait aux travaux de la CNUDCI.

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
1. Rapports sur les sessions annuelles de la CNUDCI		
A/7216 (première session)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, A
A/7618 (deuxième session)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, A
A/8017 (troisième session)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, III, A
A/8417 (quatrième session)	Volume II: 1971	Première partie, II, A
A/8717 (cinquième session)	Volume III: 1972	Première partie, II, A
A/9017 (sixième session)	Volume IV: 1973	Première partie, II, A
A/9617 (septième session)	Volume V: 1974	Première partie, II, A
A/10017 (huitième session)	Volume VI: 1975	Première partie, II, A
A/31/17 (neuvième session)	Volume VII: 1976	Première partie, II, A
A/32/17 (dixième session)	Volume VIII: 1977	Première partie, II, A
A/33/17 (onzième session)	Volume IX: 1978	Première partie, II, A
A/34/17 (douzième session)	Volume X: 1979	Première partie, II, A
A/35/17 (treizième session)	Volume XI: 1980	Première partie, II, A
A/36/17 (quatorzième session)	Volume XII: 1981	Première partie, A
A/37/17 et Corr.1 (quinzième session)	Volume XIII: 1982	Première partie, A
A/38/17 (seizième session)	Volume XIV: 1983	Première partie, A
A/39/17 (dix-septième session)	Volume XV: 1984	Première partie, A
A/40/17 (dix-huitième session)	Volume XVI: 1985	Première partie, A
A/41/17 (dix-neuvième session)	Volume XVII: 1986	Première partie, A
A/42/17 (vingtième session)	Volume XVIII: 1987	Première partie, A
A/43/17 (vingt et unième session)	Volume XIX: 1988	Première partie, A
A/44/17 (vingt-deuxième session)	Volume XX: 1989	Première partie, A
A/45/17 (vingt-troisième session)	Volume XXI: 1990	Première partie, A
A/46/17 (vingt-quatrième session)	Volume XXII: 1991	Première partie, A
A/47/17 (vingt-cinquième session)	Volume XXIII: 1992	Première partie, A
A/48/17 (vingt-sixième session)	Volume XXIV: 1993	Première partie, A
A/49/17 (vingt-septième session)	Volume XXV: 1994	Première partie, A
A/50/17 (vingt-huitième session)	Volume XXVI: 1995	Première partie, A
A/51/17 (vingt-neuvième session)	Volume XXVII: 1996	Première partie, A

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/52/17 (trentième session)	Volume XXVIII: 1997	Première partie, A
A/53/17 (trente et unième session)	Volume XXIX: 1998	Première partie, A
A/54/17 (trente-deuxième session)	Volume XXX: 1999	Première partie, A
A/55/17 (trente-troisième session)	Volume XXXI: 2000	Première partie, A
A/56/17 (trente-quatrième session)	Volume XXXII: 2001	Première partie, A
A/57/17 (trente-cinquième session)	Volume XXXIII: 2002	Première partie, A
A/58/17 (trente-sixième session)	Volume XXXIV: 2003	Première partie, A
A/59/17 (trente-septième session)	Volume XXXV: 2004	Première partie, A
A/60/17 (trente-huitième session)	Volume XXXVI: 2005	Première partie, A
A/61/17 (trente-neuvième session)	Volume XXXVII: 2006	Première partie, A
A/62/17 (quarantième session)	Volume XXXVIII: 2007	Première partie, A
A/63/17 (quarantième et unième session)	Volume XXXIX: 2008	Première partie, A
2. Résolutions de l'Assemblée générale		
2102 (XX)	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, A
2205 (XXI)	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, E
2421 (XXIII)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 3
2502 (XXIV)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 3
2635 (XXV)	Volume II: 1971	Première partie, I, C
2766 (XXVI)	Volume III: 1972	Première partie, I, C
2928 (XXVII)	Volume IV: 1973	Première partie, I, C
2929 (XXVII)	Volume IV: 1973	Première partie, I, C
3104 (XXVIII)	Volume V: 1974	Première partie, I, C
3108 (XXVIII)	Volume V: 1974	Première partie, I, C
3316 (XXIX)	Volume VI: 1975	Première partie, I, C
3317 (XXIX)	Volume VI: 1975	Troisième partie, I, B
3494 (XXX)	Volume VII: 1976	Première partie, I, C
31/98	Volume VIII: 1977	Première partie, I, C
31/99	Volume VIII: 1977	Première partie, I, C
31/100	Volume VIII: 1977	Première partie, I, C
32/145	Volume IX: 1978	Première partie, I, C
32/438	Volume IX: 1978	Première partie, I, C

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
33/92	Volume X: 1979	Première partie, I, B
33/93	Volume X: 1979	Première partie, I, C
34/143	Volume XI: 1980	Première partie, I, C
34/150	Volume XI: 1980	Troisième partie, III
35/166	Volume XI: 1980	Troisième partie, III
35/51	Volume XI: 1980	Première partie, II, D
35/52	Volume XI: 1980	Première partie, II, D
36/32	Volume XII: 1981	Première partie, D
36/107	Volume XII: 1981	Troisième partie, I
36/111	Volume XII: 1981	Troisième partie, II
37/103	Volume XIII: 1982	Troisième partie, III
37/106	Volume XIII: 1982	Première partie, D
37/107	Volume XIII: 1982	Première partie, D
38/128	Volume XIV: 1983	Troisième partie, III
38/134	Volume XIV: 1983	Première partie, D
38/135	Volume XIV: 1983	Première partie, D
39/82	Volume XV: 1984	Première partie, D
40/71	Volume XVI: 1985	Première partie, D
40/72	Volume XVI: 1985	Première partie, D
41/77	Volume XVII: 1986	Première partie, D
42/152	Volume XVIII: 1987	Première partie, D
42/153	Volume XVIII: 1987	Première partie, E
43/165 et annexe	Volume XIX: 1988	Première partie, D
43/166	Volume XIX: 1988	Première partie, E
44/33	Volume XX: 1989	Première partie, E
45/42	Volume XXI: 1990	Première partie, D
46/56	Volume XXII: 1991	Première partie, D
47/34	Volume XXIII: 1992	Première partie, D
48/32	Volume XXIV: 1993	Première partie, D
48/33	Volume XXIV: 1993	Première partie, D
48/34	Volume XXIV: 1993	Première partie, D
49/54	Volume XXV: 1994	Première partie, D

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
49/55	Volume XXV: 1994	Première partie, D
50/47	Volume XXVI: 1995	Première partie, D
51/161	Volume XXVII: 1996	Première partie, D
51/162	Volume XXVII: 1996	Première partie, D
52/157	Volume XXVIII: 1997	Première partie, D
52/158	Volume XXVIII: 1997	Première partie, D
53/103	Volume XXIX: 1998	Première partie, D
54/103	Volume XXX: 1999	Première partie, D
55/151	Volume XXXI: 2000	Première partie, D
56/79	Volume XXXII: 2001	Première partie, D
56/80	Volume XXXII: 2001	Première partie, D
56/81	Volume XXXII: 2001	Première partie, D
57/17	Volume XXXIII: 2002	Première partie, D
57/18	Volume XXXIII: 2002	Première partie, D
57/19	Volume XXXIII: 2002	Première partie, D
57/20	Volume XXXIII: 2002	Première partie, D
58/75	Volume XXXIV: 2003	Première partie, D
58/76	Volume XXXIV: 2003	Première partie, D
59/39	Volume XXXV: 2004	Première partie, D
59/40	Volume XXXV: 2004	Première partie, D
61/32	Volume XXXVII: 2006	Première partie, D
61/33	Volume XXXVII: 2006	Première partie, D
62/64	Volume XXXVIII: 2007	Première partie, D
62/65	Volume XXXVIII: 2007	Première partie, D
62/70	Volume XXXVIII: 2007	Première partie, D
63/120	Volume XXXIX: 2008	Première partie, D
63/121	Volume XXXIX: 2008	Première partie, D
63/123	Volume XXXIX: 2008	Première partie, D
63/128	Volume XXXIX: 2008	Première partie, D
	3. Rapports de la Sixième Commission	
A/5728	Volume I: 1968-1970	Première partie, I, A
A/6396	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, B

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/6594	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, D
A/7408	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 2
A/7747	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 2
A/8146	Volume II: 1971	Première partie, I, B
A/8506	Volume III: 1972	Première partie, I, B
A/8896	Volume IV: 1973	Première partie, I, B
A/9408	Volume V: 1974	Première partie, I, B
A/9920	Volume VI: 1975	Première partie, I, B
A/9711	Volume VI: 1975	Troisième partie, I, A
A/10420	Volume VII: 1976	Première partie, I, B
A/31/390	Volume VIII: 1977	Première partie, I, B
A/32/402	Volume IX: 1978	Première partie, I, B
A/33/349	Volume X: 1979	Première partie, I, B
A/34/780	Volume XI: 1980	Première partie, I, B
A/35/627	Volume XI: 1980	Première partie, II, C
A/36/669	Volume XII: 1981	Première partie, C
A/37/620	Volume XIII: 1982	Première partie, C
A/38/667	Volume XIV: 1983	Première partie, C
A/39/698	Volume XV: 1984	Première partie, C
A/40/935	Volume XVI: 1985	Première partie, C
A/41/861	Volume XVII: 1986	Première partie, C
A/42/836	Volume XVIII: 1987	Première partie, C
A/43/820	Volume XIX: 1988	Première partie, C
A/C.6/43/L.2	Volume XIX: 1988	Troisième partie, II, A
A/43/405 et Add.1 à 3	Volume XIX: 1988	Troisième partie, II, B
A/44/453 et Add.1	Volume XX: 1989	Première partie, C
A/44/723	Volume XX: 1989	Première partie, D
A/45/736	Volume XXI: 1990	Première partie, C
A/46/688	Volume XXII: 1991	Première partie, C
A/47/586	Volume XXIII: 1992	Première partie, C
A/48/613	Volume XXIV: 1993	Première partie, C
A/49/739	Volume XXV: 1994	Première partie, C

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/50/640	Volume XXVI: 1995	Première partie, C
A/51/628	Volume XXVII: 1996	Première partie, C
A/52/649	Volume XXVIII: 1997	Première partie, C
A/53/632	Volume XXIX: 1998	Première partie, C
A/54/611	Volume XXX: 1999	Première partie, C
A/55/608	Volume XXXI: 2000	Première partie, C
A/56/588	Volume XXXII: 2001	Première partie, C
A/57/562	Volume XXXIII 2002	Première partie, C
A/58/513	Volume XXXIV: 2003	Première partie, C
A/59/509	Volume XXXV: 2004	Première partie, C
A/60/515	Volume XXXVI: 2005	Première partie, C
A/61/453	Volume XXXVII: 2006	Première partie, C
A/62/449	Volume XXXVIII: 2007	Première partie, C
A/63/438	Volume XXXIX: 2008	Première partie, C

4. Extraits des rapports du Conseil du commerce et du développement de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

A/7214	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 1
A/7616	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 1
A/8015/Rev.1	Volume II: 1971	Première partie, I, A
TD/B/C.4/86, annexe I	Volume II: 1971	Deuxième partie, IV
A/8415/Rev.1	Volume III: 1972	Première partie, I, A
A/8715/Rev.1	Volume IV: 1973	Première partie, I, A
A/9015/Rev.1	Volume V: 1974	Première partie, I, A
A/9615/Rev.1	Volume VI: 1975	Première partie, I, A
A/10015/Rev.1	Volume VII: 1976	Première partie, I, A
TD/B/617	Volume VIII: 1977	Première partie, I, A
TD/B/664	Volume IX: 1978	Première partie, I, A
A/33/15/Vol. II	Volume X: 1979	Première partie, I, A
A/34/15/Vol. II	Volume XI: 1980	Première partie, I, A
A/35/15/Vol. II	Volume XI: 1980	Première partie, II, B
A/36/15/Vol. II	Volume XII: 1981	Première partie, B
TD/B/930	Volume XIII: 1982	Première partie, B

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
TD/B/973	Volume XIV: 1983	Première partie, B
TD/B/1026	Volume XV: 1984	Première partie, B
TD/B/1077	Volume XVI: 1985	Première partie, B
TD/B/L.810/Add.9	Volume XVII: 1986	Première partie, B
A/42/15	Volume XVIII: 1987	Première partie, B
TD/B/1193	Volume XIX: 1988	Première partie, B
TD/B/1234/Vol. II	Volume XX: 1989	Première partie, B
TD/B/1277/Vol. II	Volume XXI: 1990	Première partie, B
TD/B/1309/Vol. II	Volume XXII: 1991	Première partie, B
TD/B/39(1)/15	Volume XXIII: 1992	Première partie, B
TD/B/40(1) 14 (Vol. I)	Volume XXIV: 1993	Première partie, B
TD/B/41(1)/14 (Vol. I)	Volume XXV: 1994	Première partie, B
TD/B/42(1)19 (Vol. I)	Volume XXVI: 1995	Première partie, B
TD/B/43/12 (Vol. I)	Volume XXVII: 1996	Première partie, B
TD/B/44/19 (Vol. I)	Volume XXVIII: 1997	Première partie, B
TD/B/45/13 (Vol. I)	Volume XXIX: 1998	Première partie, B
TD/B/46/15 (Vol. I)	Volume XXX: 1999	Première partie, B
TD/B/47/11 (Vol. I)	Volume XXXI: 2000	Première partie, B
TD/B/48/18 (Vol. I)	Volume XXXII: 2001	Première partie, B
TD/B/49/15 (Vol. I)	Volume XXXIII: 2002	Première partie, B
TD/B/50/14 (Vol. I)	Volume XXXIV: 2003	Première partie, B
TD/B/51/8 (Vol. I)	Volume XXXV: 2004	Première partie, B
TD/B/52/10 (Vol. I)	Volume XXXVI: 2005	Première partie, B
TD/B/53/8 (Vol. I)	Volume XXXVII: 2006	Première partie, B
TD/B/54/8 (Vol. I)	Volume XXXVIII: 2007	Première partie, B
TD/B/55/10 (Vol. I)	Volume XXXIX: 2008	Première partie, B

5. Documents soumis à la CNUDCI (y compris les rapports des sessions des Groupes de travail)

A/C.6/L.571	Volume I: 1968-1970	Première partie, I, B
A/C.6/L.572	Volume I: 1968-1970	Première partie, I, C
A/CN.9/15 et Add.1	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, III, B
A/CN.9/18	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, C, 1
A/CN.9/19	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, III, A, 1

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/21 et Corr.1	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, IV, A
A/CN.9/30	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, D
A/CN.9/31	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, A, 1
A/CN.9/33	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, B
A/CN.9/34	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, C, 2
A/CN.9/35	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, A, 2
A/CN.9/38	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, II, A, 2
A/CN.9/L.19	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, V, A
A/CN.9/38/Add.1	Volume II: 1971	Deuxième partie, II, 1
A/CN.9/41	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, II, A
A/CN.9/48	Volume II: 1971	Deuxième partie, II, 2
A/CN.9/50 et annexes I à IV	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, C, 2
A/CN.9/52	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, A, 2
A/CN.9/54	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, B, 1
A/CN.9/55	Volume II: 1971	Deuxième partie, III
A/CN.9/60	Volume II: 1971	Deuxième partie, IV
A/CN.9/62 et Add.1 et 2	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 5
A/CN.9/63 et Add.1	Volume III: 1972	Deuxième partie, IV
A/CN.9/64	Volume III: 1972	Deuxième partie, III
A/CN.9/67	Volume III: 1972	Deuxième partie, II, 1
A/CN.9/70 et Add.2	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, B, 1
A/CN.9/73	Volume III: 1972	Deuxième partie, II, B, 3
A/CN.9/74 et annexe I	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 1
A/CN.9/75	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, A, 3
A/CN.9/76 et Add.1	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 4, 5
A/CN.9/77	Volume IV: 1973	Deuxième partie, II, 1
A/CN.9/78	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/79	Volume IV: 1973	Deuxième partie, III, 1
A/CN.9/82	Volume IV: 1973	Deuxième partie, V
A/CN.9/86	Volume V: 1974	Deuxième partie, II, 1
A/CN.9/87	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 1
A/CN.9/87, annexes I à IV	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 2 à 5

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/88 et Add.1	Volume V: 1974	Deuxième partie, III, 1 et 2
A/CN.9/91	Volume V: 1974	Deuxième partie, IV
A/CN.9/94 et Add.1 et 2	Volume V: 1974	Deuxième partie, V
A/CN.9/96 et Add.1	Volume VI: 1975	Deuxième partie, IV, 1 et 2
A/CN.9/97 et Add.1 à 4	Volume VI: 1975	Deuxième partie, III
A/CN.9/98	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 6
A/CN.9/99	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 1
A/CN.9/100, annexes I à IV	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 1 à 5
A/CN.9/101 et Add.1	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 3 et 4
A/CN.9/102	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 5
A/CN.9/103	Volume VI: 1975	Deuxième partie, V
A/CN.9/104	Volume VI: 1975	Deuxième partie, VI
A/CN.9/105	Volume VI: 1975	Deuxième partie, IV, 3
A/CN.9/105, annexe	Volume VI: 1975	Deuxième partie, IV, 4
A/CN.9/106	Volume VI: 1975	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/107	Volume VI: 1975	Deuxième partie, VII
A/CN.9/109 et Add.1 et 2	Volume VII: 1976	Deuxième partie, IV, 1 à 3
A/CN.9/110	Volume VII: 1976	Deuxième partie, IV, 4
A/CN.9/112 et Add.1	Volume VII: 1976	Deuxième partie, III, 1 et 2
A/CN.9/113	Volume VII: 1976	Deuxième partie, III, 3
A/CN.9/114	Volume VII: 1976	Deuxième partie, III, 4
A/CN.9/115	Volume VII: 1976	Deuxième partie, IV, 5
A/CN.9/116 et annexes I et II	Volume VII: 1976	Deuxième partie, I, 1 à 3
A/CN.9/117	Volume VII: 1976	Deuxième partie, II, 1
A/CN.9/119	Volume VII: 1976	Deuxième partie, VI
A/CN.9/121	Volume VII: 1976	Deuxième partie, V
A/CN.9/125 et Add.1 à 3	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/126	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/127	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, III
A/CN.9/128 et annexes I et II	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, A à C
A/CN.9/129 et Add.1	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, VI, A et B
A/CN.9/131	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, II, A

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/132	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/133	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/135	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, F
A/CN.9/137	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, V
A/CN.9/139	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/141	Volume IX: 1978	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/142	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/143	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/144	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/145	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/146 et Add.1 à 4	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, F
A/CN.9/147	Volume IX: 1978	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/148	Volume IX: 1978	Deuxième partie, III
A/CN.9/149 et Corr.1 et 2	Volume IX: 1978	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/151	Volume IX: 1978	Deuxième partie, V
A/CN.9/155	Volume IX: 1978	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/156	Volume IX: 1978	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/157	Volume X: 1979	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/159	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/160	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/161	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/163	Volume X: 1979	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/164	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/165	Volume X: 1979	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/166	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/167	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/168	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/169	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/170	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, E
A/CN.9/171	Volume X: 1979	Deuxième partie, IV
A/CN.9/172	Volume X: 1979	Deuxième partie, V
A/CN.9/175	Volume X: 1979	Deuxième partie, VI

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/176	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/177	Volume XI: 1980	Deuxième partie, II
A/CN.9/178	Volume XI: 1980	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/179	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/180	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/181 et annexe	Volume XI: 1980	Deuxième partie, III, B,
A/CN.9/183	Volume XI: 1980	Deuxième partie, I
A/CN.9/186	Volume XI: 1980	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/187 et Add.1 à 3	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/189	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, D
A/CN.9/191	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/192 et Add.1 et 2	Volume XI: 1980	Deuxième partie, VI
A/CN.9/193	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/194	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/196	Volume XII: 1981	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/197	Volume XII: 1981	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/198	Volume XII: 1981	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/199	Volume XII: 1981	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/200	Volume XII: 1981	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/201	Volume XII: 1981	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/202 et Add.1 à 4	Volume XII: 1981	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/203	Volume XII: 1981	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/204	Volume XII: 1981	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/205/Rev.1	Volume XII: 1981	Deuxième partie, VI
A/CN.9/206	Volume XII: 1981	Deuxième partie, VII
A/CN.9/207	Volume XII: 1981	Deuxième partie, III
A/CN.9/208	Volume XII: 1981	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/210	Volume XIII: l982	Deuxième partie, II, A, 1
A/CN.9/211	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 3
A/CN.9/212	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 5
A/CN.9/213	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 4
A/CN.9/214	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 6

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/215	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, B, 1
A/CN.9/216	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/217	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/218	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/219 et Add.1 (F-Corr.1)	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/220	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, B, 3
A/CN.9/221	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/222	Volume XIII: l982	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/223	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 7
A/CN.9/224	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, V
A/CN.9/225	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VI, B
A/CN.9/226	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VI, A
A/CN.9/227	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VII
A/CN.9/228	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/229	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VI, C
A/CN.9/232	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/233	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/234	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/235	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, I
A/CN.9/236	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/237 et Add.1 à 3	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/238	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/239	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/240	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, VII
A/CN.9/241	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, VI
A/CN.9/242	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, II
A/CN.9/245	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 1
A/CN.9/246 et annexe	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B, 1 et 2
A/CN.9/247	Volume XV: 1984	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/248	Volume XV: 1984	Deuxième partie, I, A, 1
A/CN.9/249 et Add.1	Volume XV: 1984	Deuxième partie, I, A, 2
A/CN.9/250 et Add.1 à 4	Volume XV: 1984	Deuxième partie, I, B

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/251	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/252 et annexes I et II	Volume XV: 1984	Deuxième partie, IV, A et B
A/CN.9/253	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/254	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/255	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/256	Volume XV: 1984	Deuxième partie, VII
A/CN.9/257	Volume XV: 1984	Deuxième partie, VI
A/CN.9/259	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, A, 1
A/CN.9/260	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/261	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/262	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, B, 1
A/CN.9/263 et Add.1 à 3	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/264	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/265	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, V
A/CN.9/266 et Add.1 et 2	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/267	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IX
A/CN.9/268	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/269	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, VI
A/CN.9/270	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/271	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, VII
A/CN.9/273	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 1
A/CN.9/274	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 2
A/CN.9/275	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/276	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/277	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/278	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/279	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, V
A/CN.9/280	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, IV
A/CN.9/281	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, VI
A/CN.9/282	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/283	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, VII
A/CN.9/285	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 4

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/287	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/288	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, I, 1
A/CN.9/289	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 1
A/CN.9/290	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 4
A/CN.9/291	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/292	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, IV
A/CN.9/293	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, VI
A/CN.9/294	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, V
A/CN.9/297	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, I, A, 1
A/CN.9/298	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/299	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, X, B
A/CN.9/300	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, X, A
A/CN.9/301	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/302	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, III
A/CN.9/303	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, IX
A/CN.9/304	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, A
A/CN.9/305	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, B
A/CN.9/306	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, IV
A/CN.9/307	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/308	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/309	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VI
A/CN.9/310	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, D
A/CN.9/311	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/312	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, C
A/CN.9/315	Volume XX: 1989	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/316	Volume XX: 1989	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/317	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/318	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/319 et Add.1 à 5	Volume XX: 1989	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/320	Volume XX: 1989	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/321	Volume XX: 1989	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/322	Volume XX: 1989	Deuxième partie, V

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/323	Volume XX: 1989	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/324	Volume XX: 1989	Deuxième partie, VI
A/CN.9/325	Volume XX: 1989	Deuxième partie, VII
A/CN.9/328	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/329	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/330	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/331	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/332 et Add.1 à 7	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, III
A/CN.9/333	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, V
A/CN.9/334	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, VI
A/CN.9/335	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, IX
A/CN.9/336	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, VII
A/CN.9/337	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/338	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, X
A/CN.9/341	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/342	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/343	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/344	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/345	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/346	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/347 et Add.1	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/348	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/349	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/350	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, IV
A/CN.9/351	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, VI
A/CN.9/352	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, V
A/CN.9/353	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, VI
A/CN.9/356	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/357	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/358	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/359	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/360	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, V, A

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/361	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/362 et Add.1 à 17	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/363	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/364	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, VI, A
A/CN.9/367	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/368	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, VII
A/CN.9/371	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/372	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/373	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/374 et Corr.1	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/375	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/376 et Add.1 et 2	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/377	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/378 et Add.1 à 5	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, IV, A à F
A/CN.9/379	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, VII
A/CN.9/380	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, V
A/CN.9/381	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, VI
A/CN.9/384	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VI, A
A/CN.9/385	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VII
A/CN.9/386	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VI, B
A/CN.9/387	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/388	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/389	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/390	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/391	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/392	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/393	Volume XXV: 1994	Troisième partie, I
A/CN.9/394	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/395	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/396 et Add.1	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, IV
A/CN.9/397	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/398	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, V, B

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/399	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/400	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, X
A/CN.9/401	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, IX, A
A/CN.9/401/Add.1	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, IX, B
A/CN.9/403	Volume XXV: 1994	Troisième partie, II
A/CN.9/405	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/406	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/407	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/408	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/409 et Add.1 à 4	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, E
A/CN.9/410	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, III
A/CN.9/411	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/412	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/413	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/414	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/415	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, VI
A/CN.9/416	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, V
A/CN.9/419 et Corr.1 (anglais seulement)	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/420	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, IV
A/CN.9/421	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/422	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/423	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/424	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, V
A/CN.9/425	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/426	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/427	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, VII
A/CN.9/428	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, VI
A/CN.9/431	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, V
A/CN.9/432	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/433	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/434	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/435	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/436	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/437	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/438 et Add.1 à 3	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, IV
A/CN.9/439	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/440	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, VII
A/CN.9/444 et Add.1 à 5	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, III
A/CN.9/445	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/446	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/447	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/448	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, VI
A/CN.9/449	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, V
A/CN.9/450	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, D
A/CN.9/454	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/455	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/456	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/457	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, D
A/CN.9/458 et Add.1 à 9	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, III
A/CN.9/459 et Add.1	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, IV
A/CN.9/460	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, V
A/CN.9/461	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, IX
A/CN.9/462	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/462/Add.1	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, VI
A/CN.9/465	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/466	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/467	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/468	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/469	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/470	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, II, E
A/CN.9/471 et Add.1 à 9	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I
A/CN.9/472 et Add.1 à 4	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, II, F
A/CN.9/473	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, IX

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/474	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/475	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/476	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/477	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VI, A
A/CN.9/478	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VI, B
A/CN.9/479	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VI. C
A/CN.9/483	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/484	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/485 et Corr.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/486	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/487	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/488	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/489 et Add.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/490 et Add.1 à 5	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/491 et Add.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/492 et Add.1 à 3	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, I
A/CN.9/493	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, J
A/CN.9/494	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/495	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, IV
A/CN.9/496	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/497	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/498	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, VI
A/CN.9/499	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, IX, B
A/CN.9/500	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, IX, A
A/CN.9/501	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, VII
A/CN.9/504	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/505	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, II
A/CN.9/506	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/507	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/508	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/509	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/510	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, VI, A

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/511	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, H
A/CN.9/512	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/513 et Add.1 et 2	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, G
A/CN.9/514	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, H
A/CN.9/515	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IX
A/CN.9/516	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/518	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, J
A/CN.9/521	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/522, et Add.1 et 2	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/523	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/524	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/525	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/526	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/527	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/528	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/529	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/531	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VI, A
A/CN.9/532	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VI, C
A/CN.9/533, et Add.1 à 7	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/534	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, G
A/CN.9/535	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, F
A/CN.9/536	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IX
A/CN.9/537	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, X
A/CN.9/539 et Add.1	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VII, A
A/CN.9/540	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VII, B
A/CN.9/542	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/543	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/544	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/545	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/546	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/547	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/548	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, F

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/549	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/550	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, H
A/CN.9/551	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/552	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, F
A/CN.9/553	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, VI
A/CN.9/554	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, I
A/CN.9/555	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, X, B
A/CN.9/557	Volume XXXV: 2004	Troisième partie, I
A/CN.9/558 et Add.1	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, J
A/CN.9/559 et Add.1 à 3	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, K
A/CN.9/560	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, VII
A/CN.9/561	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IX
A/CN.9/564	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, XI
A/CN.9/565	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, X, A
A/CN.9/566	Volume XXXV: 2004	Troisième partie, II
A/CN.9/568	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/569	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/570	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/571	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/572	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/573	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/574	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/575	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, II, D
A/CN.9/576	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, F
A/CN.9/578 et Add.1 à 17	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, I, G
A/CN.9/579	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, X, C
A/CN.9/580 et Add.1 et 2	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IX, B
A/CN.9/581	Volume XXXVI: 2005	Troisième partie, IV
A/CN.9/582 et Add.1 à 7	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, X, B
A/CN.9/583	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IX, A
A/CN.9/584	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, X, A
A/CN.9/585	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, VI

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/586	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/588	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/589	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/590	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/591 et Corr.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/592	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, E
A/CN.9/593	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/594	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, M
A/CN.9/595	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, III, E
A/CN.9/596	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/597	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/598 et Add.1 et 2	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IX
A/CN.9/599	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, VII
A/CN.9/600	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/601	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/602	Volume XXXVII: 2006	Troisième partie, IV
A/CN.9/603	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, F
A/CN.9/604	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/605	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, H
A/CN.9/606	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, I
A/CN.9/607	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, J
A/CN.9/609 et Add.1 à 6	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, K
A/CN.9/610 et Add.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, L
A/CN.9/611 et Add.1 à 3	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, I
A/CN.9/614	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/615	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/616	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/617	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/618	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/619	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/620	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/621	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, J

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/622	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/623	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, II, D
A/CN.9/624 et Add.1 et 2	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, VI, C
A/CN.9/625	Volume XXXVIII: 2007	Troisième partie, II
A/CN.9/626	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, II, IX
A/CN.9/627	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/628 et Add.1	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, X
A/CN.9/630 et Add.1 à 5	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, VI, B
A/CN.9/631 et Add.1 à 11	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/632	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, VI, A
A/CN.9/634	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, III, E
A/CN.9/637 et Add.1 à 8	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, I, F
A/CN.9/640	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/641	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/642	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/643	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/645	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, I, I
A/CN.9/646	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/647	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/648	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, II, E
A/CN.9/649	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/650	Volume XXXIX: 2008	Troisième partie, II
A/CN.9/651	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, IX
A/CN.9/652	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/655	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, VI, A
A/CN.9/657 et Add.1 et 2	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, X
A/CN.9/659 et Add.1 et 2	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, VI, B

6. Documents soumis aux Groupes de travail

a) Groupe de travail I

i) Délais et prescription

A/CN.9/WG.I/WP.9	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, C, 1

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
	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
	b) Groupe de travail II	
	i) Vente internationale de marchandises	
A/CN.9/WG.2/WP.1	Volume I: 1968-1979	Troisième partie, I, A, 2
A/CN.9/WG.2/WP.6	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, A, 1
A/CN.9/WG.2/WP.8	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 1
A/CN.9/WG.2/WP.9	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 2
A/CN.9/WG.2/WP.10	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 3
A/CN.9/WG.2/WP.11	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 4
A/CN.9/WG.2/WP.15	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, A, 1
A/CN.9/WG.2/WP.16	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, A, 2
A/CN.9/WG.2/WP.15/Add.1	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 3
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.1	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 4
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.2	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 4
A/CN.9/WG.2/WP.20	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 4
A/CN.9/WG.2/WP.2 et Add.1 et 2	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 3
A/CN.9/WG.2/WP.26 et Add.1 et appendice I	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/WG.2/WP.27	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.2/WP.28	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, B
	ii) Pratiques en matière de contrats internationaux	
A/CN.9/WG.II/WP.33 et Add.1	Volume XII: 1981	Deuxième partie, I, B, 1 et 2
A/CN.9/WG.II/WP.35	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.II/WP.37	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.38	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, B, 2
A/CN.9/WG.II/WP.40	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, D, 1
A/CN.9/WG.II/WP.41	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, D, 2
A/CN.9/WG.II/WP.42	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, D, 3
A/CN.9/WG.II/WP.44	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 2 a)
A/CN.9/WG.II/WP.45	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 2 b)
A/CN.9/WG.II/WP.46	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 2 c)

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/WG.II/WP.48	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B, 3 a)
A/CN.9/WG.II/WP.49	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B, 3 b)
A/CN.9/WG.II/WP.50	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B, 3 c)
A/CN.9/WG.II/WP.52 et Add.1	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IV, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.53	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IV, B, 3
A/CN.9/WG.II/WP.55	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, III, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.56	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, III, B, 2
A/CN.9/WG.II/WP.58	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.II/WP.60	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.II/WP.62	Volume XX: 1989	Deuxième partie, IV, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.63	Volume XX: 1989	Deuxième partie, IV, B, 2
A/CN.9/WG.II/WP.65	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.II/WP.67	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.68	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, B, 2
A/CN.9/WG.II/WP.70	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, D, 1
A/CN.9/WG.II/WP.71	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, D, 2
A/CN.9/WG.II/WP.73 et Add.1	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.II/WP.76 et Add.1	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.77	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, B, 2
A/CN.9/WG.II/WP.80	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.II/WP.83	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.II/WP.87	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.II/WP.89	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D, 1
A/CN.9/WG.II/WP.90	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D, 2
A/CN.9/WG.II/WP.91	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D, 3
A/CN.9/WG.II/WP.93	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.II/WP.96	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/WG.II/WP.98	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.II/WP.99	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/WG.II/WP.100	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/WG.II/WP.102	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, F
A/CN.9/WG.II/WP.104	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I, B

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/WG.II/WP.105	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/WG.II/WP.106	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I, D
	iii) Arbitrage commercial international	
A/CN.9/WG.II/WP.108 et Add.1	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.II/WP.110	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.II/WP.111	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/WG.II/WP.113 et Add.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, E
A/CN.9/WG.II/WP.115	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.II/WP.116	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/WG.II/WP.118	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/WG.II/WP.119	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, F
A/CN.9/WG.II/WP.121	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.II/WP.123	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/WG.II/WP.125	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.II/WP.127	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, II, D
A/CN.9/WG.II/WP.128	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, II, E
A/CN.9/WG.II/WP.131	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.II/WP.132	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/WG.II/WP.134	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, III, E
A/CN.9/WG.II/WP.136	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.II/WP.137 et Add.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/WG.II/WP.138	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, D
A/CN.9/WG.II/WP.139	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, F
A/CN.9/WG.II/WP.141	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, G
A/CN.9/WG.II/WP.145 et Add.1	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/WG.II/WP.147 et Add.1	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.II/WP.149	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, III, D
	c) Groupe de travail III	
	i) Réglementation internationale des transports maritimes	
A/CN.9/WG.III/WP.6	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 2
A/CN.9/WG.III/WP.7	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 3
A/CN.9/WG.III/WP.11	Volume V: 1974	Deuxième partie, III, 3

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
	ii) Droit des transports	
A/CN.9/WG.III/WP.21 et Add.1	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, VI, B
A/CN.9/WG.III/WP.23	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.III/WP.25	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, D
A/CN.9/WG.III/WP.26	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, E
A/CN.9/WG.III/WP.27	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, F
A/CN.9/WG.III/WP.28	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, G
A/CN.9/WG.III/WP.29	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, H
A/CN.9/WG.III/WP.30	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, I
A/CN.9/WG.III/WP.28/Add.1	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.III/WP.32	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/WG.III/WP.33	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/WG.III/WP.34	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, E
A/CN.9/WG.III/WP.36	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, G
A/CN.9/WG.III/WP.37	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, H
A/CN.9/WG.III/WP.39	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.III/WP.40	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/WG.III/WP.41	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, D
A/CN.9/WG.III/WP.42	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, E
A/CN.9/WG.III/WP.44	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, G
A/CN.9/WG.III/WP.45	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, H
A/CN.9/WG.III/WP.46	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, I
A/CN.9/WG.III/WP.47	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, J
A/CN.9/WG.III/WP.49	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.III/WP.50/Rev.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/WG.III/WP.51	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, D
A/CN.9/WG.III/WP.52	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, E
A/CN.9/WG.III/WP.53	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, F
A/CN.9/WG.III/WP.54	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, G
A/CN.9/WG.III/WP.55	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, H
A/CN.9/WG.III/WP.56	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, I
A/CN.9/WG.III/WP.57	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, J

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/WG.III/WP.58	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, K
A/CN.9/WG.III/WP.59	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, L
A/CN.9/WG.III/WP.61	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, N
A/CN.9/WG.III/WP.62	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, O
A/CN.9/WG.III/WP.63	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, P
A/CN.9/WG.III/WP.64	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, Q
A/CN.9/WG.III/WP.65	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, R
A/CN.9/WG.III/WP.66	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, S
A/CN.9/WG.III/WP.67	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, T
A/CN.9/WG.III/WP.68	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, U
A/CN.9/WG.III/WP.69	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, V
A/CN.9/WG.III/WP.70	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, V
A/CN.9/WG.III/WP.72	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.III/WP.73	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/WG.III/WP.74	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, D
A/CN.9/WG.III/WP.75	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, E
A/CN.9/WG.III/WP.76	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, F
A/CN.9/WG.III/WP.77	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, G
A/CN.9/WG.III/WP.78	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, H
A/CN.9/WG.III/WP.79	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, I
A/CN.9/WG.III/WP.81	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, K
A/CN.9/WG.III/WP.82	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, L
A/CN.9/WG.III/WP.83	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, M
A/CN.9/WG.III/WP.84	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, N
A/CN.9/WG.III/WP.85	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, O
A/CN.9/WG.III/WP.86	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, P
A/CN.9/WG.III/WP.87	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, Q
A/CN.9/WG.III/WP.88	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, R
A/CN.9/WG.III/WP.89	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, S
A/CN.9/WG.III/WP.90	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, T
A/CN.9/WG.III/WP.91	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, U
A/CN.9/WG.III/WP.93	Volume XXXIX:2008	Deuxième partie, I, B

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/WG.III/WP.94	Volume XXXIX:2008	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/WG.III/WP.95	Volume XXXIX:2008	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/WG.III/WP.96	Volume XXXIX:2008	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/WG.III/WP.97	Volume XXXIX:2008	Deuxième partie, I, F
A/CN.9/WG.III/WP.98	Volume XXXIX:2008	Deuxième partie, I, G
A/CN.9/WG.III/WP.99	Volume XXXIX:2008	Deuxième partie, I, H
A/CN.9/WG.III/WP.101	Volume XXXIX:2008	Deuxième partie, I, J
A/CN.9/WG.III/WP.102	Volume XXXIX:2008	Deuxième partie, I, K
A/CN.9/WG.III/WP.103	Volume XXXIX:2008	Deuxième partie, I, L
	d) Groupe de travail IV	
	i) Effets de commerce internationaux	
A/CN.9/WG.IV/WP.2	Volume IV: 1973	Deuxième partie, II, 2
A/CN.9/WG.IV/CRP.5	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.21	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2 a)
A/CN.9/WG.IV/WP.22	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2 b)
A/CN.9/WG.IV/WP.23	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2 c)
A/CN.9/WG.IV/WP.24 et Add.1 et 2	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2d) à f)
A/CN.9/WG.IV/WP.25 et Add.1	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2 g) et h)
A/CN.9/WG.IV/WP.27	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, B, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.30	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 3
A/CN.9/WG.IV/WP.32 et Add.1 à 10	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, I, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.33	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, I, 3
	ii) Paiements internationaux	
A/CN.9/WG.IV/WP.35	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, I, A, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.37	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.IV/WP.39	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/WG.IV/WP.41	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.IV/WP.42	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/WG.IV/WP.44	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/WG.IV/WP.46 et Corr.1	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, D, 1

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/WG.IV/WP.47	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, D, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.49	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, F
A/CN.9/WG.IV/WP.51	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, II, B
	iii) Commerce électronique	
A/CN.9/WG.IV/WP.53	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/WG.IV/WP.55	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.IV/WP.57	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, B, 1
A/CN.9/WG.IV/WP.58	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, B, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.60	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/WG.IV/WP.62	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.IV/WP.64	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 1
A/CN.9/WG.IV/WP.65	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.66	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 3
A/CN.9/WG.IV/WP.67	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 4
A/CN.9/WG.IV/WP.69	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.IV/WP.71	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/WG.IV/WP.73	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.IV/WP.74	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/WG.IV/WP.76	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.IV/WP.77	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/WG.IV/WP.79	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, E
A/CN.9/WG.IV/WP.80	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, F
A/CN.9/WG.IV/WP.82	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.IV/WP.84	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.IV/WP.86 et Add.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.IV/WP.88	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, D
A/CN.9/WG.IV/WP.89	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, E
A/CN.9/WG.IV/WP.90	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, F
A/CN.9/WG.IV/WP.91	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, G
A/CN.9/WG.IV/WP.93	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, H
A/CN.9/WG.IV/WP.94	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.IV/WP.95	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IV, C

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/WG.IV/WP.96	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IV, D
A/CN.9/WG.IV/WP.98 et Add.1 à 4	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/WG.IV/WP.98 et Add.5 et 6	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/WG.IV/WP.100	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, E
A/CN.9/WG.IV/WP.101	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, F
A/CN.9/WG.IV/WP.103	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.IV/WP.104 et Add.1 à 4	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/WG.IV/WP.105	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, D
A/CN.9/WG.IV/WP.106	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, E
A/CN.9/WG.IV/WP.108	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, G
A/CN.9/WG.IV/WP.110	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.IV/WP.111	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/WG.IV/WP.112	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/WG.IV/WP.113	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, I, E
	e) Groupe de travail V	
	i) Nouvel ordre économique international	
A/CN.9/WG.V/WP.4 et Add.1 à 8	Volume XII: 1981	Deuxième partie, IV, B, 1
A/CN.9/WG.V/WP.5	Volume XII: 1981	Deuxième partie, IV, B, 2
A/CN.9/WG.V/WP.7 et Add.1 à 6	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.V/WP.9 et Add.1 à 5	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.V/WP.11 et Add.1 à 9	Volume XV: 1984	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.V/WP.13 et Add.1 à 6	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, A, 2
A/CN.9/WG.V/WP.15 et Add.1 à 10	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, B, 2
A/CN.9/WG.V/WP.17 et Add.1 à 9	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.V/WP.19	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 2
A/CN.9/WG.V/WP.20	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 3
A/CN.9/WG.V/WP.22	Volume XX: 1989	Deuxième partie, II, B

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/WG.V/WP.24	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.V/WP.25	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/WG.V/WP.27	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, II, B, 1
A/CN.9/WG.V/WP.28	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, II, B, 2
A/CN.9/WG.V/WP.30	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, B, 1
A/CN.9/WG.V/WP.31	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, B, 2
A/CN.9/WG.V/WP.33	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, D, 2
A/CN.9/WG.V/WP.34	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/WG.V/WP.36	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.V/WP.38	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.V/WP.40	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, D
	ii) Insolvabilité	
A/CN.9/WG.V/WP.42	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.V/WP.44	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/WG.V/WP.46	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.V/WP.48	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/WG.V/WP.50	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/WG.V/WP.54 et Add.1 et 2	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.V/WP.55	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/WG.V/WP.57	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, E
A/CN.9/WG.V/WP.58	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, F
A/CN.9/WG.V/WP.59	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, G
A/CN.9/WG.V/WP.61 et Add.1 et 2	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, I
A/CN.9/WG.V/WP.63 et Add.3 à 15	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.V/WP.63 et Add.1 et 2 et Add.16 et 17	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, E
A/CN.9/WG.V/WP.64	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/WG.V/WP.67	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.V/WP.68	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/WG.V/WP.70 (Parties I et II)	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, E

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/WG.V/WP.71	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, F
A/CN.9/WG.V/WP.72	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, G
A/CN.9/WG.V/WP.74 et Add.1 et 2	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/WG.V/WP.76 et Add.1 et 2	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/WG.V/WP.78 et Add.1	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.V/WP.80 et Add.1	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, IV, D
	f) Groupe de travail VI: Sûretés	
A/CN.9/WG.VI/WP.2 et Add.1 à 12	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/WG.VI/WP.3	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/WG.VI/WP.4	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/WG.VI/WP.6 et Add.1 à 5	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VI, B
A/CN.9/WG.VI/WP.9 et Add.1 à 4 et Add.6 à 8	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/WG.VI/WP.11 et Add.1 et 2	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, V, E
A/CN.9/WG.VI/WP.13 et Add.1	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/WG.VI/WP.14 et Add.1 et 2 et Add.4	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/WG.VI/WP.16 et Add.1	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, E
A/CN.9/WG.VI/WP.17 et Add.1	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, F
A/CN.9/WG.VI/WP.18 et Add.1	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, G
A/CN.9/WG.VI/WP.19	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, H
A/CN.9/WG.VI/WP.21 et Add.1 à 5	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.VI/WP.22 et Add.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/WG.VI/WP.24 et Add.1 à 5	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/WG.VI/WP.26 et Add.1 à 8	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, G
A/CN.9/WG.VI/WP.27 et Add.1 et 2	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, H
A/CN.9/WG.VI/WP.29	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, I, B

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/WG.VI/WP.31 et Add.1	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/WG.VI/WP.33 et Add.1	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, V, B
7. Comptes rendus analytiques des débats de la CNUDCI		
A/CN.9/SR.254 à 256	Volume XIV: 1983	Troisième partie, I, A
A/CN.9/SR.255 à 261	Volume XIV: 1983	Troisième partie, I, B, 1
A/CN.9/SR.270 à 278, 282 et 283	Volume XIV: 1983	Troisième partie, I, B, 2
A/CN.9/SR.286 à 299 et 301	Volume XV: 1984	Troisième partie, I
A/CN.9/SR.305 à 333	Volume XVI: 1985	Troisième partie, II
A/CN.9/SR.335 à 353, 355 et 356	Volume XVII: 1986	Troisième partie, II
A/CN.9/SR.378, 379, 381 à 385 et 388	Volume XVIII: 1987	Troisième partie, III
A/CN.9/SR.402 à 421, 424 et 425	Volume XX: 1989	Troisième partie, II
A/CN.9/SR.439 à 462 et 465	Volume XXII: 1991	Troisième partie, II
A/CN.9/SR.467 à 476, 481 et 482	Volume XXIII: 1992	Troisième partie, III
A/CN.9/SR.494 à 512	Volume XXIV: 1993	Troisième partie, III
A/CN.9/SR.520 à 540	Volume XXV: 1994	Troisième partie, III
A/CN.9/SR.547 à 579	Volume XXVI: 1995	Troisième partie, III
A/CN.9/SR.583 à 606	Volume XXVII: 1996	Troisième partie, III
A/CN.9/SR.607 à 631	Volume XXVIII: 1997	Troisième partie, III
A/CN.9/SR.676 à 703	Volume XXXI: 2000	Troisième partie, II
A/CN.9/SR.711 à 730	Volume XXXII: 2001	Troisième partie, III
A/CN.9/SR.739 à 752	Volume XXXIII: 2002	Troisième partie, III
A/CN.9/SR.758 à 774	Volume XXXIV: 2003	Troisième partie, II
A/CN.9/SR.794 à 810	Volume XXXVI: 2005	Troisième partie, II
A/CN.9/SR.836 à 864	Volume XXXVIII: 2007	Troisième partie, I
A/CN.9/SR.865 à 882	Volume XXXIX: 2008	Troisième partie, I
8. Textes adoptés par des conférences de plénipotentiaires		
A/CONF.63/14 et Corr.1	Volume V: 1974	Troisième partie, I, A
A/CONF.63/15	Volume V: 1974	Troisième partie, I, B
A/CONF.63/17	Volume X: 1979	Troisième partie, I
A/CONF.89/13 et annexes I à III	Volume IX: 1978	Troisième partie, I, A à D
A/CONF.97/18 et annexes I et II	Volume XI: 1980	Troisième partie, I, A à C

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CONF.152/13	Volume XXIII: 1992	Troisième partie, I
9. Bibliographies des écrits ayant trait aux travaux de la CNUDCI		
	Volume I: 1968-1970	Troisième partie
A/CN.9/L.20/Add.1	Volume II: 1971	Deuxième partie
	Volume II: l971	Deuxième partie
	Volume III: 1972	Deuxième partie
	Volume IV: 1973	Deuxième partie
A/CN.9/L.25	Volume V: 1974	Troisième partie, II, A
	Volume V: 1974	Troisième partie, II, B
	Volume VI: 1975	Troisième partie, II, A
	Volume VII: 1976	Troisième partie, A
	Volume VIII: 1977	Troisième partie, A
	Volume IX: 1978	Troisième partie, II
	Volume X: 1979	Troisième partie, II
	Volume XI: 1980	Troisième partie, IV
	Volume XII: 1981	Troisième partie, III
	Volume XIII: 1982	Troisième partie, IV
	Volume XIV: 1983	Troisième partie, IV
	Volume XV: 1984	Troisième partie, II
A/CN.9/284	Volume XVI: 1985	Troisième partie, III
A/CN.9/295	Volume XVII: 1986	Troisième partie, III
A/CN.9/313	Volume XVIII: 1987	Troisième partie, IV
A/CN.9/326	Volume XIX: 1988	Troisième partie, III
A/CN.9/339	Volume XX: 1989	Troisième partie, III
A/CN.9/354	Volume XXI: 1990	Troisième partie, I
A/CN.9/369	Volume XXII: 1991	Troisième partie, III
A/CN.9/382	Volume XXIII: 1992	Troisième partie, V
A/CN.9/402	Volume XXIV: 1993	Troisième partie, IV
A/CN.9/417	Volume XXV: 1994	Troisième partie, IV
A/CN.9/429	Volume XXVI: 1995	Troisième partie, IV
A/CN.9/441 et Corr.1 (non 442)	Volume XXVII: 1996	Troisième partie, IV
A/CN.9/452	Volume XXVIII: 1997	Troisième partie, IV

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/463	Volume XXIX: 1998	Troisième partie, II
A/CN.9/481	Volume XXX: 1999	Troisième partie, I
A/CN.9/502 et Corr.1	Volume XXXI: 2000	Troisième partie, III
A/CN.9/517	Volume XXXII: 2001	Troisième partie, IV
A/CN.9/538	Volume XXXIII: 2002	Troisième partie, IV
A/CN.9/566	Volume XXXIV: 2003	Troisième partie, III
A/CN.9/581	Volume XXXVI: 2005	Troisième partie, III
A/CN.9/602	Volume XXXVII: 2006	Troisième partie, III
A/CN.9/625	Volume XXXVIII: 2007	Troisième partie, II
A/CN.9/650	Volume XXXIX: 2008	Troisième partie, II

Publié sur CD-Rom

V.16-04790